



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CYNARA DE BARROS COSTA
“A VERDADEIRA *LEX MERCATORIA*: O DIREITO ALÉM DO ESTADO”
Um estudo sobre as antigas e novas teorias da *Lex Mercatoria*
Dissertação de Mestrado

Recife
2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CYNARA DE BARROS COSTA
“A VERDADEIRA *LEX MERCATORIA*: O DIREITO ALÉM DO ESTADO”
Um estudo sobre as antigas e novas teorias da *Lex Mercatoria*
Dissertação de Mestrado

Recife
2011

CYNARA DE BARROS COSTA
“A VERDADEIRA *LEX MERCATORIA*: O DIREITO ALÉM DO ESTADO”
Um estudo sobre as antigas e novas teorias da *Lex Mercatoria*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: Transformações nas relações jurídicas privadas e sociais

Orientador: Prof. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Recife
2011

Costa, Cynara de Barros

A verdadeira lex mercatoria: o direito além do estado: um estudo sobre as antigas e novas teorias da lex mercatoria / Cynara de Barros Costa. – Recife : O Autor, 2011.

118 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Lex Mercatoria. 2. Lex Mercatoria - Antiguidade - Medieval - Pós-medieval - Novíssima. 3. Comercio internacional. 4. Comercio exterior - Regulamentação. 5. Berthold Goldman - Clive Schmitthoff - Harold J. Berman - Colin Kaufman - Bernardo M. Cremades - Steven Plehn - Royston Miles Goode - Ole Lando - W. Lawrence Craig -, William W.F. Park - Jan Paulsson - Julian Lew - Nova Lex Mercatoria. 6. Arbitragem comercial internacional. 7. Lex Mercatoria - Teorias críticas. 8. Gunther Teubner - Novíssima Lex Mercatoria. 9. Ralph Michaels - Verdadeira Lex Mercatoria. 10. Ralph Michaels - Lex Mercatoria e a Teoria dos Sistemas. I. Título.

341.1

CDU (2.ed.)

UFPE

341.754

CDD (22.ed.)

BSCCJ2011-
025

Cynara de Barros Costa

A Verdadeira Lex Mercatoria: O Direito Além do Estado Um Estudo Sobre as Antigas e Novas Teorias da Lex Mercatoria

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professor Dr. *Sylvio Loreto* (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura: _____

Professora Dra. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza** (1ª Examinadora – UFPE)

Julgamento: Concedida Assinatura: _____

Professora Dra. **Fabiola Santos Albuquerque** (2ª Examinadora /UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura: _____

Recife, 19 de agosto de 2011.

Coordenador Prof.º Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, pelo seu infinito amor e pela incomparável misericórdia.

Ao meu orientador, professor Aurélio Bôaviagem, por quem aprendi a nutrir grande admiração, obrigada pela paciência, disponibilidade e sabedoria.

À minha família, sem a qual eu não teria chegado até aqui.

Ao professor Ralph Michaels, que me disponibilizou parte significativa da bibliografia e esteve sempre disposto a tirar minhas dúvidas.

“Porque aquele que dentre vós todos for o menor, esse mesmo é grande.”

Lucas 48:9

RESUMO

O tema discutido neste trabalho é, e sempre foi, alvo de muitas polêmicas: a *Lex Mercatoria*. O objetivo proposto aqui é investigar o que dizem as antigas teorias a respeito do tema e compará-las com as novas teorias, que propõem uma visão vanguardista sobre o assunto. Passa-se desde o questionamento acerca da genealogia da *Lex Mercatoria* - já que pesquisas recentes vêm questionando a sua existência, até o eterno debate sobre considerá-la ou não como Direito. Nesse sentido, dá-se particular enfoque às teorias do Prof. Gunther Teubner e do Prof. Ralph Michaels, que desenvolvem uma ampla e particular discussão no âmbito da Teoria dos Sistemas, enfocando todo o debate sobre a *Lex Mercatoria* a partir desse ponto de vista. Tal enfoque é que permite explicar o título proposto e o porquê de considerar-se a *Lex Mercatoria* como um Direito além do Estado.

COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira *Lex Mercatoria*: o Direito além do Estado. Um estudo sobre as antigas e novas teorias da *Lex Mercatoria*.** 2011. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Palavras-chave: *Lex Mercatoria*, Direito Comercial Internacional, Direito Transnacional, Direito Global, Teoria dos Sistemas, Direito além do Estado.

ABSTRACT

The theme discussed in this work still is, and always has been, the subject of much controversy: the *Lex Mercatoria*. The proposed objective here is to investigate what the old theories say and compare them with the new theories that propose an unconventional view on the subject. It has moved from questioning the genealogy of the *Lex Mercatoria* - since recent studies have questioned its existence, to the eternal debate about whether or not to consider it as Law. In this sense, there is particular focus on the theories of Prof. Gunther Teubner and Prof. Ralph Michaels, who develop a large and private discussion in the systems theory, focusing on the entire debate on the *Lex Mercatoria* from that point of view. Such an approach is what allows to explain the proposed title and why considering the *Lex Mercatoria* as a Law beyond the State.

COSTA, Cynara de Barros. **The true *Lex Mercatoria*: Law beyond the State. A study of old and new theories of Lex Mercatoria.** 2011. 118 p. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Keywords: *Lex Mercatoria*, International Commercial Law, Transnational Law, Global Law, Systems Theory, Law beyond the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO I – Panorama Histórico	13
1.1 Linhas iniciais	13
1.2 Precedentes da <i>Lex Mercatoria</i> na Antiguidade	14
1.3 A <i>Lex Mercatoria</i> medieval	16
1.4 A <i>Lex Mercatoria</i> pós-medieval	25
1.5 O surgimento de uma Novíssima <i>Lex Mercatoria</i>	28
CAPITULO II – As antigas teorias de uma Nova <i>Lex Mercatoria</i>	31
2.1 Linhas iniciais	31
2.2 Goldman	32
2.2.1 As raízes históricas da Nova <i>Lex Mercatoria</i> segundo Goldman	35
2.3 Schmitthoff	37
2.3.1 A genealogia da <i>Lex Mercatoria</i> segundo Schmitthoff	40
2.4 Berman-Kaufman	44
2.5 Cremades – Plehn	45
2.6 Goode	46
2.7 Lando	48
2.8 Craig-Park-Paulsson	49
2.9 Lew	50
CAPITULO III – Teorias críticas da <i>Lex Mercatoria</i>	52
3.1 Linhas iniciais	52
3.2 Delaume	52
3.3 Highet	53
3.4 Mustill	54
3.5 Frederick A. Mann	56
3.6 Lagarde	59
3.7 Grigera Naón	61
CAPITULO IV – A novíssima <i>Lex Mercatoria</i> segundo Gunther Teubner	63
4.1 Linhas iniciais	63
4.2 O debate da <i>Lex Mercatoria</i> segundo Gunther Teubner: “A Guerra de Crenças”	63
4.3 Rompendo as barreiras: por uma novíssima teoria da <i>Lex Mercatoria</i>	67
4.4 A solução do grande paradoxo acerca da <i>Lex Mercatoria</i> : Direito ou não Direito?...	72
4.5 Uma genealogia para a <i>Lex Mercatoria</i>	75

4.6	As consequências de uma novíssima teoria	79
-----	--	----

CAPITULO V – Desconstruindo velhos paradigmas: a verdadeira *Lex Mercatoria* segundo Ralph Michaels 82

5.1	Linhas iniciais	82
5.2	Um romance para a <i>Lex Mercatoria</i>	84
5.3	A <i>Lex Mercatoria</i> e a Teoria dos Sistemas segundo Ralph Michaels	90
5.3.1	A visão do Estado	91
5.3.2	A visão do Comércio Internacional	92
5.3.3	A visão interna do Direito	94
5.4	A verdadeira <i>Lex Mercatoria</i>	95

CONSIDERAÇÕES FINAIS 99

REFERÊNCIAS 113

INTRODUÇÃO

Apesar de o debate da *Lex Mercatoria* muitas vezes dar a impressão de “estar na moda”, a bibliografia em português sobre ele ainda é incipiente. A esparsa literatura no idioma pátrio, no entanto, é inversamente proporcional à curiosidade que o tema desperta e sempre despertou.

Afinal, com o ininterrupto e acelerado processo de globalização, não apenas a *Lex Mercatoria*, mas outros sistemas jurídicos que se pretendem globais, tais como os Direitos Humanos, a chamada *Lex Sportiva* e, em certa medida, também o Direito do Trabalho, devem observar uma tendência de crescente produção bibliográfica com esse enfoque na doutrina em português, o que seria bastante positivo.

É que as teorias desenvolvidas principalmente na Europa e nos Estados Unidos já estão bem à frente no que concerne ao debate aqui proposto. Nos dez últimos anos percebe-se um significativo aumento da produção científica sobre o tema, que resultou em alguns avanços discursivos muito instigantes.

O objetivo desse trabalho, como o título já esclarece, é fazer uma análise tanto das antigas quanto das novas teorias da *Lex Mercatoria*, com ênfase na sua contraposição e não necessariamente fazer uma análise da *Lex Mercatoria* em si. Ou seja, o objetivo não é fazer uma investigação filosófica a respeito do que, finalmente, seria a *Lex Mercatoria*. Não se pretende aqui investigar quais as suas fontes e a sua abrangência. Ao contrário, parte-se do pressuposto que certos debates já estão superados, como, por exemplo, a onipresente discussão sobre se ela pode ou não ser considerada como Direito.

É que as novas visões apresentadas, na medida em que desconstroem mitos criados ao longo de décadas, fazem com que algumas das questões mais aflitivas, que rodeavam o tema como uma moldura a limitar os seus movimentos, tenham caído na obsolescência, como decorrência lógica dessa nova abordagem.

De fato, o enfoque dado aqui é bastante amplo e traz consigo alguns conhecimentos inovadores advindos das novas teorias sociológicas do Direito, elaboradas por autores como Kerchove & Ost e Niklas Luhmann, que trouxeram para esse ramo das Ciências Humanas visões típicas das Ciências Exatas e Biológicas, tais como a Teoria dos Jogos e a Teoria dos Sistemas. Nesse sentido, tanto por uma questão didática, quanto pela delimitação teórica que se faz necessária a qualquer trabalho acadêmico, pressupõe-se que o leitor já tenha algum

conhecimento acerca dessas teorias, já que não era possível, no âmbito de uma pesquisa tão específica, alargar por demais os horizontes argumentativos.

É importante ressaltar também que ao longo de toda a pesquisa tentou-se conservar um certo esmero linguístico que, na verdade, é mais um desdobramento filosófico. Com efeito, o tema debatido neste trabalho não é desconhecido do ponto de vista jurídico. Isso porque o termo “*Lex Mercatoria*” pode ser encontrado na literatura jurídica desde o século XIX. Porém, apesar de o fenômeno vivido nos dias atuais ser totalmente diverso daquele observado em outros tempos, o termo foi ressuscitado muitas vezes ao longo do último século.

Na verdade, a visão defendida aqui é a de que as diferenças conceituais são tão gritantes que o fenômeno atual talvez merecesse até uma nomenclatura distinta. E conquanto a autora até tenha se proposto a esse fim, o esmero linguístico não permitiu que se chegasse ainda a uma denominação coerente. Isso porque o termo em latim até tem correspondente em inglês (*Law Merchant*), mas em português o mais próximo que se conseguiu chegar foi “o direito das corporações”. Tal termo, no entanto, poderia até se encaixar ao conjunto de regras desenvolvidas nas guildas medievais, mas jamais serviria para denominar o fenômeno jurídico vivido hoje.

Em virtude disso, optou-se por continuar a usar o antigo termo em latim, acrescido do adjetivo adicionado pelo professor Ralph Michaels em artigo utilizado como um dos marcos teóricos desta dissertação. Assim, tem-se a “Verdadeira *Lex Mercatoria*”. E antes que os desavisados possam achar muita pretensão atribuir o adjetivo “Verdadeira”, como se aqui houvesse qualquer tendência a construção de verdadeiros paradigmas, deve-se ressaltar que a intenção deste trabalho, desenvolvido ao longo de dois árduos anos de pesquisa é, antes de tudo, tentar contribuir para o crescimento científico do país.

Não porque a visão apresentada nas próximas páginas seja melhor ou pior do que as outras, mas porque ela se propõe a ser crítica, ousada, e incentivar o leitor a fazer, ao final, as suas próprias reflexões. Além disso, um dos maiores objetivos perseguidos e, sem nenhuma dúvida, alcançado, era trazer para o português um pouco da vasta bibliografia estrangeira que vem discutindo a *Lex Mercatoria* de forma vanguardista ao longo dos últimos dez anos.

Assim, é necessário deixar bem claro que foge ao objetivo da autora qualquer pretensão de impor a sua visão do tema. Não se quer, com a discussão proposta, buscar “fundamentos”, “bases” ou “justificações” para o conhecimento do tema como se existisse um ponto arquimediano do saber (DOMINGUES, 1999, p.362), uma “verdade universal”. Pois a verdade, como experiência individual que é, jamais deve ser absorvida como universal, já que

ela está baseada na nossa percepção e esta última nem sempre é sólida como imaginamos (MATURANA; VARELA, 1995, p.160).

Ao contrário, almeja ser apenas um esboço de certas reflexões para que despertem o interesse da comunidade acadêmica. Faz-se aqui, a todo tempo, o exercício proposto pela própria ideia de Pluralismo Jurídico, qual seja, o de tentar dialogar com outras esferas e pontos de vista de maneira autorreferente e sempre tentando preservar o acoplamento estrutural e a abertura cognitiva.

Para tanto, a meta sempre foi refletir na análise dos dados coletados, pois, nas palavras de Maturana e Varela, essa é a única oportunidade dada ao pesquisador de descobrir os “pontos cegos” e reconhecer que as certezas e os conhecimentos adquiridos por ele em sua pesquisa são tão aflitivos e tão tênues quanto os de outros trabalhos realizados na mesma área (MATURANA; VARELA, 1995, p.162). Assim, espera-se que a leitura seja tão proveitosa e instigante quanto o foram, para a autora, os momentos reflexivos e analíticos desta pesquisa.

CAPÍTULO I

PANORAMA HISTÓRICO

1.1 Linhas iniciais

A construção histórica desempenha um papel fundamental na maior parte das teorias acerca da *Lex Mercatoria*. Reivindicar para a *Lex Mercatoria* uma herança de leis deixada por uma comunidade mercantil e capaz de transcender o tempo e o espaço tem sido um fenômeno mais antigo até do que a própria *Lex Mercatoria* (HATZIMIHAIL, 2008, p.172).

Já no início do século XX, cerca de quarenta anos antes do surgimento das primeiras teorias sobre a moderna *Lex Mercatoria*, foi lançado um livro chamado “*The Romance of the Law Merchant*”, que pretendia transportar o leitor por viagens pelo Mediterrâneo, por todas as feiras e mercados da Europa, em grandes navios carregados de ouro e marfim (ATKIN apud HATZIMIHAIL, 2008, p.172).

De fato, a moderna literatura geralmente apresenta a “antiga” *Lex Mercatoria* como autônoma, cosmopolita e transnacional. Essa imagem, contudo, baseia-se tanto em descrições históricas genéricas quanto em referências casuais a um “consciência histórica comum”¹ e está presente não apenas na literatura especializada, mas também em outros textos envolvendo as mais diversas áreas do direito e de outros ramos das ciências humanas, como, por exemplo, a economia (HATZIMIHAIL, 2008, p.172).

No entanto, as mais recentes publicações a respeito do tema questionam até que ponto realmente existiu uma antiga *Lex Mercatoria* independente e a-nacional, como querem os seus defensores. Na verdade, a existência de uma *Lex Mercatoria* nesses moldes parece mais uma questão de mera crença popular do que de rigor científico e alguns participantes do debate parecem muito mais empenhados na defesa dos seus próprios interesses do que na construção de uma teoria mais coerente com a realidade. Estudiosos e operadores do direito comercial e do direito arbitral promoveram a *Lex Mercatoria* especialmente porque essa nova teoria lhes era bastante proveitosa (MICHAELS, 2008, p.448).

Nesse contexto, evocar uma genealogia para a *Lex Mercatoria* pode ser mais interessante do que apresentar um conceito sobre o tema, já que a primeira tarefa levanta menos controvérsias entre os doutrinadores. Ter uma “história” acrescenta maior credibilidade

¹ O termo é uma tradução livre de “common historical consciousness”.

à teoria, abrindo as portas para sua expansão no futuro, já que a moderna *Lex Mercatoria* é apresentada em narrativas históricas como uma reencarnação (ou renascimento) da antiga *Lex Mercatoria* ou o produto de sua evolução (HATZIMIHAIL, 2008, p.173).

O poder desse discurso histórico, no entanto, vem camuflando as suas fraquezas. Nos últimos anos, um grande número de pesquisadores vem refutando a maior parte da já consagrada genealogia da *Lex Mercatoria*, apresentando histórias diferentes sobre o tratamento legal que era dado ao comércio na Europa medieval e nos primeiros anos da Idade Moderna. Não obstante essa revisão teórica e a mudança de paradigmas que poderia revolucionar o modo como se estuda o tema hoje, os pesquisadores da área ainda apostam no romance de uma nova *Lex Mercatoria*, ressurgida das cinzas do antigo sistema medieval (HATZIMIHAIL, 2008, p.173).

A persistência desse argumento histórico mesmo com tantas refutações serve para mostrar que o que realmente importa para o debate não é exatamente o que, de fato, aconteceu, mas quais visões do passado se adequam melhor às circunstâncias do presente e de que modo elas podem ser usadas para justificar essas teorias.

Assim, as projeções históricas da *Lex Mercatoria* vão desde a ligação a remotos precursores, como o *ius gentium* do direito romano, até a mais recorrente menção aos mercadores europeus do período medieval.

Debater-se-á neste capítulo a genealogia atribuída à *Lex Mercatoria* por muitos doutrinadores. O tema, porém, não se esgotará nessa seção do trabalho, pois, uma vez que essa herança histórica é extremamente importante para a construção teórica da maioria dos autores, a maneira como cada um aborda o assunto será pormenorizada apenas quando da exposição de suas teorias.

1.2 Precedentes da *Lex Mercatoria* na Antiguidade

Alguns doutrinadores alegam que a emergência do comércio internacional já na antiguidade fez surgir a necessidade de encontrar um “corpo de leis” capaz de regular essas atividades, pois as leis locais já não mais se adequavam à complexidade das situações apresentadas. Foi aí que a comunidade de mercadores desenvolveu o seu próprio conjunto de leis, mais adaptado às suas necessidades, tendo a praxe mercantil como principal característica (TRAKMAN, 1981, p.153). A exemplo disso menciona-se a chamada *Lex Rhodia*, um conjunto de leis marítimas utilizado por gregos e romanos entre os séculos III e II a.C. (TRAKMAN, 1981, p.153).

Outros autores, no entanto, acreditam que apesar de toda efervescência comercial existente na Antiga Grécia e da imagem de prosperidade construída na Atenas clássica – de onde se importavam grãos provenientes dos atuais territórios da Rússia, Sicília e Egito, além de pescados do Mar Negro e da Espanha – as atividades mercantis nesse período eram inevitavelmente primitivas e limitadas. O “comércio internacional”² existia muito mais por necessidade do que pelo ímpeto de desbravar barreiras comerciais e era dominado quase exclusivamente por não-cidadãos (MO, 2001, p.4). Nesse contexto, as leis destinadas a regulamentar as suas atividades, quando, de fato, existiam, eram por demais simples e genéricas (MO, 2001, p.4).

A busca por uma ligação histórica da *Lex Mercatoria* com a antiguidade não finda na Antiga Grécia. Ao contrário, um dos maiores teóricos do tema, pioneiro na construção das teorias da “*Nova Lex Mercatoria*”, Berthold Goldman, atribui ao *ius gentium* romano o título de “ilustre precursor” da *Lex Mercatoria* (GOLDMAN, 1979, p.475). Além dele, outros doutrinadores também consideram o direito romano uma fonte indispensável para a genealogia da *Lex Mercatoria*³.

Conquanto o objetivo do presente trabalho não seja o de apresentar uma descrição detalhada dos institutos do direito romano, é necessário situar o tema, mas não sem antes alertar para a existência de controvérsias entre os doutrinadores, que serão abordadas oportunamente⁴.

De fato, na Antiga Roma o *ius civile* era aplicado apenas a casos envolvendo cidadãos romanos, independentemente do local onde o contrato havia sido celebrado. Se um cidadão romano resolvesse contratar com um não cidadão, tal relação contratual não seria protegida pelo direito romano e as partes teriam que se pautar apenas na confiança mútua e na boa-fé (DE LY, 1992, p.13).

Porém, com o crescimento do comércio e a ascensão do Império Romano, o *ius civile* mostrou-se limitado e incapaz de satisfazer as necessidades da comunidade mercantil, o que impulsionou o nascimento do *ius gentium*, um direito menos formalista e mais maleável,

² A utilização do termo entre aspas se justifica pelo contexto, já que como ainda não existia a figura do Estado-Nação como se conhece hoje, não se poderia, tecnicamente, falar em comércio “internacional”.

³ Ver: Berman/Kaufman. *The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)*. 19 Harv. International Law Journal, 1978., p. 224; Goldman, Berthold. *La lex mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: réalités et perspectives*. Journal du Droit International. Paris: Clunet, 1979, p. 475.

⁴ De fato, o objetivo do presente trabalho é situar o tema proposto e dar uma visão geral de como ele está sendo abordado pela doutrina. Isso não quer dizer, no entanto, que não serão feitos os questionamentos filosóficos necessários ao seu debate; ao contrário, certos debates não serão feitos neste momento apenas porque era preciso delimitar o objeto de pesquisa.

bastante influenciado pelo costume. Inicialmente, ele era aplicado apenas na resolução de conflitos entre dois não cidadãos ou entre um cidadão e um não cidadão, já que entre os cidadãos romanos aplicava-se o *ius civile* (DE LY, 1992, p.14).

Em meados do século III a.C. surge também a figura do *praetor peregrinus*, uma espécie de magistrado responsável pelos casos envolvendo não cidadãos que, juntamente com os outros pretores, compunha os chamados “Editos” – provavelmente os mais antigos precursores da moderna jurisprudência (DE LY, 1992, p.14).

O *ius gentium*, como já exposto acima, era marcadamente influenciado pelos costumes e se compunha de princípios do Direito comuns a todos os povos e também de princípios do direito natural. Era composto de regras marcadamente menos rígidas que as do *ius civile* e, por isso mesmo, mais adaptadas ao comércio entre os povos.

Para os romanos, o *ius gentium* não foi criado, mas descoberto, pois surgiu da necessidade dos mercadores. Não obstante, o *ius civile* também acabou tendo que se adaptar às mudanças ocorridas na sociedade romana e fez com que diminuísse cada vez mais a importância do *ius gentium*. E isso se deu, em primeiro lugar, porque o *ius civile* se tornou menos formal e alguns de seus institutos começaram a ser aplicados também a forasteiros. Em segundo lugar, tem-se a ampliação da cidadania romana a todos os habitantes do Império Romano, em 212 d.C., com a *Constitutio Antoniana*, que reduziu drasticamente o número de não cidadãos romanos, e, conseqüentemente, também o número de negócios jurídicos celebrados por eles (DE LY, 1992. p.13).

Situado o termo através da sucinta genealogia acima, é necessário advertir que alguns autores hoje contestam essa versão e dizem haver poucas evidências históricas e muita especulação sobre o que realmente era o *ius gentium* (HATZIMIHAIL, 2008, p.185), até porque, mesmo entre os escritores da época, não havia consenso a esse respeito (DOMINGO, 2010, p.9). Não obstante, o instituto ainda é considerado por muitos como um predecessor da *Lex Mercatoria*.

1.3 A *Lex Mercatoria* medieval

Ainda mais marcante do que o direito romano para a *Lex Mercatoria* tem sido a Idade Média. A maior parte dos doutrinadores defende, sem nenhuma ressalva e com alarmante grau de certeza, a existência de um corpo de leis autônomas e independentes de qualquer

intervenção estatal, elaborado por mercadores por uma necessidade advinda do crescimento do comércio internacional da época (MANGELS, 1999).

A Alta Idade Média teria sido o ponto de partida da *Lex Mercatoria*, notadamente no período entre os séculos X e XIII, já que nessa época o comércio na Europa saiu da quase inexistência para tornar-se um fator crucial para o desenvolvimento econômico (MANGELS, 1999).

Seria esse, para a maior parte dos doutrinadores, o período de formação dos conceitos básicos e das principais instituições da moderna *Lex Mercatoria*, bem como a primeira vez que ela começou a ser vista como um sistema integrado e desenvolvido, um verdadeiro “corpo de leis” (BERMAN, 1978, p.1)

Quase todos os trabalhos sobre a moderna *Lex Mercatoria* enfocam o tema sob esse mesmo ponto de vista, com pouquíssimas variações entre as teorias (MANGELS, 1999). Enquanto Benson e Berman enfatizam as qualidades objetivas e universais do que eles chamam de “*Lex Mercatoria* medieval”, autores como William Mitchell, Ian F. G. Baxter, Felix Dasser e Uwe Blaurock⁵ admitem que entre os séculos X e XIII havia importantes diferenças regionais na maneira como as transações comerciais eram realizadas (MANGELS, 1999).

Não obstante, o romance da *Lex Mercatoria* medieval é contado até hoje de maneira muito mais “literária” do que científica. Por centenas de anos, historiadores e juristas divulgaram a ideia de que cortes mercantis ao redor da Europa, como a de St. Ives, na Inglaterra, eram parte de um desenvolvido sistema de leis autônomas chamado de “*Law Merchant*” (SACHS, 2005, p.688). Esse conjunto de leis, na medida em que foi criado de forma autônoma, refletiria os costumes dos mercadores e seria desvinculado das leis municipais e das jurisdições existentes. Ao mesmo tempo, não era produto de um só mercador ou de um só país; ao contrário, seria universal, já que compartilhado por uma comunidade mercantil transnacional e capaz de reger, sem maiores problemas, o comércio entre os povos através das diversas fronteiras. Essa mesma *Lex Mercatoria* representaria também uma nova ordem jurídica, livre do controle opressivo das leis e governos locais e é considerada até como a base legal do capitalismo (SACHS, 2005, p.688).

⁵ "Cada uma das mais importantes feiras tinha sua versão local da law merchant, que era utilizada por todos os mercadores daquela feira e aplicada às transações feitas ali." (Baxter 1985, p. 547). Ver também: Mitchell (1904, p. 2), Dasser (1989, p. 34 f.), e Blaurock (1993, p. 249).- Retirado do “Are the roots really medieval?”

Contado numa ordem cronológica, o discurso da *Lex Mercatoria* medieval remete à revitalização do comércio na Europa a partir do século X, devido a vários fatores como, por exemplo, as cruzadas, a fundação, pelos mercadores, de cidades que futuramente serviriam de base para o comércio e a criação da Liga Hanseática. Com esse desenvolvimento, as antigas leis mercantis gregas e romanas já não seriam mais aptas às novas necessidades (BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.224).

Com efeito, as características mais marcantes do período medieval eram o seu isolamento e a ausência do Estado. Apesar da existência de feudos e de alguns reinos distribuídos pela Europa, a figura do Estado como se conhece hoje ainda não estava presente, o que fazia do continente um alvo constante de invasões e ameaças por parte de exploradores vikings, muçumanos e magiares (MANGELS, 1999).

As leis e costumes variavam de cidade para cidade e algumas eram até hostis ao desenvolvimento do comércio. Um bom exemplo disso era o direito canônico, que exacerbava o poder da Igreja Católica nesse período e proibia práticas essenciais ao capitalismo como a cobrança de juros (MISES; KAHANE; HAYEK, 1981). Às leis locais somavam-se as cortes locais, presididas por bispos ou senhores feudais, e destinadas às necessidades locais, razão pela qual não abarcavam situações mais complexas como o comércio entre mercadores de diferentes jurisdições (MANGELS, 1999).

Os mercadores, por sua vez, tinham mobilidade e começaram a exercer o comércio além das fronteiras, transportando consigo seus costumes e suas leis. Assim, as leis de algumas das cidades mais importantes começaram a ser aplicadas em outros lugares até se tornarem dominantes (TRAKMAN, 1980, p.4). Um exemplo disso, segundo alguns autores, seriam as *Tavole Amalfitane* ou “Tábuas Amalfitanas”, nascidas na cidade de Amalfi, no sul da Itália; e as *Rôles d’Oleron* ou “Regras de Oléron”, provenientes da Ilha de Oléron, situada em frente à cidade portuária de La Rochele, ao norte de Bordeaux. As primeiras, um conjunto de leis do comércio marítimo que veio a ser aplicado em várias cidades italianas; a segunda, uma coletânea de julgados da Corte de Oléron, que, por volta de 1.150 d.C. passou a ser amplamente aceita pelos mercadores que desbravavam os mares e também por um grande número de cidades portuárias no Mar do Norte e no Oceano Atlântico (BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.224).

Da mesma forma teria acontecido com as Leis de Wisby, que possivelmente derivam da coletânea de Oléron, e por volta de 1.350 d.C. passaram a ser bastante aceitas no Mar

Báltico. Outro exemplo de um “código internacionalmente aceito”⁶ seria o *Consulato del Mare*, que remonta a 1.340 d.C., teria sido utilizado em todo o Mar Mediterrâneo e parece ter-se baseado nos costumes dos mercadores de Barcelona. É uma compilação bastante detalhada, que dispõe sobre as mais diversas situações legais e consegue refletir os usos e costumes do comércio marítimo da época (GOODE, 1998, p.18).

Além disso, até mesmo o nascimento do termo “*Lex Mercatoria*” é atribuído ao período medieval. A expressão teria sido utilizada pela primeira vez no “*Fleta, seu Commentarius iuris anglicanus*”, um manual inglês que continha uma coletânea de leis e costumes e foi escrito em latim durante o reinado de Eduardo I, por volta de 1.290 d.C. (CORDES, 2003). Ele tentava explicar, entre outras coisas, o “*writ of debt*”, uma espécie de ação ou mandado de cobrança, em que havia uma rígida distribuição do dever de prova entre demandante e demandado. Nesse contexto, exceções eram feitas apenas *in favorem mercatorum*, ou seja, em favor dos mercadores. Para quem pleiteava o direito, a graça real garantia que, sob certas circunstâncias, nos mercados e entre os mercadores, as provas apresentadas pudessem se basear na *Lex Mercatoria* (CORDES, 2003).

Afirma-se que na Inglaterra medieval é possível obter-se provas suficientes de que os advogados ingleses se referiam à *Lex Mercatoria* como algo diferente do *Common Law* (BAKER, J.H. 1979, p.302; RODRIGUEZ, 2005, p.47). Para BERGER, por exemplo, a *Lex Mercatoria* medieval teve a sua primeira aparição como sistema autônomo de leis no século XIII, aparecendo como parte do *Colford's Collectioni no Red Book of Bristol*⁷, e depois foi refinada por Gerard Malynes no famoso tratado *Consuetudo Vel Lex Mercatoria*⁸, publicado em 1622 (BERGER, 2010, p.2 -3).

O discurso da *Lex Mercatoria* medieval apresenta ainda uma série de “características” que são apontadas como uma prova de sua existência enquanto sistema uniforme e independente. Para alguns doutrinadores ela teria sido, já na Idade Média, uma espécie de “direito transnacional”, cuja principal fonte seria o costume dos mercadores. Além disso, os

⁶ Aqui mais uma vez é necessário ressaltar a imprecisão do termo “internacional”, utilizado por muitos autores, mas que, como já mencionado, não se aplica adequadamente, já que nessa época ainda não se podia falar em Estado-Nação.

⁷ O documento era intitulado *Incipit Lex Mercatoria, Que, quando, ubi, inter quos et de quibus sit* (Aqui começa a *Lex Mercatoria*, o que, quando, onde, em que meio, e a que se refere – numa livre tradução), era dividido em vinte e um capítulos e continha um manual de instruções sobre como uma corte mercantil deveria atuar, além de uma série de recomendações de como melhorar os procedimentos dessas cortes (BERGER, 2010, p.3, nota de rodapé n.10).

⁸ Em seu livro, Malynes caracteriza a *Lex Mercatoria* como o direito costumeiro dos mercadores, mais antigo do que qualquer lei escrita, baseado nos fundamentos da razão e da justiça (BERGER, 2010, p.3, nota de rodapé n.11).

juizadores eram os próprios mercadores e o processo, que tinha como princípios basilares a equidade e a boa-fé (*bona fides*), era rápido e informal (MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, 1998, p.89).

A envolvente cronologia da *Lex Mercatoria*, no entanto, ainda que nas últimas décadas tenha atingido um status de verdadeira euforia, é não apenas inconsistente, mas também não histórica, uma vez que essa “herança” na maioria das vezes é colocada em um contexto jurídico que de fato nunca existiu, sendo completamente dissociada do contexto social e histórico em que foi gerada. É o “*robor antiquitatis*”, ou seja, o “vigor” das antigas leis, ao invés da investigação científica, que serve para fortalecer a teoria (CORDES, 2003.).

As origens da “Nova *Lex Mercatoria*” vêm sendo discutidas por muitos autores que, no entanto, raramente fazem uma completa investigação do tema. O resultado é que essa questão ainda permanece muito obscura e não se pode provar ou até mesmo dizer com qualquer grau de certeza até que ponto a chamada “*Lex Mercatoria* medieval” realmente existiu de maneira autônoma em relação às leis locais (DE LY apud SACHS, 2005, p.690).

De fato, uma investigação mais detalhada e minuciosa do tema, como a que foi feita por MANGELS, pode apontar a existência de ampla atividade comercial durante parte da Idade Média, mas não é capaz, por outro lado – e o próprio autor assim o adverte em suas conclusões – de dizer que a chamada *Lex Mercatoria* medieval existiu como a maioria dos doutrinadores o faz crer ou ainda que ela é a precursora da chamada “Nova *Lex Mercatoria*” (MANGELS, 1999).

Para o autor, é possível demonstrar, através de fontes históricas medievais, que a maneira como as instituições mercantis se desenvolveram na era medieval realmente mostra alguma similaridade com a moderna *Lex Mercatoria*. Não obstante, a conclusão a respeito do tema deve ser bem cuidadosa, uma vez que ligar as leis do comércio medieval às leis do comércio atual é bem problemático, já que isso poderia obscurecer as suas diferenças fundamentais (MANGELS, 1999).

O autor faz uma apurada descrição histórica do comércio na Idade Média, desde o período Carolíngio, quando os mercadores ainda eram itinerantes e corriam grandes riscos já que as informações sobre potenciais compradores eram muito escassas e pouco confiáveis. Comerciar era necessariamente arriscar-se (DE ROOVER apud MANGELS, 1999). Era praticamente impossível especializar-se em apenas um tipo de mercadoria e por isso eles comerciavam tudo aquilo que promettesse um bom retorno, especialmente mercadorias consideradas “de luxo” (LATOUCHE apud MANGELS, 1999).

O comércio de longa distância de mercadorias de massa era praticamente inexistente. As transações eram feitas em feiras anuais, como a de Saint Denis, próxima a Paris, ou em locais naturalmente favoráveis ao encontro entre mercadores, como, por exemplo, Portos e localidades cortadas por rios. No entanto, a probabilidade de dois mercadores se encontrarem novamente era ínfima devido à instabilidade política da época. Por esse motivo, transações não simultâneas, se ocorreram, foram raras. Assim, a maioria das transações comerciais era simultânea, ou seja, ocorria em um mesmo momento, sem se prolongar no tempo. Obviamente, não existia qualquer discussão acerca da data de pagamento ou das condições de entrega; já quanto às diferenças entre os distintos sistemas legais, historiadores reportam que tal fato também não constituía empecilho às negociações (MANGELS, 1999).

As cidades desse período também tinham pouca ou nenhuma relação com o comércio de longa distância. Não há registros históricos de nenhum povoado europeu do início da Era Medieval que tenha se baseado no comércio de longa distância e, posteriormente, se transformado em um dos polos comerciais da época (NICHOLAS, 1997, p.26).

Não há evidências de que o comércio tenha se expandido durante os séculos IX e X D.C.. Todavia, o que mudou nesse período foi o status dos mercadores: antes eles eram mencionados como representantes de certos clérigos ou senhores feudais; a partir da Era Carolíngia, provavelmente por causa da instabilidade política, eles passaram a ser livres e independentes, e não deviam lealdade a nenhum senhor (MANGELS, 1999).

Para a maior parte dos doutrinadores, o período crucial, que revolucionou o comércio e ao qual se pode atribuir o “nascimento” da *Lex Mercatoria Medieval*, está entre os séculos XI e XII D.C.. Foi a partir daí que esses novos mercadores livres começaram a desenvolver outras formas de resolução de conflitos e formar comunidades de viajantes para driblar invasores e saqueadores: eram as primeiras guildas (as hansas e as corporações de mercadores), cuja função principal era proteger os direitos dos membros contra não-membros (MANGELS, 1999).

Eram verdadeiras cooperativas de proteção baseadas em suporte mútuo em caso de perigo, incluindo ajuda armada contra saqueadores. Os mercadores sempre poderiam escolher entre lutar pelos seus companheiros quando necessário, ou abandoná-los. Neste último caso optariam também pela perda de sua própria proteção, já que se um dia fossem atacados não poderiam contar com a ajuda da guilda. Assim, a maioria dos mercadores sabia que as cooperativas eram fundamentais para o futuro sucesso dos seus negócios, já que eles não mais estavam sozinhos e essa união de esforços era fundamental (MANGELS, 1999).

A própria comunidade de mercadores assim, conseguiu antecipar uma das principais funções do Estado Moderno: a de prover segurança aos seus membros. Criava-se assim, em certo sentido, uma “*pax mercatoria*”, que apesar de não ser exatamente um benefício público e de não ser capaz de evitar assaltos e saques, ainda assim foi de importância fundamental para a expansão do comércio (MANGELS, 1999).

Para alguns autores o poder dessas organizações era ainda maior: cada uma delas seria como um “pequeno Estado”, com direito até mesmo a poder legislativo e judiciário e capacidade de “vigilar” tanto na paz quanto na guerra. Tinham patrimônio próprio, construído com as contribuições dos associados, além de taxas extraordinárias, multas e pedágios. Sua magistratura seria formada por meio dos *cônsules mercatorum*, com funções políticas, executivas e judiciais (STRENGER, 1996, p. 58).

A existência dessas corporações influenciou para que ocorressem algumas mudanças fundamentais no modo como as negociações eram feitas, pelo menos entre os seus membros. Um dos poucos relatos da época, feito por um clérigo em 1.020 D.C., atesta que os mercadores eram pessoas difíceis e indisciplinadas, que resolviam os seus conflitos não de acordo com a lei, mas com a sua própria vontade e sempre tentando levar vantagem. Não honravam seus compromissos, trapaceavam e se embriagavam constantemente (PERTZ apud MANGELS, 1999).

Nesse contexto, MANGELS conclui que as corporações (ou guildas) representavam para os mercadores muito mais do que apenas uma garantia de segurança. Representavam a oportunidade de reunir-se com seus semelhantes e “confraternizar com muito álcool e piadas sujas”. O que ficou de importante disso tudo, no entanto, foi o fato de que as guildas começaram a criar suas próprias regras e os seus membros, em consequência, a se envolver em negociações não simultâneas. Assim, por exemplo, um mercador da Frísia (antiga província do atual território da Holanda) não negociaria de acordo com as leis da Frísia, mas com as regras da corporação a qual pertencia, independentemente de onde ele estivesse (MANGELS, 1999).

No entanto, o próprio autor, ao citar ainda o mesmo clérigo que faz esse relato, dá o exemplo de uma corporação que teria recebido uma espécie de “alvará imperial”, dando-lhes permissão para resolver os conflitos de acordo com as suas próprias regras⁹. Para ele, os

⁹ Alpert wrote that the Tielers claimed to have received an imperial charter that allowed them to settle disputes according to their own rules. This may well have been the case: Occasionally, medieval rulers granted so-called immunities, thereby exempting certain of their subjects from normal jurisdiction (KROESCHELL apud MANGELS, 1999)

legisladores medievais ocasionalmente concediam essas “imunidades”, isentando determinados assuntos da jurisdição tradicional (MANGELS, 1999).

Em suas palavras, porém, isso não implicaria dizer que as regras nessas corporações tenham provindo de alguma autoridade feudal. Os legisladores feudais teriam concedido privilégios ou imunidades, mas não teriam agido deliberadamente para instituir um corpo de leis paralelas – elas teriam surgido espontaneamente. Dentro das corporações da época, a emergência de novas instituições teria se dado de forma muito parecida com a maneira como a moderna *Lex Mercatoria* e as instituições das associações comerciais atuais se desenvolvem. A diferença, no entanto, estaria na questão funcional: enquanto as atuais associações não servem para dar suporte armado e sim para superar problemas surgidos das diferenças entre as diversas jurisdições estatais, suplantando muitas vezes esses ordenamentos, as corporações medievais complementavam as leis existentes, já que essas últimas raramente dispunham sobre o comércio (MANGELS, 1999).

Para MANGELS, as guildas conseguiram avançar muito em seu objetivo de garantir segurança aos seus membros. Tanto que, depois de algum tempo, os mercadores começaram a visitar as feiras com certa regularidade e fazer negócios de longo prazo, inclusive com pessoas comuns, que não participavam de nenhuma corporação. Esses últimos, no entanto, eram extremamente raros. A maior parte das negociações de longo prazo se dava mesmo entre os membros das corporações (MANGELS, 1999).

Ainda na visão do doutrinador, avançaram também as instituições criadas pelas guildas, que passaram a se estender a novas situações de conflito, à medida que iam surgindo. Até porque, a partir do século XI, as transações passaram a ser feitas não apenas entre membros de uma mesma corporação, mas entre membros de organizações distintas e também com não membros (MANGELS, 1999).

Um ponto importante levantado pelo autor diz respeito a coercibilidade das regras criadas dentro das corporações. Usualmente, os membros de uma corporação resolviam suas divergências com as suas próprias regras, sem recorrer às jurisdições feudais ou eclesiásticas. A sanção mais rigorosa que poderia ser aplicada em decorrência da violação de alguma das suas instituições era a expulsão. Não obstante, a maioria das regras não parece ter sido ligada a nenhum tipo de coerção. Na verdade, se o comerciante não fosse excluído ele era condenado a pagar uma multa e preferia pagá-la porque ser excluído significaria grandes perdas (MANGELS, 1999).

Além disso, foi sendo construída entre os mercadores uma relação de confiança baseada na boa reputação, pois ninguém estaria interessado em negociar com alguém que não fosse confiável. Assim, a perda da reputação em si já constituía um tipo de sanção, na medida em que significaria perda de oportunidades e a perda da segurança (MANGELS, 1999).

Já quanto aos não membros que desrespeitassem alguma regra da corporação ou algum de seus membros, estes seriam tratados como inimigos de todos. Além disso, a sanção de expulsão também pode ter sido adotada nas operações entre corporações distintas (MANGELS, 1999).

Não obstante o contato entre membros de diferentes corporações ter sido menos usual, há relatos de que no século XII teriam sido formadas associações de guildas de 17 cidades das regiões da Toscana, Lombardia, Flandres, Champagne, Picardy, Hainault, Ponthieu, e também por mercadores romanos que visitavam a França. A partir desse intercâmbio teriam se formado as primeiras “cortes arbitrais”, com os próprios mercadores atuando como juízes (MANGELS, 1999).

Por outro lado, na visão de MANGELS a situação mudava bastante quando se tratava de negociações não simultâneas entre mercadores e não mercadores. Os relatos que traz à tona em seu texto sugerem que esse tipo de conflito, quando era resolvido, o era pelas cortes feudais ou eclesiásticas (MANGELS, 1999).

A partir do século XII, no entanto, esse problema teria se resolvido com o surgimento das cidades, que eram, segundo o autor, verdadeiros “proto-estados”, ou seja, organizações políticas autônomas desenvolvidas a partir de centros administrativos feudais ou eclesiásticos, dotadas de mecanismos de coação e que foram, gradualmente, substituindo as corporações de mercadores, já que começaram a legislar sobre o comércio (MANGELS, 1999).

O autor admite que as instituições desenvolvidas autonomamente pelos mercadores foram suplantadas pelas leis urbanas da Alta Idade Média, que podiam variar consideravelmente de cidade para cidade, mas, em geral, conferiam aos mercadores liberdade para transitar e firmar contratos, além de assegurar proteção para eles e suas mercadorias (*king's Peace*).

O lugar onde os mercadores podiam desfrutar desses privilégios eram os mercados. Antes eles podiam viajar com segurança devido à proteção concedida pelas corporações, mas não ficavam muito tempo nos seus destinos. Com os mercados, porém, os mercadores foram encorajados a permanecer nas cidades, já que estas lhes conferiam proteção adicional (MANGELS, 1999).

Os mercados começaram a se tornar, então, permanentemente habitados e os privilégios foram ampliados para todos os mercadores que por ali negociavam, e não mais apenas aos membros das corporações. Aos mercadores era garantido o direito de isenção de alguns impostos e também de alguns trâmites jurisdicionais. Esse grupo de direitos garantido aos mercadores, que os distinguiu do resto da população, é chamado atualmente de *ius mercatorum* por alguns doutrinadores (MANGELS, 1999).

Por todos os lugares o *ius mercatorum* foi sendo incorporado à legislação das cidades. Tal, no entanto, não foi feito de forma igualitária para todos os mercadores: os comerciantes locais geralmente levavam vantagem em relação aos comerciantes provenientes de outras localidades¹⁰. Esses sistemas legais foram os primeiros desde a Antiguidade na Europa a adotar o critério territorial ao invés do critério pessoal.

Em muitas cidades foram estabelecidas cortes especiais para a resolução de disputas envolvendo mercadores. Estas eram nada mais do que as cortes habituais que adotavam, porém, um procedimento mais célere e de cuja decisão não se podia apelar. Na Inglaterra eram chamadas de “*Piepowder courts*” por se destinarem aos mercadores, que, em sua maioria eram itinerantes. Isso porque a expressão “*Piepowder*” vem do latim “*pede pulverosus*” e significa, numa tradução literal, “pés empoeirados” (SOANE, 1847, p.161). Havia também as chamadas “*Half tongue juries*”, cortes constituídas, meio a meio, por mercadores locais e mercadores de outras localidades (SCHIMITTHOFF, 1968, p.106).

Essas cortes são frequentemente comparadas aos tribunais arbitrais da atualidade e se destacavam na época pela possibilidade de aplicar punições não apenas ao mercador que infringisse as regras, mas a todos os mercadores provenientes da mesma localidade, caso não fosse possível localizar o infrator (MANGELS, 1999).

1.4 A *Lex Mercatoria* pós-medieval

As teorias pós-medievais são, como se verá adiante, as grande responsáveis pela construção do mito da existência de uma “herança histórica” para a *Lex Mercatoria*. Essas teorias surgiram principalmente entre as décadas de 1960 e 1990 e têm em Berthold Goldman e Clive Schmitthoff dois de seus grandes expoentes. Ambos foram bastante influenciados pelo contexto histórico em que viviam: enquanto Schmitthoff estava preocupado com a

¹⁰ Em Lubeck, importante cidade mercantil da Europa Medieval, uma de suas codificações, datada do século XIII, determinava, por exemplo, que nenhum forasteiro poderia apresentar provas contra um mercador local; por outro lado, qualquer mercador local poderia apresentar provas contra um forasteiro (MANGELS, 1999).

Guerra Fria e com o contraste entre o direito positivo e o *Common Law*, Goldman estava interessado nos conflitos pós-coloniais entre Hemisfério Norte e Hemisfério Sul (HATZIMIHAİL, 2008, p.182).

Tanto Goldman quanto Schmitthoff, embora apresentassem visões um pouco distintas do tema, foram levados a criar suas teorias muito mais por razões práticas do que teóricas e talvez por isso mesmo tenham tentado fundamentar suas ideias em conclusões acerca de fatos históricos hoje bastante contestados.

De acordo com Goldman, já há algum tempo, antes mesmo do início da década de 1960, a comunidade internacional de comerciantes viria lutando contra as restrições das jurisdições nacionais e tentaria criar um sistema autônomo de leis para organizar o comércio internacional. Para o autor, o comércio internacional seria independente das legislações nacionais, já que a maioria dos negócios internacionais já não seria mais regulada por ordenamentos estatais (GOLDMAN, 1964, p.181).

Naquela época, os advogados ocidentais tendiam a atribuir ao Direito já existente nas metrópoles uma certa neutralidade. Havia também grande tendência entre os juristas da época de afirmar a existência de um direito “comum” aos hemisférios Norte e Sul, dirigindo as transações do comércio internacional. Como o período de descolonização ficou caracterizado por muitas disputas políticas e econômicas, a utilização do direito estatal poderia ser vista como prejudicial ao interesse das partes (HATZIMIHAİL, 2008, p.182).

Para Goldman, essas normas da *Lex Mercatoria* teriam origem privada e espontânea, e se apresentariam em constante e rápido crescimento pois estariam, já na década de 1960, adquirindo sua própria estrutura (HATZIMIHAİL, 2008, p.182). Quanto à natureza jurídica, para ele as normas da *Lex Mercatoria* englobariam todo o conjunto de relações econômicas internacionais. Ou seja, as relações internacionais de troca das quais fossem parte: de um lado, uma empresa privada ou uma empresa pública atuando como privada; e, de outro lado, uma empresa de mesma natureza, ou uma pessoa jurídica de direito público (como, v.g., uma organização internacional), ou ainda um Estado ou coletividade pública subordinada (MAZZUOLI, 2003, p.42).

Já quanto às origens da *Lex Mercatoria* defendidas por Goldman, o autor dá enfoque principalmente aos laudos arbitrais. O próprio Goldman, devido à sua atuação em tribunais arbitrais, acabou dando a sua contribuição para isso: um exemplo que era inicialmente deixado de lado pelos seus discípulos, mas que em estudos recentes foi “redescoberto” e colocado como uma parte importante da genealogia da Nova *Lex Mercatoria*, é uma pequena

nota escrita durante a crise de *Suez*, em que o autor classifica a *Suez Company* como uma entidade legal verdadeiramente internacional, a despeito de outras entidades muito mais “nacionais” do que “regionais” (HATZIMIHAIL, 2008, p.182).

Com efeito, segundo BERGER (2010, p.1-2)., talvez as teorias da *Nova Lex Mercatoria* nunca tivessem existido sem a crise de *Suez*. Foi durante a crise que Goldman escreveu um artigo no periódico francês “*Le Monde*”, argumentando que a *Suez Company*, conquanto pudesse ser considerada uma pessoa jurídica de direito privado, não era nem egípcia, nem inglesa, nem francesa e nem multinacional. Tendo em vista a sua peculiar estrutura de capital, organização e os efeitos globais de sua atividade empresária, Goldman compara-a ao Banco Mundial e à Cruz Vermelha, e caracteriza a companhia como uma sociedade internacional diretamente relevante para a ordem jurídica internacional.

Assim é que Goldman construiu sua teoria. Na visão de HATZIMIHAIL (2008, p.183), lançar as bases do caráter jurídico da *Lex Mercatoria* sem dar espaço a dúvidas foi apenas o primeiro passo de Goldman. Após isso, o autor passou anos tentando fundamentar sua genealogia e em seus últimos trabalhos, passou a insistir na ideia de que a *Lex Mercatoria* estaria adquirindo características típicas de um sistema jurídico ou ordem legal, tais como: a especificidade das normas e do grupo social a que ela se destina; a percepção dessas normas como um todo; e a existência de órgãos capazes de aplica-las

Já Schimithoff, como autor, foi muito mais pragmático do que acadêmico. Suas contribuições sobre o tema foram, em sua maior parte, indiretas. Sua primeira referência à *Lex Mercatoria* se deu no contexto bipolar da Guerra Fria. E isso é bastante perceptível na Conferência de Londres sobre as fontes do Direito Comercial Internacional. Ali a posição de Schimithoff estava visivelmente influenciada por esse cenário ideológico. Para o autor, tal conjuntura política de divisão entre Ocidente e Oriente teria “envenenado” as teorias nacionais do direito privado (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.176).

Nesse sentido, Schimithoff atribui ao tema um caráter instrumental, pois ele achava que o Direito do Comércio Internacional poderia funcionar como uma ponte entre os dois lados. Ele notou que a chamada “*Lex Mercatoria*” moderna era praticamente a mesma em todos os países do mundo, independentemente da posição econômica (se economia de livre mercado ou não) e da herança jurídica (se proveniente do sistema Anglo-saxônico ou Romano-germânico) (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.176).

Foi o caráter universal do direito do comércio internacional o responsável por fazê-lo perceber que uma *Nova Lex Mercatoria* estava se desenvolvendo, porém, de maneira distinta,

já que agora não necessariamente faria parte dos ordenamentos jurídicos nacionais. Para ele, essa *Lex Mercatoria* era um “fenômeno totalmente novo” e, para entendê-la, ter-se-ia que visualizar o passado dessa *Lex Mercatoria* - como ela havia sido na Idade Média e como provavelmente voltaria a ser na Idade Contemporânea: complexa, assistemática e multiforme, com muito vigor, realismo e originalidade (SCHIMITTHOFF, 1968, p.112).

No que respeita às fontes dessa Nova *Lex Mercatoria*, para Schimitthoff elas seriam essencialmente duas: a legislação internacional e o costume comercial internacional. Para ele, tanto a unificação regional quanto as legislações nacionais poderiam até atrasar o projeto de unificação global do direito comercial internacional, porém, um sucesso parcial em nível nacional ou regional seria melhor do que o insucesso total (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.176).

Além de Goldman e Schimitthoff, outros doutrinadores, que serão estudados no terceiro capítulo deste trabalho, contribuíram para a construção de desenvolvimento dessas teorias da *Lex Mercatoria* que, em sua grande parte, foram as maiores responsáveis pelo surgimento do tema em questão.

1.5 O surgimento de uma Novíssima *Lex Mercatoria*

Já no final da década de 1990 e início da década de 2000 surgiram as novas e mais atuais teorias sobre a *Lex Mercatoria*. Influenciadas pelas novas teorias do Direito, que questionam as antigas visões kelsenianas e hartianas do Direito necessariamente subordinado à figura do Estado, essas teorias, representadas pelas ideias vanguardistas de Gunter Teubner e Ralph Michaels, apresentam não apenas uma nova visão sobre o tema, mas questionam tudo o que foi desenvolvido a respeito até então.

De fato, conquanto não façam uma investigação muito detalhada do que realmente a *Lex Mercatoria* seria constituída, essas novas formas de pensá-la partem do pressuposto de sua existência dentro de um contexto sistemático, em que o Direito é enxergado apenas como mais um dos inúmeros sistemas que compõem a realidade social.

Nesse contexto, Gunter Teubner aponta os processos de globalização como principais desconstrutores da estrutura hierárquica das normas legais. Ele argumenta que o pluralismo jurídico não é mais apenas uma corrente da Sociologia Jurídica, mas uma decorrência da realidade, que desafia as antigas visões do Direito.

De acordo com a sua teoria, as normas oriundas de regimes privados tem sido tradicionalmente subjugadas pela moldura hierárquica das constituições nacionais. Quando

essa moldura se rompe, uma nova moldura heterárquica, que abarque também essas normas, passa a ser necessária (TEUBNER, 2002, p.199).

E é aí que se pode visualizar claramente, para o autor, a *Lex Mercatoria*. O Direito Econômico Global seria apenas parte do sistema do Direito com um “centro” subdesenvolvido e uma “periferia” altamente desenvolvida. A *Lex Mercatoria*, então, representaria a parte do Direito Econômico Global que opera na periferia em direto acoplamento estrutural tanto com as transações econômicas quanto com as organizações econômicas globais (TEUBNER, 1997, p.10).. E conquanto essa noção, a priori, aparente ser um tanto complexa, ela será apresentada com maior profundidade no capítulo deste trabalho dedicado às Novíssimas teorias da *Lex Mercatoria*.

Pode-se adiantar, no entanto, que Teubner enxerga o tema sob um ponto de vista completamente novo na seara do Direito Internacional e, mais precisamente, do Direito Comercial Internacional (ou Global, como prefere o autor). De fato, ele identifica numerosos fenômenos dentro do Direito Comercial Global que - de acordo com as teorias positivistas tradicionais - teriam um evidente fundamento nacional e internacional. A exemplo, têm-se as tentativas de unificação e harmonização da legislação comercial por tratados internacionais, bem como por agências nacionais e ainda os tribunais, que tentam adaptar sua legislação local às exigências mundiais. A *Lex Mercatoria Propria*, ou apenas *Lex Mercatoria*, no entanto, seria um fenômeno completamente novo já que constitui-se o caso mais difícil de produção pluralista do Direito em base não-política e não-nacional.

Teubner argumenta que a *Lex Mercatoria*, na verdade, deve mesmo pertencer à pluralidade fragmentada de discursos jurídicos, independentemente se o foco desse discurso é composto pelo Direito estatal ou por normas de justiça privada que representam apenas parte do processo dinâmico de constituição mútua de ações e estruturas na área social, de modo global. Afinal, para o autor, não é o Direito dos Estados-Nação que pode determinar a natureza nacional ou global da *Lex Mercatoria*, mas uma representação simbólica das pretensões de validade. Nesse sentido, não é nem a estrutura e nem a função, mas o código binário que vai definir o que é *lex proprium*, seja no âmbito local ou global do Pluralismo Jurídico (TEUBNER, 1997, p.11).

Já o professor Ralph Michaels, assim como Teubner, também se utiliza do Pluralismo Jurídico para desconstruir boa parte das antigas teorias da *Lex Mercatoria* e criticar a sua suposta genealogia, sugerindo que o fenômeno jurídico vivido nos dias atuais é completamente distinto daquelas expressões históricas do comércio realizado anteriormente

entre povos distintos. Para ele, a tradicional dicotomia entre a existência de um Direito a-nacional em verdadeira contraposição a um Direito Estatal, é falsa. Segundo Michaels, embora uma *Lex Mercatoria* a-nacional pudesse existir em teoria, a verdadeira *Lex Mercatoria*, a cuja ascensão estamos atualmente assistindo, não seria essa espécie de Direito a-nacional. Ao contrário, seria um emergente Direito Comercial Global que combina livremente tanto elementos dos ordenamentos nacionais, quanto elementos não nacionais, dentro da estrutura sistemática proposta por Luhmann.

E esse Direito transnacional representaria um desafio ainda maior que a ideia de um Direito a-nacional para os doutrinadores tradicionais, necessariamente vinculados à figura do Estado-Nação. Afinal, ele torna a velha dicotomia Direito a-nacional x Direito estatal que permeia o debate sobre a *Lex Mercatoria* simplesmente irrelevante, pois, de acordo com Michaels, consegue transcendê-la. A verdadeira *Lex Mercatoria* marca a passagem, no Direito Global, de uma distinção segmentar para uma distinção funcional. É o Direito além do Estado, e não sem ele (MICHAELS, 2007, p.448).

Percebe-se, pois, tanto a partir dessas breves considerações a respeito das novíssimas teorias da *Lex Mercatoria* - que serão desenvolvidas em momento oportuno, ao longo deste trabalho – quanto a partir das considerações feitas a respeito de outras teorias, que o tema é amplo e o debate bastante enriquecedor.

CAPÍTULO II

AS ANTIGAS TEORIAS DE UMA NOVA *LEX MERCATORIA*

2.1 Linhas iniciais

Uma vez que a existência, definição e objetivos da *Lex Mercatoria* são temas muito controversos, inúmeras teorias foram formuladas a esse respeito. Apesar de a bibliografia em português ser escassa, a literatura jurídica internacional contempla muitos artigos e livros sobre a *Lex Mercatoria*, que apresentam as diversas correntes surgidas, principalmente, ao longo dos últimos sessenta anos.

As teorias sobre a *Lex Mercatoria*, conquanto bastante complexas e distintas em suas características, podem ser agrupadas basicamente em duas correntes: as que defendem a existência de uma *Lex Mercatoria* e as que criticam essa possibilidade. Para os fins deste trabalho, serão abordadas apenas as mais importantes, ou seja, aquelas que melhor demonstram as divergências e convergências. Alerta-se, contudo, para a possível existência de outras teorias menos conhecidas ou com poucas variações em relação as que serão apresentadas.

Para partes que não desejam ter o seu contrato regido pela jurisdição de seus países, mas sim unicamente pela autonomia da vontade, que lhes permita escolher um tribunal arbitral ou outro ordenamento jurídico, alguns países como Suíça, Holanda e França já permitem explicitamente a possibilidade de adoção de normas não necessariamente ligadas a uma jurisdição nacional em controvérsias internacionais (GRIGERA NAÓN, 1982, p.89).

Essa alternativa, como se verá adiante, para alguns autores, pode ser considerada como a possibilidade de aplicação da *Lex Mercatoria*. Isso porque, a doutrina francesa tem interpretado (e a jurisprudência tem reiterado) o termo “*règles du droit*”, inserto no artigo 1496 do novo Código de Processo Civil Francês, como um permissivo para essa aplicação (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN; 1996, p.814). Já no que tange à legislação holandesa, por exemplo, o legislador é bastante explícito ao colocar a *Lex Mercatoria* como um dos possíveis significados do termo “*règles du droit*”, da lei de arbitragem holandesa.

Para os mais árdios defensores da *Lex Mercatoria* os ordenamentos nacionais já não desempenham mais um papel de destaque na resolução de controvérsias no âmbito do comércio internacional. O direito aplicável nesses casos já emanaria eminentemente da

autonomia da vontade, que tem eleito principalmente organizações multinacionais, como, por exemplo, as câmaras internacionais de arbitragem. De fato, até os críticos admitem que as regras criadas espontaneamente pela comunidade internacional de comerciantes¹¹ têm frequentemente substituído as leis nacionais nos contratos internacionais (STEIN apud CORDES, 2003).

Essa “aceitação universal”, segundo as teorias que defendem a *Lex Mercatoria*, se deveria ao fato de que essas regras, além de ser as mesmas ao redor do mundo, ainda são mais completas, flexíveis e adaptadas às necessidades do comércio internacional.

2.2 Berthold Goldman

Goldman é um dos grandes teóricos da *Lex Mercatoria*. Como apontado no capítulo anterior, ele foi buscar para a *Lex Mercatoria* uma genealogia que vai desde a Era Contemporânea até a Roma Antiga, cujo *ius gentium* ele chamou de “ilustre precursor”. De acordo com ele, já há algum tempo a comunidade internacional de comerciantes vem lutando contra as restrições das jurisdições nacionais e tentando criar um sistema autônomo de leis para organizar o comércio internacional. Para o autor, o comércio internacional é independente das legislações nacionais, já que a maioria dos negócios internacionais não é regulada por ordenamentos estatais (GOLDMAN, 1964, p.181).

Essa visão de Goldman, que será aprofundada mais adiante, foi bastante influenciada pela sua formação. Professor e advogado, sua área de maior interesse era a arbitragem comercial internacional. Foi atuando nesse ramo que ele adquiriu, naquele meio, a reputação de “Grand Old Man”¹² (HATZIMIHAIL, 2008, p.182).

Para Hatzimihail, Goldman provavelmente foi motivado a criar a teoria da *lex Mercatoria* como sistema legal por razões práticas e teóricas. Ele estava muito menos preocupado do que Schmitthoff com a Guerra Fria ou o contraste entre o direito positivo e o *common law*. Não obstante, ele estava bastante interessado nos conflitos pós-coloniais entre Norte e Sul (HATZIMIHAIL, 2008, p.182).

¹¹ A doutrina em língua inglesa ainda se utiliza do termo “merchants”. Como a tradução desse termo para o português seria “mercadores”, optou-se aqui pelo termo “comerciantes”, mais correlato com o Direito Comercial Internacional.

¹² “Grand Old Man” é uma pessoa muito respeitada, que foi, durante muitos anos, a mais importante figura (ou uma das mais) de determinada área do conhecimento. Para ver a definição completa, acesse: [http://dictionary.reference.com/browse/grand old man](http://dictionary.reference.com/browse/grand%20old%20man).

Naquela época, havia uma notável tendência nos advogados do Ocidente em defender a neutralidade do direito já existente nas metrópoles, bem como de afirmar a existência de um direito “comum” aos hemisférios Norte e Sul, dirigindo as transações do comércio internacional. Além disso, o período de descolonização foi marcado por muitas disputas políticas e econômicas e a utilização do direito estatal poderia ser vista como prejudicial ao interesse das partes (HATZIMIHAÏL, 2008, p.182).

O trabalho de Goldman considerado como um dos responsáveis pelo “nascimento” da Nova *Lex Mercatoria*, o artigo *Frontières du droit et lex mercatória*, foi publicado na França, no anuário de teoria do Direito “*Archives de Philosophie du Droit*”, em sua edição nº 09. Nesse texto, Goldman define a *Lex Mercatoria* e a defende como fonte do direito, afirmando que cada uma de suas normas é uma norma legal por si própria (GOLDMAN, 1964, p.189).

Ele enfatiza a origem privada e espontânea dessas normas da *Lex Mercatoria*, que se apresentam em constante crescimento e vão adquirindo sua própria estrutura (HATZIMIHAÏL, 2008, p.182). Para ele, as normas da *Lex Mercatoria* englobam todo o conjunto de relações econômicas internacionais, ou, em outros termos, as relações internacionais de troca das quais sejam parte: de um lado, uma empresa privada ou uma empresa pública atuando como privada; e, de outro lado, uma empresa de mesma natureza, ou uma pessoa jurídica de direito público (como, v.g., uma organização internacional), ou ainda um Estado ou coletividade pública subordinada (MAZZUOLI, 2003, p.42).

Na obra coletiva *Traité de l'arbitrage international* ele propõe uma definição para o tema e afirma ser uma criação fundamentalmente doutrinária que abrange os usos e costumes do comércio internacional (as práticas usualmente seguidas nesse ramo do comércio) e as normas transnacionais (todas as normas que não emanam de um sistema jurídico nacional) (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 818).

O doutrinador era adepto de uma teoria mais restrita da *Lex Mercatoria*. Ele critica a visão de alguns autores, que, para ele, alargaram demais a definição da *Lex Mercatoria*. Dentre eles está Clive Schmitthoff, ao qual Goldman acusa de dar ao tema uma concepção muito ampla. Para ele, a *Lex Mercatoria* não pode estar inserida nos ordenamentos jurídicos dos países, pois a sua natureza espontânea é essencial: ela seria, então composta de normas *ad hoc* transnacionais e de natureza costumeira e espontânea. Assim, ele automaticamente exclui qualquer fonte estatal ou interestatal (GOLDMAN, 1987, p.14).

Ou seja, para Goldman essas relações escapariam à influência do direito positivado nos ordenamentos jurídicos estatais, incluídas aí quaisquer tentativas de incorporação das

normas costumeiras do comércio por esses mesmos ordenamentos, uma vez que a *Lex Mercatoria* seria regida por normas de origem profissional, ou regras costumeiras e princípios internacionais, inseridos principalmente nos laudos arbitrais (MAZZUOLI, 2003, p.42).

O doutrinador também definiu a *Lex Mercatoria* como um sistema legal incompleto. Em seus trabalhos mais recentes, ele se refere a ela como um sistema legal autônomo que se desenvolveu de maneira independente dos ordenamentos nacionais. Os comerciantes se sentem obrigados a observar os usos e costumes do comércio internacional da mesma forma que eles se sentem obrigados a observar os ordenamentos nacionais. Devido a isso, os usos e costumes do comércio internacional e, conseqüentemente, suas normas, são apenas mais uma fonte formal do Direito e têm tanta efetividade quanto os ordenamentos nacionais (GOLDMAN, 1983, p.8).

As origens da *Lex Mercatoria* defendidas por Goldman podem ser direcionadas principalmente para os laudos arbitrais. O próprio Goldman, devido à sua atuação em tribunais arbitrais, acabou dando a sua contribuição para isso: um exemplo que era originalmente deixado de lado pelos seus discípulos, mas que recentemente foi “redescoberto” e colocado como uma parte importante da genealogia da Nova *Lex Mercatoria*, é uma pequena nota escrita durante a crise de Suez¹³, que coloca a Suez Company como uma entidade legal verdadeiramente internacional, a despeito de outras entidades muito mais “nacionais” do que “regionais” (HATZIMIHAL, 2008, p.182).

De fato, para BERGER, talvez as teorias da Nova *Lex Mercatoria* nunca tivessem existido sem a crise de Suez. É que durante a crise, Goldman escreveu um artigo no periódico francês “Le Monde”, arguindo que a Suez Company, embora pudesse ser considerada uma pessoa jurídica de direito privado, não era nem egípcia, nem inglesa, nem francesa e nem multinacional. Devido a sua particular estrutura de capital, organização e os efeitos globais de sua atividade empresária, Goldman compara-a ao Banco Mundial e à Cruz Vermelha, e caracteriza a companhia como uma sociedade internacional diretamente relevante para a ordem jurídica internacional (BERGER, 2010, p.1-2).

Essa visão de Goldman só foi possível devido à sua experiência com a arbitragem internacional. Para ele, a arbitragem é usada para alcançar resultados justos sem limitar os árbitros às legislações nacionais. Limites há, porém, quanto a decisões arbitrárias, já que a *Lex Mercatoria* é um sistema legal com normas que deverão ser observadas pelos árbitros. Nenhuma parte se submeteria a uma corte que baseasse os seus laudos em decisões arbitrárias,

¹³ Sobre a Crise de Suez, ver: THOMAS, Hugh. O caso Suez. Lisboa: Ulisseia, 1967.

que fugissem às normas estabelecidas pelos usos e costumes dos mercadores (GOLDMAN, 1983, p.18).

Para HATZIMIHAIL, edificar o caráter jurídico da *Lex Mercatoria* sem dar espaço a dúvidas foi apenas o primeiro passo de Goldman. Em seus últimos trabalhos, ele insiste na ideia de que a *Lex Mercatoria* estaria adquirindo características típicas de um sistema jurídico ou ordem legal, tais como: a especificidade das normas que a compõem, bem como do grupo social a que ela se destina; a percepção dessas normas como um todo; e a existência de órgãos capazes de aplica-las (HATZIMIHAIL, 2008, p.183).

2.2.1 As raízes históricas da Nova *Lex Mercatoria* segundo Goldman

Numa narrativa cíclica, a ideia chave tem sempre os seus dias de glória. Depois, por fatores intrínsecos ou extrínsecos, vem o declínio, que pode ser seguido por um retorno triunfal (HATZIMIHAIL, 2008, p.183). A narrativa cíclica de Goldman, não só é posta nesses termos, como também pode parecer, a um leitor desavisado, um simples romance literário¹⁴. É que para ele, a *Lex Mercatoria* é uma respeitável senhora que por duas vezes desapareceu da face da terra e por duas vezes foi ressuscitada e a sua principal preocupação seria justamente os problemas da adolescência pelos quais agora ela estaria passando¹⁵ (GOLDMAN, 1983, p.3).

Na romântica versão de Goldman, ao contrário da maioria dos doutrinadores, não é o período medieval que chama a atenção, mas o *ius gentium* romano – ele dedica mais espaço em sua narrativa ao direito romano do que ao subsequente declínio e posterior renascimento da *Lex Mercatoria*. Como já mencionado no capítulo anterior, ele chama o *ius gentium* romano de “ilustre precursor” da *Lex Mercatoria* (GOLDMAN, 1979, p.475).

E ao falar do *ius gentium*, Goldman traz a noção de um sistema de direito internacional privado muito mais antigo e distinto da tradicional “escolha da lei”¹⁶. Ele também se interessa pelas influências que esse corpo de leis exerceu sobre o direito natural, mas, o que realmente

¹⁴ A palavra “simples” aqui não tem sentido pejorativo, é apenas uma figura de linguagem. Ao contrário, muitos romances literários conseguem ser mais complexos do que muitas teorias científicas.

¹⁵ “*Lex mercatoria* is a venerable old lady who has twice disappeared from the face of the earth and twice been resuscitated. At the present moment, she still must content with some growth pains ordinarily associated with youth. My topic today is principally these problems of adolescence which *lex mercatoria* is currently confronting.”

¹⁶ O termo em inglês, bastante utilizado pela doutrina, é “*choice of law*” e não encontra correspondente em português. Porém, significa, basicamente, o processo de escolha da lei aplicável quando há conflito de leis.

lhe chama a atenção no direito romano é a recepção do costume internacional no “direito comercial” (HATZIMIHAİL, 2008, p.185).

Para ele, o *praetor peregrinus* é um exemplo de autoridade romana que sem dúvidas sofreu influências dos costumes do comércio internacional e, posteriormente, dos elementos menos formalistas do próprio direito romano (GOLDMAN, 1983, p.3). Porém, apesar da certeza do autor, há muito mais especulações do que evidências históricas do que realmente tenha sido o *ius gentium* (HATZIMIHAİL, 2008, p.185). Talvez até em virtude disso o foco de Goldman seja no corpo de leis em si mesmo já que aqui o autor não faz qualquer menção a respeito dos mercadores ou de quaisquer outros juristas. De fato, o *ius gentium* é apresentado por Goldman como uma fonte de direito formal e autônoma (HATZIMIHAİL, 2008, p.185).

Para o autor, as circunstâncias políticas que determinaram a queda do Império Romano e, conseqüentemente, do seu sistema legal, e, além disso, a desintegração das relações econômicas internacionais, marcaram a primeira morte da *Lex Mercatoria*. Seu renascimento, segundo Goldman, só viria mais tarde, através de algumas manifestações em diferentes lugares e sob diferentes denominações: a *Ley Merchant*, na Inglaterra; o *droit de fores*, na França; o *ius mercatorum* na Itália; e ainda os usos e costumes comerciais codificados na França por Jacques Savary, no final do século XVII, e cinquenta anos depois, pelo seu filho (HATZIMIHAİL, 2008, p.185).

De fato, Goldman, ao se referir ao período medieval da *Lex Mercatoria*, coloca-a como um fenômeno isolado, manifestado de maneira distinta e em diferentes lugares. E, diferentemente de outros autores, como Schmitthoff, por exemplo, não faz qualquer menção à figura dos mercadores. O direito, nesse caso, apareceria de maneira completamente espontânea (HATZIMIHAİL, 2008, p.186).

Logo após esse período de breve ressuscitação da *Lex Mercatoria*, teria havido outro de hibernação. Para HATZIMIHAİL, essa figura de linguagem utilizada pelo autor, “hibernação”, pode indicar uma mudança sutil em relação às “mortes” anteriores da *Lex Mercatoria*. Não obstante, enfatiza simultaneamente tanto o perigo de uma nova “morte” quanto a sua sobrevivência através do tempo. Nesse âmbito, o autor faz ainda uma comparação entre o que acontecia no Império Romano – a unificação legal e a construção de um caráter nacional como aquele iniciado pela Constituição de Caracalla; com o que acontece hoje – a destruição da comunidade legal pela progressiva afirmação do poder individual dos Estados. O grande rival dos tempos modernos seria o Leviatã de Thomas Hobbes, e não as nações em si (HATZIMIHAİL, 2008, p.186).

Ou seja, o que Schmitthoff irá inserir em uma narrativa progressiva – o surgimento do Estado-nação, Goldman coloca como um exemplo de regressão. Para ele, a emergência do Estado como sinônimo de poder leva a sujeição das relações econômicas internacionais às leis positivadas, que, por sua vez, são regidas por normas colisionais instituídas por cada Estado separadamente para regular os conflitos de leis. Ou seja, mais uma vez, Goldman coloca as normas positivadas em franca oposição à *Lex Mercatoria* (HATZIMIHAIL, 2008, p.187).

A próxima fase no romance de Goldman é a atual, em que juristas do Oriente e do Ocidente repentinamente “descobrem” que a maneira como o comércio internacional é regulado hoje é a mais insatisfatória possível. Nesse sentido, o autor cita o posicionamento de dois juristas: René David e Tudor Popescu. Para ambos, a unificação do direito internacional privado é necessária. Contudo, enquanto David dá grande importância ao direito costumeiro transnacional, espontaneamente criado pela interação dos mercadores no âmbito do comércio internacional, para Popescu, somente os tratados internacionais teriam valor legal (HATZIMIHAIL, 2008, p.187).

Quanto à Goldman, como já mencionado, seu pensamento se alinha ao de David quanto à aceitação do costume internacional como fonte do direito. Já as fontes estatais para ele não seriam admitidas como parte da *Lex Mercatoria*. Na verdade, Goldman estava muito pouco interessado nessas fontes. Ao contrário, ele também dava muito crédito aos princípios gerais do direito e aos princípios do direito internacional, na medida em que estes poderiam ser parte da *Lex Mercatoria*. Aqui, mais uma vez, é necessário ressaltar também que ele dificilmente faz alguma referência explícita aos mercadores como criadores de normas. Não é neles, e sim na arbitragem, que Goldman encontra argumentos para rebater os céticos quando dizem que não existe uma *societas mercatorum*. O “costume” apesar de ser um termo bastante presente aparece sempre em termos muito abstratos (HATZIMIHAIL, 2008, p.187).

2.3 Clive Schmitthoff

Clive Schmitthoff é, junto com Berthold Goldman, um dos maiores doutrinadores da Nova *Lex Mercatoria*. Schmitthoff sempre atuou na área do Direito Comercial e publicou muitos trabalhos acadêmicos sobre o comércio internacional. Além disso, atuou de maneira incisiva na arbitragem comercial internacional, tendo participado de casos célebres do Direito

Internacional Privado, como, por exemplo, o *Barcelona Traction*¹⁷ (HATZIMIHAİL, 2008, p.175).

Como o autor foi muito mais pragmático do que acadêmico, suas contribuições sobre o tema foram, em sua maior parte, indiretas. Sua primeira referência à *Lex Mercatoria* se deu no contexto da Guerra Fria. De fato, na Conferência de Londres sobre as fontes do Direito Comercial Internacional, a posição de Schmitthoff estava claramente influenciada por esse cenário ideológico. Para ele, essa conjuntura política de divisão entre Oriente e Ocidente teria “envenenado” as teorias nacionais do direito privado (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.176).

Ele achava que o Direito do Comércio Internacional poderia funcionar como uma ponte entre os dois lados. Ele notou que a chamada “*Lex Mercatoria*” moderna era praticamente a mesma em todos os países do mundo, independentemente da posição econômica (se economia de livre mercado ou não) e da herança jurídica (se proveniente do sistema Anglo-saxônico ou Romano-germânico) (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.176).

Comparando-se a sua concepção com a de Goldman, pode-se dizer que ela é mais abrangente. Em 1957, quando lecionava na Universidade de Helsinque, ele já apontava que o mundo estaria descobrindo o caráter internacional do Direito Comercial. Para ele, a tendência geral do Direito Comercial era de se distanciar das restrições dos ordenamentos nacionais para trilhar rumo a uma concepção universal do direito do comércio internacional (OSMAN, 1992, p.13).

Esse caráter universal do direito do comércio internacional foi o responsável por fazê-lo perceber que uma *Nova Lex Mercatoria* estava se desenvolvendo, porém, de maneira distinta, já que agora não necessariamente faria parte dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ele chamou essa *Lex Mercatoria* de “*fenômeno totalmente novo*” e disse que para entendê-la ter-se-ia que visualizar essa *Lex Mercatoria* como ela havia sido na Idade Média e voltaria a ser na Idade Contemporânea: não-sistemática, complexa e multiforme, com muito vigor, realismo e originalidade (SCHIMITTHOFF, 1968, p.112).

¹⁷ O caso da companhia Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. Foi instruído perante a Corte Internacional de Justiça e tramitou entre 1962 e 1970. Nele o Governo Belga solicitou perante a Corte reparação por parte do governo Espanhol a danos causados aos seus nacionais, acionistas da companhia canadense Barcelona Traction, que tinha como objeto a criação de um sistema de geração e distribuição de energia na Catalunha, Espanha. Ver: http://www.cedin.com.br/site/pdf/jurisprudencia/pdf_cij/casos_conteciosos_1962.pdf ou <http://ita.law.uvic.ca/documents/ICJ-BarcelonaSecondDecision.pdf>.

Para o autor, essa Nova *Lex Mercatoria* teria força coercitiva mesmo nas cortes nacionais, uma vez que essas regras comerciais já teriam sido incorporadas por muitos ordenamentos jurídicos. Não obstante, os novos atores do comércio internacional estariam se libertando dos limites dos ordenamentos estatais e desenvolvendo um direito comercial com um caráter transnacional (SCHIMITTHOFF apud BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.273).

De acordo com Schimitthoff, essa Nova *Lex Mercatoria* seria baseada em três elementos fundamentais: nos contratos, nas corporações e na arbitragem. Isso porque esses três elementos além de ser comuns a todos os ordenamentos jurídicos, seriam tratados de maneira similar nesses ordenamentos: os contratos são baseados na autonomia da vontade e no princípio do *pacta sunt servanda*; as corporações, por sua vez, se baseiam na ideia de que há um grupo de pessoas autorizado a agir como se fosse uma só pessoa com capacidade jurídica e processual (ficção da personalidade jurídica ou *Rechtssubjekt mit eigener Vermögensfähigkeit*); já a arbitragem internacional é baseada no consenso entre as partes, que concordam em ter as suas controvérsias resolvidas por uma instância não nacional, cujos laudos serão respeitados e cumpridos.

Já quanto às fontes dessa Nova *Lex Mercatoria*, para Schimitthoff elas seriam basicamente duas: a legislação internacional e o costume comercial internacional. Para ele, a unificação regional e as legislações nacionais podem até atrasar o projeto de unificação global do direito comercial internacional, porém, um sucesso parcial em nível nacional ou regional é melhor do que o insucesso total (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.176).

Como se pode ver, a visão de Schimitthoff sobre a *Lex Mercatoria* é mais voltada para o futuro e já ressalta o desejo de unificação do direito internacional privado que futuramente será esboçado por muitos doutrinadores. Não obstante, para ele a ideia de um código comercial internacional global e universalmente aceito, introduzido nos ordenamentos jurídicos de todos países, era não apenas irreal no cenário em que vivia, como também poderia facilmente se transformar em uma “camisa de força” que limitaria a disseminação dos usos e costumes comerciais e poderia reprimir a constante criação da *Lex Mercatoria* (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.177).

Então, para dar maior credibilidade ao seu projeto e defender o seu ponto de vista, conquanto afirmasse ser a *Lex Mercatoria* um “fenômeno completamente novo”, ele sustentou a existência de uma genealogia para o instituto (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.177).

Para tanto ele divide o desenvolvimento do comércio internacional em três fases. A primeira delas teria início na Idade Média através da *Lex Mercatoria*, que ele define como sendo um corpo de regras costumeiras internacionais que direcionavam a comunidade internacional de mercadores através dos portos e das feiras; já a segunda fase se iniciaria com a incorporação da *Lex Mercatoria* nos ordenamentos jurídicos nacionais, processo este que, apesar de universal, teria se dado em vários países em tempos distintos e por diferentes razões; a última fase, por seu turno, seria a fase contemporânea, que apontaria para a unificação do direito comercial internacional em nível internacional (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.178)

2.3.1 A genealogia da *Lex Mercatoria* segundo Schmitthoff

Schmitthoff aponta a *Lex Mercatoria* medieval como um corpo de leis costumeiras internacional, que não seria criada por instituições políticas locais, mas por um grupo de mercadores internacionais bastante cosmopolitas. Essa “Antiga *Lex Mercatoria*” seria totalmente desenvolvida pela comunidade de mercadores e não por advogados ou operadores do direito (SCHIMITTHOFF, 1968, p. 106).

A *Lex Mercatoria* medieval deveria o seu caráter internacional principalmente devido a quatro fatores: o “efeito unificador” do direito praticado nas feiras; a universalidade dos costumes do comércio marítimo; as cortes especiais que cuidavam das disputas comerciais e a atividade dos notários públicos. O direito praticado nas feiras seria, de acordo com o doutrinador, quase tão universal quanto o direito canônico (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.178).

Também universal seriam, segundo ele, os costumes relativos ao comércio marítimo, que, mais uma vez, seriam também produto dos próprios mercadores, sem qualquer intervenção estatal. Esses costumes teriam se originado com os Fenícios e com os Gregos, através da conhecida Lei de Rodes, entre 600 e 800 a.C.. Posteriormente, o *Consolato del Mare* teria se tornado o “código marítimo” do Mediterrâneo e foi disseminado no Atlântico como os julgamentos de Oléron, que se tornaram a base do direito marítimo da Inglaterra (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAİL, 2008, p.178).

Percebe-se que o conceito de *Lex Mercatoria* medieval de Schmitthoff é construído basicamente sobre o costume: o costume do comércio marítimo e o costume internacional dos mercadores. E conquanto o termo “costume” possa parecer um pouco estranho nos dias de

hoje, ainda mais se considerado sob o ponto de vista do direito de raiz romano-germânica, à época do autor ele era bastante aceito como fonte do direito internacionalmente e em muitos países, principalmente os de raiz anglo-saxônica (HATZIMIHAIL, 2008, p.178).

Nesse contexto, a definição legal de costume inclui tanto a prática efetiva ao longo do tempo, quanto a consciência daqueles que seguem uma regra costumeira de que estão obrigados ao seu cumprimento (*opinio iuris*). Na história do Direito, corpos de leis costumeiras foram eventualmente escritos e posteriormente acabaram se transformando em leis positivadas (HATZIMIHAIL, 2008, p.178).

Essa invocação do costume feita por Schmitthoff tem sua explicação na ênfase dada pelo doutrinador ao papel da tão sonhada “comunidade internacional de comerciantes” e a consequente diminuição da importância dos operadores do direito nesse cenário. Em seu entendimento, influenciado pela visão romano-germânica do direito, o costume seria produto de um longo período de prática comercial e também da consciência legal da comunidade. Os operadores do direito teriam vindo apenas depois para conferir forma jurídica ao que já era lei (HATZIMIHAIL, 2008, p.178).

Embora Schmitthoff tenha desenvolvido sua teoria sobre a natureza legal da *Lex Mercatoria* medieval e o processo de produção de muitas de suas normas, ele não se aprofundou nos aspectos sistemáticos dessa *Lex Mercatoria*. Segundo Hatzimihail, mais a frente em seu texto o autor compara a *Lex Mercatoria* medieval com a contemporânea e diz que as suas leis são aleatórias e de procedência casual, mas essas afirmações não são aprofundadas e soam como simples afirmações (HATZIMIHAIL, 2008, p.179).

Já quanto à segunda fase apontada por Schmitthoff, ela teria se dado entre os séculos XVII e XIX d.C., quando a positivação da *Lex Mercatoria* teria se iniciado. Segundo ele essa “*Lex Mercatoria* cosmopolita e universal” teria sido incorporada nos ordenamentos jurídicos de vários Estados. Aqui o conceito chave utilizado pelo autor é a “incorporação”. A *Lex Mercatoria* teria sido incorporada aos ordenamentos nacionais, codificada, e, talvez, devido a tanto, ganhado melhor estruturação e efetividade, o que, para Schmitthoff, foi, ao contrário do que possa parecer, algo positivo (HATZIMIHAIL, 2008, p.179).

Segundo ele, essa incorporação foi universal, apesar de ter se dado em vários países por diferentes razões e em épocas distintas. A exemplo disso, veja-se o Código Comercial Francês de 1807, o Common Law inglês do Lord Mansfield, a unificação germânica do Código Comercial de 1861, entre outros (SCHIMITTHOFF, 1968, p.107).

A incorporação, no entanto, no entendimento do autor, não teria significado “absorção” ou ainda “integração”, pois mesmo nesse período de integração aos ordenamentos nacionais, a *Lex Mercatoria* não teria perdido completamente o seu caráter internacional. Para provar essa afirmação, Schmitthoff coloca lado a lado, deliberadamente, relatos de períodos distintos – com mais de três séculos de distância, apenas para enfatizar a persistência da *Lex Mercatoria* e seu espírito (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAIL, 2008, p.179).

Isso porque o espírito dos mercadores também continuava vivo. Para Schmitthoff, o seu papel na constante criação de regras para a *Lex Mercatoria* continuava o mesmo da Idade Média. A diferença é que agora havia também os ordenamentos nacionais e estes conviviam em harmonia com a prática comercial (HATZIMIHAIL, 2008, p.179-180).

A narração evolutiva de Schmitthoff legitima a síntese entre o direito positivo, os instrumentos intergovernamentais e o costume do comércio internacional. À medida em que o direito comercial positivado cumpria o seu papel, tendo incorporado o costume comercial internacional, então não seria um problema aceita-lo como parte da *Lex Mercatoria*, ainda que ele proviesse de fontes estatais, assim como também não seria um problema defender a pluralidade das instituições criadoras e das fontes produtoras do direito do comércio internacional (HATZIMIHAIL, 2008, p.180)

Por outro lado, a historiografia da *Lex Mercatoria* contada por Schmitthoff também legitima a existência de uma *Lex Mercatoria* autônoma, uma vez que ele tenta passar a ideia de que esta continuou existindo, porém dentro dos ordenamentos jurídicos.

A *Lex Mercatoria* pós-medieval, no entanto, não se esgota na sua incorporação pelos ordenamentos. Ao contrário, ela teria encontrado em sua terceira fase um verdadeiro renascimento, e seria bastante parecida com aquela encontrada na primeira fase de sua cronologia. Para Schmitthoff, estar-se-ia redescobrimdo o caráter internacional do direito comercial e o ciclo finalmente se completava: segundo ele, a tendência geral do direito comercial em todo o mundo seria de se desprender das restrições dos ordenamentos nacionais para uma concepção internacional e universal do direito do comércio internacional (HATZIMIHAIL, 2008, p.180).

Esse ciclo, porém, não assumiria a forma circular já que essa Nova *Lex Mercatoria* resultaria da síntese da primeira e da segunda fase: ela combinaria o caráter não estatal da primeira com o caráter estatal da segunda e ainda o caráter plural da primeira com o sistemático da segunda. Esse moderno direito do comércio internacional não seria um ramo do direito internacional; ele não faria parte do *ius gentium* mas seria aplicado em cada

jurisdição nacional. O moderno direito do comércio internacional não seria de origem aleatória e casual, mas consistiria em normas, práticas e usos expressos em um sem número de textos legais.

A nova *Lex Mercatoria* de Schmitthoff deriva de duas fontes: legislação internacional e costume comercial internacional. Sua narrativa histórica tem como principal objetivo legitimá-las como parte de um coerente sistema. Para tanto, o primeiro passo foi defender a genealogia histórica de um costume comercial internacional autônomo do aparato estatal e fonte produtora de normas. O segundo passo foi legitimar o uso de textos oficiais, que foram introduzidos na narrativa de forma a demonstrar o seu ponto de vista sobre a incorporação e coexistência da prática mercantil com a ação do Estado.

E para aprimorar ainda mais esse efeito a história de *Lex Mercatoria* contada por Schmitthoff é inserta em uma narração evolutiva e progressiva. Cada fase em sua narrativa adiciona mais e mais qualidades a *Lex Mercatoria*, além de expandi-la geograficamente. Todos têm o seu lugar de destaque nessa narrativa: profissionais, juízes visionários, experientes legisladores e, principalmente, a comunidade de mercadores (HATZIMIHAIL, 2008, p.181).

Paradoxalmente¹⁸, Schmitthoff usa a história para descrever e defender a sua visão da moderna *Lex Mercatoria* como um “fenômeno inteiramente novo”. Para ele, essa complexidade é uma questão de princípios, pois um código de direito comercial internacional que almeje ser global e universal poderia se tornar uma camisa de força a impedir o desenvolvimento da *Lex Mercatoria* e essa imagem da *Lex Mercatoria* medieval pode servir como suporte para libertar a moderna *Lex Mercatoria* dos rigores conceituais de um passado imediato e possivelmente também do presente.

A visão de Schmitthoff da *Lex Mercatoria*, assim como qualquer visão doutrinária, pode ser questionada em alguns de seus pontos¹⁹. O primeiro deles seria a questão da já tão debatida genealogia, pois, assim como outros autores, Schmitthoff também falha ao não embasar historicamente a maioria das suas afirmações. Aqui, mais uma vez, parece que a herança histórica é usada apenas para imprimir certa “autoridade” a um “fenômeno completamente novo”.

¹⁸ O termo “paradoxal” aqui se encaixa em relação à narrativa de Schmitthoff e não porque seja contraditório utilizar elementos históricos para justificar um novo fenômeno.

¹⁹ Não se busca com esse trabalho atingir alguma “verdade universal”. Nas ciências humanas, toda teoria pode ser questionada, na medida em que apresenta apenas um ponto de vista, dentre os vários possíveis. Críticas e questionamentos sempre enriquecem o debate.

Além das fragilidades já apontadas no capítulo anterior quanto a essa genealogia, soma-se o fato de Schmitthoff defender, em parte do seu discurso, a sobrevivência de uma *Lex Mercatoria* incorporada aos diversos ordenamentos jurídicos estatais, porém autônoma e advinda da necessidade dos mercadores se libertarem dos limites comuns à maioria das jurisdições. De fato, a incoerência não está em o autor defender uma *Lex Mercatoria* advinda também de fontes estatais, mas no fato de ele defender esse ponto de vista e, por outro lado, dizer que essa *Lex Mercatoria* surge da necessidade de se libertar das limitações dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Apesar das críticas, no entanto, um ponto bastante positivo de sua teoria reside na sua abertura ideológica, pois, enquanto a maioria dos autores defende uma *Lex Mercatoria* totalmente desvinculada de qualquer fonte estatal, Schmitthoff admite a possibilidade de fontes estatais e não estatais coexistirem na constante formação da *Lex Mercatoria*.

2.4 Berman/Kaufman

Para Berman e Kaufman, independentemente das convenções internacionais, o direito que rege as transações do comércio internacional (a *Lex Mercatoria*) é essencialmente um corpo de leis internacional, advindo dos usos e costumes comerciais e da prática contratual de uma comunidade internacional composta principalmente por empreendimentos mercantis, marítimos, de seguros, ou bancários (BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.272).

Esse corpo de leis teria se desenvolvido através das práticas e princípios comuns à comunidade mercantil. A comunidade internacional de mercadores tem necessidades distintas das dos mercadores nacionais e, por isso mesmo, acabou desenvolvendo regras apropriadas a essas necessidades.

De acordo com os doutrinadores, a *Lex Mercatoria* é também autônoma e tem força coercitiva nas cortes estatais. Apesar disso, ela não precisa ser expressamente incorporada pelos ordenamentos nacionais, como o quis Schmitthoff. Isso porque, segundo os autores, praticamente todos os sistemas legais nacionais permitiriam a aplicação das regras da *Lex Mercatoria*, desde que estas fossem adotadas, expressamente ou não, nos contratos (BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.272).

Para eles, os acordos comerciais refletidos nas práticas contratuais do comércio internacional constituem uma *Lex Mercatoria* a cujo cumprimento se obrigam ambas as partes, seja através da boa-fé, seja através dos tribunais arbitrais, ou mesmo das cortes nacionais. A *Lex Mercatoria* seria, de fato, tanto do ponto de vista histórico, quanto do

sociológico, a principal fonte da legislação comercial nacional e internacional (BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.273).

2.5 Cremades e Plehn

Bernardo M. Cremades é advogado e árbitro, membro da Câmara de Comércio Internacional (CCI ou ICC, na sigla em inglês) e professor de Direito Comercial Internacional na Universidade de Madrid. Já Steven Plehn é também advogado, árbitro (membro do CCI e de outras cortes) e professor do Instituto Internacional de Comércio Exterior, ligado ao Ministério da Indústria do governo espanhol.

Para Cremades e Plehn, há uma forte tendência nos últimos tempos em buscar-se uma unificação ou harmonização do direito do comércio internacional, com o intuito de estimular ainda mais o desenvolvimento das atividades comerciais. Não obstante a tentativa dos Estados em se aproximar dessa tendência, através de tratados, leis-modelo e ainda do exame independente das práticas comerciais, tal não tem se mostrado tão efetivo quanto a auto regulação do próprio comércio. Em sua concepção de *Lex Mercatoria*, os doutrinadores focam, principalmente, na regulamentação, pela comunidade internacional de comerciantes, de seus próprios negócios.

Afinal, as leis emolduradas em tratados e leis-modelo podem não ter uma ampla ratificação e sua incorporação pelos ordenamentos nacionais, além de nunca se dar da mesma forma em todos os Estados, não consegue se adaptar às constantes mudanças da sociedade atual, pois perdem muito de sua flexibilidade inicial (CREMADES; PLEHN, 1984, p.322).

Os autores descrevem a nova *Lex Mercatoria* como parte de uma tentativa não nacional de harmonização do direito comercial internacional, muito mais efetiva em termos de uniformidade e flexibilidade. Essa *Lex Mercatoria*, para eles, seria um corpo autônomo de leis criado pela comunidade mercantil internacional.

Os Estados, na concepção dos autores, deveriam aprender com essa experiência não nacional e, primeiramente, permitir a aplicação das leis não nacionais da *Lex Mercatoria*; e, em um segundo momento, não apenas permitir a sua aplicação, mas aceita-la como uma alternativa aos ordenamentos nacionais (CREMADES; PLEHN, 1984, p.324).

Visando fomentar o crescimento do comércio internacional, os ordenamentos nacionais deveriam adotar um ponto de vista mais liberal, pois hoje o que se tem é um paternalismo nacionalista, representado pela aplicação compulsória das leis nacionais às

transações internacionais, quando estas são realizadas dentro de um território nacional. Para os autores, o impacto dessas leis nacionais no comércio internacional deveria se limitar à proteção dos princípios fundamentais de um ordenamento nacional.

Para Cremades e Plehn, as vantagens desse modelo não nacional são óbvias. Consegue-se, através dele, um grau mais elevado de harmonização, que se deve, principalmente, ao papel essencial desempenhado pelos usos e costumes do comércio internacional e pelos princípios gerais de direito. E em caso de controvérsias, a solução mais coerente seria a arbitragem. Para os autores, essa Nova *Lex Mercatoria* não nacional cresceria cada vez mais com a utilização da arbitragem, já que os novos atores do comércio internacional poderiam ter suas disputas resolvidas com base em seus próprios padrões e não em ordenamentos nacionais (CREMADES; PLEHN, 1984, p.324).

Uma grande desvantagem, porém, é alarmada pelos próprios autores: trata-se de quando as partes envolvem em suas negociações, uma questão de ordem pública. Afinal, sempre que uma cláusula contratual ou uma regra da *Lex Mercatoria* não puder ser aceita por um ordenamento por questão de ordem pública, suas cortes se negarão a aplicar a regra ou o laudo arbitral correspondente. Nenhuma corte nacional convalidaria um laudo arbitral que fosse contra a ordem pública daquele Estado. Assim, não só a arbitragem, mas também a aplicação de leis não nacionais depende da tolerância dos ordenamentos nacionais.

Fica claro então, que os doutrinadores expõem uma *Lex Mercatoria* dependente dos ordenamentos nacionais. Eles a descrevem como sendo muito mais autônoma do que independente do controle nacional. E por causa dessa interdependência, o modelo não nacional teria que ser complementado com os métodos e visões dos ordenamentos estatais; ou seja, teria de ser complementado por tratados internacionais, leis modelo e legislações positivadas. Assim, não haveria que se falar em “exclusão”, mas em “integração” (CREMADES; PLEHN, 1984, p.327).

2.6 Goode

Royston Miles Goode é advogado e professor aposentado da Universidade de Oxford, na Inglaterra. Participou de vários conselhos e comissões governamentais, dentre eles o Conselho Governamental do UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit Prive). Atuando principalmente no direito comercial, Goode também desenvolveu visão própria sobre a *Lex Mercatoria*. Para ele, porém, apenas os princípios gerais do direito e os

usos e costumes não codificados poderiam ser parte dessa “*Lex Mercatoria*”. Para ele, a *Lex Mercatoria* seria parte de um “direito comercial transnacional” não escrito e formado basicamente por leis comerciais costumeiras, regras procedimentais costumeiras e os princípios gerais do direito comercial, incluindo a ordem pública internacional (GOODE, 1998, p.5).

Goode não iguala a *Lex Mercatoria* a esse direito que ele chama de “comercial transnacional”. Para ele, ela seria apenas parte dele, em uma escala de abrangência que se inicia com um direito “transnacional” ainda mais amplo. Esse direito, no entender do doutrinador, governa ações ou eventos que transcendam as fronteiras nacionais, incluindo tanto o direito internacional privado quanto o público, e ainda outros tipos de normas que não se encaixam em nenhuma das duas categorias. Já o direito “comercial transnacional” seria aquele que não é exclusividade e nem produto de nenhum sistema legal, mas representa uma convergência de normas de diversos ordenamentos, ou ainda uma coletânea de normas totalmente a-nacionais, mas que têm sua obrigatoriedade fundada nos usos e costumes do comércio internacional (GOODE, 1998, p. 4).

Assim, enquanto o direito transnacional compreenderia as convenções, tratados e todos os princípios e regras comuns a um determinado número de ordenamentos jurídicos, independentemente da sua fonte, seja ela costumeira ou positivada, a *Lex Mercatoria*, por outro lado, seria um direito “moldado” pelos mercadores (os partícipes do comércio internacional em geral), sem códigos, estatutos ou convenções.

Em outras palavras, para o autor, as normas inseridas em convenções internacionais não poderiam ser parte da *Lex Mercatoria*, pois, uma vez ratificadas, representariam a vontade dos Estados e não da comunidade de negociantes. O mesmo pode ser dito dos usos e costumes incorporados aos ordenamentos, pois, a partir dessa incorporação também deixariam de representar a vontade livre da comunidade de comerciantes (GOODE, 1998, p. 4).

As críticas a esse modelo elaborado por Goode são muitas. A primeira delas seria de que ele estreitou por demais o conceito de *Lex Mercatoria*, pois muitos dos seus princípios já estariam abrangidos pelos ordenamentos nacionais e o simples fato de terem sido incorporados e positivados, não significaria que a comunidade de mercadores deixou de observá-los como costume. Ao contrário, isso apenas os confirma como princípios internacionalmente aceitos. Para a maior parte dos autores, regras e princípios incorporados em convenções internacionais (como a Convenção de Viena) ou ordenamentos jurídicos, ainda assim podem ser parte da *Lex Mercatoria* (KAHN apud LOQUIN, 2000, 36).

2.7 Lando

As partes em um contrato internacional muitas vezes concordam em não eleger instâncias nacionais para a solução de eventuais controvérsias. Ao invés disso, elas decidem submetê-las aos usos e costumes do comércio internacional, ou às regras de direito comuns a todos ou pelo menos a muitos dos Estados que atuam no comércio internacional, ou ainda àqueles que estão, de alguma forma, envolvidos na disputa. E quando essas regras não são facilmente identificadas, os árbitros aplicam regras ou escolhem as soluções que lhes parecem mais justas e apropriadas, de acordo com as leis de diversos sistemas legais. A esse processo jurisdicional, composto tanto de um processo seletivo e criativo, quanto da aplicação de normas legais, Ole Lando denominou de “aplicação da *Lex Mercatoria*” (LANDO, 1985, 747).

Para ele, a *Lex Mercatoria* é aplicada à arbitragem internacional juntamente com as leis nacionais. Assim, as leis positivadas dos ordenamentos nacionais seriam aplicadas a contratos e as “leis diretivas”, como, por exemplo, aquelas que as partes podem derrogar por mútuo consentimento, são usadas para preencher os espaços porventura deixados pela *Lex Mercatoria*, cujas fontes ele identifica como sendo o direito internacional público, as leis uniformes, os princípios gerais do direito, as regras das organizações internacionais, os usos e costumes, os contratos e leis-modelo e os laudos arbitrais (LANDO, 1985, p.748).

Para Lando, no comércio internacional as cortes de arbitragem aplicam cada vez mais a *Lex Mercatoria* (LANDO, 1985, p.747). As principais vantagens dessa ordem não nacional seriam sua independência em relação aos ordenamentos nacionais, sua flexibilidade e possibilidade de se ajustar às necessidades do comércio internacional. Quando aplicam a *Lex Mercatoria*, as cortes arbitrais atuam como “criadoras”, já que são livres para selecionar o que elas acreditam ser a solução mais apropriada e justa a determinada controvérsia (LANDO, 1985, p.753).

Numa publicação mais recente, Lando descreve a *Lex Mercatoria* de maneira um tanto cética e duvidosa, já que ele afirma ser ela um corpo de leis que necessita constantemente de contribuições. De fato, para ele, os árbitros das cortes internacionais estão sempre buscando os princípios gerais do direito. Quando os sistemas legais utilizados para a resolução de uma controvérsia levam a uma solução conflitante, muitos árbitros, ao invés de simplesmente aplicarem um dos sistemas em detrimento do outro, buscam a solução em normas que

expressem os princípios gerais do direito, normas essas que posteriormente podem se tornar comumente utilizadas nos contratos internacionais (LANDO, 1992, p.578).

Lando ainda continua dizendo que alguns autores, muitos deles árbitros de cortes internacionais, têm encorajado as cortes a desenvolverem essa *Lex Mercatoria*. Com efeito, esse desenvolvimento seria muito importante, já que seria muito difícil de se contabilizar e de qualquer forma medir as fontes dessa *Lex Mercatoria*, pois os sistemas legais europeus, em sua maioria, seriam muito difíceis de se analisar, uma vez que as informações disponíveis a esse respeito eram escassas ou difíceis de se obter, e os laudos arbitrais, por sua vez, raramente eram publicados²⁰ (LANDO, 1992, p.578).

2.8 Craig, Park e Paulsson

Na obra intitulada “International Chamber of Commerce Arbitration”, Craig, Park e Paulsson apresentam três conceitos distintos para o termo *Lex Mercatoria*. De acordo com eles, as três teorias podem ser agrupadas em três categorias. Dessas três, a terceira seria aquela que mais se adequa ao pensamento dos autores. As outras duas, segundo eles, são muito mais paradigmas do que descrições da realidade (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p.626).

A primeira e mais ambiciosa das visões descreve a *Lex Mercatoria* como uma ordem legal autônoma, criada espontaneamente pelas partes envolvidas nas relações econômicas internacionais e existente independentemente dos ordenamentos nacionais (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p.626). As regras dessa ordem legal autônoma seriam independentes de qualquer ordem nacional e regeriam o comércio internacional.

Para os doutrinadores, essa teoria apresenta muitos pontos falhos que a tornam incapaz de resolver todos os aspectos de uma controvérsia no âmbito do comércio internacional. O fato de não esclarecer de onde derivaria o poder normativo do sistema seria um deles. Não existem, internacionalmente, cortes comerciais de caráter compulsório. Desta feita, esse ordenamento autônomo seria autoaplicável ou se aplicará apenas se as partes tiverem expressamente optado por ele? Quando optar pela *Lex Mercatoria* o árbitro tem o dever de criar novas regras dentro desse sistema autônomo ou basear suas decisões em precedentes e

²⁰ Na conjuntura em que Lando escreveu esse artigo, há quase 20 anos, essas considerações eram plenamente aplicáveis. Hoje, com o desenvolvimento de cortes internacionais sólidas como a CCI, a AAA, dentre outras, o acesso a informações dessa natureza se difundiu muito e essas dificuldades antes encontradas já não se aplicam mais ao cenário atual.

leis já existentes? Essas são algumas das indagações que os autores fazem ao longo do seu trabalho. Além disso, para eles também não está claro até que ponto uma ordem legal autônoma que as partes têm que conhecer com certa profundidade pode facilitar o comércio internacional (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p.626).

No segundo conceito, a *Lex Mercatoria* é vista como um corpo de leis suficiente para decidir uma disputa, que opera como uma alternativa aos ordenamentos nacionais aplicáveis. De acordo com a terceira corrente, a qual se filiam Craig, Park e Paulsson, a *Lex Mercatoria* pode ser considerada como um “complemento” ao direito aplicável, sendo vista como nada mais do que a gradual consolidação dos usos e costumes, bem como das necessidades do comércio internacional. Assim, a *Lex Mercatoria* englobaria uma noção de usos e costumes já amplamente difundida no comércio internacional e capaz de garantir ambas as partes de um contrato, justamente por elas se acharem obrigadas a tais usos e costumes (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p.633).

Assim, para os autores a *Lex Mercatoria* englobaria usos e costumes próprios do caráter internacional de determinado contrato ou relação negocial. Já quanto aos laudos arbitrais, esses são vistos como precedentes que contribuem para a *Lex Mercatoria*, já que refletem e confirmam os usos e costumes do comércio internacional. Assim, a *Lex Mercatoria* consistiria de alguns princípios óbvios e outros nem tão claros assim, já que derivam de um conteúdo variável ligado às constantemente mutáveis práticas comerciais (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000, p.640).

2.9 Lew

De acordo com Lew, certamente se há desenvolvido um corpo de leis, práticas e costumes que convenientemente foi reconhecido em caráter especial pelo comércio internacional. Ainda que não se aceite a *Lex Mercatoria*, para o autor não se pode deixar de reconhecer a sua existência como um sistema legal viável e efetivo, cujas normas não podem ser negadas. Para ele, as controvérsias se dariam apenas em relação ao atual caráter dessas regras e costumes (LEW, 1978, p. 437).

Não haveria dúvidas, pois, de que os contratos podem ser dirigidos por um sistema legal não nacional. Assim, um corpo de leis foi desenvolvido devido à atuação e aos esforços de várias organizações internacionais públicas e privadas. Some-se a isso, também, determinados termos e práticas contratuais que têm o mesmo sentido ao redor do mundo,

independentemente das diferenças econômicas e políticas (LEW, 1978, p. 116). Quando negociam, as partes que atuam no comércio internacional levam em conta esses costumes, práticas e normas em detrimento dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Ao fazer essas afirmações, Julian Lew atribui universalidade a esse sistema legal composto dos usos e costumes do comércio internacional e dos termos negociais utilizados em todo o mundo, ainda que haja certas diferenças relativas a traduções e abreviações.

CAPÍTULO III

TEORIAS CRÍTICAS DA *LEX MERCATORIA*

3.1 Linhas iniciais

Como se pôde ver claramente no capítulo anterior, muitas são as teorias que defendem a existência de uma *Lex Mercatoria*. Cada uma, no entanto, atribui características e formas de apresentação bastante distintas, que variam ao longo do tempo e do contexto em que ela está inserida. E como não poderia deixar de ser, muitas foram também as teorias que criticam o conceito desenvolvido por esses autores, afirmando a impossibilidade de existência de uma *Lex Mercatoria*, cada uma com seus motivos e argumentos.

Diz-se, entre outras coisas que é impossível de existência de uma *Lex Mercatoria* como um corpo autônomo de leis, desconectado de qualquer ordenamento nacional ou ainda que é impossível a *Lex Mercatoria* ser composta de um corpo de leis comum a todos os ordenamentos, pois, caso o fosse, seria necessariamente incompleta e ilógica. Para alguns, um sistema dessa natureza não poderia ser muito complexo e teria de se resumir a alguns princípios básicos como o princípio da boa-fé e o *pacta sunt servanda*.

Mais uma vez, adverte-se aqui para a possibilidade de existência de outras teorias críticas da *Lex Mercatoria* além das que serão apresentadas no presente trabalho. Essas, assim como as anteriores, foram escolhidas por sua relevância para a discussão do tema.

3.2 Delaume

Em seu artigo mais conhecido Delaume chama a *Lex Mercatoria* de “mito” (DELAUME, 1989, p.575). Não obstante, ele estuda apenas contratos firmados entre Estados e pessoas naturais. Para ele, a necessidade de uma *Lex Mercatoria* é inexistente, já que mesmo os chamados “países subdesenvolvidos”²¹ seriam perfeitamente capazes de prover em seus ordenamentos categorias contratuais com um sofisticado aparato legal (DELAUME, 1989, p.610).

²¹ Conquanto o termo “país subdesenvolvido” tenha sido substituído atualmente por “país em desenvolvimento”, na década de 1980 essa primeira expressão era bastante utilizada, ainda que carregasse uma visão preconceituosa da conjuntura socioeconômica mundial.

Ao apresentar esse argumento, no entanto, ele despreza o fato de que mesmo os mais sofisticados sistemas legais geralmente não são direcionados para disciplinar as relações do comércio internacional, mas relações contratuais internas. Além disso, os ordenamentos nacionais levam muito mais tempo para se adaptar às constantes mudanças da conjuntura global, já que o processo legislativo é geralmente rígido e demorado.

Mais a frente ele diz ainda que no caso de eventuais disputas, surgidas de contratos estatais, recorrer à *Lex Mercatoria* não assegura a inexistência de eventos inesperados que podem surpreender a ambas as partes (DELAUME, 1989, p.609). Além disso, ele interpreta o artigo 42 da ICSID - *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention* de maneira a excluir a aplicação da *Lex Mercatoria* (DELAUME, 1989, p.591). Esse artigo atesta que na falta de expressa estipulação da lei aplicável, o tribunal deve aplicar a lei dos Estados contratantes ou ainda determinadas regras do direito internacional.

Porém, ao contrário do que afirma Delaume, o artigo 42 do ICSID *Convention* não se refere apenas ao direito internacional público, mas ao direito internacional de uma maneira geral, não excluindo, assim, a *Lex Mercatoria*. Para alguns autores, o artigo 42 não só admite a aplicação da *Lex Mercatoria*, como também a encoraja (LANDO, 1985, p.759).

3.3 Highet

Seguidor da teoria de Delaume e um de seus maiores defensores, Highet considera a *Lex Mercatoria* um “enigma”. Para ele, contratos desvinculados de ordenamentos estatais representam uma impossibilidade lógica e um solecismo intelectual. Ele também afirma que se um contrato encontra-se desvinculado de qualquer ordenamento estatal, ele nem poderia ser considerado um contrato e nem tampouco teria força normativa (HIGHET, 1989, p.613).

Porém, essas afirmações são facilmente criticáveis, principalmente hoje em dia, com a existência de numerosos contratos que não se baseiam em nenhum ordenamento nacional. Veja-se, por exemplo, a enorme quantidade de contratos do comércio internacional que elegem as cortes internacionais de arbitragem para solução de controvérsias. Ou ainda, os contratos matrimoniais firmados entre pessoas naturais, baseados no direito canônico (RAISCH, 2006). Ou ainda o direito da União Europeia, que é hoje independente dos ordenamentos nacionais. A própria Corte Constitucional Alemã aponta que ele é um sistema de direito autônomo, que não pode ser considerado nem como direito internacional público, nem como direito dos estados membros Além disso, as leis e regulamentos das organizações

internacionais, como a ONU, por exemplo, não estão ligadas a nenhum ordenamento nacional. Há ainda os contratos de trabalho das empresas multinacionais, que frequentemente são regulados por regulamentos e leis não nacionais.

Para fundamentar sua afirmação de que a *Lex Mercatoria* seria um “enigma”, Highet define o que ele chama de “elementos necessários” a qualquer direito, quais sejam: exequibilidade ou aplicabilidade genérica, consistência e autoridade, relativa previsibilidade, evidente senso de justiça e coercitividade (HIGHET, 1989, p.624). Destes, a *Lex Mercatoria* possuiria apenas dois: primeiro, o senso de justiça (que para ele é consequência lógica de qualquer regra que se baseie na boa-fé); e depois, a exequibilidade e aplicabilidade genérica (já que as partes concordam em se submeter aos seus princípios). Por esse motivo, o autor afirma que a *Lex Mercatoria* seria, no máximo, *principia mercatoria* (HIGHET, 1989, p.628).

3.4 Mustill

Mustill afirma que a *Lex Mercatoria* constitui uma ordem legal autônoma para a maioria dos autores. Como visto no capítulo anterior, é também considerada como a-nacional e com força normativa independente de qualquer ordenamento jurídico (MUSTILL, 1988, p.88).. Para o doutrinador, no entanto, a *Lex Mercatoria* ainda não pode ser vista como um “sistema” de leis, a ponto de ser escolhida pelas partes sempre que uma convenção de arbitragem ou lei-modelo permita a escolha da lei aplicável. O conteúdo da *Lex Mercatoria* ainda seria muito indefinido e tal fato poderia criar incerteza e colocar obstáculos ao desenvolvimento do comércio internacional (MUSTILL, 1988, p.97).

Para Mustill, a *Lex Mercatoria* é um direito que ainda está em formação e não pode ser considerado hoje como um sistema. Para ele, o que mais causa desconforto em relação ao tema “*Lex Mercatoria*” vem da ideia de que ela deixaria o julgador livre para aplicar seus próprios padrões de justiça a cada caso. O fato de essa ideia errônea estar tão difundida se deve, em partes, à ambivalência da doutrina quanto à relação existente entre a *Lex Mercatoria* e o conceito de “*amiable composition*”, um conceito que, por si só, é difícil de ser compreendido. A ideia errônea, no entanto, continua existindo, pelo menos em relação aos padrões do comércio internacional. Para o autor, a *Lex Mercatoria* é um direito em formação que cria normas as quais o julgador deve não apenas buscar, mas obedecer em todos os casos a que elas sejam aplicáveis (MUSTILL, 1988, p.97).

De fato, a concepção do doutrinador acerca da *Lex Mercatoria* é bastante particular. Para ele, ela, além de ser uma “lex” em formação, não pode ser enquadrada em nenhuma tentativa de harmonização do direito do comércio internacional, tal a sua autonomia e independência em relação aos ordenamentos nacionais. Essa visão, não obstante, foi bastante criticada por alguns dos defensores da *Lex Mercatoria*, para os quais sempre há uma interação entre a ela e os ordenamentos nacionais. O simples fato de que uma norma é parte de um ordenamento jurídico não a exclui do alcance da *Lex Mercatoria*.

Além disso, Mustill também correlaciona, ainda que de maneira negativa, a noção de arbitragem transnacional com a de *Lex Mercatoria*. A teoria da arbitragem transnacional²² advoga a existência de uma arbitragem autônoma, despreendida de qualquer ordenamento nacional. Não obstante, certas exceções podem ser feitas em benefício da lei do país onde a execução de eventual laudo deverá ser postulada. À *Lex Mercatoria*, por outro lado, o autor credita a “espontaneidade”, ou seja, ela existiria apenas se criada espontaneamente pelo comércio internacional. Logo, ela não teria qualquer relação com a arbitragem transnacional (MUSTILL, 1988, p.90).

Outro ponto apontado pelo autor em seu trabalho é a questão das fontes da *Lex Mercatoria*. Para ele, a maioria dos doutrinadores que defendem a *Lex Mercatoria* apontam duas fontes principais: os princípios de direito comuns aos países que atuam no comércio internacional e os usos e costumes do comércio internacional. Quanto à primeira, ele nega a existência de princípios específicos do comércio internacional, a não ser os princípios gerais de direito, comuns à maioria dos países envolvidos no comércio internacional.

Quanto à segunda fonte, para o autor ela também é bastante controversa. Primeiramente porque os usos e costumes poderiam ser definidos como princípios que geralmente são seguidos e podem ser muito importantes para a interpretação de um contrato. No entanto, essa característica não é privativa do comércio internacional e da arbitragem, pois, segundo o autor, qualquer corte, pode desde que autorizada por lei, utilizar-se dos usos e costumes (MUSTILL, 1988, p.94). Além disso, os usos e costumes, quando manifestados em determinados padrões também podem apresentar problemas, já que nem sempre os padrões são considerados da mesma maneira em todos os lugares onde são adotados e tendem a ser adaptados pelas partes de acordo com suas conveniências.

²² Sobre o tema, ver: PINHEIRO, Luis de Lima. Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005.

Rebatendo a ideia de que a *Lex Mercatoria* seria universal, o autor traz à tona outro conceito: o que ele chama de “micro” *Lex Mercatoria*, uma espécie de “redução” da *Lex Mercatoria* ao universo de determinado contrato, combatendo assim a idéia de universalidade que esse sistema sempre carrega (MUSTILL, 1988, p.94).

Resumidamente, as ideias de Mustill poderiam ser apresentadas da seguinte maneira: os árbitros, por si próprios, não devem aplicar a *Lex Mercatoria*; qualquer acordo realizado entre as partes de um contrato que submeta suas controvérsias à arbitragem (ou adjudicação) de acordo com a *Lex Mercatoria* pode ser considerada nula; qualquer laudo que tenha sido decidido pelos árbitros com base na *Lex Mercatoria* não deve ser executado pelas cortes inglesas (LOWENFELD, 1990, p.135).

Vê-se, claramente, que a visão de Mustill acerca da *Lex Mercatoria* é bastante delimitada. Para ele, conquanto ela possa ser considerada uma “lex”, não pode, ainda, ser considerada um sistema, devido ao seu incipiente processo de formação. Essa visão, no entanto, pode ser criticada porque uma análise dos sistemas legais sob esse ponto de vista, jamais enxergaria qualquer sistema como “sistema”, já que tanto os ordenamentos jurídicos nacionais, quanto as instituições de direito internacional público estão em constante mutação e nunca alcançam um patamar de definitividade.

3.5 Frederick A. Mann

Assim como Highet, Mann não compartilha da ideia de um sistema legal independente dos ordenamentos nacionais. Para ele, a cláusula de arbitragem nos contratos é válida, mas deve ser interpretada de acordo com a lei do local designado pelo direito internacional privado, de acordo com cada caso. Assim como o direito internacional privado seria parte do ordenamento nacional, também as regras de arbitragem o seriam (MANN, 1990).

Para Mann, as teorias acerca da arbitragem comercial internacional e da *Lex Mercatoria* são teorias de “desnacionalização”, cujo principal objetivo é desvincular o comércio internacional dos limites dos ordenamentos nacionais. Ele descreve, em seu trabalho, uma opinião bastante difundida de que os atores do comércio desejariam a emancipação da arbitragem comercial internacional em relação aos ordenamentos nacionais. Para ele, no entanto, essa visão seria equivocada, pois os mercadores e outros atores do comércio internacional, na verdade, esperam obter soluções seguras e relativamente previsíveis para os seus problemas. E isso, segundo ele, apenas os ordenamentos nacionais

poderiam prover, pois apenas os legisladores nacionais seriam capazes de evitar arbitrariedades, proteger a parte economicamente mais fraca e assim, promover a justiça (MANN, 1990, p.252.).

Ainda de acordo com o doutrinador, alguns autores descreveram a *Lex Mercatoria* como um conjunto de normas incoerentes sem nenhuma importância prática, já que essas normas estão todas incluídas ou nos ordenamentos nacionais ou nos contratos. Conseqüentemente, será uma lei nacional ou a vontade das partes o que será levado em consideração e não a *Lex Mercatoria* (MANN, 1990, p.254.).

Para Mann, todo tipo de arbitragem é nacional e não pode ser conduzida por nenhuma espécie de norma transnacional. Ninguém, em lugar nenhum, nunca foi capaz de mostrar nenhuma cláusula, inciso ou princípio legal capaz de permitir que as partes hajam fora dos limites de um sistema regional de leis. Até mesmo a ideia de autonomia contratual existe apenas por permissão dos sistemas legais e em cada diferente sistema pode ter diferentes características e efeitos. Similarmente, a arbitragem é sempre tema imprescindível nos ordenamentos jurídicos. Nenhuma pessoa, individualmente, tem o poder ou o direito de agir em qualquer grau, fora dos limites fixados pelo ordenamento (VON MEHREN, 1987, p.218).

A teoria de Mann foi construída há cerca de 30 anos e, por isso mesmo, se considerada em sua literalidade hoje, tem bastantes pontos críticos. Os tribunais arbitrais, por exemplo, evoluíram de tal forma que hoje existem cortes internacionais de arbitragem com credibilidade inquestionável para o comércio internacional. Por isso mesmo, não estão ligados a nenhum ordenamento jurídico, não havendo, pois, nenhuma *lex fori* a cuja aplicação estejam obrigados. E ainda que houvesse tal *lex fori*, não restaria muito claro até que ponto ela poderia (ou deveria) ser aplicada.

Além do mais, obrigar o árbitro a seguir determinada *lex fori* poderia força-lo a aplicar um sistema legal contrário à vontade das partes. Se, por exemplo, a *lex fori* não aceitar a escolha das partes e não permitir a aplicação do conjunto de leis escolhido por eles, o árbitro seria forçado a desconsiderar a vontade das partes apenas para manter a exequibilidade do laudo arbitral. Tal cenário vai completamente de encontro ao escopo máximo da arbitragem: preservar a autonomia da vontade e decidir de acordo com o que foi por designado pelas partes. De fato, o poder de decisão do árbitro é designado pelas partes (STEIN, 1995, p.76).

Finalmente, Mann afirma também a inexistência de tribunais arbitrais internacionais. Mesmo em casos envolvendo partes de diferentes nacionalidades, ramos de atuação e diferentes Estados, os chamados “contratos internacionais”, para ele o tribunal arbitral é

necessariamente nacional. O mesmo se aplicaria ao direito “internacional” privado, que seria uma parte do ordenamento nacional aplicado a casos com elementos internacionais (MANN, 1990.).

Para o autor, todo tribunal arbitral tem uma sede e teria que, obrigatoriamente estar legitimado por algum ordenamento nacional. Há de haver, de alguma forma, uma conexão entre o tribunal e o ordenamento de onde ele está situado. Mann compara a *lex fori* dos juízes nacionais à *lex arbitri*, dos árbitros. De acordo com ele, a *lex arbitri* é a lei do Estado onde o tribunal arbitral tem sua sede. Um árbitro não pode desconsiderar essa lei nacional, inclusive as suas regras de direito internacional privado. Se ele ignorar as normas colisionais do Estado, ele anulará o seu laudo arbitral. O árbitro seria, então, obrigado a elaborar um laudo arbitral que fosse exequível e reconhecido de acordo com a *lex arbitri* do local onde se situa o tribunal. Ou seja, o laudo não poderia ser elaborado de acordo com nenhuma outra norma diferente daquela (MANN, 1990, p.253.).

O autor não leva em consideração, no entanto, o fato de que podem haver grandes problemas em se determinar a sede de um tribunal arbitral, especialmente em casos que envolvem mais de um árbitro com diferentes nacionalidades e reuniões em mais de um país. Para Mann, esses problemas simplesmente não existem. Ele propõe que a sede do tribunal seja definida de acordo com o país de residência do árbitro que presida a corte arbitral.

Fica claro, pois, que para o doutrinador que o árbitro é obrigado pelas normas legais aplicáveis de acordo com as normas colisionais, exatamente como os juízes nacionais. As questões da exequibilidade ou não do laudo arbitral em outros países não seriam parte das preocupações do árbitro. Ele não seria obrigado a assegurar uma espécie de “aceitação e exequibilidade universal” para o seu laudo. Todo laudo arbitral seria nacional, pois não poderiam existir em um vácuo legal. A lei da sede do tribunal determinaria a composição, as regras procedimentais e a lei aplicável. Consequentemente, a nacionalidade de um laudo arbitral poderia ser determinada de acordo com a assumpção de qual corte teria autoridade e jurisdição para revisar e em determinadas condições, até mesmo afastar a aplicação do laudo arbitral.

Por último, Mann também afirma que a *Lex Mercatoria* seria carente de conteúdo. Assim, um laudo arbitral poderia se basear em considerações genéricas e desconsiderar determinadas regras protetivas do ordenamentos nacionais. Supostamente, a decisão baseada na *Lex Mercatoria* não seria uma decisão baseada na lei, mas nas convicções pessoais de equidade e justiça do próprio árbitro (MANN, 1990, p.260.)

3.6 Paul Lagarde

Paul Lagarde é reconhecido no meio acadêmico por ter descrito a *Lex Mercatoria* como um direito supranacional, porém com natureza limitada. Ela só poderia existir, então, em conjunto com os ordenamentos nacionais escolhidos pelas partes ou até mesmo pelos árbitros, com o intuito de interpretar certos termos relativos ao comércio internacional (LAGARDE, 1987, p.129).

Para o autor, mesmo a constante inserção de cláusulas similares nos diversos contratos de comércio internacional não implicaria sua pertinência à *Lex Mercatoria*, e, conseqüentemente, o reconhecimento da existência desta como parte dos princípios gerais do direito. Segundo Lagarde, tanto essas cláusulas contratuais quanto quaisquer condições gerais relativas a negociações internacionais são baseadas na autonomia da vontade das partes, que, por sua vez, enquanto princípio geral do direito, está contida nos ordenamentos nacionais. Assim, não possuiria capacidade de se formar espontaneamente em meio à comunidade internacional de negócios e nem tampouco capacidade de se autorregular, sendo derivada dos ordenamentos jurídicos em questão.

A existência de contratos típicos e adoção dos usos e costumes do comércio internacional, com cláusulas diversas e condições gerais, seria muito mais a expressão da autonomia da vontade das partes do que a prova da existência de um sistema de leis transnacionais, uma vez que sempre será possível optar entre a utilização dessas normas ou não. Logo, para o autor, a *Lex Mercatoria* nunca poderia ser vista como um sistema legal coercitivo, já que careceria de fontes formais (LAGARDE, 1987, p.129).

Na verdade, o autor define como “embaraçosa” a tarefa de determinar se a *Lex Mercatoria* constitui ou não uma “ordem jurídica”, já que cabe ao pesquisador primeiro delimitar o conceito de “ordem jurídica” e depois verificar se a *Lex Mercatoria* corresponderia a essa definição. E ainda assim, a tarefa não seria finalizada, pois muitas questões ainda terão que ser respondidas, tais como as indagações que o próprio Lagarde se faz ao tentar exercer essa tarefa. Ele se pergunta, por exemplo, partindo da afirmação de que a *Lex Mercatoria* constitui uma ordem jurídica, sobre a sua coexistência ou não com as ordens estatais e com a ordem internacional; questiona-se ele, ainda, sobre qual é a atitude das ordens estatais em relação à *Lex Mercatoria* e se esta mantém relações de coexistência ou de

exclusão com as ordens anteriores e em que condições essas relações se manifestam (MAZZUOLI, 2003, p.53).

Então, para embasar seus fundamentos, Lagarde se utiliza da definição de “ordem jurídica” elaborada pelos próprios defensores da *Lex Mercatoria*, para, em momento posterior, tecer suas críticas. Para ele, que se utiliza do conceito de “regra” elaborado por Batiffol e utilizado por Goldman em suas publicações²³ (GOLDMAN, 1964, p.187-188), as normas da *Lex Mercatoria* que merecem a qualificação de “regras jurídicas”, como o que acontece com cláusulas contratuais como a de “força maior” (hardship), e também algumas combinações contratuais novas, como as euro-emissões e os eurocréditos, mesmo com a repetição e a efetividade não seriam capazes de legitimar “um sistema jurídico novo e transnacional apto a alcançar a objetividade” (MAZZUOLI, 2003, p.60)

Ainda segundo Lagarde, se a *Lex Mercatoria* constitui um conjunto de normas, este conjunto é bem distinto daquele constituído pelo direito internacional (LAGARDE, 1987, p.132). Para ele, não é porque os princípios do direito internacional – como também os das ordens jurídicas estatais, têm, como raízes, categorias comuns que se deve reconhecer positividade a tudo o que derive dessas categorias. A positividade, tanto dos princípios do direito internacional, quanto dos princípios dos ordenamentos nacionais, configura-se porque esses direitos são, por si próprios, direitos positivos (MAZZUOLI, 2003, p.63).

Os únicos pontos de intersecção entre os princípios do direito internacional e a *Lex Mercatoria*, seriam os contratos celebrados entre Estados e particulares. Mas isso se daria apenas porque nesse cenário, em caso de surgimento de controvérsias, o direito internacional privado geralmente elegeria a lei estatal como aplicável. O particular, porém, poderia temer que o Estado atuasse de maneira parcial e requerer a aplicação dos princípios gerais do direito internacional, mencionados por muitos autores como uma das fontes formais da *Lex Mercatoria*.

Além disso, para o doutrinador, não existiria uma comunidade internacional de mercadores, mas várias subcomunidades espalhadas ao redor do mundo. Assim, não haveria apenas uma única organização no audacioso sistema jurídico da *Lex Mercatoria* e sim um conjunto de normas específico para cada subcomunidade. E é por isso que o autor prefere falar em várias *lege mercatoriae* do que uma única *Lex Mercatória* igual para todos em todas

²³ Goldman se utilizou da definição de “regra” feita por Batiffol nos seguintes termos: “regra “é uma prescrição de caráter geral, formulada com uma precisão suficiente para que os interessados possam conhecê-la antes de agir”.

as circunstâncias. Para ele, o termo seria mais adequado para descrever os diferentes conjuntos de normas utilizados (LAGARDE, 1987, p.139).

De acordo com o autor, as cortes nacionais têm que seguir as suas próprias normas colisionais e não podem nem aplicar a *Lex Mercatoria*, nem executar uma sentença que tenha se baseado nela (LAGARDE, 1987, p.144).

De fato, a abordagem feita por Lagarde mostra uma visão bastante reduzida do alcance da *Lex Mercatoria*, apresentando uma definição mais cética e limitada do instituto. Em primeiro lugar, ele exclui da definição de *Lex Mercatoria* todas as normas e convenções internacionais emanadas de fontes estatais. Para ele, convenções internacionais e normas materiais do direito internacional são fontes ou do direito internacional público ou do direito estatal. Ele define a *Lex Mercatoria* como um conjunto de normas criadas espontaneamente pela *societas mercatorum*, excluindo de seu alcance desde a capacidade dos Estados de se submeterem à arbitragem internacional até a adoção, por estes, de convenções internacionais relacionadas ao comércio como a *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG). Na medida em que estes são formalmente criados por Estados ou entidades estatais, não seriam parte de uma criação espontânea da *societas mercatorum*, e, conseqüentemente, não seriam também parte da *Lex Mercatoria* (LAGARDE, 1987, p.126).

A conclusão a que chega Lagarde é a de que caso os defensores da *Lex Mercatoria* vejam nela um sentido amplo e pleno, considerando-a como uma ordem jurídica não estatal, é preciso ter cuidado para não dar aos “elementos” da *Lex Mercatoria* abrangência muito maior do que a que lhes é devida, considerando como essencial, muitas vezes, o que constitui uma simples prática do comércio internacional e não uma fonte material (MAZZUOLI, 2003, p.61).

3.7 Grigera Naón

Outra definição que se posiciona claramente contra a ideia de uma *Lex Mercatoria* como sistema legal autônomo e a-nacional ou ainda um sistema híbrido de leis composto tanto por normas nacionais quanto internacionais é a de Grigera Naón (GRIGERA NAÓN, 1982, p.89).

O autor nega de maneira incisiva a possibilidade de existência de um ordenamento jurídico autônomo e independente dos ordenamentos nacionais e do direito internacional

público. Para ele, seria uma irracionalidade despojar-se da proteção encontrada nos ordenamentos estatais e deixar as questões jurídicas relativas ao comércio internacional a mercê do descontrolo do *laissez-faire* do mercado em um mundo de eterna competição (GRIGERA NAÓN, 1982, p.91).

Além disso, ele também faz duras críticas às fontes defendidas pela maioria dos doutrinadores que advogam a existência da *Lex Mercatoria*. Para ele não há uma fundamentação concisa acerca dos usos e costumes do comércio internacional, e do reconhecimento dos princípios gerais do direito como fontes da *Lex Mercatoria* (GRIGERA NAÓN, 1992, p.28).

CAPITULO IV

A novíssima *Lex Mercatoria* segundo Gunther Teubner

4.1 Linhas iniciais

Gunther Teubner é um dos doutrinadores da geração que mais recentemente se propôs a discutir novamente o tema da *Lex Mercatoria*. Sua abordagem, porém, não se limitou a tentar ressuscitar os antigos debates e trouxe diversos elementos novos, tratando o assunto de maneira perspicaz e levantando diversos questionamentos que posteriormente serviriam de base ao trabalho do Professor Ralph Michaels.

Em seus artigos, o autor argumenta que os processos de globalização acabaram resultando na desconstrução da hierarquia das normas legais. Argumenta também que o pluralismo jurídico não é mais um tema pertinente apenas à Sociologia Jurídica, mas se tornou um desafio para o próprio Direito.

De acordo com a teoria do autor, tradicionalmente regras oriundas de regimes privados tem sido subjugadas pela moldura hierárquica das constituições nacionais. Quando essa moldura se rompe, uma nova moldura heterárquica, que abarque essas regras, passa a ser necessária (TEUBNER, 2002, p.199).

4.2 O debate da *Lex Mercatoria* segundo Gunther Teubner: “A Guerra de Crenças”.

É em seu artigo intitulado “*Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*”, que Teubner desenvolve de maneira mais pragmática a sua teoria acerca da *Lex Mercatoria*. No texto, a alusão à “*Global Bukowina*” se faz necessária pelo resgate das ideias do professor Eugen Ehrlich, que alimentava a teoria de uma ordem jurídica global. Em sua “*Global Bukowina*”, Erlich diz que é a própria sociedade civil quem vai globalizar as suas ordens jurídicas (TEUBNER, 1997, p.3).

Apesar de a teoria de Erlich ter se mostrado incorreta em suas previsões para o ordenamento jurídico austríaco, ao qual o autor se submetia, Teubner acredita que suas ideias, com o tempo, se mostrarão corretas, tanto empírica quanto normativamente, em virtude dos novos e emergentes ordenamentos globais.

Para o autor, a *Lex Mercatoria*, o Direito Transnacional das transações econômicas, seria o exemplo mais exitoso de ordenamento jurídico global sem a presença do Estado.

Porém, não apenas a Economia, mas vários outros setores da sociedade vêm desenvolvendo seus próprios ordenamentos globais, tais como o Direito do Trabalho, os Direitos Humanos e, até mesmo, a chamada *Lex Sportiva*.

De acordo com Teubner, uma “guerra de crenças” vem sendo alimentada desde a década de 1960 no campo do Direito Internacional Econômico. Advogados internacionalistas e doutrinadores entusiastas vêm travando uma batalha de mais de trinta anos pela independência da *Lex Mercatoria*. A grande questão que envolve o tema, para o doutrinador, é saber se ela representa direito positivo ou se é apenas um conjunto de normas sociais que podem ser transformadas em direito apenas pela internalização por parte dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Essa guerra seria ainda mais importante por ser também, em certa medida, não apenas a guerra em defesa da autonomia da *Lex Mercatoria*, mas também um importante debate para todas as outras áreas do Direito que se pretendem globais, cuja emergência no cenário internacional se dá em relativo isolamento em relação à política oficial.

O debate acerca da *Lex Mercatoria*, no entanto, apesar de tão atual e importante, tem uma fundação teórica bastante limitada. De um lado, têm-se advogados (principalmente franceses) para quem a *Lex Mercatoria* seria uma ordem jurídica global emergente e independente de qualquer governo, cujas fontes se encontram nas práticas do Comércio Internacional, nos contratos-tipo, nas atividades das associações econômicas globais, nos códigos de conduta e nos laudos das cortes internacionais arbitrais.

Esses defensores da *Lex Mercatoria*, diz Teubner, desenvolveram argumentos teóricos cuja pobreza se encontra principalmente no estreitamento conceitual dado ao tema. Uma dessas linhas tenta revitalizar as antigas teorias do direito costumeiro. Porém - pergunta-se o autor - qual seria o critério operacional para a descoberta de evidências empíricas de uma “*consuetudo longa*”? Para ele, nenhuma conceituação adequada de *opinio iuris* em nível global é fornecida, assim como também não é feita nenhuma tentativa de demonstrar a legitimidade do Direito costumeiro dentro das condições do Positivismo Jurídico (TEUBNER, 1997, p.6).

As críticas do professor alemão continuam ao apresentar uma segunda linha de pensamento sobre o tema que, segundo ele, tenta se utilizar das Teorias do Institucionalismo italiano e francês, construindo a ideia de um Direito Corporativo dos atores econômicos globais, apresentando traços bastante vagos da tão proclamada *Lex Mercatoria* medieval. É essa visão institucionalista que advoga a existência de uma comunidade mundial de

mercadores que é quase uma organização formal, a *societas mercatorum*. Alguns chegam a compara-la com um *Rotary Club*, ou mesmo as antigas guildas de mercadores medievais, com códigos disciplinares e sanções como a “*blacklisting*” ou a exclusão dos membros.

Porém, para Teubner, um corporativismo dessa natureza nos dias atuais, com a dinâmica competitiva do mercado em escala global, seria, no mínimo, antiquado. Em virtude disso, uma terceira linha de pensamento teria desenvolvido a audaciosa teoria do “contrato sem lei” (*contrat sans loi*), de contratos que se autorregulam e supostamente existiriam sem nenhuma base, seja no Direito nacional, seja no Internacional. Tal construção teórica, segundo o autor, é levada ao fracasso quando tenta, ela mesma, se reconciliar com a doutrina tradicional das fontes legais. Além disso, grande parte dos ordenamentos nacionais hoje já garante a liberdade de escolha, pelas partes, até mesmo de instâncias decisórias não estatais.

Do outro lado da “guerra de crenças”, encontram-se os britânicos e os americanos que invocam a soberania do Estado-Nação para atacar a *Lex Mercatoria* e atribuí-la o status de ficção jurídica. Seus argumentos, no entanto, baseiam-se na antiga noção do século XIX que apregoava a unidade entre o Direito e o Estado. Logo, tudo que seja denominado de a-nacional, é, a priori, ilógico e irracional. Sob esse ponto de vista, qualquer fenômeno legal no mundo tem que, necessariamente, estar atrelado a uma ordem jurídica nacional; ele precisa de uma ligação, por mais ínfima que seja, com o Direito nacional.

Ainda segundo essa visão, a *Lex Mercatoria* nunca vai evoluir para uma autêntica ordem jurídica porque não regula um território exclusivo com poder coercitivo. Para essa corrente, os costumes comerciais por si próprios são incapazes de criar Direito, eles só podem ser transformados em lei por um ato formal de um Estado soberano. O mesmo pode-se dizer para os contratos-tipo, que devem estar subordinados ao controle político dos ordenamentos jurídicos nacionais. Associações privadas, por sua vez, podem criar suas quase-leis, mas tais “quase-leis” não têm nenhuma força vinculatória. Finalmente, a Arbitragem Internacional também não será capaz de desenvolver um corpo autêntico de jurisprudência com valor de precedente porque as decisões arbitrais sempre podem ser questionadas por recurso às cortes nacionais e pelo “*exequatur*” processual dentro dos Estados-Nação. Somente as doutrinas clássicas do Direito Internacional Privado seriam capazes de lidar de maneira adequada com quaisquer tipos de conflitos internacionais na seara econômica, dizem as teorias (TEUBNER, 1997, p.7).

Assim, de acordo com essas doutrinas, se a globalização do direito é realmente necessária, então, as únicas fontes legítimas para visualizá-la são os tratados internacionais e as convenções celebradas sob a autoridade do Direito Internacional Público.

A forma com que a controvérsia se destrincha, indica, nas palavras de Teubner, que o assunto ainda é considerado um tabu, profundamente enraizado em práticas, doutrinas e teorias do Direito. E isso serve para demonstrar a enorme resistência que um ordenamento que se pretenda global tem que enfrentar em um universo jurídico ainda conceitualmente dominado pela ideia do Estado-Nação.

Nesse sentido, o autor, para demonstrar o quão profundamente está enraizado o tabu, utiliza-se das palavras quase apocalípticas de Frederick Mann, que diz ser difícil imaginar uma visão mais perigosa, mais indesejável e mais infundada do que a da autonomia da *Lex Mercatoria* (MANN apud TEUBNER, 1997, p.7).

De acordo com o autor, na verdade, a *Lex Mercatoria* rompe com um duplo tabu acerca das necessárias conexões entre o Direito e o Estado. Primeiro por sugerir que meras “ordens privadas” (contratos e associações) produzem lei válida sem autorização e controle por parte do Estado. Nas palavras de Savigny, ao contrato sempre foi negado o patamar de fonte do direito e ele passou a ser percebido como um mero fenômeno de fato, transferido para o domínio da sociologia empírica. Assim, na medida em que a *Lex Mercatoria* é o “contrato sem lei”, seria, nesse sentido, uma *lex illegitima*. Em segundo lugar, a *Lex Mercatoria* rompe mais um elemento do tabu, pois pretende ser válida não apenas fora do Estado-Nação mas também fora da própria seara das relações internacionais.

Como pode o autêntico direito “espontaneamente” emergir em escala transnacional sem a autoridade do Estado, sem o seu poder sancionatório, sem o seu controle político e sem a legitimação dos processos democráticos? Onde estaria a norma fundamental ou a “*rule of recognition*” global?

Como a teoria sociológica contemporânea do Direito deve lidar com a *Lex Mercatoria* e com outras formas globais de Direito a-nacionais? Naturalmente, a Teoria do Direito não pode tentar se imiscuir nas práticas jurídicas da *Lex Mercatoria*, com o intuito de determinar o que é legal e o que não é. E há, claro, muitas teorias jurídicas cujo escopo é a idiossincrática definição do que é o Direito.

Há, no entanto, um tipo de Teoria do Direito que se faz explicitamente dependente da prática jurídica. Ela observa o Direito como um processo de auto-organização que define seus limites de maneira autônoma. Ela é chamada de “observação de segunda ordem” e “observa”

como as práticas jurídicas “observam” o mundo. A teoria não tenta delinear o que está dentro e fora do Direito, mas produz, ao invés disso, instrumentos de observação (LUHMANN apud TEUBNER, 1997, p.8).

4.3 Rompendo as barreiras: por uma novíssima teoria da *Lex Mercatoria*

Embora as primeiras linhas da teoria de Teubner tenham sido lançadas com o artigo mencionado anteriormente, que, como dito, faz uma abordagem mais pragmática do tema, é em seu artigo intitulado “*Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria*”, que ele aprofunda as linhas principais de sua fundamentação sobre o Pluralismo Jurídico, do ponto de vista da *Lex Mercatoria*. Segundo ele, o título do seu artigo, que se inicia com “*Breaking Frames*”, tenta dar uma ideia da violência com que a moldura do Direito e a constante movimentação desse mesmo Direito têm se chocado, impedindo a visualização de ordenamentos globais como, por exemplo, a *Lex Mercatoria*. Aqui o autor parte, claramente, da desconstrução das influências kelseniana e hartiana sobre o conceito de Direito (TEUBNER, 2002, p.199).

. Essa delimitação teria um efeito duplo: o de fracionar o próprio Direito e, ao mesmo tempo, fazer com que haja um rompimento interno dessas delimitações. Para ilustrar esse “violento confronto” o autor se utiliza de um caso prático decidido em 1991, na *Cour de Cassation de Paris*, envolvendo, como partes a *Primary Coal Incorporated*, de um lado e, de outro, a *Compania Valenciana de Cementos Portland*. Nesse caso, a corte tinha que decidir se e até que ponto a *Lex Mercatoria* poderia ser autorizada a romper a moldura tradicional do Direito Internacional Privado. A corte deveria ou não reconhecer a “justiça privada” da *Lex Mercatoria* como um novo direito positivo com validade transnacional? Poderia um fenômeno normativo assim tão ambíguo, que, segundo o autor, se localiza na fronteira em meio ao “entre e o além” dos ordenamentos nacionais ser aplicado por cortes arbitrais de acordo com as regras de Direito conflitual?

Para Teubner, qualquer que seja a decisão do julgador em casos como esse, ela necessariamente resultará em rompimento da moldura. Ele adverte, no entanto, para o fato de que a palavra “moldura”, por ele utilizada, não deve ser vista em seu sentido tradicional, ou seja, como algo que serve para separar uma imagem do seu mundo exterior. Ao contrário, ele se utiliza do conceito de moldura como algo que é mais do que uma simples delimitação estática que separa duas ordens legais ou ainda, o que é Direito do que não é Direito.

“Moldura”, para ele, seria o paradoxo de uma "*cloture ouvrante*", ou seja, a zona transitória e oscilante entre o “interno” e o “externo”, entre o “próprio” e o “impróprio”.

Então, em uma espécie de narrativa, o autor se utiliza de um panorama fictício para ilustrar quantos questionamentos a aplicação da *Lex Mercatoria* nos dias atuais ainda pode desencadear. Para tanto, ele traz a ideia de que uma decisão com esse teor seria ainda mais paradigmática caso se desse no âmbito de um litígio envolvendo um contrato com investimentos de grande vulto entre uma multinacional e um país em desenvolvimento (TEUBNER, 2002, p.200).

Nesse cenário, as partes dificilmente concordariam quanto à lei aplicável: enquanto a companhia temeria a legislação tendenciosa do país em desenvolvimento, este último também não poderia aceitar o sistema neoliberal vigente no país sede da multinacional. Depois de muitos anos de investimentos, o governo do citado país, invocando as chamadas “normas de ordem pública”, pede que sejam revistas as cláusulas contratuais que os ligam, tendo em vista as mudanças ocorridas no cenário internacional.

Na ficção do autor, os árbitros resolvem o litígio com uma corajosa decisão: eles deixam de aplicar as leis dos ordenamentos nacionais, que são parte da controvérsia, para aplicar a *Lex Mercatoria*. Além disso, eles descobrem que essa *Lex Mercatoria* contém, em seu bojo, tanto a cláusula “*rebus sic standibus*”, quanto as leis de ordem pública defendidas pelo governo do país em desenvolvimento.

Agora, resta aos juízes das cortes nacionais a tarefa árdua de lidar com essa “escandalosa” decisão. O que fazer, nesse caso? Recorrer aos doutrinadores. E é aí que se descobre a “guerra de crenças” existente entre os acadêmicos: enquanto os franceses, como outrora mencionado, advogam que uma bem organizada associação de mercadores não apenas existe nos dias atuais, mas atua legislando no âmbito da *Lex Mercatoria*, os britânicos e americanos dizem que essa noção maçônica dos franceses é apenas um “fantasma dos professores da Sorbonne”²⁴ (TEUBNER, 2002, p.200).

Assim, o juiz em questão tem que estar ciente de que pesquisar a natureza jurídica da *Lex Mercatoria* é um dos raros casos no Direito em que a prática depende inteiramente da teoria e essa teoria não é nem um pouco pacífica em relação ao tema. De fato, as questões trazidas à tona com essa investigação não se limitam apenas a identificar a norma fundamental kelseniana em escala global ou encontrar os fundamentos da *Lex Mercatoria*. Na

²⁴ Numa livre tradução para o termo utilizado pelo autor: "*phantome of Sorbonne professors*".

verdade, elas põem em cheque a própria definição tradicional do Direito adotada pela maioria dos ordenamentos jurídicos.

Para Teubner, então, o que limita a visão de grande parte daqueles que não conseguem reconhecer na *Lex Mercatoria* um sistema legal, é o fato de que a maioria deles procura sua natureza jurídica nas antigas teorias da norma fundamental de Kelsen ou na “*rule of recognition*” de Herbert L.A. Hart. Para ele, assim como qualquer outro mito acerca da criação das coisas, esses fundamentos míticos do Positivismo moderno não fazem nada além de esconder a circularidade básica do Direito. Nesse sentido, o autor se utiliza da teoria desenvolvida por Kerchove & Ost²⁵, cuja visão é conhecida pela aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito e pelas influências da autopoiese de Niklas Luhmann²⁶ (TEUBNER, 2002, p.202).

Para Teubner, a Teoria dos Jogos traz um paradigma promissor para a análise do Direito, principalmente porque fornece uma dupla moldura para análises bastante produtivas: a moldura mais estreita dos jogos sociais, e a mais larga, do jogo das diferenças. Nessa moldura mais estreita dos jogos sociais, o jogo serve para o Direito como uma poderosa metáfora. Kerchove & Ost, na visão de Teubner, ao explorar a metáfora dos jogos, rompem as barreiras das tradicionais análises e trazem à tona uma proveitosa visão mítica, ficcional, teatral e inventiva do Direito.

Assim, o autor enxerga o Direito como um jogo, localizado na mesma linha, em paralelismo, juntamente com vários outros movimentos que tentam construir um conceito pós-estruturalista do Direito. O que esses movimentos têm em comum é o fato de desconsiderar as limitações que foram impostas ao Direito, seja pela jurisprudência analítica, pelas Puras Teorias do Direito ou pelo Institucionalismo, que sempre enxergaram o tema sob uma perspectiva estática. Sob esse ponto de vista, enxergar o Direito como “jogo” é enxergar o Direito também como “discurso”²⁷, como “disciplina”²⁸, como “*différance*”²⁹, como “*champ*”³⁰ e como “sistema autopoietico”³¹ (TEUBNER, 2002, p.203).

²⁵ Para se aprofundar no tema, ver: VAN DE KERCHOVE, Michel; OST, François. **Legal System Between Order and Disorder**. 1a ed. Oxford: Clarendon Press, 1993; e VAN DE KERCHOVE, Michel; OST, François. **Le droit ou les paradoxes du jeu**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

²⁶ Para se aprofundar no tema, ver: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 1ª ed. Cidade do México: Herder, 2006.

²⁷ Para se aprofundar no tema, ver: LYOTARD, Jean-Francois. **Le différend**. Paris: Les Editions de Minuit, 1983; JACKSON, Bernard J. **Law, Fact and Normative Coherence**. Liverpool: Deborah Charles, 1988.

²⁸ Para se aprofundar no tema, ver: FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: La naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1995.

Não é por acaso, diz Teubner, que Kerchove & Ost focam em problemas que são centrais para todos esses movimentos: indeterminação, recursividade, flexibilidade, autorreferência, e, acima de tudo, a questão dos paradoxos. Todas essas abordagens pós-estruturalistas, então, teriam muito em comum: um retorno linguístico proveniente da Sociologia positivista do Direito, a dissolução das realidades social e jurídica, a fragmentação em múltiplos discursos, a descentralização quanto ao objeto do Direito, a visão eclética das diversas tradições no pensamento jurídico, o enaltecimento das diferenças, e, o mais importante de tudo, as origens do Direito ligadas a paradoxos, antinomias e tautologias.

Em linhas gerais, na visão do Direito como um jogo, trazida por Kerchove & Ost, os autores, segundo Teubner, tentam não partilhar, com os movimentos anteriormente citados, de uma atitude desconstrutivista, apontando mais para um modelo construtivista. Por outro lado, eles condenam a desparadoxificação sistêmica, já que essa seria utilizada como uma mera forma de se fugir aos paradoxos, constituindo um nostálgico retorno às origens, à verdade, à legitimidade e ao poder.

Para os autores, aceitar os paradoxos do Direito através da dialética seria a melhor opção. Teubner, porém, discorda dessa visão, alegando que os autores recorrem à dialética para cobrir uma deficiência analítica de sua teoria. Para o autor, Kerchove & Ost, sem prejuízo do brilhantismo de suas abordagens, pecam pela ambiguidade dialética carente de síntese, que recai na atrativa ambivalência do sim e não, dentro e fora, Direito e não-Direito. Eles fazem crer que é possível pagar o preço de permanecer na presença simultânea e permanente oscilação das diversas ambiguidades do Direito, tais como aquelas apresentadas nos seus cinco pares conceituais: “estratégia e representação”; “cooperação e conflito”; “realidade e ficção”; “regulação e indeterminação”, “interno e externo”.

Tudo parte de um jogo, cujas soluções oscilariam entre os pares de acordo com cada situação. Para Teubner, a teoria é bastante atrativa e tem forte apelo emocional, porém os resultados práticos de sua aplicação são bastante complexos, já que poderiam deixar o Direito sob a influência, por exemplo, do oportunismo político. E para conviver pacificamente com a necessária existência desses paradoxos, o autor propõe a utilização do conceito luhmanniano

²⁹ Para se aprofundar no tema, ver: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: Le 'Fondement Mystique de l'autorité. *Cardozo Law Review*. França: 1990; e CORNELL, Drucylla. *Transformations*. Londres: Routledge, 1993.

³⁰ Para se aprofundar no tema, ver: BORDIEU, Pierre. La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, n.64. França: 1986. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332

³¹ Para se aprofundar no tema, ver: LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. 1ª ed. Cidade do México: Herder, 2006.

de “reentrada”. Enquanto Kerchove e Ost lidam com a questão dos paradoxos considerando a sua convivência simultânea ou a oscilação entre os pares, o conceito de “reentrada” poderia fazer algo mais complexo e complementar à teoria.

Aqui, fazem-se necessárias algumas considerações apenas para lançar um ponto de luz à noção de reentrada desenvolvida por Niklas Luhmann e posteriormente utilizada por Teubner. É importante ressaltar, no entanto, que o escopo do presente trabalho não é destrinchar qualquer teoria filosófica ou sociológica do Direito, mas sim apresentar os mais novos pontos de vista sobre a *Lex Mercatoria*³².

Assim, na medida em que os sistemas são (e aqui parte-se do pressuposto de que o Direito é apenas mais um sistema, juntamente com a Economia, a Política, a Moral, etc.), de acordo com a visão autopoietica, fechados e abertos ao mesmo tempo, comportam os paradoxos de maneira pacífica, já que são esses mesmos paradoxos que levam à unidade conceitual. Os sistemas, na visão de Luhmann, são complexos e em sua complexidade, devem ser autorreferentes, utilizando-se da distinção entre autorreferência e heterorreferência (MOURA; MACHADO; CAETANO, 2009).

Então, enquanto a distinção feita pela teoria dos jogos cria uma forma composta necessariamente por dois lados, com a teoria dos sistemas essa divisão entre os dois lados faz uma “reentrada” em um desses dois lados e reaparece dentro dele. Assim, a velha distinção entre os dois lados deixa de existir e o que passa a existir a partir de então é a representação da distinção dentro de um dos lados. É a internalização, por exemplo, da distinção entre “externo e interno”. É a moldura que reaparece na própria pintura e passa a fazer parte dela; o limite, que passa a fazer parte do próprio território (TEUBNER, 2002, p.206).

Toda essa construção tem implicações bastante positivas, pois apesar de não negar a existência dos paradoxos, também não aceita a infinita oscilação entre valores positivos e negativos. Ao contrário, o conceito de “reentrada” transforma e mantém o paradoxo, reformulando suas contradições como uma distinção dentro da distinção.

Teubner delinea toda essa construção teórica embasada na Filosofia e na Sociologia do Direito para poder, então, finalmente situar a *Lex Mercatoria* como fenômeno da atualidade, pois para ele, a questão mais importante a ser discutida é, basicamente, se ela é ou não, Direito.

³² Para um estudo mais aprofundado das teorias sociológicas utilizadas como base para as construções teóricas de Gunther Teubner, recomenda-se a leitura cuidadosa das obras aqui já indicadas em outras notas de rodapé.

4.4 A solução do grande paradoxo acerca da *Lex Mercatoria*: Direito ou não Direito?

De acordo com o autor, então, a grande questão a respeito do tema é saber se, afinal, a *Lex Mercatoria* é ou não, Direito. Para a doutrina tradicional das fontes do Direito, a *Lex Mercatoria*, sem dúvida, não é Direito. Pode não ser nada, pode ser apenas normas profissionais, regras sociais, usos e costumes, obrigações contratuais, acordos intra ou inter-organizacionais, ou ainda decisões arbitrais; mas nunca Direito. Essa antiga distinção entre o que é Direito e o que não é, baseia-se na visão escalonada das normas jurídicas, pela qual as normas hierarquicamente superiores legitimam as inferiores. Fenômenos normativos fora dessa hierarquia não seriam Direito, apenas fatos sociais (TEUBNER, 2002, p.207).

E, nesse âmbito, as normas de maior hierarquia seriam, após o declínio do Direito Natural e ascensão das teorias positivistas, as Constituições dos Estados-Nação, que se apoiam na legitimação democrática como fundamento de validade jurídica. Assim, a criação de normas por "governos privados" seria subjugada pela moldura hierárquica das Constituições Nacionais, que representariam a unidade histórica entre o Direito e o Estado.

A globalização, porém, rompeu essa moldura. Para Teubner, a *Lex Mercatoria*, o Direito Transnacional das relações econômicas, não é o único caso de Direito Global produzido sem a presença do Estado. Não é só a Economia, mas vários setores da sociedade mundial estão desenvolvendo as suas próprias normas com características globais. Em primeiro lugar, os regimes jurídicos internos das empresas multinacionais seriam um forte candidato à posição de Direito Global sem a presença do Estado³³; uma combinação similar de globalização e informalidade pode ser encontrada no Direito do Trabalho – na *Lex Laboris Internationalis*, empresas e sindicatos de trabalhadores atuam na criação de normas como agentes privados³⁴; há ainda o discurso dos Direitos Humanos, que se tornou globalizado e clama por suas próprias normas de caráter global, atuando não apenas sem a presença do Estado, mas, muitas vezes, contra o próprio Estado³⁵; no âmbito das telecomunicações,

³³ ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order," in TEUBNER, Gunther. (ed.). **Global Law Without A State**. Aldershot: Dartmouth Gower. 1997.

³⁴ Para se aprofundar no tema, ver: BERCUSSON, Brian. Globalizing Labor Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors. in TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without A State**. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.

³⁵ Para se aprofundar no tema, ver: BIANCHI, Andrea. Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors in TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without A State**. Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.

assiste-se a Internet lutando por seu próprio regime jurídico global. E mesmo no mundo dos esportes discute-se a criação de uma "*Lex Sportiva Internationalis*"³⁶.

Devido ao seu caráter global e a-nacional, nenhum desses regimes poderia se basear em um ordenamento jurídico nacional, logo, pela doutrina tradicional, não haveria Direito. Mas qual é a diferença entre, por exemplo, um regime contratual nacional e um internacional, que permita dizer que o primeiro é Direito e o segundo, um simples fato sem implicações jurídicas? Aqui ressurgem o paradoxo que havia sido suprimido com sucesso no caso fictício apresentado inicialmente por Teubner, em que a *Lex Mercatoria* sobrepôs a oposição "ordenamento nacional x empresa multinacional". Porém, diante das dificuldades enfrentadas pelo julgador nacional na recepção de uma decisão com tais características, é necessário aprofundar o tema.

Nesse sentido, a visão do "Direito como um jogo" ajudaria? Direito e não-Direito? A presença simultânea ou a oscilação? De acordo com Teubner, o mais interessante, nesse caso, seria utilizar a supracitada noção de "reentrada". A distinção entre Direito e não-Direito ou de jurídico ou não-jurídico faz sua reentrada no Direito. E isso só é possível se a doutrina tradicional das fontes do Direito for reformulada. Aqui, o autor tenta suprir essa tarefa, fazendo um breve esboço de como esta reformulação da doutrina das fontes do Direito deveria se dar.

Quando a moldura da hierarquia das normas constitucionalmente legitimadas se rompe devido à pressão da globalização, então a nova moldura, que vai substituir a antiga, cuja principal característica era a hierarquia, só pode ser heterárquica e necessariamente terá de se utilizar do paradoxo "centro/periferia". Nesse contexto, ela descentraliza a produção normativa, afastando-a da sua posição tradicionalmente privilegiada, sempre no topo da hierarquia jurídica e a coloca em pé de igualdade com outros tipos de produção normativa dentro da sociedade. .

No centro desse sistema jurídico reformulado estariam os tribunais com a produção normativa, enquanto a legislação se moveria para a periferia, porém, ainda dentro do ordenamento jurídico. A distinção *centro/periferia*, na verdade, não recriaria uma hierarquia, no sentido de que os tribunais se tornem mais importantes do que a legislação. Nesse modelo, a oscilação prevista na teoria dos jogos é complementada com a reentrada. Com o paradoxo

³⁶ Para se aprofundar no tema, ver: SIMON, Gérald. *Puissance sportive et ordre juridique étatique*. Paris, 1990; SUMMERER, Thomas. **Internationales Sportrecht vor dem staatlichen Richter in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, USA und England**. München: V.V.F, 1990.

centro/periferia o Direito se repete, reconstruindo em si próprio a distinção entre Direito e Política que passa pelo paradoxo *interno/externo*. A legislação deixa de estar no topo da hierarquia e perde a sua centralidade, passando a ser periférica, porém, retendo o status de fonte interna do ordenamento jurídico. É a produção de normas legais em acoplamento estrutural com a Política.

E essa reentrada permite uma generalização, uma ampliação da distinção entre o Direito e a Política para a distinção entre o Direito e outros sistemas sociais. A substituição da moldura, da hierarquia para o “paradoxo”³⁷ *centro/periferia*, permite reconhecer outras fontes de produção de normas sociais, como fontes de Direito, mas somente sob a condição de que elas sejam produzidas na periferia do sistema jurídico em acoplamento estrutural com processos sociais de formação de normas externos ao Estado. Aqui pode-se achar - em paralelo com a legislação - muitas formas de criação de normas por "governos privados", que, na realidade, têm um grande viés "público": regulamentação técnica, produção de normas profissionais, Direitos Humanos, a regulação intra-organizacional e a contratação. E aqui o juiz fictício mencionado por Teubner em seu artigo, irá identificar a sua "*Lex Mercatoria*" não mais oscilando entre o Direito e o não-Direito, mas certamente como Direito positivo que, no entanto - e aqui esconde-se o paradoxo - tem suas origens no seu íntimo acoplamento estrutural com fontes não estatais de produção normativa.

Será, porém, que isso não equivaleria a uma grandiosa deslegitimação do Direito? É que a ideia de descentralizar a legislação democraticamente legitimada e enviá-la para a periferia do Direito juntamente com a *Lex Mercatoria*, as normas intra-organizacionais e a regulamentação técnica, por exemplo, para alguns poderia “trair” a tradição europeia de que qualquer norma tem de ser democraticamente legitimada se deve ser obedecida.

Porém, isso apenas se as tradicionais teorias da norma fundamental e da “*rule of recognition*” forem tomadas como base e essas novas fontes de produção do Direito forem jogadas à obscuridade. Porém, se essa velha prática de abafar a produção normativa *de facto* realizada em todos os tipos de "governos privados" for abandonada e, ao invés disso, os doutrinadores resolverem lançar luz sobre essa produção normativa, a discussão passará da

³⁷ O uso da expressão entre aspas se justifica pela explicação da própria teoria, que opta por não escolher mais entre dois polos opostos, nem mesmo oscilar entre eles, mas utilizar-se das reentradas para enxergá-los interna e externamente. Por esse motivo, a partir daqui passar-se-á a chama-los de “binômio”, sem, no entanto, que isso seja uma decorrência dos textos de Teubner. A expressão foi escolhida pelo fato de não se tratar necessariamente, em português, da contradição entre dois termos opostos, e sim da sua mera aposição lado a lado.

necessidade de saber se o que eles estão fazendo é ou não Direito positivo, para a necessidade de saber qual é a legitimação democrática destes "regimes jurídicos privados".

Ao mesmo tempo, seria ingênuo exigir uma ligação formal entre estes regimes e o estreitíssimo processo normativo parlamentar. Assim, surge, com o debate, a necessidade de se buscar novas formas de legitimação democrática desses regimes privados, que poderia trazer a ação econômica, técnica e profissional para escrutínio e controle públicos. E tudo isso decorrente do paradoxo³⁸ que as manifestações de Direito Global sem a presença do Estado provocaram no estudo da disciplina: uma expansão do constitucionalismo na produção de normas privadas que poderia passar a considerar esses regimes "privados" como "públicos".

A conclusão a que chega Teubner é de que a *Lex Mercatoria* é, sim, Direito positivo. Para ele, isto é verdade não só de uma perspectiva sociológica ou antropológica do Pluralismo Jurídico, mas deve também ser aceito a partir do ponto de vista oficial da doutrina jurídica. Consequentemente, após a globalização ter rompido a antiga estrutura da hierarquia das normas, uma reformulação da doutrina das fontes do Direito como heterarquia de produção de normas periféricas será necessária (TEUBNER, 2002, p.209).

4.5 Uma genealogia para a *Lex Mercatoria*

Embora a questão da genealogia da *Lex Mercatoria* seja debatida por Teubner de forma mais secundária, porém não menos aprofundada, já que ele se debruça muito mais sobre o seu reconhecimento enquanto manifestação do Direito global, a sua importância na construção da teoria do autor não deixa de ser fundamental.

De maneira coerente e concisa, sem dispensar as pitadas de sarcasmo que lhe são peculiares, Teubner desconstrói a ideia de cronologia tradicionalmente atribuída à *Lex Mercatoria*, juntando-se, assim, a outros autores que também compartilham do mesmo pensamento e já foram devidamente mencionados no primeiro capítulo desse trabalho.

Para Teubner, é aqui que a teoria dos jogos de Kerchove & Ost faz a sua maior contribuição. Algo que certamente vai além da oscilação habitual entre os polos do "paradoxo"³⁹. É que eles fazem, em sua obra, a reinterpretação dos fundamentos do Direito, quer como *regressus ad infinitum*, ou como o paradoxo da autorreferência. Eles continuam a

³⁸ Aqui a palavra "paradoxo" está sendo utilizada com o sentido de "contradição" e não se refere a "binômio".

³⁹ Relembre-se apenas que a teoria dos jogos leva esses polos em consideração como verdadeiras contradições. Por isso, justifica-se, aqui, a retomada da palavra "paradoxo".

afirmar que há uma interminável oscilação entre o surgimento interno e externo do Direito, o Positivismo e o Direito Natural. Mas então eles fazem um movimento "dialético", muito próximo do movimento luhmanniano de "reentrada". Eles apontam para um ponto fixo, interno e fictício, uma fundação do Direito "*como se*". O Direito age "como se" tivesse seu surgimento em um certo ponto no tempo. Nesse "mito da criação", o surgimento externo do Direito é reconstruído internamente (TEUBNER, 2002, p.211).

De acordo com o autor, é nesse momento que o método dialético proposto por Kerchove & Ost produz concretamente os resultados a que abstratamente se propõe. E se, a essa ideia, for acrescentada a distinção entre operação e auto-observação do Direito, a teoria se torna ainda mais interessante.

Um "mito de criação" ou "mito de fundação" pertenceria à segunda categoria: o Direito descreve a si mesmo através de uma imagem sobre a forma como ele teria surgido. Os "mitos de criação" da *Lex Mercatoria* podem ser, por exemplo, o renascimento moderno de sua origem no Direito medieval. Ou poderia ser um ato legislativo como um "*corporatif droit*" pelas, obviamente fictícias, corporação de mercadores.

O início, então, estaria no meio e seria como na famosa "*Glas*", de Jacques Derrida em que o texto não tem começo, mas se inicia no meio de uma história que já havia começado (DERRIDA apud TEUBNER, 2002, p.211). Operações recursivas não podem começar *ex nihilo*, elas só podem se referir a algo que já existe. Elas não podem se referir a algo fora da sua cadeia de recursões, deve ser algo dentro da cadeia a qual se referem. E se esse "algo" não existir, eles têm que inventá-lo. O Direito como um sistema de operações jurídicas recursivas só pode se referir a operações jurídicas passadas. A solução, novamente, é um "*como se*", mas não a ficção de um mito fundado na auto-observação, mas muito mais a ficção das decisões passadas como base de operações recursivas.

Essa solução "*como se*" retorna apenas para suplementar uma lacuna: a falta de identidade de um direito não-estatal precisa ser complementada com a participação de sistemas sociais externos na ordem jurídica interna. No entanto, essa ficção depende das condições externas ao ordenamento jurídico. Para a doutrina tradicional, deve sempre haver uma situação histórica na qual é suficientemente plausível supor que também em tempos antigos tenha havido normas jurídicas aplicáveis (LUHMANN apud TEUBNER, 2002, p.211).

Poder-se-ia dizer que a prática comercial evoluiu sob as condições caóticas do mercado mundial, isso para não dizer que ela tem sido imposta por fortes agentes econômicos.

Na verdade, essa prática é “transformada” em Direito, sempre que há uma pretensão em dar a essas expectativas um caráter legal ao qual a tomada de decisão jurídica possa ser ligada. Um contrato internacional, por exemplo, tem-se mantido fora da moldura do direito contratual nacional. O mais estranho, nessa ficção é que, geralmente, as suas expectativas, em relação aos ordenamentos nacionais, acabam se tornando Direito.

Normas organizacionais e rotinas de trabalho evoluíram dentro de uma organização multinacional e a ficção criada é de que tais regras “são” parte do Direito do Trabalho. Um internauta empreendedor do ciberespaço, barganha uma fatia do mundo virtual, cobra pelo acesso e alega ter criado propriedade. Já os árbitros afirmam que, em disputas comerciais, os antigos laudos arbitrais decididos segundo a equidade “são” precedentes com força vinculatória. Por óbvio, esse é um histórico em que a *Lex Mercatoria*, cria a sua recursividade com base em precedentes fictícios.

Essas são as condições externas para o que Teubner chamada de “take-off”, que poderia, num esforço hermenêutico, ser traduzido como “desligamento”. Para o autor, nesse cenário, deve sempre haver sedimentos de comunicação social que podem ser usados por essa “Síndrome da Falsa Memória do Direito”. Sob a influência de conflitos que demandam por rápidas soluções, o Direito procura por precedentes e falsifica esses “sedimentos”. Não há dúvidas que esses sedimentos existem. O problema é que essa antigas teorias do Direito lhes atribuem um sentido “legal” na maioria das vezes inexistente.

Também há condições internas que influenciam nesse “desligamento”. Mesmo que haja suficiente influência normativa a que essa recursividade possa se relacionar, ela ainda necessitará se libertar das limitações do paradoxo de uma “auto-validação do contrato”. Como é possível concordar com a resolução de um litígio, se há discordância sobre a validade do contrato? Mais uma vez, Kerchov & Ost identificam esse paradoxo em sua discussão sobre a “fábula do contrato social”. Mais uma vez, eles mostram a infinidade de “*jeu de jeu*”, a lei do Direito que mostra a impossibilidade de se enxergar o Direito como um sistema fechado. O grande desafio aqui é a maneira como os estudiosos do Direito têm reagido a este paradoxo.

Como a *Lex Mercatoria* deve “desdobrar” o paradoxo do “*contrat sans loi*”? Nesse sentido, as lições advindas da *Kautelarjurisprudenz*, uma espécie de conciliação pré-judicial, podem ser bastante úteis, já que se tem aí encontrado uma maneira de driblar o paradoxo da auto-validação de tal forma que os contratos globais tornaram-se capazes de fazer o aparentemente impossível: estão criando suas próprias fundações extracontratuais. Eles já encontraram três formas de desdobramento do paradoxo – hierarquia, tempo e externalização

- que se apoiam mutuamente e possibilitam, sem o auxílio do Estado, que uma forma de Direito global periférico, proveniente da Economia, possa criar o seu próprio centro legal.

Em primeiro lugar, os próprios contratos estabelecem uma hierarquia interna entre as normas contratuais. Eles não contêm apenas "normas primárias" no sentido estabelecido por Hart (HART apud TEUBNER, 2002, p.212), que regulam o comportamento futuro das partes, mas também "normas secundárias", que regulam o reconhecimento das normas primárias, sua identificação, sua interpretação e os procedimentos necessários para a resolução de conflitos. Assim, o paradoxo da auto-validação ainda existe, mas se desfragmentou na separação em níveis hierárquicos, os níveis das normas e das meta-normas. As meta-normas são autônomas em relação às normas, embora ambas tenham a mesma origem contratual. Nesse modelo, a hierarquia é "embaralhada", mas isso não impede os altos escalões de regulamentar os inferiores.

Em segundo lugar, esses contratos colocam o paradoxo numa perspectiva temporal e transformam a circularidade da auto-validação contratual em um processo iterativo de atos jurídicos, em uma sequência mútua de constituição recursiva desses atos e estruturas jurídicas. O contrato estende-se, ao mesmo tempo, tanto ao passado quanto ao futuro. Trata-se de uma padronização pré-existente de normas e se refere ao futuro da resolução de conflitos e, portanto, transforma o contrato em mais um elemento no processo de autoprodução em que a rede de elementos é criada os verdadeiros elementos do sistema.

O terceiro e mais importante ponto: o contrato autorreferente revela o paradoxo contratual pela externalização. Ele exterioriza a auto-validação fatal do contrato, ligando as condições de validade e os futuros conflitos a instituições "não-contratuais" externas. Tais instituições são, no entanto, "contratuais", já que são um produto interno do próprio contrato. Uma dessas instituições seria a Arbitragem, que tem de julgar a validade dos contratos, embora a sua própria validade esteja baseada no contrato que pretende validar.

Aqui, o ciclo vicioso da auto-validação contratual é transformado no ciclo virtuoso da arbitragem contratual. Uma relação interna circular é transformada em uma externa. Na relação circular entre os dois pólos institucionais do contrato e da Arbitragem, encontra-se o cerne do discurso do Direito Global emergente que usa o código binário especializado "*legal / ilegal*", e processa o símbolo de uma validade global não-nacional e até mesmo não-internacional.

Por que essa externalização é tão importante para a criação de um Direito autenticamente global? A resposta é: não apenas porque se desdobra o paradoxo da auto-

validação contratual, mas também porque cria uma dinâmica de interação entre uma ordem jurídica "oficial" e uma "não-oficial", que é constitutiva do Direito Moderno. Ela introduz ainda uma diferenciação interna entre a produção do direito organizada e a espontânea, que seria o equivalente funcional do "Direito Estatal". Assim, os órgãos de arbitragem e a "legislação privada" mudaram dramaticamente o papel do próprio contrato internacional. Apesar de a Arbitragem e da contratação por meio de contratos-tipo serem, eles mesmos, baseados em um contrato, eles transformaram a formação contratual de direitos e deveres em "Direito não-oficial", controlado e disciplinado pelo "Direito oficial" dos órgãos de Arbitragem. A Arbitragem privada e a legislação privada tornaram-se o núcleo de um sistema de decisão que começa a construir uma hierarquia de normas e de órgãos oficiais. E tudo isso faz a reflexividade da *Lex Mercatoria* ser possível.

Assim, o discurso global do Direito funda-se sobre o paradoxo da auto-validação contratual e diferencia a si próprio no binômio *ordem jurídica legal* e *ordem jurídica não-oficial*. E essa é uma dupla reentrada. Não só porque o sistema jurídico em geral reconstrói a diferença entre o *interno* e o *externo*, mas também pela distinção entre o *centro* e *periferia*. A periferia do Direito faz, também, em si mesma, uma distinção similar entre o seu próprio centro (de Arbitragem, normas trabalhistas, etc.) e sua periferia (as transformações legais das transações econômicas).

4.6 As consequências de uma novíssima teoria

Para Teubner, o desenvolvimento de teorias como a Teoria dos Jogos, de Kerchove & Ost, e a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, não deveria rejeitar as considerações positivistas que condicionam a existência da *Lex Mercatoria* à atuação formal de um Estado-Nação. A "guerra de crenças" poderia chegar a um fim pacífico - com a condição de que o alcance global do Direito não seja mais tratado como uma questão de definição doutrinária, mas como uma questão empírica que permite variantes. A questão definitiva, então, seria: onde realmente está a produção normativa concreta? Na política nacional e nas relações políticas internacionais? Em processos judiciais dentro do ordenamento dos Estados-Nação e em cortes internacionais? Ou na Economia Global e em outros processos sociais? (TEUBNER, 1997, p.10).

De qualquer forma, levando-se em consideração a globalização fragmentada dos diversos sistemas sociais, a teoria defendida por Teubner daria diferentes pesos a essas esferas

de produção normativa. Afinal, o Pluralismo jurídico poderia perceber o Direito Econômico Global como um processo amplamente assimétrico de auto-reprodução.

O Direito Econômico Global é o Direito com um “centro” subdesenvolvido e uma “periferia” altamente desenvolvida. Ou seja, é um Direito cujo “centro” é criado pelas “periferias” e continua dependente delas. A *Lex Mercatoria*, então, representaria a parte do Direito Econômico Global que opera na periferia em direto acoplamento estrutural tanto com as transações econômicas quanto com as organizações econômicas globais. É o Direito que resulta de normas para-legais que são produzidos à margem do Direito tradicionalmente considerado, mais especificamente em sua fronteira com os processos econômicos e tecnológicos (BRAECKMANS apud TEUBNER, 1997, p.10).

Tudo isso permite identificar numerosos fenômenos dentro de um Direito Comercial Global que - de acordo com as teorias positivistas tradicionais - têm um evidente fundamento nacional e internacional. Tentativas de unificação e harmonização da legislação comercial por tratados internacionais, bem como por agências nacionais e ainda os tribunais, que tentam adaptar sua legislação local às exigências mundiais, são casos interessantes. Mas o que dizer da *Lex Mercatoria Propria*, o caso mais difícil de produção pluralista do Direito em base não-política e não-nacional?

Isso porque, além de tudo o que já foi dito, certamente os mais tradicionalistas questionarão a respeito da ausência de sanções formais, por exemplo. Porém, também para esse tema a resposta de Teubner é satisfatória. Segundo ele, a ideia de “sanção” está perdendo o lugar de conceito central na definição de Direito para os binômios do Pluralismo que vão do legal, partindo do social e do global, partindo do nacional. É claro que a “sanção” desempenhou um papel importante na tradição, na Teoria do Direito de John Austin⁴⁰, no conceito de Direito desenvolvido por Max Weber⁴¹, na distinção de segurança jurídica e normas não-jurídicas de Eugene Ehrlich⁴² e no “*behaviouralism*”⁴³ de Theodor Geiger. Nos debates contemporâneos as sanções são vistas apenas como apenas mais um dentre os vários suportes simbólicos da normatividade⁴⁴. Nestes debates, a realidade simbólica da validade jurídica não é definida por sanções (TEUBNER, 1997, p.11).

⁴⁰ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Weidenfeld & Nicolson, 1954.

⁴¹ WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978.

⁴² EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Nachdruck. Duncker & Humblot. English translation 1936. **Principles of the Sociology of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1913

⁴³ GEIGER, Theodor. **Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts**, Neuwied: Luchterhand, Berlin: Duncker & Humblot., 1964.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas . **A Sociological Theory of Law**, London: Routledge, 1985.

No debate da *Lex Mercatoria*, o fato de que esse tipo de lei seria dependente das sanções dos tribunais nacionais tem sido utilizado como um argumento contra o seu autêntico caráter global. Porém, se um discurso jurídico especializado, tal como o comercial, consegue firmar em todo o mundo a sua validade, então não importa de onde o fundamento simbólico de suas reivindicações por meio de sanções venha: pode ser de instituições locais, regionais ou nacionais. São as construções fenomenológicas mundiais dentro de um discurso que determinam a globalidade do discurso, e não o fato de que a origem do uso da força é local.

Mais uma vez, no debate da *Lex Mercatoria*, o fato de que as normas são bastante indeterminadas, tem sido usado como um argumento não apenas contra a sua independência, mas até mesmo contra sua existência. Mas o índice de determinação das normas é um critério enganoso. A existência de um corpo elaborado de normas não é determinante. O que importa é a existência de um processo auto-organizado de constituição mútua de atos jurídicos e estruturas jurídicas.

De maneira conclusiva, Teubner argumenta que a *Lex Mercatoria*, na verdade, deve mesmo pertencer à pluralidade fragmentada de discursos jurídicos, independentemente se o foco desse discurso é composto pelo Direito estatal ou por normas de justiça privada que representam apenas parte do processo dinâmico de constituição mútua de ações e estruturas na área social, de modo global. Afinal, para o autor, não é o Direito dos Estados-Nação que pode determinar a natureza nacional ou global da *Lex Mercatoria*, mas uma representação simbólica das pretensões de validade. Nesse sentido, não é nem a estrutura e nem a função, mas o código binário que vai definir o que é *lex proprium*, seja no âmbito local ou global do Pluralismo Jurídico (TEUBNER, 1997, p.11).

CAPITULO V

Desconstruindo velhos paradigmas: a “Verdadeira *Lex Mercatoria*” segundo Ralph Michaels

5.1 Linhas iniciais

O professor Ralph Michaels desconstrói boa parte das antigas teorias da *Lex Mercatoria*, sugerindo que a dicotomia sempre alimentada entre a existência de um Direito a-nacional em verdadeira contraposição a um Direito Estatal é falsa. Segundo ele, embora uma *Lex Mercatoria* a-nacional pudesse existir em teoria, a verdadeira *Lex Mercatoria* cuja ascensão estamos atualmente observando, não seria esse tipo de Direito a-nacional. Ao contrário, seria um emergente Direito Comercial Global que combina livremente tanto elementos dos ordenamentos nacionais, quanto elementos não nacionais.

E esse Direito transnacional representaria um desafio ainda maior que a ideia de um Direito a-nacional para os doutrinadores tradicionais, necessariamente vinculados à figura do Estado-Nação. Afinal, ele torna a velha dicotomia Direito a-nacional x Direito estatal que permeia o debate sobre a *Lex Mercatoria* simplesmente irrelevante, pois, de acordo com Michaels, consegue transcendê-la. A verdadeira *Lex Mercatoria* marca a passagem, no Direito Global, de uma distinção segmentar para uma distinção funcional. É o Direito além do Estado, e não sem ele (MICHAELS, 2007, p.448).

A questão principal, segundo o autor, não é a real existência de uma *Lex Mercatoria*, no passado ou no presente. É a possibilidade teórica desse tipo de sistema, e se ele pode ser considerado direito. De fato, enquanto a realidade da *Lex Mercatoria*, ainda está em discussão, suas teorias se tornaram cada vez mais sofisticadas, sendo a mais promissora delas a que vem da Teoria dos Sistemas, a Teoria da autopoiese de Gunther Teubner.

Os proponentes de uma *Lex Mercatoria* inteiramente baseada em contratos de direito privado, sem qualquer ligação com ordenamentos jurídicos estatais – o conceito francês de "*contrat sans loi*", ignoram que um contrato não poderia ser obrigatório sem um sistema legal coercitivo. Por outro lado, seus oponentes enfatizam uma posição primordial para o Estado-Nação soberano, que, dentro da visão globalizada do mundo atual, torna-se questionável (MICHAELS, 2007, p.451).

O modelo tradicional do "*contrat sans loi*" poderia, na melhor das hipóteses, explicar apenas como cada contrato comercial pode criar sua própria ordem jurídica a-nacional, mas

não como a soma destes contratos é combinada de maneira que possa ser denominada *Lex Mercatoria*. E é por isso que a teoria de Gunther Teubner, em contrapartida, lança suas bases não sobre o conceito de contrato individual, mas no contrato como instituição. Ele aponta, segundo Michaels, a título de exemplo, que a publicação de julgamentos em geral não provém de um árbitro *ad hoc*, mas de um sistema institucionalizado de arbitragem, que lida com muitos contratos – uma ordem "oficial" emergente. Tal ordem, assim, é capaz de transcender esses contratos individuais em que se baseia. Assim a *Lex Mercatoria* é criada e se perpetua como sistema jurídico autônomo, sem a presença do Estado. Ela se torna um regime jurídico independente e paralelo aos regimes jurídicos nacionais. E uma vez que este regime seria ilegítimo sem uma Constituição, seria preciso constitucionalizá-lo.

Esse novo modelo tem sido muito influente, e, para Michaels, deu vida ao debate teórico sobre a *Lex Mercatoria*, que antes tinha um formato um pouco estéril. De fato, a Teoria dos Sistemas oferece excelentes ferramentas para a análise desse Direito Global, e conquanto os argumentos de Michaels não sejam rigorosas aplicações dessa teoria, sua herança é sensivelmente visível. Em muitos aspectos, os argumentos apresentados pelo doutrinador baseiam-se na Teoria dos Sistemas, em geral, e nas reflexões de Teubner, em particular.

Muitas das suas ideias podem, à primeira vista, parecer uma mera reprodução com vistas a esclarecer a teoria desenvolvida pelo alemão. No entanto, esses esclarecimentos são importantes, porque muitos dos resultados que foram alcançados com base na teoria de Teubner não são convincentes, tanto empírica quanto teoricamente.

É por isso que o autor faz questão de mostrar, através de uma pequena “viagem histórica”, que a *Lex Mercatoria* como um verdadeiro sistema jurídico a-nacional, embora teoricamente possível, nunca existiu, nem na Idade Média; nem no século XX, como querem os teóricos da “*Nova Lex Mercatoria*”; nem hoje, como advogam os defensores da “*New New Lex Mercatoria*”.

De acordo com Michaels, uma *Lex Mercatoria* verdadeiramente autônoma só é realmente plausível a partir da perspectiva da Teoria dos Sistemas. Isso porque, do ponto de vista do Estado (que representa o Sistema Político), existem boas razões para que o Direito fora do Estado, com exceção do Direito de outros Estados, não seja reconhecido como Direito. Do ponto de vista do comércio (que representa o Sistema da Economia), a distinção entre Estado e não-Estado é simplesmente irrelevante, o que importa é que as leis e as instituições sejam mais eficientes, independentemente da sua origem.

Para Michaels, autores que endossam a questão do caráter a-nacional ou não-estatal da *Lex Mercatoria* estão batendo na tecla errada, pois, ao perpetuar a dicotomia Estado / não-Estado, a *Lex Mercatoria* sem um Estado continua dentro de um paradigma com enfoque na contradição. A impressão deixada é que, de certo modo, o Direito Estatal parece antiquado para a maior parte das teorias, principalmente quando se fala em um mundo globalizado. A ideia do “a-nacional” parece muito mais adequada à visão de mundo neoliberal. Porém, um olhar mais aprofundado sobre essa questão revela que ainda há muitos pontos a ser esclarecidos (JANSEN; MICHAELS, 2008, p.527).

De acordo com a Teoria dos Sistemas, tal paradigma é incompatível com uma sociedade mundial que é diferenciada ao longo de subsistemas funcionais, e não dessa dicotomia. A análise funcional deve revelar um Direito Comercial Global que reflete o Sistema Econômico, e deve transcender as fronteiras entre a dicotomia supracitada. E é nesse contexto que a *Lex Mercatoria* desempenha papel fundamental (MICHAELS, 2007, p.452).

5.2 Um romance para a *Lex Mercatoria*

A primeira tarefa a que Michaels se dedica ao apresentar sua teoria é a desconstrução da antiga afirmação, tantas vezes repetida, de que a *Lex Mercatoria* seria uma espécie de Direito das relações comerciais proveniente de uma herança genética por vezes romana e, quase sempre de maneira onipresente, também medieval.

De fato, em seu artigo intitulado “*The True Lex Mercatoria: Law Beyond The State*”, Michaels inicia o seu texto tentando demonstrar que toda a genealogia outrora atribuída à *Lex Mercatoria* não passa de uma ficção criada para legitimar a ideia de haver Direito sem a figura do Estado.

Segundo o autor, o “romance” da *Lex Mercatoria* sempre se baseou em um duplo contexto, que englobava juntos realidade e ficção: de um lado a realidade de um emergente conjunto de normas jurídicas, procedimentos e instituições fora da ordem jurídica do Estado e de suas instituições; de outro lado, o ideal romântico de um direito espontâneo criado no, por e para o comércio, e independente da figura do Estado (MICHAELS, 2007, p.449).

Porém, conquanto a ideia do romance seja eterna e tenha poucas variações entre os defensores das antigas teorias da *Lex Mercatoria*, as concepções variaram um pouco ao longo do tempo. Nesse ponto, Michaels identifica três fases no desenvolvimento das teorias com essa tendência histórica (MICHAELS, 2007, p.449).

A primeira delas, segundo ele, seria a *Lex Mercatoria* antiga encontrada na Idade Média e identificada como um conjunto de normas transnacionais e princípios processuais, estabelecido por e para o comércio, em relativa autonomia em relação aos Estados⁴⁵. A segunda etapa descreveria o renascimento dessa ideia, conhecido entre a doutrina como a "nova *Lex Mercatoria*", uma informal e flexível rede de normas e de árbitros, surgida no século XX, que teria estabelecido um Direito Comercial Internacional Privado. E, finalmente, o terceiro estágio seria aquilo que ele denomina de "*new new Lex Mercatoria*", que passa de um amorfo e flexível "*soft law*" para um sistema estabelecido de Direito, com normas jurídicas codificadas (sobretudo os princípios do UNIDROIT) e uma fortemente institucionalizada arbitragem internacional.

Como já mencionado no capítulo inicial deste trabalho, por algum tempo, os questionamentos acerca da existência ou não de uma *Lex Mercatoria* a-nacional eram muito mais uma questão de fé do que de rigor acadêmico, e muitos dos seus debatedores estavam mais interessados em defender os seus próprios interesses do que realizar uma investigação imparcial do tema. Muitos, especialmente acadêmicos e operadores do Direito Comercial ou interessados no tema da Arbitragem, promoveram a *Lex Mercatoria* porque pareciam se beneficiar com essa posição.

As questões empíricas, surpreendentemente, importavam muito pouco para este debate. De fato, quando Lord Mustill escreveu um artigo crítico sobre a *Lex Mercatoria*, direcionou grande parte da sua crítica à falta de "substância" dos argumentos daquela "suposta" *Lex Mercatoria* (MUSTILL apud MICHAELS, 2007, p.449).

Quer da antiga, quer da "*new new Lex Mercatoria*", a questão da cronologia, bem como da real existência de um direito autônomo, criado e administrado pelo próprio comércio, sempre foi, no fundo, um tema secundário. E o fato de essas discussões não serem resolvidas sugere que a grande questão aqui não são os fatos apuráveis empiricamente, mas as perspectivas de cada teoria.

Na verdade, segundo o autor, essa questão da herança histórica da *Lex Mercatoria* sempre foi usada pelos autores para afirmar que eles tinham os fatos ao seu favor. Assim, eles sempre criticaram seus opositores por supostamente ignorar a realidade a fim de proteger as suas teorias. Porém, na contramão de suas próprias críticas, acabam fazendo o mesmo: é que as novas teorias a respeito do assunto afirmam que, de fato, a *Lex Mercatoria* existe de

⁴⁵ Aqui, mais uma vez, cabe o alerta quanto à inexistência, nesse período a que o autor se refere, da figura do Estado-Nação. A menção se deve apenas pela fidelidade aos termos utilizados por Michaels.

maneira independente e, se as tradicionais teorias do Direito, baseadas no Estado-Nação, são inaptas a entender essa realidade, então elas se mostram inadequadas. Ou seja, aqui, segundo Michaels, eles cometem exatamente o mesmo erro do qual acusam seus oponentes: construir uma realidade para se enquadrar em suas teorias.

Para o autor, essa afirmação, conquanto possa parecer, não é nem um pouco radical. De fato, a inexistência de uma verdadeiramente autônoma *Lex Mercatoria* não é apenas bastante debatida na doutrina, como também corroborada por diversos autores.

A partir de então, Michaels inicia uma explanação já profundamente elaborada no primeiro capítulo deste trabalho, de forma que, as considerações referentes a esse assunto serão feitas aqui apenas com o propósito de situar as colocações do autor acerca do tema, que ele inicia pela chamada “*Lex Mercatoria Medieval*” (MICHAELS, 2007, p.453).

Segundo o doutrinador, não seria possível provar a existência da tão comentada *Lex Mercatoria Medieval*. E para comprovar seus argumentos o autor traz o exemplo de vários estudiosos. Ele afirma que estudos recentes feitos por historiadores do Direito jogaram luz à questão, deixando bem claro que a existência de uma *Lex Mercatoria*, pelo menos como um sistema legal interna e externamente uniforme e autônomo em relação ao Estado, é bastante duvidosa. Nesse sentido, ele menciona as lições trazidas por autores tais como Sachs e Gerard Malynes, cujas considerações foram trazidas no primeiro capítulo do presente trabalho.

As conclusões a que ele chega, após suas análises, são de que toda essa investigação acerca da *Lex Mercatoria Medieval* não quer dizer que ela não existiu, mas apenas que ela nunca foi autônoma em relação ao direito oficial. Nesse sentido, ela teria sido uma mescla entre: as normas oficiais e os costumes e instituições dos mercadores; os tribunais oficiais e as cortes locais semi-privadas. Essa *Lex Mercatoria Medieval* não era direito não-estatal, e sim um amálgama de normas e procedimentos estatais e não estatais, mantidos juntos pelo que tinham em comum: os mercadores.

Já no que toca à chamada “*Nova Lex Mercatoria*”, Michaels afirma que os seus proponentes a divulgam como um direito autônomo do comércio global que cumpriria as mesmas funções do direito estatal. Tribunais arbitrais teriam assumido a tarefa de julgar, enquanto a de legislar, teria recaído, em grande parte, para o comércio em si, cujos costumes seriam vistos como lei. O grande problema, então, apontado por seus críticos, seria o da aplicabilidade das decisões, já que o Estado sempre deteve o monopólio dos meios de coerção. Crítica essa que seus defensores reputam como ultrapassada, já que a *Lex Mercatoria*

se valeria de equivalentes funcionais equiparados aos utilizados pelo Estado, tais como a pressão sobre a reputação ou valores mantidos em depósito para garantir a execução.

É particularmente importante ver a relação desta *Nova Lex Mercatoria* com o Direito estatal. Apesar da equivalência funcional, a vantagem da Arbitragem Internacional, por exemplo, sobre os tribunais nacionais, e da *Lex Mercatoria* sobre o Direito estatal, é tradicionalmente encontrada em uma alteridade intrínseca. Enquanto o Direito estatal repousa no excesso de formalismo e em normas jurídicas abstratas, a Arbitragem oferece decisões com base na equidade, adaptadas às necessidades específicas das partes, sem estar ligada a um sistema de regras vinculativas ou precedentes. Enquanto os tribunais estaduais convocam juristas com pouca experiência nas questões específicas do comércio, os árbitros são os próprios comerciantes, profundos conhecedores de tais questões. Enquanto os pareceres em tribunais estaduais são necessariamente publicados, decisões arbitrais protegem as partes com toda privacidade e sigilo necessários.

Se essa nova *Lex Mercatoria* representa realmente um sistema a-nacional de Direito, e o quão importante ele é, de fato, sempre foi um tema muito discutido. Outro problema frequentemente discutido, embora relativamente secundário, é saber se todo esse discurso pode ser entendido como "Direito". Nesse sentido, para o autor, a combinação feita por Gunther Teubner em sua teoria, entre validade social e jurídica, tende a confundir diferentes critérios de validade do Direito – o que seria confirmado pela frequente ênfase dada por árbitros ao fato de que a equidade e os costumes, mais do que as leis, devem direcionar suas decisões. De fato, em decisões arbitrais as referências à "*Lex Mercatoria*" como Direito aplicável são muito menos frequentes do que os estudiosos fazem crer. Além disso, a mera referência ao termo não criaria um sistema de pleno direito, mesmo que sob a tutela de uma teoria construtivista.

Porém, essas seriam, basicamente, questões de semântica. Para Michaels, mais importante seriam as questões referentes ao caráter sistêmico da "*Nova Lex Mercatoria*", especialmente sua suposta estrutura autopoiética. Na medida em que a maioria das decisões arbitrais permanece em sigilo e não há, em virtude disso, nenhum sistema de precedentes, cada árbitro individualmente teve que "importar" normas jurídicas do Direito estatal ou traduzir os costumes sociais do comércio em normas jurídicas aplicáveis *ad hoc*. Contudo, um sistema contínuo e evolutivo de Direito não poderia se desenvolver desta forma, já que cada árbitro desenvolve individualmente o seu próprio sistema. Assim, nesse contexto e com as

características outrora apontadas, seria impossível falar no desenvolvimento de uma *Lex Mercatoria* não-nacional.

Há ainda uma alegação de que a teoria denominada por Michaels de "*New new Lex Mercatoria*" finalmente teria chegado a um sistema autônomo e suficientemente legalizado de normas, apto a constituir um ordenamento jurídico a-nacional comparável aos ordenamentos estatais. Esta nova visão da teoria, no entanto, se assemelharia muito às antigas, na medida em que ainda se apresenta como funcionalmente equivalente ao Direito estatal. No entanto, sua imagem estaria completamente desfocada, porque, enquanto o atrativo das teorias anteriores da *Nova Lex Mercatoria* estava em sua essencial alteridade em relação ao direito estatal, o maior atrativo das teorias da "*New New Lex Mercatoria*" reside em sua semelhança com o Direito estatal.

De acordo com essa teoria, cada vez mais a Arbitragem Internacional estaria sendo legalizada; a equidade, antes amorfa, teria se rendido às normas legais; as chamadas "*formulating agencies*" teriam estabelecido normas positivadas da *Lex Mercatoria*; os Princípios da UNIDROIT são apresentados como uma completa codificação da *Lex Mercatoria*. Além disso, haveria uma tendência de os árbitros internacionais considerarem normas estatais para assegurar a aplicabilidade e reforçar a legitimidade de seus posicionamentos, ou mesmo para desenvolver um sistema transnacional de normas obrigatórias. Os árbitros não seriam mais comerciantes, mas especialistas em Direito Comercial Internacional, e mais e mais sentenças arbitrais estariam sendo publicadas, permitindo, assim, um sistema de precedentes.

Em outras palavras, essa "*New new lex mercatoria*" seria parecida com o Direito estatal, porém melhor ainda do que ele. A semelhança mais importante que o liga à sua versão anterior é que a nova teoria ainda é retratada como um Direito sem influência política, no que parece ser uma espécie de reinauguração da emancipação do Direito Comercial Privado dentro do Estado de Direito.

Se uma *Lex Mercatoria* dessa natureza realmente existisse, poderia de fato constituir um direito global sem a presença do Estado. Quanto ao fato de ser Direito, isso parece claro. Mais problemática é a reivindicação de independência em relação aos ordenamentos nacionais. Nesse sentido, alguns veem no sistema de Arbitragem Internacional um progresso rumo à autonomia. Alguns lembram que os Princípios UNIDROIT vão além da autonomia das partes e agora são quase totalmente independentes das legislações nacionais. O problema é que eles não abordam todas as áreas do Direito. A *Lex Mercatoria* não estabelece uma

distinção entre as normas que estão dentro e as que estão fora do sistema. Essa distinção, ao contrário, abrange características funcionais, dependendo da adequação das normas ao comércio internacional.

Porém, mais importante talvez sejam os argumentos de que a *Lex Mercatoria* agora estaria indo além de seu foco tradicional e construindo o seu próprio Direito Constitucional, tão necessário, segundo Michaels, para um completo sistema jurídico. O problema, para o autor, é que esse sistema jurídico ainda não existe, e se algum dia existirá parece bastante duvidoso.

Segundo o doutrinador, uma arbitragem internacional autônoma ainda não passa de um "sonho". Na realidade, a Arbitragem Internacional enfrenta dificuldades em conseguir a legitimidade atribuída às cortes estatais, e permanece fortemente dependente delas. Na verdade, essa "*New new Lex Mercatoria*" não seria um sistema jurídico autossuficiente e independente do Estado-Nação. Em contrapartida, ordenamentos nacionais formam sistemas jurídicos porque criam uma distinção clara entre Direito Interno e Externo. Enquanto as normas domésticas são sempre aplicáveis, a lei estrangeira é aplicável apenas se ratificada pelas normas conflituais domésticas.

Nesse sentido, Michaels utiliza como exemplo o caso dos Estados Unidos. Por lá, o debate atual sobre o uso do direito comparado na interpretação constitucional demonstra claramente a importância dessa distinção. Embora lacunas no sistema jurídico possam ser preenchidas pela incorporação de normas estrangeiras, na realidade, isso raramente acontece. Em contrapartida, a "*New new Lex Mercatoria*" não faz qualquer distinção semelhante à relação entre Direito Interno e Externo, que se poderia ser traduzida na distinção entre Direito não-estatal e Direito positivado. Se a *Lex Mercatoria* fosse um direito autônomo a-nacional, a utilização do direito estatal poderia requerer algum tipo de processo de recepção legal. Normas do Estado poderiam ter que ser incorporadas, ou a sua aplicabilidade ter que ser justificada através de outros mecanismos específicos. As lacunas poderiam ser preenchidas a partir da própria *Lex Mercatoria*, sem a necessidade de se referir a "direito estrangeiro" dos Estados. Porém este não é o caso: laudos arbitrais e decisões judiciais, normas autônomas de Direito Comercial e normas internas de vários Estados são citados e utilizados em decisões igualmente, sem nenhuma distinção hierárquica.

Ou seja, que essa "*New new lex mercatoria*" não é autônoma em relação ao Estado, mas sim contém tanto normas estatais quanto não-estatais, torna-se ainda mais claro se a questão for vista a partir da perspectiva do comércio internacional em si. Aqui, é óbvio que o

Direito do comércio internacional não se limita a um Direito sem Estado. Ao invés disso, os atores do mercado escolhem livremente entre os tribunais estatais e os árbitros internacionais – como julgadores; e entre as normas estatais e as não-estatais – como o direito aplicável.

Frequentemente, a Arbitragem é considerada mais eficiente; outras vezes (embora com menor frequência do que é alegado), sistemas de Direito não-estatais, como a *Lex Mercatoria*, os princípios gerais do direito ou os Princípios do UNIDROIT têm preferência sobre o Direito Estatal, positivado. Mas, para atingir um grau considerável de aceitação, as partes geralmente contam com o Estado e suas instituições. Por exemplo, de acordo com Michaels, a maioria dos resseguradores britânicos prefere os tribunais estatais à Arbitragem; já os pescadores no porto de Tóquio preferem o Tuna Tribunal, uma espécie de corte patrocinada pelo Estado, à Arbitragem. Assim, também, advogados aconselham os clientes a escolher o Direito de um Estado a despeito da *Lex Mercatoria*, mesmo que esta se apresente em forma codificada como os Princípios do UNIDROIT. Na realidade, mesmo essa “*New New Lex Mercatoria*” autônoma em relação ao Estado-Nação continua sendo um sonho, uma possibilidade teórica para o futuro, não uma realidade para o presente (MICHAELS, 2007, p.460).

5.3 A *Lex Mercatoria* e a Teoria dos Sistemas segundo Ralph Michaels

Os defensores de um Direito Comercial autônomo, sem a participação do Estado geralmente acusam seus críticos de ignorar a realidade a fim de preservar sua teoria. Eles estão corretos, já que agora há um conjunto considerável de normas legais e procedimentos contenciosos fora dos ordenamentos estatais que apresentam um desafio para as concepções baseadas no Estado de Direito. No entanto, tais doutrinadores cometem o mesmo erro de seus opositores ao postular a existência de uma *Lex Mercatoria* autônoma, apenas porque ela se encaixa muito bem em suas teorias (MICHAELS, 2007, p.460).

De fato esse Direito "sem um Estado", seria teoricamente possível. Afinal, o Direito já existia antes mesmo de podermos falar do Estado em seu sentido moderno (JANSEN; MICHAELS; 2007, p.353). Mas uma teoria adequada da *Lex Mercatoria* não pode contar apenas com possibilidades teóricas, ela deve não apenas explicar suas conclusões empíricas, como também deve explicar por que um Direito Comercial baseada no comércio internacional não tem sido capaz de se tornar autônomo.

Surpreendentemente, a abordagem teórica com base nos Sistemas faz da existência desse Direito sem Estado algo implausível. E isso pode ser demonstrado através de duas

perspectivas: a do Estado, que representa o Sistema Político e a do Comércio Internacional, representando o Sistema Econômico (MICHAELS, 2007, p.461).

5.3.1 A visão do Estado

Para o professor Ralph Michaels, a existência de normas jurídicas e instituições fora do Estado faz da Teoria do Direito positivo insustentável, na medida em que se proponha a ser uma teoria objetiva e neutra. Mas tais teorias continuam a ser importantes como teorias formuladas a partir de uma perspectiva específica, ou seja, o Estado (o sistema jurídico do Estado) (MICHAELS, 2007, p.461).

De uma perspectiva neutra, existe mais de um tipo de Direito, seja baseado no Estado ou em normas não-estatais. Do ponto de vista do Estado, pelo contrário, todo Direito é baseado na figura do Estado-Nação. Claro que isso não significa que o Estado poderia ignorar as normas não-estatais. O que ele faz não é ignorar essas normas, mas tratá-las de uma forma especial: reafirmando-as através da sua “tradução” ou mesmo da sua “transposição” para a semântica do seu próprio sistema. A exemplo disso tem-se a “incorporação”: a cópia de normas não-estatais em normas estatais, v.g., sob a forma de um código comercial. Um segundo modo seria a “deferência” ou “consideração”: a transformação das leis estatais em fatos, como, por exemplo, ao tratar o Direito Comercial Internacional como costume. A terceira modalidade seria a “delegação”: a transformação do Direito não-Estatal em Direito subordinado, por exemplo, permitindo o comércio, sob a forma contratual, pelo exercício da autonomia da vontade.

Um conceito de Direito baseado na figura do Estado não significa que uma *Lex Mercatoria* a-nacional não poderia ser vista como Direito. Em certo sentido, do ponto de vista de cada Estado em particular, o Direito de outros Estados é tão estranho (na necessidade de reconhecimento) quanto qualquer Direito a-nacional seria. Em uma teoria baseada no Estado, como implementada nas normas colisionais domésticas, o Direito Inglês é "Direito" na Alemanha, somente porque o Direito alemão o reconhece como tal; sendo o mesmo princípio válido para o Direito Alemão, na Inglaterra. A base para esse reconhecimento mútuo não é um conceito metafísico do "Direito" ou do "Estado", mas um simples sistema de cortesia que os Estados concedem uns aos outros.

Em tese, os Estados poderiam estender tal cortesia à *Lex Mercatoria*. Afinal, a “*New New Lex Mercatoria*”, tal como apresentada por seus proponentes não se parece muito com o

Direito estatal. Porém na realidade, eles não o fazem: o Direito Comercial é o Direito Interno ou Direito Estrangeiro (ou Direito Internacional), mas não o Direito não-Estatal. Do ponto de vista do Estado, essa restrição, segundo Michaels, faria todo sentido, já que os Estados matêm a sua estabilidade externa e sua soberania através do reconhecimento mútuo; o monopólio estatal da violência pode ser mantido enquanto os Estados ajudem uns aos outros em sua execução contra atores privados.

Da mesma forma, os ordenamentos jurídicos dos Estados mantêm a sua autonomia em relação ao mundo globalizado interdependente, precisamente através do reconhecimento mútuo e da atribuição coletiva de poderes de regulação entre eles. Assim, enquanto o reconhecimento de normas estrangeiras reforça o papel do Direito de qualquer Estado, porque cria um “cartel” de legisladores, esse “cartel” é quase que necessariamente hostil outras possibilidades.

Então, como se pode explicar o fato de que os Estados estão se tornando um pouco mais abertos à *Lex Mercatoria*? Michaels apresenta o seguinte motivo: o Direito oficial pode seguramente reconhecer a *Lex Mercatoria* de outras maneiras além da “cortesia”, na medida em que ela é essencialmente diferente, já que a ela não competem reivindicações de soberania. O outro lado pode ser verdadeiro também: os Estados podem igualmente reconhecer a *Lex Mercatoria*, de acordo com suas semelhanças em relação ao Direito Estatal. No entanto, esse reconhecimento representa um risco maior para a *Lex Mercatoria* do que para o Estado. Isso significa que ela deve quase que necessariamente perder as especificidades que lhe trazem as vantagens funcionais sempre alegadas em relação aos ordenamentos nacionais. Enquanto a *Lex Mercatoria* é essencialmente diferente do Direito Estatal, é que pode desempenhar um papel importante, dizem alguns doutrinadores. E uma vez que pretenda ser essencialmente similar, sofrerá uma desvantagem competitiva.

5.3.2 A visão do Comércio Internacional

Todo Direito é Direito Estatal apenas sob a perspectiva do Estado. Do ponto de vista do Comércio Internacional, a resposta é diferente, mas, infelizmente, não mais útil para os defensores do Direito independente da figura do Estado (MICHAELS, 2007, p.463).

De fato, embora a noção de Direito seja anterior ao surgimento do próprio Estado, temos, desde a ascensão do Estado-Nação, a sua necessária ligação por parte dos doutrinadores. Se a globalização é, em grande parte, uma superação da posição monopolista

do Estado, então ela também deve sê-lo em relação ao monopólio na criação, julgamento e execução das leis. Em um mundo que conhece outros atores na seara internacional além do Estado-Nação, é uma consequência lógica pensar no reconhecimento de outros sistemas jurídicos que não o Estatal (MICHAELS, 2005, p.7). .

Se o Direito é Direito estatal ou não, na visão do autor, é simplesmente irrelevante. Para a perspectiva econômica do Comércio Internacional, o que importa é se se trata de Direito Comercial ou não. De fato, os economistas há muito tempo se interessam na *Lex Mercatoria*, tanto a antiga quanto a moderna (MICHAELS, 2007, p.464).

Muitos autores, afirma Michaels, têm visto a Antiga *Lex Mercatoria* como uma prova cabal de que normas criadas espontaneamente dentro do Comércio Internacional seriam superiores às normas criadas por entidades políticas. O declínio da Antiga *Lex Mercatoria*, estaria, assim, marcado pela diminuição da eficiência dos sistemas coletivos e aumento simultâneo na eficiência das instituições do Estado. No mundo atual, o comércio internacional é novamente definido como capaz de criar normas legais eficientes fora do Estado.

Paralelo ao debate positivista (e às vezes até mesmo indistinto) é o debate normativo sobre a conveniência da *Lex Mercatoria*. Liberais do Mercado celebram a *Lex Mercatoria* como um conjunto de normas mais eficiente que o Direito Estatal. Uma vez que ela se baseia na autonomia das partes, é mais apta do que o Direito Estatal a satisfazer as necessidades e preferências das partes. Ao evitar conflitos de leis, a *Lex Mercatoria* evita os custos necessariamente envolvidos na escolha do Direito aplicável. Ao ignorar o potencial interesse da coletividade ou de terceiros, a *Lex Mercatoria* evita os custos de transação envolvidos na consideração de tais interesses.

Ambos os fundamentos empíricos e os argumentos especificamente econômicos são, no entanto, de limitada importância para Michaels. Para esse debate é fundamental o acordo sobre um ponto específico: se o Direito Comercial é criado no âmbito do Estado ou do Comércio, tal fato é irrelevante. Tudo o que importa é a funcionalidade do Direito para o Comércio. Isso significa que nem a visão de que todo Direito é Direito Estatal, nem a visão de que a *Lex Mercatoria* existe fora da figura do Estado, faz muito sentido. Os atores do Comércio Internacional terão sempre escolher entre instituições estatais e não estatais, dependendo de qual delas seja mais eficiente em relação ao caso concreto, sem preferência, a priori, de umas sobre as outras. Normas e instituições estatais e não-estatais estão relacionadas umas às outras de alguma forma pela concorrência e, em certa medida, também pela mútua complementação.

Da mesma forma, faz relativamente pouco sentido pensar na *Lex Mercatoria* como um sistema jurídico independente, da mesma forma que as leis comerciais dentro dos ordenamentos estatais também não constituem sistemas jurídicos independentes. Pode-se pensar então que a globalização da Economia criou um sistema de Direito Comercial Global que abrange tanto normas e instituições estatais quanto não-estatais.

O que importa, na visão de Michaels, tanto para o Comércio Internacional, quanto para o próprio debate sobre a autonomia da *Lex Mercatoria*, não é a distinção entre Estado e não-Estado, mas sim a distinção entre Economia e Política. O Direito Comercial não se distingue do Estado, mas das normas políticas, muitas das quais permanecem tradicionalmente dentro do Estado-Nação (MICHAELS, 2007, p.465).

5.3.2 A visão interna do Direito

De acordo com Michaels, em certo sentido, todo esse debate anterior poderia ser visto como irrelevante. O que importa, pelo menos para a autopoiese enfatizada pela Teoria dos Sistemas, não é nem a visão do Estado, nem a do Comércio, mas a do própria Direito, a auto-observação do sistema jurídico (MICHAELS, 2007, p.465).

Além disso, se a *Lex Mercatoria* é autopoietica, então ela não deve ser criada nem no Estado, nem no Comércio, mas dentro do próprio Direito. Mas isso é verdade para o Direito em geral, não é específico para a *Lex Mercatoria*. Todo o Direito, seja ele estatal ou não, é "o direito sem a interferência estatal", no sentido de que o sistema jurídico cria a si mesmo na separação em relação ao sistema político – naturalmente, as instituições estatais como os legisladores e os tribunais, desempenham um papel importante na medida em que recriados dentro desta sistema jurídico autopoietico.

Pela mesma razão, no entanto, todo Direito é "o direito sem a interferência do Comércio Internacional", porque o sistema legal é igualmente distinto do sistema econômico – embora o Comércio seja recriado dentro do sistema jurídico. Assim, fica mais fácil de compreender o debate sobre o caráter estatal ou não-estatal se ele for visto como uma questão de diferenciação dos sistemas.

O principal problema da *Lex Mercatoria*, conforme já exposto pelo autor, não é saber se é ela é Direito estatal ou não-estatal. A grande questão está em saber se sua estrutura, sua diferenciação interna, reflete a do Sistema Político ou a do Sistema Econômico. O Sistema da Política Global ainda representa uma diferenciação segmentar: Ele é constituído,

primariamente, por Estados, cada um dos quais deve executar essencialmente as mesmas funções. A Economia, ao contrário, representa uma diferenciação funcional: os limites que importam dentro da Economia Global são aqueles entre os diferentes setores da Economia, e não aqueles entre Estados diferentes.

De fato, o Comércio Internacional tem tornado os limites entre os Estados irrelevantes - se não para a Economia, como tal, então, certamente para a definição de seus subsistemas. Essa tensão entre um Sistema Político baseado essencialmente no Estado e uma Economia Transnacional explica a tensão dentro do Direito. Tradicionalmente, a legislação reflete a estrutura do Sistema Político: os Sistemas Jurídicos são sistemas nacionais.

O Direito Comercial, segundo Michaels, é a primeira área do Direito que deixa para trás sua estrutura baseada no Estado e adota, em vez dela, a estrutura do Sistema Econômico. Em contrapartida, na medida em que a *Lex Mercatoria* é “confinada” ao Comércio Internacional, tal mudança não teria implicações diretas para outras áreas do Direito como o Direito Constitucional, por exemplo, que pode (ou não) permanecer dentro de uma estrutura baseada na figura do Estado.

Se esta mudança do Direito Comercial, que antes era baseado em uma estrutura Estatal e depois passou a se basear em uma estrutura econômica, de fato ocorreu é uma questão empírica. As evidências, para o autor, sugerem que sim. Em ambos os casos, no entanto, isso não significaria uma mudança para uma "Direito sem Estado". Na medida em que o Direito Comercial refletir o Sistema Político, continuará a ser Direito Estatal porque a diferenciação interna do sistema político diz respeito a limites entre os Estados. Se, pelo contrário, o Direito Comercial refletir o Sistema Econômico, então ele levará em conta tanto normas e instituições estatais quanto não-estatais porque a diferenciação interna da Economia não se refere às fronteiras entre o estatal e o não-estatal, mas sim às fronteiras entre os diferentes setores da Economia (MICHAELS, 2007, p.466).

5.4 A verdadeira *Lex Mercatoria*

O resultado empírico de toda essa explanação, para o professor Michaels, é bastante clara. Tanto na história quanto no presente, é possível encontrar uma *Lex Mercatoria* transcendental e, nesse sentido, transnacional. No entanto, esse Direito não é verdadeiramente autônomo em relação ao Estado. Pelo contrário, observa-se uma concorrência contínua e uma constante interação entre instituições estatais e não estatais. A Arbitragem Internacional, por

exemplo, replica a estrutura do Estado; já o Estado cria instituições (como a *Tuna Court*), que são inspiradas pelas vantagens de tribunais arbitrais. Além disso, os árbitros vêm incorporando as normas nacionais; enquanto os legisladores nacionais, a seu turno, incorporam os princípios provenientes dos costumes e as normas informais dos comerciantes (MICHAELS, 2007, p.467).

Se há um sistema jurídico autônomo do Comércio Internacional, então ele transcende a divisão entre o Direito Estatal e o não-estatal, e sua autonomia não é em relação ao Estado, mas sim em relação a outras partes do Direito, muitas dos quais, repete o autor, permanecem nacionais.

Que a “*Verdadeira Lex Mercatoria*”, esse Direito Comercial Global irrefutável, abrange normas e instituições estatais e não-estatais não há dúvidas. Em contraste, as implicações para nossa compreensão de um Direito Globalizado em geral e a *Lex Mercatoria*, ambos coexistindo de maneira pacífica, poderiam ser bastante significativas – e aqui, o debate sobre um "direito sem a influência do Estado" ainda acaba impedindo importantes progressos.

Em primeiro lugar, e menos importante, o achado ajuda a compreender mais claramente as diferenças entre as teorias sobre uma Antiga e uma *Nova Lex Mercatoria*. Que ambas transcendam a noção de Estado não é suficiente para vê-las como semelhantes, mas sugere apenas que ambas não seguem a diferenciação segmentar do Sistema Político do Estado moderno. É impossível saber, porém, se ambas seguem o mesmo tipo de diferenciação. Uma pesquisa mais detalhada revela uma diferença decisiva: A *Lex Mercatoria medieval*, qualquer que tenha sido a sua forma e alcance, mas supondo-se que tenha existido em algum lugar e em algum momento, era um conjunto de regras baseadas no status de comerciante, refletindo uma sociedade estratificada que distinguia entre diferentes classes de indivíduos. Já a “*New New Lex Mercatoria*”, pelo contrário, reflete a diferenciação funcional da sociedade mundial, é um Direito para o Comércio Internacional e não para os comerciantes.

Em segundo lugar, a assumpção da “*Verdadeira Lex Mercatoria*” ajuda a reenquadrar o debate sobre o seu caráter. No momento, grande parte deste debate é capturado na inútil dicotomia entre o Direito Estatal e o Direito não-Estatal. Dentro deste debate, A *Lex Mercatoria*, que combina elementos estatais e não-estatais só pode ser explicada como um sistema híbrido. Mas a identificação de sistemas híbridos normalmente sugere que os critérios de diferenciação não foram suficientes para o objeto em estudo. De fato, tanto o caráter estatal do Direito tradicional, quanto o caráter "não-estatal" da *Lex Mercatoria* são incomensuráveis,

uma incomensurabilidade que replica a incomensurabilidade conhecida entre a dicotomia Direito Público x Direito Privado.

A análise mostrou que o confinamento de todo o Direito a "Direito Estatal" é perfeitamente plausível apenas se o adotarmos, não como uma posição universal, mas como o ponto de vista da perspectiva do Estado. Por outro lado, a visão da *Lex Mercatoria* como "Direito fora do âmbito do Estado" não é plausível porque "não-estatal" não seria uma perspectiva sensata. A oposição relevante à perspectiva do Estado é a perspectiva do Comércio, e aqui a *Lex Mercatoria* aparece não como Direito não-estatal, mas sim como direito não-político.

Em terceiro lugar, Michael aponta que a descoberta fornece uma nova perspectiva sobre os debates atuais acerca da necessidade de se "constitucionalizar" a *Lex Mercatoria*. Afirma-se frequentemente que esse novo Direito Privado "sem a figura do Estado" não pode ser legítimo, pois se baseia apenas na liberdade de contratar. Os opositores da *Lex Mercatoria* usam essa deficiência como um argumento para conectar todo o Direito, incluindo a *Lex Mercatoria*, ao Estado e sua Constituição.

Alguns dos defensores da *Lex Mercatoria* argumentam que será necessário reintroduzir valores constitucionais nesta lei. No entanto, dentro de um sistema jurídico funcional diferenciado, essa última resposta não é a única possibilidade.

Para Michaels, certamente será necessário equilibrar, ou pelo menos complementar, o Direito Comercial "Privado" com o Direito "Público" Constitucional. Porém o que ainda não está claro é se esse equilíbrio constitucional sobre o Direito Comercial deva vir de dentro da *Lex Mercatoria*, ou deva se situar em algum ponto dentro ou fora do Estado. Percebendo que a *Lex Mercatoria* não constitui um Direito Global "sem a interferência do Estado", mas com a sua contribuição, abre a possibilidade de que o Direito Constitucional dos Estados mantenha um grau de complementaridade com o Direito do Comércio Transnacional.

Sabe-se que as ideias de uma precoce globalização sobre o declínio do Estado foram mais ideologicamente inspiradas do que empiricamente adquiridas. Nesse sentido, os Estados têm reagido à globalização e permanecem como importantes atores no cenário internacional. Da mesma forma, os ordenamentos estatais ainda mantêm o controle sobre áreas que são, sem dúvida, globalizadas, como a Internet, por exemplo.

De fato, os Estados ainda detêm um papel determinante também no Comércio Internacional. Não parece inconcebível que um sistema jurídico global, como a *Lex Mercatoria*, seja resultado da combinação de um direito comercial global que superou as

fronteiras dos Estados e um direito constitucional global que ainda não superou essas mesmas fronteiras. Nessa visão, a *Lex Mercatoria* pode ser despolitizada, precisamente porque ela externaliza aspectos políticos do Direito, para outro subsistema jurídico, o do Direito Constitucional, que, provavelmente, ainda reflete o Sistema Político dos Estados.

Em quarto e último lugar, o professor americano aponta para a percepção de que a “*Verdadeira Lex Mercatoria*” transcende a distinção entre Direito estatal e não-estatal sugere um caminho importante na direção de uma compreensão mais radical, mas, em última análise, mais adequada ao Direito globalizado. Postular a ideia de um Direito sem a interferência do Estado desafia o monopólio estatal sobre a criação e adjudicação das normas, mas não põe em cheque a moldura atribuída ao Direito, que o relaciona e vincula ao Estado. O Direito, sem a figura do Estado é apenas a contrapartida de um Direito dentro do Estado. Ironicamente, tal concepção não desvaloriza a importância do Estado para o Direito, mas, ao contrário, acaba reforçando-a.

Essa concepção, ainda, muda a perspectiva do Estado: que deixa de ser coadjuvante para ser um importante instrumento na diferenciação entre os diversos subsistemas do Direito. Isso limita nossa capacidade de pensar criativamente sobre a lei de forma crucial. Quando se fala em “Direito sem a interferência do Estado” limita-se a capacidade de pensar o Direito de maneira verdadeiramente inovadora. Quando se fala nesse tema, imagina-se um Direito que reproduz a forma e a substância do Direito Estatal, com normas codificadas e sistemas hierárquicos. A *Lex Mercatoria*, que transcende a distinção entre Direito estatal e não-estatal, pelo contrário, permite verdadeiramente imaginar o Direito não apenas fora do Estado, mas fora ainda da distinção entre estatal ou não-estatal, ou seja, fora da moldura que limita a visão de grande parte dos doutrinadores.

"Direito sem Estado", nas conclusões do autor, pode ter sido um conceito necessário para superar a ideia de que todo o Direito se resume ao Direito Estatal. No entanto, como a mera negação dessa ideia, ela não tem potencial construtivo; suas implicações derrapam em qualquer negação ou na própria replicação do Direito no interior do Estado. O que realmente importa é que esse Direito aqui tão discutido transcende esses limites e apresenta-se como um candidato de maior credibilidade para a globalização e formação de um sistema jurídico mundial funcionalmente diferenciado. É o Direito além do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levar o leitor deste trabalho a refletir sobre os novos enfoques que a *Lex Mercatoria* recebeu nos últimos anos era o objetivo inicial aqui proposto. Porém, como a tarefa investigativa do pesquisador deve ter sempre a finalidade de ir além, traçar algumas linhas de considerações finais não é apenas necessário: decorre do exercício lógico-argumentativo desenvolvido ao longo de quase uma centena de páginas.

Apesar de não ignorar o fato de que todo texto, seja ele científico ou não, sempre traz consigo uma grande carga de interferência do autor, essas considerações não têm o intuito de apresentar uma visão fechada e conclusiva do tema, mas sim uma visão aberta, como aberto o é o próprio Direito, em sua constante interligação com os demais subsistemas. Seria muito pretensioso achar que é possível “concluir” algo diante de uma discussão tão ampla e que envolve tantas e tão diferentes visões sobre o conceito de Direito e ainda argumentos históricos frequentemente contestados.

Inicialmente, quando se fala em “*Lex Mercatoria*”, o peso da herança cronológica que sempre lhe foi atribuída já cria uma série de expectativas ao seu respeito. Espera-se da *Lex Mercatoria* que ela seja “o” Direito supranacional, a mãe de todas as ideias de unificação do Direito Internacional Privado, já que ela sempre teve um viés de vanguarda, superando supostas barreiras regionais desde a era medieval.

Autonomia e independência são as características mais atribuídas a esse “protótipo” de Direito Supranacional, cujo discurso mais parece uma cruzada espiritualista: morre e ressuscita com certa frequência. O problema, no entanto, não é a rediscussão do tema em si, são os pressupostos – principalmente os históricos, afirmados e reafirmados a cada nova teoria surgida até a década de 1990.

Com ênfase que sempre lhe foi dada, a cronologia da *Lex Mercatoria* mais parece um silogismo necessário, uma conclusão lógica do tipo “se a *Lex Mercatoria* existe, então é porque ela sempre existiu”. São os chamados “mitos de criação” ou “mitos de fundação”, que muitas vezes acabam embaçando a visão do pesquisador e impedindo-o de centrar o seu foco em questões muito mais relevantes.

E é por isso que esse trabalho se destinou, inicialmente, a desconstruir essa oportuna visão genealógica da *Lex Mercatoria* tão repetida e tão reforçada, mas composta de paupérrima fundamentação teórica, o que acabou deixando claro o quanto ela servia apenas

para dar aceitação a essa nova forma de enxergar o Direito, já que se não é tarefa fácil apresentar uma nova teoria, ainda mais difícil é apresentar uma teoria visionária como a de um direito autônomo e independente.

Isso não significa dizer, no entanto, que qualquer desses autores que defendem essa herança histórica tenha forjado os fatos para justificar seus argumentos. O que faltou, para esses doutrinadores, talvez tenha sido uma pesquisa histórica mais cuidadosa e uma análise dos fatos mais criteriosa, pautada pela neutralidade e não pela euforia de concretizar “o romance da *Lex Mercatoria*”, ou, ainda mais, da “nova *Lex Mercatoria*”, já que essa ideia de antiguidade foi muito mais defendida pelos autores dessa linha argumentativa.

Após uma análise mais apurada, principalmente de alguns artigos fundamentais no âmbito da História do Direito é possível afirmar com certo grau de certeza que se essa visão genealógica da *Lex Mercatoria* não está equivocada, ela foi, no mínimo, precipitada. Isso porque uma coisa é analisar os fatos históricos de maneira crítica e atribuir-lhes certa carga de influência no cenário atual – esse exercício, além de embasar as teorias do pesquisador, é parte essencial do desenvolvimento de qualquer pesquisa. Outra coisa, completamente distinta, é desenvolver uma teoria e depois buscar fatos históricos para legitimá-la, como se os fatos tivessem que convenientemente se adaptar aos interesses do pesquisador.

A impressão que se tem, analisando a maior parte das teorias da *Lex Mercatoria*, é exatamente essa. A moderna literatura geralmente apresenta a “antiga” *Lex Mercatoria* como autônoma, cosmopolita e supranacional. Essa imagem, contudo, baseia-se tanto em descrições históricas genéricas quanto em referências casuais a uma “consciência histórica comum” e está presente não apenas na literatura especializada, mas também em outros textos envolvendo as mais diversas áreas do Direito e de outros ramos das ciências humanas, como, por exemplo, a Economia (HATZIMIHAİL, 2008, p.172).

Porém, causa certo espanto não apenas a recorrência desse argumento, mas o status de verdadeiro precedente que ele adquiriu e que serviu durante muito tempo para encobrir as necessárias fraquezas que o acompanham, já que, como foi demonstrado no primeiro capítulo, um grande número de pesquisadores refuta a maior parte da já consagrada genealogia da *Lex Mercatoria*, apresentando histórias diferentes sobre o tratamento legal que era dado ao comércio na Europa medieval e nos primeiros anos da Idade Moderna.

Há que se analisar cada fato em seu devido contexto e o contexto atual em pouco ou nada se assemelha quer à Antiguidade, quer à Idade Média – justamente os dois períodos históricos utilizados para justificar essa árvore genealógica. Ora, se ao pesquisador cabe a

análise crítica dos fatos e a sua inserção dentro de um contexto, seria possível refutar, com base nos dados históricos fornecidos neste trabalho exatamente os três atributos mais reivindicados para essa suposta herança.

Antes de analisar cada atributo em particular, é preciso fazer uma ressalva que nenhum dos autores da “Nova *Lex Mercatoria*” se permitiu fazer, por mais clara e evidente que ela seja. A impressão que se tem, é a de que todos os autores passaram ao largo de uma questão fundamental, uma questão de pressupostos que contamina toda a argumentação histórica, ainda que não se faça uma análise específica e apurada dos fatos em particular. É a questão da figura do “Estado-Nação”.

É que todas as argumentações que buscam uma genealogia para a *Lex Mercatoria* sempre a apresentam como supranacional, independente e autônoma desde a sua concepção. Esquecem, porém, que a ideia de supranacionalidade traz embutida a ideia de nacionalidade e esta, por sua vez, tem como pressuposto lógico o Estado-Nação. Mas como falar em Estado-Nação na Antiguidade ou na Idade Média, se essa noção é uma construção típica da Idade Moderna? Conseqüentemente, como falar em supranacionalidade, sem a figura do Estado-Nação? E se a *Lex Mercatoria* Antiga e a Medieval eram realmente autônomas e independentes, essa autonomia e independência se deram em relação a quê?

Por mais que seja possível identificar um esboço da figura do Estado na Antiguidade, ou mesmo a existência de algumas cidades na Idade Média com certa autonomia administrativa em relação aos senhores feudais, como forma de expressão do poder de império de poucos sobre muitos (mesmo quando se trata da democracia ateniense, que, como sabido era uma democracia bastante restritiva), essa figura era totalmente distinta do Estado-Nação da forma que a modernidade o delineou e a pós-modernidade o preencheu.

Antes o que pautava esse “poder de império” das minorias era, entre outros fatores, a instabilidade das relações entre os diferentes povos, a insegurança constante e o temor da guerra. No Estado Moderno, essa insegurança continuou existindo em alguns momentos, mas não foi o motor de legitimação desse poder. As revoluções burguesas se encarregaram de mostrar o quanto o poder precisa do povo tanto quanto o povo precisa do poder. Hoje, conquanto inicialmente o Estado-Nação tenha se formado também como um clamor de segurança, ele evolui historicamente apontando em direção às modernas democracias, legitimadas pelo amplo sentido que a sua nomenclatura sempre desejou representar.

Além disso, essa noção de Estado carregada hoje, tem contexto totalmente diverso de qualquer ideia de Estado Antigo. O arcabouço econômico, cultural, político e social é

completamente diferente hoje do que era na Antiguidade e na Idade Média e por mais que os doutrinadores não advoguem a ideia de que a *Lex Mercatoria* hoje é a mesma de tempos passados, fazer essa conexão histórica como um precedente necessário para a existência desse instituto nos moldes atuais, como se a imagem do passado houvesse ressurgido no presente, é não apenas um descuido metodológico, mas uma deficiência de argumentação.

Assim, seria por demais forçado, em primeiro plano, identificar qualquer característica de supranacionalidade em um período antigo ou medieval, já que, como exposto, a supranacionalidade pressupõe uma nacionalidade que, nesse caso, é inexistente. Em segundo plano, mais forçado ainda seria ligar essa inconcebível supranacionalidade à situação vivida hoje, de proclamada transnacionalidade, que não ignora a figura do Estado Nação como querem esses doutrinadores, mas, ao contrário, reconhece o seu papel fundamental, colocando, porém, no mesmo patamar, outras esferas de produção do Direito que não necessariamente são delimitadas por critérios territoriais.

Além disso, como é possível chamar de “autônoma” e “independente” uma suposta *Lex Mercatoria* que não tem qualquer necessidade de se submeter ao ordenamento jurídico de um Estado-Nação, já que esse Estado-Nação é inexistente? Se é inconcebível pensar na ideia de supranacionalidade, também é inconcebível pensar na ideia de “autonomia” e “independência” pelo menos nos moldes em que essas características são colocadas pelos defensores da “Nova *Lex Mercatoria*”. Isso porque, nesse caso, esse sistema legal seria “autônomo” e “independente” em relação a quê? Às esferas oficiais de produção normativa?

O grande problema aqui é justamente identificar essas esferas oficiais de produção normativa, já que, conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, em muitos casos não existem registros históricos suficientes para permitir a afirmação de que essas esferas realmente existiram. Veja-se, por exemplo, a questão do *ius gentium* romano. Não são raros os autores hoje que contestam essa versão e dizem haver poucas evidências históricas e muita especulação sobre o que realmente era essa construção jurídica (HATZIMIHAİL, 2008, p.185), até porque, mesmo entre os escritores da época, não havia consenso a esse respeito (DOMINGO, 2010, p.9).

Quanto ao período medieval, as conclusões de MANGELS nesse sentido são bastante esclarecedoras. Para o autor, que estudou a fundo a chamada “*Lex Mercatoria Medieval*”, o que as poucas fontes relativas ao comércio medieval podem mostrar, sem sombra de dúvidas, é que as relações comerciais existentes nesse período e suas instituições reguladoras não podem ser superestimadas. Pelo menos até o século XIV, a maior parte das trocas comerciais era feita de forma simultânea. Assim, não pode, nesse período, falar em diferenças normativas ou relativas a

sistemas jurídicos distintos, já que as trocas se encerravam no momento da negociação e não havia quaisquer operações posteriores. Em virtude disso, dificilmente esse comércio medieval deu origem ao desenvolvimento de instituições que regulassem o comércio entre as diversas cidades. As guildas mercantis existiam sim, mas eram formadas para garantir a segurança dos seus associados, e não para servir de marco regulatório do comércio não simultâneo (MANGELS, 1999).

Eventualmente, regras relativas a essa prática comercial não simultânea podem ter surgido no âmbito das guildas. E isso provavelmente aconteceu da mesma maneira que nas modernas associações comerciais, ou seja, com a reputação exercendo um papel decisivo na coercitividade dessas normas. No entanto, tanto as fontes antigas quanto as contemporâneas não contém qualquer evidência de que estas regras tenham constituído um corpo universal ou "supranacional" de normas comerciais. Ao contrário, os registros históricos levam a crer que eram normas específicas de cada guilda em particular (MANGELS, 1999).

Não há dúvidas de que essas regras e as próprias guildas em si tenham influenciado as leis das cidades medievais. Da mesma forma, os comerciantes continuaram a influenciar essas mesmas leis durante toda a Idade Média, embora de forma diferente. Diferenças entre os diversos sistemas legais das diferentes cidades podem ser explicadas, por exemplo, pelas diferenças entre as guildas, de um lado; e pela divergência de outros grupos sociais (como os senhores feudais), de outro lado.

Além disso, a importância econômica dos mercadores não deve ser subestimada. Especialmente porque os comerciantes, ao apregoarem a discriminação sistemática dos seus concorrentes de outras cidades, exerceram considerável influência sobre a produção normativa em suas cidades de origem. Com o tempo, a reputação perdeu muito de sua importância na questão da coercitividade das normas e foi substituída pelo monopólio da força por parte das autoridades civis (MANGELS, 1999). Ou seja, a partir daí, a figura das autoridades medievais passou a ter mais importância, na exigência do cumprimento das normas, do que a figura dos mercadores.

Não se questiona, pois, a existência das guildas e a importância dos mercadores medievais. Porém, conforme todo o exposto, quer se observe a questão do ponto de vista da inexistência do Estado-Nação; quer do ponto de vista da análise crítica dos registros históricos disponíveis, tanto a afirmação de existência de uma *Lex Mercatoria* na antiguidade como um corpo de leis autônomo, independente e supranacional, quanto a sua ligação com o fenômeno vivido hoje são extremamente problemáticos.

Assim, essa desconstrução do “mito da criação” da *Lex Mercatoria* era extremamente necessária para o desenvolvimento do raciocínio proposto aqui, pois é a partir dela, numa

sequência lógica de argumentação, que podem ainda ser feitas outras críticas às teorias da chamada “*Nova Lex Mercatoria*”.

Conquanto o presente trabalho não tenha se dedicado a investigar o que cada teoria considera como sendo a *Lex Mercatoria* moderna, no sentido de expor quais seriam as suas fontes, a sua extensão e o seu âmbito de atuação, pôde-se perceber, pelo menos em linhas gerais, quais os principais argumentos de cada doutrina e, principalmente, porque as novas contribuições sobre o tema são tão revolucionárias.

É que as antigas teorias apresentavam o tema de um ponto de vista muito frágil. A elas não se pode, no entanto, deixar de dar o devido crédito, já que desempenharam o papel fundamental de perceber, de modo pioneiro, a tendência de integração do Comércio Internacional e sua posterior afirmação como fonte produtora de normas.

Sua grande deficiência, no entanto, é que elas dificilmente sobreviveram às críticas que lhes foram lançadas, seja porque grande parte de sua fundamentação baseia-se na existência de um precedente quase impossível de ser comprovado – a genealogia da *Lex Mercatoria*; seja porque os pressupostos filosóficos de que se utilizam são um tanto paradoxais. É que, inicialmente, tem-se a questão do Estado-Nação inexistente do ponto de vista cronológico, como já exposto anteriormente. Depois, esse mesmo Estado-Nação sempre é utilizado como ponto de referência e, tendo em vista que as visões ocidentais modernas do Direito ou se baseiam na norma fundamental kelseniana, ou na “*rule of recognition*” hartiana, a tarefa dos seus contraditores se resume a apenas identificar o necessário paradoxo.

Goldman, por exemplo, adota um conceito restrito de *Lex Mercatoria*, que abrange apenas os usos e costumes do comércio internacional (as práticas usualmente seguidas nesse ramo do comércio) e as normas transnacionais (todas as normas que não emanam de um sistema jurídico nacional ou de qualquer fonte estatal ou interestatal) (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 818). Nesse sentido, ele faz duras críticas à visão de Schmitthoff, que ele considera muito abrangente por inserir esse sistema legal no âmbito dos ordenamentos nacionais. Para o autor, a *Lex Mercatoria* é essencialmente um sistema autônomo que se desenvolveu de maneira independente dos ordenamentos nacionais.

Em seus últimos trabalhos, ele insiste na ideia de que a *Lex Mercatoria* estaria adquirindo características típicas de um sistema jurídico ou ordem legal, tais como: a especificidade das normas que a compõem, bem como do grupo social a que ela se destina; a percepção dessas normas como um todo; e a existência de órgãos capazes de aplica-las (HATZIMIHAL, 2008, p.183).

Dispensadas as considerações a respeito do “mito de criação” da *Lex Mercatoria*, já exaustivamente trabalhadas acima e no primeiro capítulo desse trabalho, que é um dos pilares da teoria de Goldman, é necessário expor aqui uma das maiores fragilidades de sua teoria que acaba sendo compartilhada com a maior parte das teorias posteriores.

Como já mencionado, embora Goldman não se utilize da ideia de Estado-Nação como parte componente da *Lex Mercatoria* – ao contrário, ele refuta veementemente essa hipótese, a sua teoria está intrinsecamente ligada ao conceito de Direito que toma como referencial justamente a figura do Estado. E por isso a sua fragilidade. Afinal, como legitimar um sistema de normas supranacional, independente e autônomo em relação a entidades estatais, se o conceito de Direito, que é o ponto de partida de qualquer teoria que se proponha a falar em novos ordenamentos jurídicos, toma como referencial a ideia de um Direito posto, necessariamente legitimado por instâncias estatais?

Assim, as considerações de Goldman acabam caindo num vazio argumentativo insustentável, já que ele parece afirmar apenas que a *Lex Mercatoria* existe como sistema normativo supranacional, sem esclarecer, no entanto, como isso seria possível dentro da visão de Direito pressuposta em sua teoria.

Já Schimithof defendia uma visão mais abrangente do que a de Goldman e achava que a chamada “*Lex Mercatoria*” moderna era praticamente a mesma em todos os países do mundo, independentemente da posição econômica e da herança jurídica (SCHIMITTHOFF apud HATZIMIHAL, 2008, p.176). Ele a denominou de “fenômeno totalmente novo” e disse que para entendê-la ter-se-ia que visualizar essa *Lex Mercatoria* como ela havia sido na Idade Média e voltaria a ser na Idade Contemporânea: não-sistemática, complexa e multiforme, com muito vigor, realismo e originalidade (SCHIMITTHOFF, 1968, p.112).

Ou seja, embora inicialmente ele tenha se dado a um trabalho bastante construtivo, já que incorpora elementos nacionais na definição de seu objeto de estudo, acabou caindo na tentação do “romance da *Lex Mercatoria*” e arranjando para ela uma genealogia, que embora um pouco distinta daquela defendida por Goldman, incorre no mesmo falseamento metodológico.

Para o autor, essa Nova *Lex Mercatoria* teria força coercitiva mesmo nas cortes nacionais, uma vez que essas regras comerciais já teriam sido incorporadas por muitos ordenamentos jurídicos. Não obstante, os novos atores do comércio internacional estariam se libertando dos limites dos ordenamentos estatais e desenvolvendo um direito comercial com um caráter transnacional (SCHIMITTHOFF apud BERMAN; KAUFMAN, 1978, p.273).

Nesse ponto a visão de Schmitthoff atinge uma argumentação interessante, que se inicia por um viés paradoxal, mas acaba trazendo importantes contribuições. É que se por um lado ele diz que a *Lex Mercatoria* já teria sido incorporada por muitos ordenamentos jurídicos, por outro ela viria desenvolvendo um caráter transnacional, com vistas a se libertar dos limites dos ordenamentos estatais.

Ora, se a *Lex Mercatoria* já foi incorporada por muitos ordenamentos – o que, por si só já é um argumento refutável, haja vista a infinidade de dúvidas que permeiam as instâncias estatais quando se trata da aplicabilidade dessa construção normativa – por que ainda haveria interesse em libertá-la dos “limites” por eles impostos? Além disso, é contraditório falar do instituto como fruto de um anseio de unificação do Direito Comercial Internacional e ao mesmo tempo dizer que esse mesmo instituto se submete aos ordenamentos nacionais. Tal só seria possível, do ponto de vista da Teoria do Direito, se o autor partisse de uma visão pluralista do Direito e não de uma norma fundamental ou “*rule of recognition*”.

Apesar das críticas, no entanto, um ponto bastante positivo de sua teoria, como já defendido neste trabalho, reside na sua abertura ideológica, já que Schmitthoff admite a possibilidade de fontes estatais e não estatais coexistirem na constante formação da *Lex Mercatoria*.

Quanto aos demais autores que defendem o tema, conquanto a generalização deva ser evitada, já que cada uma traz sua própria visão, de uma maneira ou de outra eles parecem “herdeiros” dessa fragilidade argumentativa. Afinal, as diferenças entre suas teorias não são assim tão significativas e acabam recaindo nos mesmos “mitos de criação” e falseamentos metodológicos incorridos por Goldman e Schmitthof. Com efeito, na medida em que a grande maioria deles advoga a existência de uma genealogia e toma como pressuposto as ideias de Kelsen e Hart sobre o conceito de Direito, todo o restante da argumentação fica prejudicado. A maior contribuição dessas teorias, sem nenhuma dúvida, foi ter enxergado de maneira precoce a existência desse fenômeno jurídico completamente novo vivido atualmente e ao qual Ralph Michaels denomina de “A Verdadeira *Lex Mercatoria*”.

Do outro lado, tem-se as teorias que refutam a possibilidade de existência desse “fenômeno jurídico”. Muitos doutrinadores, como Delaume, por exemplo, cuja teoria representa a forma mais radical de negação do tema, não apenas criticam as doutrinas da Nova *Lex Mercatoria* como sequer identificam a existência dessa nova construção jurídica. Para eles, as supostas necessidades do Comércio Internacional seriam suficientemente cobertas pelos ordenamentos nacionais.

Quanto a essas teorias, pode-se argumentar, em relação às anteriores, justamente o oposto: se por um lado as antigas teorias da *Lex Mercatoria*, apesar das inúmeras críticas, podem ser elogiadas por perceberem de forma pioneira a existência de um novo fenômeno jurídico, essas teorias que refutam de forma explícita a *Lex Mercatoria* podem ser criticadas por ignorarem esse fenômeno.

Já a teoria de Highet em alguns momentos apresenta um viés bastante extremista, como quando afirma que se um contrato encontra-se desvinculado de qualquer ordenamento estatal, ele nem poderia ser considerado um contrato e nem tampouco teria força normativa (HIGHET, 1989, p.613). Sua visão, no entanto, assim como a de Mann, apesar de limitar bastante seus horizontes filosóficos, não se mostra paradoxal. É que, partindo da concepção kelseniana de Direito, a sua argumentação de que a *Lex Mercatoria* seria um “enigma” e contratos desvinculados de ordenamentos estatais representariam uma impossibilidade lógica e um solecismo intelectual, não é redundante. Do ponto de vista lógico, a teoria de Highet é bem construída. O problema, contudo, se dá no plano fático, já mesmo no final da década de 1980, quando o autor divulgou suas ideias, já era plenamente possível falar na figura dos contratos internacionais.

Talvez dentre as teorias críticas da *Lex Mercatoria* a mais interessante do ponto de vista desse trabalho, seja a de Mustill, que considera a *Lex Mercatoria* como um Direito embrionário, ainda em formação, que não poderia ser considerado como um sistema na época do desenvolvimento de sua teoria. Talvez se Mustill se dispusesse a rever a sua teoria ele optasse por compartilhar com a visão de Teubner, aplicando à *Lex Mercatoria* a inovadora visão da Teoria dos Sistemas.

É a visão de Teubner, aliás, que vai inaugurar uma nova etapa na forma como sempre se concebeu a *Lex Mercatoria*. O grande trunfo do autor, que pode ser compartilhado também por Ralph Michaels ao desenvolver suas ideias, é a forma de abordagem do tema. Ainda que o pluralismo jurídico desenvolvido por Luhmann sirva de base ao seu trabalho, ele não se limitou a trazer para a discussão as ideias do conterrâneo sociólogo. Ele aliou a visão luhmanniana à Teoria dos Jogos de Kerchove & Ost e construiu uma visão totalmente distinta de *Lex Mercatoria*.

De fato, talvez fosse mais interessante até o desenvolvimento de uma nova nomenclatura, já que o termo “*Lex Mercatoria*” necessariamente carrega consigo toda a carga ideológica supracitada. É por isso que no presente trabalho, optou-se por chamar essa construção de Teubner de “novíssima *Lex Mercatoria*”, já que ela rompe com todos os velhos

paradigmas e lança todos os pilares de uma novíssima teoria, colocando em cheque até mesmo as clássicas e idolatradas visões kelseniana e hartiana do Direito.

A teoria de Teubner é ousada, inovadora e, acima de tudo, perspicaz. Com uma construção coerente e bem fundamentada ele desconstrói primeiramente a ideia de paradoxo até então intrínseca ao debate, cuja grande questão sempre foi saber se ela representa direito positivo ou se é apenas um conjunto de normas sociais que podem ser transformadas em direito apenas pela internalização por parte dos ordenamentos jurídicos envolvidos (TEUBNER, 1997, p.3). Em segundo lugar, ele coloca a questão sob o perspectiva da Teoria dos Sistemas e, nesse sentido, consegue ser bastante coerente.

Ao apresentar o tema com extrema lucidez, mesmo se utilizando de teorias complexas e ainda não muito aceitas como a Teoria dos Jogos e a Teoria dos Sistemas aplicadas ao Direito, Teubner consegue fazer com que a *Lex Mercatoria* rompa o duplo tabu que lhe foi imposto acerca das necessárias conexões entre o Direito e o Estado. Primeiro ao trazer a figura das “ordens privadas” (contratos e associações) como fontes produtoras do Direito; e, em segundo lugar, ao afirmar que a *Lex Mercatoria* pretende ser válida não apenas fora do Estado-Nação mas também fora do próprio âmbito das relações internacionais (TEUBNER, 1997, p.7).

Ao trazer a ideia do choque contra a “moldura do Direito” para ilustrar a efervescência das relações globais vividas nos dias de hoje, Teubner consegue passar exatamente a imagem que propõe: a da violência com que a visão de um Direito diretamente subordinado à ideia de Estado-Nação, tem limitado a discussão filosófica de temas como a *Lex Mercatoria*.

Essa visão de Teubner do Direito como sistema circular e autopoietico, que possibilita o reconhecimento da *Lex Mercatoria*, é construída ao longo de toda a sua teoria. Na verdade, o autor é bastante ousado, já que enxerga o Direito como um jogo e desconsidera essas limitações que sempre lhe foram impostas, seja pela jurisprudência analítica, pelas Puras Teorias do Direito ou pelo Institucionalismo. Sob esse ponto de vista, a teoria do professor alemão é muito interessante pois permite ao Direito a “quebra da moldura”, e sua realocação dentro das Ciências Humanas, já que passa-se de uma visão estática para uma verdadeira “*différend*”, no sentido utilizado por Lyotard (TEUBNER, 2002, p.203).

E é justamente essa visão de “*différend*” que permite, como consequência, a atribuição de um novo status à *Lex Mercatoria*: ela deixa de ser aquela vilã coadjuvante, a quem sempre se delegava um papel de antagonismo, já que nenhuma das teorias tradicionais conseguia

explica-la de maneira satisfatória, e passa a desempenhar um dos papéis principais na nova conjuntura do Direito Global, atuando como um de seus ramos mais promissores.

Para que isso seja possível, Teubner conduz sua teoria por caminhos espinhosos, já que, apesar de contar com a contribuição da Teoria dos Jogos, não se limita a permanecer com as mesmas conclusões de Kerchove & Ost, dispensando algumas de suas considerações finais por achar, acertadamente, que a sua aplicação no âmbito da *Lex Mercatoria* traria contradições insustentáveis. Assim, ele se desfaz da ambiguidade dialética carente de síntese, que recai na atrativa ambivalência do sim e não, dentro e fora, Direito e não-Direito. Ao contrário de Kerchove & Ost, o autor prefere não pagar o preço de permanecer na presença simultânea e permanente oscilação das diversas ambiguidades do Direito, tais como aquelas apresentadas nos seus cinco pares conceituais: “estratégia e representação”; “cooperação e conflito”; “realidade e ficção”; “regulação e indeterminação”, “interno e externo” (TEUBNER, 2002, p.204-205).

É ao lidar pacificamente com a necessária existência dos paradoxos através da utilização do conceito luhmanniano de “reentrada” que Teubner realiza talvez a maior contribuição ao tema da *Lex Mercatoria* desde a disposição de Goldman de enfrentar o exacerbado tradicionalismo jurídico e defender a existência de uma ordem normativa supranacional.

Afinal, quando ele diz que a distinção entre Direito e não-Direito ou de jurídico ou não-jurídico deve fazer sua reentrada no Direito, ele queima o romance da *Lex Mercatoria*. Ao dizer que quando a moldura da hierarquia das normas constitucionalmente legitimadas se rompe devido à pressão da globalização, então a nova moldura, ao invés de hierárquica será heterárquica e necessariamente terá de se utilizar do paradoxo “centro/periferia”, descentralizando a produção das normas e colocando-a em pé de igualdade com outras esferas de produção normativa dentro da sociedade, ele automaticamente acaba com todas as dificuldades de legitimação da *Lex Mercatoria* (TEUBNER, 2002, p.208).

A partir daí ele não mais se interessa pela aparentemente interminável discussão que moveu a negação da *Lex Mercatoria* por mais de cinquenta anos: a de se ela poderia ou não ser considerada Direito. Discussão essa que Teubner classifica, obviamente que de maneira bem sutil, como uma verdadeira ignorância das teorias tradicionais. Pois, em sua visão, se essa velha prática de abafar a produção normativa *de facto* realizada em todos os tipos de "governos privados" for abandonada e, ao invés disso, os doutrinadores resolverem lançar luz sobre essa produção normativa, a discussão passará da necessidade de saber se o que eles

estão fazendo é ou não Direito positivo, para a necessidade de saber qual é a legitimação democrática destes "regimes jurídicos privados" (TEUBNER, 2002, p.208).

Chega-se aqui a um ponto chave da teoria teubniana, onde finalmente se pode encontrar uma lacuna. Na verdade, pode-se entrar exatamente aqui com a teoria do professor Ralph Michaels, com vistas a complementar o que foi dito por Teubner. É que a questão da legitimação democrática parece funcionar para o autor exatamente como a questão do paradoxo direito/não direito funcionou por muito tempo para as tradicionais visões da *Lex Mercatoria*: como uma moldura que limita a expansão de sua teoria.

Para o professor alemão, seria ingênuo exigir uma ligação formal entre regimes privados como a *Lex Mercatoria* e o estreitíssimo processo normativo parlamentar. Assim, surgiria, com o debate, a necessidade de se buscar novas formas de legitimação democrática desses regimes privados, que poderia trazer a ação econômica, técnica e profissional para escrutínio e controle públicos. E tudo isso decorrente do paradoxo que as manifestações de Direito Global sem a presença do Estado provocaram no estudo da disciplina: uma expansão do constitucionalismo na produção de normas privadas que poderia passar a considerar esses regimes "privados" como "públicos"

É nesse ponto que a sua visão vanguardista faz um movimento de retorno que a visão de Michaels conseguiu evitar. Na verdade, Teubner se limitou um pouco talvez por causa das suas influências filosóficas, já que ele não conseguiu se desligar da visão de transconstitucionalismo defendida por Luhmann. Não que haja qualquer empecilho em se pensar numa visão pós-moderna de Constituição transnacional. O problema não está na construção ideológica em si, mas na sua transposição para a teoria da *Lex Mercatoria*.

Ora, a questão da legitimação democrática já foi resolvida pelo próprio Teubner ao trazer para o tema o conceito de reentrada. Na medida em que a pluralidade de sistemas funciona em constante acoplamento estrutural e abertura cognitiva, essa questão deixa de ser somente política ou jurídica e passa a sofrer interferência de todos os outros sistemas, que existem em paralelismo ou, de maneira heterárquica, como o próprio Teubner o alega. Assim, essa suposta necessidade de legitimação democrática já está resolvida quer pela flexibilidade dos conceitos, que já não se encaixam mais numa moldura estática, quer pela autorreferência do sistema.

E ainda que Teubner enxergue a *Lex Mercatoria* como o Direito que resulta de normas para-legais produzidos à margem do Direito tradicionalmente considerado, mais especificamente em sua fronteira com os processos econômicos e tecnológicos, essa visão não

desautoriza o raciocínio ora proposto. Afinal, os referenciais e pressupostos centrados na visão tradicional do Estado-Nação, saíram de cena para dar espaço ao Pluralismo Jurídico.

E apesar do contrassenso, o próprio Teubner parece afirmar isso ao fazer menção à questão da suposta ausência de sanções formais na *Lex Mercatoria*, já que, segundo ele, a ideia de “sanção” está perdendo o lugar de conceito central na definição de Direito para os binômios do Pluralismo, que vão do legal, partindo do social ao global, partindo do nacional. Para o autor, no debate da *Lex Mercatoria*, o fato de que esse tipo de lei seria dependente das sanções dos tribunais nacionais tem sido utilizado como um argumento contra o seu autêntico caráter global. Porém, se um discurso jurídico especializado, tal como o comercial, consegue firmar em todo o mundo a sua validade, então não importa de onde o fundamento simbólico de suas reivindicações por meio de sanções venha: pode ser de instituições locais, regionais ou nacionais. São as construções fenomenológicas mundiais dentro de um discurso que determinam a sua globalidade, e não o fato de que a origem do uso da força é local.

Na verdade, essa questão da legitimação democrática na teoria da *Lex Mercatoria* não é tão bem desenvolvida por Teubner e talvez deva-se a isso a sua fragilidade, pois, da maneira como foi colocada, parece realmente um contrassenso.

É exatamente nesse ponto, então, que entra, com um papel complementar, mas não necessariamente acessório, e sim substantivo, a teoria da “Verdadeira *Lex Mercatoria*” do professor Ralph Michaels. Com efeito, Michaels conseguiu reunir o que havia de mais interessante na teoria de Teubner e acrescentar suas considerações pessoais de forma a contribuir ainda mais para o desenvolvimento do tema. E com esse propósito ele consegue ir além do professor alemão, já que, de maneira muito bem argumentada, é ele quem desenvolve boa parte da desconstrução histórica do “romance da *Lex Mercatoria*” e ainda consegue trazer elementos novos para o discurso, que são, muitas vezes, simples desenvolvimentos lógicos da teoria teubniana, mas vistos por uma perspectiva nunca antes abordada.

Assim, ele aproveita a construção teórica relativa à Teoria dos Jogos e à Teoria dos Sistemas, concordando com Teubner ao dizer que o debate sobre o caráter jurídico ou não jurídico da *Lex Mercatoria* já foi há muito superado pela pluralidade dos sistemas. Porém, ele consegue ir além e superar também essa questão da legitimação democrática, ainda que em nenhum momento ele se refira a ela de maneira direta. É que, ao apresentar a *Lex Mercatoria* como um Direito “além” do Estado, que congrega tanto características e elementos nacionais quanto não nacionais, ele reinsere o Estado-Nação dentro do discurso, porém não mais por uma perspectiva hierárquica, mas pela perspectiva heterárquica tão perseguida por Teubner.

Ele coloca o Estado novamente como importante ator dentro do discurso, cujo papel não pode ser simplesmente ignorado por uma visão de Direito a-nacional. A colaboração do Estado, assim como das instâncias não estatais, é fundamental para a circularidade desse Direito Transnacional. Assim, não há que se falar em “independência” ou “autonomia” em relação aos ordenamentos nacionais e nem mesmo em “legitimação democrática”, já que esse novo “perfil colaborativo” do Direito, congrega também os Estados e, em virtude disso, processos de legitimação democrática. Seria desnecessário, então, forjar novos processos de legitimação, já que talvez essa necessidade seja muito mais condizente com as clássicas visões de norma fundamental e *rule of recognition*, do que com a visão do Pluralismo Jurídico.

A visão de Michaels, como já mencionado, complementa a visão de Teubner. Ambas as visões, no entanto, em questões que ainda podem ser exploradas e debatidas. Na verdade, o Direito sempre deve trabalhar com perspectivas abertas, já que está inserido nas Ciências Humanas e, como tal, estará sempre aberto a interferências de outros sistemas. Não existe uma verdade universal, um paradigma do saber, e não é esse ponto de vista que está sendo defendido aqui, até porque essas últimas teorias são bastante novas e, por mais que tenham sido exploradas, em geral, de maneira instigante por seus defensores, sempre podem ser contraditadas com outras teorias que, de forma semelhante, saibam explorar de maneira crítica os seus pressupostos.

É tudo uma questão de debate, perspectiva e disposição filosófica para desbravar novos caminhos sem medo de se submeter às críticas que necessariamente virão e, se olhadas de maneira positiva, podem ser utilizadas como incentivo para o constante aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

BAKER, J.H. The Law Merchant and the Common Law before 1700. **The Cambridge Law Journal**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

BERGER, Klaus Peter. **The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria**. 2 ed. Rev. Grã-Bretanha: Kluwer Law International, 2010.

BERMAN, Harold J.; KAUFMAN, Colin. The law of international commercial transactions (Lex Mercatoria). **Harvard International Law Journal**. Harvard 1978.

CORDES, Albrecht. The search for a medieval Lex Mercatoria. **Oxford University Comparative Law Forum**. Oxford: Oxford University Press, 2003. Disponível em: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>. Acesso em: 13.08.2010

CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.F.; PAULSSON, Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3ed., New York: Oceana Publications, 2000.

CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L. **The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions**, 2. Boston University International. Law Journal. Boston: 1984.

DELAUME, Georges R. **Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria**. Tulane Law Review, n.34. New Orleans: Tulane University Law School, 1989

DE LY, Filipe. **International Business Law and Lex Mercatoria**. Haia: T.M.C. Asser Instituut, 1992.

DOMINGO, Rafael. **The New Global Law. From the ius gentium to international Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: http://assets.cambridge.org/97805211/93870/excerpt/9780521193870_excerpt.pdf. Acesso em: 20 de julho de 2010.

DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage international**. Paris: Litec, 1996.

GOLDMAN, Berthold. **Frontières du Droit et Lex Mercatoria. Le droit subjectif en question**. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1964.

_____. **La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives**. Journal du Droit International. Paris: Clunet, 1979.

- _____. **Lex Mercatoria**. Forum Internationale. N.3. Deventer: Kluwer, 1983.
- _____. **The applicable law: general principles of law – the Lex Mercatoria**. Julian D. M. Lew (ed.). Contemporary Problems in International Arbitration. Londres: 1987.
- GOODE, Roy. **Usages and its Reception in Transnational Commercial Law**. International & Comparative Law Quarterly. Ziegel (ed.) New Developments in International Commercial and Consumer Law. Oxford, 1998.
- GRIGERA NAÓN, Horacio A. **The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Horn/Schmitthoff (ed.). The Transnational Law of International Commercial Transactions. Deventer: Kluwer, 1982.
- HATZIMIHAİL, Nikitas E. **The Many Lives and faces of Lex Mercatoria: History as genealogy in international business law. Law and contemporary problems**. Vol. 71:169. Duke: Duke Law School, 2008.
- HIGHET, Keith. **The Enigma of the Lex Mercatoria**. Tulane Law Review, n.34. New Orleans: Tulane University Law School, 1989.
- JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralph. Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations. **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. N. 345. Hamburgo: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2007.
- _____. Beyond the State? Rethinking Private Law: Introduction to the Issue. **The American Journal of Comparative Law**, v.56. Michigan: ASCL, 2008.
- LAGARDE, Paul. Approche critique de la lex mercatoria. **Le Droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman**. Paris: Liutec, 1987.
- LANDO, Ole. **Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?** Vol.40, n.3. American Journal of Comparative Law. Michigan: American Society of Comparative Law, 1992.
- _____. **The lex mercatoria in International Commercial Arbitration**. International and Comparative Law Quarterly. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- LEW, Julian D.M. **Applicable Law in International Commercial Arbitration: : a study in commercial arbitration awards**. New York: Oceana Publications, 1978.
- LOQUIN, Eric. Où en est la *Lex Mercatoria* in: **Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn**. Paris: Litec, 2000.
- LOWENFELD, Andreas F. Lex Mercatoria: An Arbitrator's View in: **Lex Mercatoria and Arbitration**. Arbitration International, Grã-Bretanha: Kluwer Law International, 1990.

MANGELS, Antje. **Are the roots of the modern Lex Mercatoria really medieval?** V.65. Southern Economic Journal. Chapel Hill: Southern Economic Association, 1999.

MANN, Frederick Alexander. The Aminoil Arbitration in Mann (ed.), **Further Studies in International Law**. Oxford 1990, at 252 et seq.

MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. São Paulo: Editorial Psy, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A Nova Lex Mercatoria como fonte do Direito do Comércio Internacional. Um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. N. 37. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2003.

MICHAELS, Ralph. Indiana Journal. **The True Lex Mercatoria: Law beyond the State**. Duke Law School Faculty Scholarship Series. Indiana: Duke Law University, 2008. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=duke_fs. Acesso em: 10.08.2010.

_____. **The Re-state-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism**. NELLCO Legal Scholarship Repository. Duke Law School Faculty Scholarship Series. Durham: Duke Law School, 2005.

MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, Tamara. **Origin, development and main features of the New Lex Mercatoria**. Facta Universitatis. Series: Economics and Organization, Vol.1, No 5. Niš: University of Niš, 1997. Disponível em: <http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao97/eao97-10.pdf>. Último acesso em: 27.07.10

MISES, Ludwig von; Trad. HAYEK F.A., KAHANE, J. **Socialism: An Economic and Sociological Analysis. The Canon Law Prohibition of Interest**. Indianapolis: Liberty Fund, 1981. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1060/104095> Acesso em: 10.07.10

MO, JOHN. **International Commercial Law. A brief history of international commercial Law**. 1 Ed. Londres: Butterworth/Lexis Nexis, 2001.

MOURA, Bruno de Oliveira. MACHADO, Fábio Guedes de Paula; CAETANO, Matheus Almeida. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**. Julho a dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>. Acesso em: 21.05.2011.

NICHOLAS, David. **The Growth of the medieval city: From late Antiquity to the Early Fourteenth Century. History of Urban Society in Europe**. Londres: Longamn, 1997.

OSMAN, Filali. **Les principes généraux de la Lex Mercatoria**. Paris: LGDJ, 1992.

RAISCH, Marylin Johnson. **Religious Legal Systems: A Brief Guide to Research and Its Role in Comparative Law**. Global Lex. Nova Iorque: Hauser Global Law School Program,

2006. Disponível em: http://www.nyulawglobal.org/Globalex/Religious_Legal_Systems.htm. Acesso em: 22.09.2010.

RODRIGUEZ, Alejandro Faya. **La nueva Lex Mercatoria: naturaleza y alcances**. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. 2005. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/34/pr/pr5.pdf>. Acesso em: 20.08.2010.

SACHS, Stephen. Student Scholarship Papers. **From St. Ives to Cyberspace: the modern distortion of the medieval Law Merchant**. Yale: Yale Law School, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/5. Acesso em: 12.07.10

SCHMITTHOFF, Clive M. **The Unification of the Law of International Trade**. Journal of Business Law. Londres: Stevens & Sons Ltd, 1968.

SOANE, George. B.A. **New Curiosities of Literature and Book of the Months**. Vol 2. Londres: F. Churton, 26, Holles-Street, 1847. Disponível em: <http://tiny.cc/7hehc>. Acesso em: 07.08.2010.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTR, 1996.

TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria. **European Journal of Social Theory**, v.5. Londres: SAGE Publications, 2002.

_____, Gunther. (ed.). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot 1997.

TRAKMAN, Leon E. **The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage**. Part I. n. 12. Journal of Maritime Law & Commerce. Filadelfia: JMLC, 1980.

_____. **The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage**. Part II. N 12. Journal of Maritime Law & Commerce. Filadelfia: JMLC, 1981.

VON MEHREN, Arthur Taylor. To what Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous? in: **Le Droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman**. Paris: Litec, 1987.

REFERÊNCIAS DIGITAIS

DICTIONARY.COM. "grand old man," in: **Dictionary.com Unabridged**. Random House, Inc. Disponível em: <http://dictionary.reference.com/browse/grandoldman>. Acesso em: 15.09.2010.