

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Internacionalização do  
direito além do Estado: a  
nova *lex mercatoria* e sua  
aplicação**

***Intenationalization of  
law beyond the State: the  
new *lex mercatoria* and its  
application***

Marlon Tomazette

# Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação\*

## *Internationalization of law beyond the State: the new lex mercatoria and its application*

Marlon Tomazette<sup>1</sup>

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo a análise do ressurgimento da *lex mercatoria*, no atual cenário mundial, como sistema jurídico autônomo aplicável aos contratos internacionais do comércio. Os problemas a serem resolvidos envolvem a discussão sobre os contornos da atual *lex mercatoria*, bem como seu caráter jurídico e sua aplicabilidade. Por meio da análise efetuada, pretende-se mostrar que a globalização econômica impôs mudanças no Estado e, conseqüentemente no direito, exigindo a internacionalização do direito. No campo dos negócios internacionais, tal internacionalização é fundamental e é mais facilmente operada, na medida em que o direito estatal não consegue atender aos anseios do mercado. Nesta perspectiva, ressurge a *lex mercatoria* como sistema jurídico privado autônomo, transnacional criado para e pelos operadores da globalização econômica, cuja aplicabilidade é demonstrada tanto pela análise doutrinária quanto pela análise de decisões especialmente nos tribunais arbitrais.

**Palavras-chave:** *Lex Mercatoria*. Globalização. Internacionalização do direito. Pluralismo jurídico. Arbitragem.

### Abstract

The present study aims to analyze the reemergence of the *lex mercatoria* in the current scene, as an autonomous legal system applicable to international trade contracts. The problems to be solved involve the discussion about the conception of the current *lex mercatoria* and its legal character and application. Through the analysis performed, we shall show that economic globalization has imposed changes in the state and therefore in the law, requiring the internationalization of law. In the field of international business, such internationalization is vital and more easily operated, to the extent that state law fails to answer the needs of the market. From this perspective, the *lex mercatoria* emerges as private autonomous legal system, created for and by transnational operators of economic globalization, whose applicability is demonstrated by both doctrinal analysis and decision analysis by arbitral courts in particular.

**Key words:** *Lex mercatoria*. Globalization. Internationalization of law. Legal pluralism. Arbitration.

\* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em 25/01/2013

<sup>1</sup> Advogado, Procurador do DF, Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e do IDP; Mestre e Doutorando em Direito. Email: marlon@opendf.com.br

A *lex mercatoria* e o Estado nacional moderno são conceitos que se condicionam reciprocamente. A primeira surgiu justamente quando não havia uma organização formal de um estado na idade média e entrou em declínio com a ascensão e o protagonismo dos Estados nacionais modernos, que tomaram para si o protagonismo da produção normativa. Ocorre que esse protagonismo vem sendo posto em xeque em razão da complexidade das relações jurídicas da atualidade, cujos contornos são definidos pelo fenômeno da globalização. Nessa perspectiva, surge a questão da possibilidade do ressurgimento da *lex mercatoria* como sistema jurídico autônomo, transnacional e não estatal responsável pela disciplina dos contratos internacionais do comércio.

Esse Estado nacional moderno se depara atualmente com o surgimento de mudanças radicais na sociedade causadas pelo fenômeno da globalização, em especial a globalização econômica. Esse fenômeno que impacta a sociedade impacta também a própria ideia do Estado nacional que, por conseguinte, deve sofrer mudanças para se adequar a essa nova realidade. Dentre essas mudanças, surgem algumas que também vão afetar diretamente a concepção tradicional do Direito, sendo possível apontar diversas tendências, dentre as quais merece especial destaque a mudança do conteúdo das normas e da produção normativa.

Com a globalização econômica, o Estado já não tem mais a capacidade de lidar sozinho com toda a produção normativa. Muitas relações jurídicas já não são travadas dentro de limites territoriais que sempre pautaram a produção normativa do Estado. Há a necessidade de uma internacionalização do direito que poderá se operar de diversas formas. Diante dessa situação, impõe-se o surgimento de novos atores que assumirão o papel de protagonistas inclusive na produção normativa. É neste ponto que surge a questão da possibilidade do ressurgimento da *lex mercatoria* enquanto regime jurídico privado a serviço do mercado.

Essa reemergência da *lex mercatoria* traz consigo diversos questionamentos sobre os próprios contornos desse regime. Além disso, discute-se também se ela teria ou não o caráter de um sistema normativo autônomo, desvinculado dos ordenamentos jurídicos nacionais. A discussão desses problemas é fundamental para analisar, ao final, quais são as possibilidades de aplicação desse novo regime, tanto na arbitragem como em tribunais nacionais.

Para solucionar esses questionamentos, é fundamental analisar o surgimento e os contornos da antiga *lex mercatoria* medieval, bem como as razões do seu declínio. Nesse sentido, é necessário analisar as condições da sociedade medieval que permitiram o seu surgimento. Outrossim, após definir esses contornos iniciais, devem ser apresentadas as modificações sociais que geram seu declínio com o surgimento do Estado nacional moderno, que concentrou toda a produção normativa, afastando a possibilidade de regimes privados.

## 1 A antiga *lex mercatoria*

A queda do Império Romano e, conseqüentemente, a ausência de um poder estatal centralizado fizeram surgir pequenas cidades, as quais se mantiveram fechadas durante toda a Idade Média.<sup>2</sup> No fim da idade média, por volta dos séculos XI e XII, com a reabertura das vias comerciais do norte e do sul da Europa, desenvolve-se uma mudança radical na configuração da sociedade, há uma grande imigração do campo, formando-se cidades como centros de consumo, de troca e de produção industrial. Essa mudança foi provocada pela crise do sistema feudal, resultado da subutilização dos recursos do solo, da baixa produtividade do trabalho servil, aliadas ao aumento da pressão exercida pelos senhores feudais sobre a população.

Em função da citada crise, houve uma grande migração que envolveu, dentre outros, os mercadores ambulantes, que viajavam em grupos e conseguiram um capital inicial, que permitiram a estabilização de uma segunda geração de mercadores nas cidades, desenvolvendo um novo modo de produção.<sup>3</sup> As condições para o exercício da atividade dos mercadores não eram tão boas, por isso, eles foram levados a um forte movimento de união<sup>4</sup> que facilitou a expansão da atividade comercial. A desorganização do estado medieval fez com que os comerciantes se unissem para exercitarem mais eficazmente a autodefesa e, conseqüentemente, fizessem um direito que atendessem a

<sup>2</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 31; LEO, Walter N. de. *Derecho de los negocios en el comercio*. Buenos Aires: Universidad, 1999. p. 35.

<sup>3</sup> GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 32.

<sup>4</sup> LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil*: elemento de unificação do direito privado. São Paulo: RT, 2003. p. 42.

seus interesses. “Os (grandes) comerciantes, organizados em corporações, passam a constituir a classe econômica e politicamente dominante”.<sup>5</sup> Nessa perspectiva, eles foram capazes de forjar as normas jurídicas que atendiam às suas necessidades especiais, isto é, normas que se adequassem às exigências do direito empresarial.

O desenvolvimento da atividade comercial trouxe à tona a insuficiência do direito civil para disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam.<sup>6</sup> A disciplina estatal era baseada na prevalência da propriedade imobiliária, estática e cheia de obstáculos para sua circulação,<sup>7</sup> ao passo que a atividade comercial reclama do direito maior simplicidade de formas e mais eficaz tutela do crédito.<sup>8</sup> Apesar da unidade da vida econômica moderna, ainda há uma nítida contraposição entre a atividade de conservação e gozo de bens e a atividade de produção e troca de bens.<sup>9</sup> “Ontologicamente o bem é sempre o mesmo. Mas a sua destinação de fato a um processo produtivo muda nitidamente a função, o valor, o relevo, a importância social”.<sup>10</sup>

Em função disso, impôs-se o surgimento de uma nova disciplina especial, de um novo direito destinado a regular esses novos fatos que se apresentam. Só nesse período, começa a se desenvolver um direito comercial, essencialmente baseado em costumes, com a formação das corporações de mercadores (Gênova, Florença, Veneza...), surgidas em virtude das condições avessas ao desenvolvimento do comércio. Esse ramo do direito repousa basicamente em três pilares: a rapidez; a segurança; e o crédito.<sup>11</sup> Vale dizer, ele exige um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa-fé e

a simplificação da movimentação de valores,<sup>12</sup> tendo em vista a realização de negócios em massa.

Nesse primeiro momento, o direito comercial podia ser entendido como o direito dos comerciantes, vale dizer, o direito comercial disciplinava as relações entre os comerciantes. Eram, inicialmente, normas costumeiras, aplicadas por um juiz eleito pelas corporações, o cônsul, e só valiam dentro da própria corporação, daí falar-se em um direito corporativo.<sup>13</sup> Posteriormente, no seio de tais corporações, surgem também normas escritas para a disciplina das relações entre comerciantes. Essas normas escritas, juntamente com os costumes, formaram os chamados estatutos das corporações, fonte primordial do direito comercial em sua origem.<sup>14</sup> A especialidade dessas normas e da jurisdição é que permitia o desenvolvimento do direito mercantil e sua diferenciação do direito comum.<sup>15</sup> Essa primeira fase do direito comercial é entendida como a antiga *lex mercatoria*, que pode ser definida como “um conjunto de regras e princípios que dizem respeito aos mercados e às transações mercantis, distintos do direito comum da terra”.<sup>16</sup>

A primeira característica dessa antiga *lex mercatoria* era sua natureza costumeira, vale dizer, tratava-se de um direito eminentemente prático, adaptado para as exigências do comércio.<sup>17</sup> Registre-se que os costumes comerciais continuaram se desenvolvendo mesmo no contexto do Estado (pós-feudal), contudo já não possuíam mais um papel tão determinante, tendo em vista o protagonismo estatal.

<sup>5</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v.1. p. 1.

<sup>6</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 53-54.

<sup>7</sup> AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 8.

<sup>8</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 80.

<sup>9</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 71-72; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976. p. 13.

<sup>10</sup> FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 72, tradução livre de “Ontologicamente il bene è pur sempre lo stesso. Ma la sua destinazione in atto ad um processo produttivo ne muta nettamente la funzione, il valore, il rilievo, l'importanza sociale.”

<sup>11</sup> REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001. p. 27.

<sup>12</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 37; VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950. v. 1. p. 4.

<sup>13</sup> TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther. *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 10.

<sup>14</sup> MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Book-seller, 2000. v. 1. p. 69.

<sup>15</sup> ASCARELLI, Túlio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 21.

<sup>16</sup> MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 10, tradução livre de “a body of rules and principles relating to merchants and mercantile transactions, distinct from the ordinary law of the land”.

<sup>17</sup> MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 12.

Além disso, para atentar a celeridade exigida em negócios de massa, sua jurisdição tinha uma natureza sumária, mas ágil do que a jurisdição comum,<sup>18</sup> especialmente, porque eram tribunais especiais das próprias corporações de mercadores. Em suma, tratava-se de “um direito criado pelos mercadores para regular as suas atividades profissionais e por eles aplicado”.<sup>19</sup> Com o aumento do poder econômico da burguesia comercial e, conseqüentemente, com a difusão de relações com não comerciantes, a jurisdição corporativa estendeu e passou a valer também para demandas entre comerciantes e não comerciantes.<sup>20</sup> Nesse momento, a corporação mercantil estende seus poderes para fora de sua esfera corporativa, desenvolvendo o papel do governo da sociedade urbana.<sup>21</sup>

Outra característica da antiga *lex mercatoria* era a grande utilização de um espírito de equidade, com a valorização especial da boa-fé dos envolvidos. Chega-se a identificar a boa-fé como o princípio fundamental<sup>22</sup> da *lex mercatoria*, na medida em que dela se irradia toda essa disciplina própria e especial da atividade comercial. Além disso, e talvez a mais marcante característica da *lex mercatoria*, era o seu caráter internacional.<sup>23</sup> Ora, se o comércio não estava restrito a fronteiras territoriais, a disciplina dessa atividade também não poderia ficar restrita a fronteiras territoriais.

## 2 Protagonismo estatal e declínio da *lex mercatoria*

Essa antiga *lex mercatoria* passou, aos poucos, a ser um direito estatal e não mais corporativo, aplicado, inicialmente, por tribunais especiais e, posteriormente, pelos tribunais comuns,<sup>24</sup> perdendo seu caráter especial. Com essa politização, a antiga *lex mercatoria* perdeu sua unidade, passando a ser apenas uma parte do direito nacional, podendo se falar até em sua extinção. O desapa-

recimento do seu caráter internacional e a perda do seu caráter flexível foram os principais responsáveis por essa extinção.<sup>25</sup> Outrossim, a força e o protagonismo dos estados nacionais afastaram o prestígio e o uso de normas não estatais. A mediação estatal na produção normativa passa a abranger todas as matérias.

Com efeito, a centralização monárquica inerente à formação dos estados modernos levou a produção normativa para o seio do próprio estado. Nessa perspectiva, houve uma estatização da produção normativa, a qual abarcou inclusive as antigas normas corporativas que compunham a velha *lex mercatoria*. Essa estatização tirou a flexibilidade e a internacionalidade da *lex mercatoria* e, conseqüentemente, gerou seu declínio.<sup>26</sup> Assim, a atividade mercantil passou a ser regida por normas estatais que, embora ainda possuíssem certas peculiaridades, passam a depender diretamente do estado.

Nos Estados absolutistas, é retomada a ideia de unidade do Estado, que era fundamental nos Estados da antiguidade,<sup>27</sup> vale dizer, ressurgiu com toda força a concepção de soberania, no sentido de poder que não se submete a nenhum outro. A formação do Estado moderno, que se inicia nesse período, se conclui com transformações que ocorrem dentro do próprio Estado em conseqüência de movimentos revolucionários, especialmente na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos durante os séculos XVII e XVIII, formando o que se convencionou denominar de Estados nacionais. Estes surgiram basicamente como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado nacional; e d) Estado democrático de direito e social.<sup>28</sup>

Para o presente trabalho, interessa especialmente a figura do Estado administrativo que pode ser concebido como o resultado da separação entre o Estado e a sociedade, isto é, “a sociedade, para atuar politicamente sobre

<sup>18</sup> GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 9.

<sup>19</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1. p. 3.

<sup>20</sup> FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976. p. 6.

<sup>21</sup> GALGANO, Francesco. *História do Direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 39.

<sup>22</sup> OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 2002. p. 19.

<sup>23</sup> MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 20.

<sup>24</sup> AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 10.

<sup>25</sup> JIMÉNEZ, Carlos Forero. Causas y consecuencias de La aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*. Universidad de los Andes. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, p. 5, jun. 2007.

<sup>26</sup> MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n.2, p. 455, Summer 2007.

<sup>27</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción por Fernando de Los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000. p. 320.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 80.

si mesma, deve destacar um subsistema que seja especializado em decisões que agreguem a coletividade”.<sup>29</sup> Ficam reservadas ao Estado o protagonismo do uso legítimo da violência e as competências reguladoras públicas mais importantes. Na sociedade moderna, na qual foi afastada a autodefesa, salvo hipóteses excepcionais, sendo protagonismo do Estado a coação física legítima, compete a ele solucionar a grande maioria dos conflitos de interesses, a fim de assegurar a paz social. O Estado dita regras que disciplinam as relações sociais – o direito objetivo – e soluciona os conflitos de interesses aplicando as regras do direito objetivo, por meio do processo.

Levando-se em conta a forma de imposição do direito positivo, isto é, o âmbito de atuação coercitiva do direito imposto pelo Estado, a demarcação social da comunidade política deve ser combinada com a delimitação territorial. O Estado deve ter um território, no qual se circunscreve o âmbito de validade de uma ordem jurídica que ele mesmo impõe. Nessa perspectiva, as atividades econômicas, em geral, passam a ser regidas por normas nacionais e o direito comercial passa o direito dos códigos comerciais.<sup>30</sup> Assim, a *lex mercatoria* perde toda a sua utilidade e pode-se falar até na sua extinção.

### 3 A globalização econômica como fator de mudanças na sociedade e no estado nacional

Como visto, o protagonismo dos estados nacionais modernos é o principal fator de declínio da antiga *lex mercatoria*, logo, apenas com mudanças radicais e a perda desse protagonismo dos estados nacionais é que é possível falar no seu ressurgimento. Desde seu surgimento, os estados nacionais sofreram mudanças nas suas funções e na sua própria concepção, mas nada que afastasse o já citado protagonismo. Apenas a partir do final do século XX, é que surgem mudanças econômicas radicais que afetam as atribuições do estado nacional, retirando-lhe o protagonismo, em especial na produção normativa, permitindo o ressurgimento da *lex mercatoria*.<sup>31</sup> Em muitos

casos, o Estado atua como mero espectador da atuação dos agentes privados.<sup>32</sup> Essas mudanças radicais são, em boa parte, fruto da globalização econômica, cuja concepção deve ser mais bem explicada.

#### 3.1 A globalização econômica

A globalização é uma expressão de sentido bastante variado, sendo entendida basicamente como “a ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”,<sup>33</sup> isto é, uma ligação geral entre indivíduos, organizações complexas e comunidades localizadas em locais distintos. Fundamentalmente, a globalização é a integração de pessoas e países, em razão da revolução dos transportes e das comunicações que derrubaram as barreiras artificiais que impediam o fluxo de bens, pessoais, capitais serviços e conhecimento através das fronteiras.<sup>34</sup> Trata-se em última análise da sobreposição do mundial sobre o nacional,<sup>35</sup> não se limitando a matérias específicas.<sup>36</sup>

As ideias, os efeitos e as práticas que resultam da globalização são extremamente variados, daí poder-se falar em globalizações, dada a multidimensionalidade<sup>37</sup> do fenômeno. Alguns autores destacam a globalização das finanças e da propriedade do capital, a globalização dos mercados e das estratégias, a globalização da tecnologia, a globalização dos modos de vida e consumo (cultura), a globalização das capacidades regulatórias e da governança, a globalização como unificação política do mundo e a globalização da percepção e da consciência.<sup>38</sup> Há ainda quem afirme que a globalização abrange muitas coisas, desde o fluxo internacional de ideias e conhecimento, o

<sup>29</sup> FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 8.

<sup>30</sup> BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

<sup>31</sup> STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. New York: Penguin, 2002. p. 9.

<sup>32</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

<sup>33</sup> ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 4.

<sup>34</sup> BONAGLIA, Federico; GOLDSTEIN, Andrea. *Globalizzazione e sviluppo*. 2. ed. Bologna: Il mulino, 2008. p. 14.

<sup>35</sup> PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 66.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 80.

<sup>30</sup> GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 9.

<sup>31</sup> MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n. 2, p. 456, Summer 2007.

compartilhamento de culturas, uma sociedade civil global e o movimento ambiental mundial.<sup>39</sup>

Outros nos propõem quatro acepções da globalização, afirmando que, com um enfoque mais amplo, “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”.<sup>40</sup> Dentro dessa perspectiva, vale destacar que a globalização não deixa de ser um localismo bem sucedido, que extrapolou o âmbito inicial de suas fronteiras, isto é, a globalização é o reflexo da influência de determinado comportamento por todo o globo. Como exemplo dessa concepção, temos a expansão da língua inglesa como uma língua “universal” em detrimento de outras línguas que tinham o mesmo potencial, como a francesa.

Outra acepção da globalização seria o chamado globalismo localizado que representaria o impacto de práticas transnacionais nas condições locais, vale dizer, seria a forma como tais práticas se refletem no dia a dia de certa comunidade. A alteração da agricultura, de agricultura de subsistência para agricultura de exportação, seria um dos reflexos dessa globalização. Uma terceira acepção da globalização, tomada por Boaventura de Sousa Santos é o chamado cosmopolitismo, entendido como “a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica”.<sup>41</sup> O globalismo localizado e o localismo globalizado geram efeitos muitas vezes nefastos, que fazem surgir uma reação em nível global, possível graças à revolução da tecnologia, da informação e da comunicação. Essa reação, que se manifesta por um conjunto vasto e heterogêneo de medidas, movimentos e organizações, é que representa o cosmopolitismo nessa visão. Diretamente ligada a esta última concepção, o mesmo autor nos apresenta a quarta acepção da globalização, entendida como a “emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais quanto

o próprio planeta”.<sup>42</sup> Surge, nesse ponto, o chamado patrimônio comum da humanidade que representaria esse conjunto de preocupações globais, que enseja movimentos também globais para a defesa desse patrimônio comum.

Sem a pretensão de querer esgotar as acepções da globalização, é certo que as acepções apresentadas têm o condão de ilustrar a multiplicidade de efeitos que a globalização está gerando e, conseqüentemente, os desafios que surgem dessas globalizações. Para os fins do presente trabalho, porém, serão analisados especificamente os desafios impostos exclusivamente pela globalização econômica.

A globalização econômica, embora seja a mais estudada, é apenas uma dimensão da emergente reconfiguração do mundo.<sup>43</sup> Ela representa a “intensificação dos fenômenos de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”<sup>44</sup> ou, em outras palavras, a “interligação de mercados nacionais através do aumento da circulação entre eles de bens, serviços e capitais”.<sup>45</sup> De forma mais detalhada, afirma-se que “por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos pela subseqüente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas, acaba comprometendo mortalmente a ideia republicana de comunidade”.<sup>46</sup> Ou ainda, que ela representaria a “integração das economias nacionais em uma economia internacional através do comércio, do investimento estrangeiro direto (por parte de corporações e multinacionais), fluxos de capital de curto prazo, fluxo

<sup>39</sup> STIGLITZ, Joseph. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 62.

<sup>40</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 433.

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 437.

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 437.

<sup>43</sup> PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 62.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

<sup>45</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 137-138.

<sup>46</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

internacional de trabalhadores e pessoas em geral e fluxos de tecnologia.<sup>47</sup>

Portanto, a ideia geral da globalização econômica é a formação de um mercado global e a perda de importância das fronteiras para o exercício das atividades econômicas, vale dizer, as atividades econômicas alcançam um grau de integração temporal e geográfico. Uma das principais características desse fenômeno é a globalização dos mercados financeiros, permitindo que os fluxos de capital sejam mais amplos, abrangendo cada vez mais países. O movimento global de capitais é o fator mais importante para essa modalidade de globalização.<sup>48</sup> Esse fenômeno representa o triunfo do mercado, que pode ser atribuído a três fatores fundamentais.<sup>49</sup> Em primeiro lugar, o mercado triunfou em razão de sua eficiência, vale dizer, o sistema capitalista, apesar de todos os seus problemas, se mostrou como o mais eficiente para geração e distribuição de riquezas. Em segundo lugar, houve a queda do sistema econômico socialista, reforçando a primazia do sistema capitalista. Por fim, a expansão tecnológica e das comunicações foi determinante no surgimento desse fenômeno.

Além disso, há uma internacionalização das estratégias corporativas, havendo cada vez mais estratégias de competição em escala global.<sup>50</sup> Outrossim, há uma difusão de tecnologias que passam a ser acessíveis em todo o mundo de forma cada vez mais rápida. Há ainda uma homogeneização das práticas de consumo, que passam a ter cada vez mais um caráter comum, embora fatores culturais e religiosos ainda tenham um peso fundamental nessas escolhas. Nesse cenário, os agentes econômicos ganham importância e passam a ser considerados protagonistas.<sup>51</sup> Em suma, por força da globalização, vê-se claramente a formação de um mercado unificado, no qual os mesmos produtos são vendidos e as mesmas imagens e

informações são transmitidas, isto é, há uma mudança radical na economia e o surgimento de novos protagonistas, em especial pela crise do Estado nacional e do Direito.<sup>52</sup>

### 3.2 Impactos da globalização econômica sobre o estado nacional

O Estado moderno surgiu com três elementos essenciais: a separação entre a esfera pública e a esfera privada; a dissociação entre o poderio político e o poder econômico; e uma separação entre as funções administrativas e políticas, afastando-se da sociedade civil.<sup>53</sup> Mesmo com mudanças ao longo do tempo, tais elementos se mantiveram e garantiram a condição de protagonista ao Estado, que era centrado em dois grandes modelos: o Estado Liberal e o Estado Social.

No longo século XIX, podemos afirmar que houve um extenso período de paz, tendo em vista o sucesso da atuação das quatro instituições em que se firmava a civilização desse século, a saber: o sistema de equilíbrio de poder entre as grandes potências, o padrão ouro, o mercado autorregulável e o estado liberal. Tais pilares estão diretamente ligados ao sistema capitalista de produção. Assim, na civilização do século XIX, o estado liberal era um dos pilares e representava um estado com poderes e funções limitadas<sup>54</sup> que permitia ao mercado a sua autorregulação,<sup>55</sup> mas que ainda assim tinha o caráter de protagonista.

Já o século XX, sob a perspectiva econômica,<sup>56</sup> é ocupado de modo tenso, pelo conflito entre o sistema capitalista mundial e o sistema socialista, então emergente, que fez surgir o Estado Social na Europa. De todo modo, nesse período, o Estado pôde influenciar nos âmbitos de produção e da distribuição com o intuito de alcançar crescimento, estabilidade dos preços e pleno emprego, mantendo ainda seu protagonismo. Ao final do breve século XX, há uma grande mudança na configuração do mundo.

<sup>47</sup> BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 3-4.

<sup>48</sup> PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 68.

<sup>49</sup> IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 176-177, jan./mar. 2010.

<sup>50</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 138.

<sup>51</sup> IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 178, jan./mar. 2010.

<sup>52</sup> IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 180, jan./mar. 2010.

<sup>53</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 7.

<sup>55</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 9. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 17.

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 59.

“O Breve século XX fora de guerras mundiais, quentes ou frias, feitas por grandes potências e seus aliados em cenários de destruição de massa cada vez mais apocalípticos, culminando no holocausto nuclear das superpotências, felizmente evitado. Esse perigo desaparecera visivelmente”.<sup>57</sup> Tal fato não significa que a era das guerras tenha acabado, mas apenas que não há mais o risco da guerra de efeitos apocalípticos entre as duas superpotências. Essa mudança de concepção do mundo traz o desenvolvimento para o campo central das preocupações e, nessa perspectiva, há uma mudança estrutural do sistema econômico mundial, que tem uma palavra chave: globalização.

A globalização econômica trouxe consigo uma reestruturação da economia caracterizada especialmente pela mudança nos padrões de produção, pela união de mercados financeiros, pelo aumento da importância das multinacionais, pelo aumento da importância do intercâmbio, pelo crescimento da integração regional, pelo ajuste estrutural e privatização, pela hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas, pelo renovado interesse no império do direito pelo surgimento de novos protagonistas.<sup>58</sup> A existência desta nova realidade econômica não é facilmente adaptável à configuração tradicional do estado nacional moderno

Conforme já destacado, o Estado nacional moderno surgiu como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado nacional; e d) Estado democrático de direito e social. Na Europa do pós-guerra, os quatro aspectos do Estado se desenvolveram de modo satisfatório, podendo-se afirmar que boa parte dos Estados da Europa ocidental se encaixava no conceito de Estado nacional. Todavia, a partir dos anos de 1970, o Estado nacional passou a sofrer pressões pelo fenômeno da globalização, as quais afetaram diretamente as condições de funcionamento e de legitimação de uma democracia de massa de Estado social.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914 - 1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 538.

<sup>58</sup> DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-30.

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

De início, convém destacar que a globalização afeta a sua segurança jurídica e a efetividade. Graças à quebra do equilíbrio ecológico e à capacidade de destruição embutida na aplicação de novas tecnologias, novos riscos surgiram (camada de ozônio, chuva ácida, acidentes nucleares etc.). Tais riscos não se atêm as fronteiras de um Estado e, por isso, também não se deixam mais controlar nos âmbitos nacionais. Além disso, o crime organizado torna as fronteiras dos Estados cada vez mais porosas, dificultando também a efetividade de atuação do Estado administrativo. A capacidade que o Estado vem perdendo nesses aspectos pode ser compensada em nível internacional por organizações globais. De todo modo, é inegável a perda da capacidade estatal de garantir, por si só, a segurança dos seus cidadãos e a sua integridade territorial.<sup>60</sup>

Outrossim, a mobilidade de capital dificulta a atuação do Estado Fiscal na apreensão de recursos. Os paraísos fiscais são cada vez mais acessíveis aos empresários. Além disso, o acirramento da concorrência conduz à redução de ganhos fiscais, sob pena de se gerar uma grande emigração de capitais. Por essas razões, a expressão Estado enxuto vem se impondo pelas possibilidades de atuação do Estado no mundo globalizado.<sup>61</sup> As funções do Estado social não poderão mais ser preenchidas por ele, no mesmo nível que já o foram. A intervenção estatal deve ser cada vez menor dentro de uma economia globalizada, na medida em que o próprio poder de coação dos Estados é cada vez menor,<sup>62</sup> mas ainda tem sua importância.

A globalização também afeta a ideia de soberania do Estado, na medida em que as decisões de um Estado podem afetar pessoas em outros Estados e a coincidência entre os participantes da decisão e os afetados é cada vez mais difícil na sociedade mundial interdependente. Os atributos normalmente colocados como consectários da soberania vêm sendo progressivamente relativizados e enfraquecidos, em especial pelo ganho de poder dos

<sup>60</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 88.

<sup>62</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

mercados e pelo surgimento de novos atores.<sup>63</sup> A soberania do Estado já não pode ter mais a mesma acepção. A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido de multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, refletem a necessidade dessa mudança do conceito, na medida em que já não se pode falar em um centro unitário de poder para tomada das decisões e definição das regras jurídicas.<sup>64</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que a globalização é um catalisador na mudança do conceito de soberania.<sup>65</sup> Todavia, globalização e soberania não precisam ser apresentadas em termos antagônicos, uma vez que a globalização não precisa acabar com a soberania, mas deve apenas impor novas conformações desse conceito. A globalização não é a diminuição da soberania do Estado (habilidade de lidar com seus próprios negócios), mas fundamentalmente é a reconstrução da soberania com a remodelação do estado.<sup>66</sup> Há, sem dúvida, um processo de internacionalização do Estado com sua participação em organizações internacionais sendo cada vez mais relevante, como na Organização Mundial do Comércio – OMC.

#### 4 Globalização econômica e o direito

Assim como o Estado nacional moderno sofre o impacto da globalização econômica, o Direito também sofre mudanças, especialmente no que tange ao conteúdo e ao modo de produção do direito. O direito do Estado Liberal tinha como objetivo primordial a proteção dos direitos individuais em face do Estado. De outro lado, o direito do Estado Social era um instrumento a serviço de metas concretas, como uma técnica de gestão e regulação

da sociedade.<sup>67</sup> Apesar dos objetivos distintos, o modo de produção do direito em ambos os modelos de Estado era centrado no Estado e seu conteúdo também era formado essencialmente por regras gerais, abstratas e previsíveis, gerando inclusive a codificação de normas em alguns sistemas. O direito tradicional se desenvolveu com base em uma concepção hierárquica, linear e arborescente da estrutura de um sistema jurídico,<sup>68</sup> a qual não é mais compatível com a atual realidade.

Com a globalização, houve uma reestruturação da economia e da própria sociedade, exigindo mudanças também no direito como um todo e não apenas no sistema dos códigos. As normas até então existentes não se mostraram suficientes para atender às exigências da globalização.<sup>69</sup> “Conceitos e categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade funcionalidade”.<sup>70</sup> A globalização “subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção [...]”.<sup>71</sup> A perspectiva de um mercado global e a incapacidade de o Estado nacional lidar sozinho com essa realidade impõem mudanças. Podem ser destacadas, apenas a título ilustrativo, diversas tendências decorrentes da incidência do fenômeno da globalização econômica sobre o direito.

A primeira tendência é a de ampliação e alteração das formalidades dos processos de elaboração legislativa, especialmente em matérias que exigem decisões mais técnicas, fazendo surgir, por exemplo, redes de reguladores que permitem a elaboração de regras uniformes ao me-

<sup>63</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

<sup>64</sup> RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 467-468.

<sup>65</sup> ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80.

<sup>66</sup> CLARK, Ian. *Globalization and international relations theory*. New York: Oxford, 1999. p. 79-80; LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 259.

<sup>67</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20.

<sup>68</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 43.

<sup>69</sup> ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 4.

<sup>70</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

<sup>71</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 13.

nos harmonizadas em boa parte do mundo.<sup>72</sup> Neste particular, pode-se falar até em uma erosão do campo das leis que passa a ser preenchida especialmente por normas internacionais.<sup>73</sup> A segunda tendência é a progressiva redução do número de regras impositivas no direito positivo, com programas de flexibilização, deslegalização e deconstitucionalização de certas matérias,<sup>74</sup> como se vê, ainda que de forma tímida, no direito do trabalho. Na mesma perspectiva, a terceira tendência é a simplificação dos procedimentos tanto no processo civil, quanto no processo penal, admitindo-se cada vez mais o uso da tecnologia, como a possibilidade de interrogatórios por videoconferência, tornozeleiras para rastreamento de presos e a própria difusão do processo eletrônico.

A quarta tendência é a hegemonia inglesa e norte americana no sistema financeiro da economia globalizada,<sup>75</sup> transportando padrões e regras desses sistemas para o mundo inteiro, como as regras de transparência e de elaborações de demonstrações financeiras das sociedades anônimas incorporadas ao regime brasileiro por intermédio das Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009. A quinta tendência é a expansão do espaço da autonomia privada, vale dizer, a ampliação do espaço aberto a contratos negociados entre as diversas partes envolvidas. A sexta tendência é o enfraquecimento do direito do trabalho<sup>76</sup> na sua concepção mais tradicional, vale dizer, ele ainda existe, ainda será importante, mas já não terá mais a mesma conotação de proteção extremada do trabalhador.

A sétima tendência é a transformação do papel do direito internacional que passa a ter mais importância em assuntos que, inicialmente, fugiam do seu âmbito de incidência, como o direito ambiental e o direito penal. A oitava tendência é “o aumento no ritmo de regressão de direitos humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo, em razão da regressão da própria esfera de atuação dos estados modernos, em face de quem os direitos

humanos se impunham normalmente. Neste ponto, surge inclusive a discussão sobre a aplicação desses direitos contra corporações transnacionais,<sup>77/78</sup> o que torna extremamente discutível essa tendência. A nona tendência é o primado da lei e ordem no direito penal,<sup>79</sup> com maior criminalização de condutas.

Essas nove tendências foram indicadas apenas para demonstrar que o direito sofre e continuará sofrendo os impactos das mudanças da própria sociedade impostas pela globalização econômica. Para os fins do presente trabalho, nem todas as tendências são importantes, mas são fundamentais aquelas que demonstram a necessidade de mudanças no processo de elaboração e no próprio conteúdo das normas jurídicas.

Dentro dessa perspectiva, normas rígidas têm cedido espaço à enunciação de normas mais gerais e mais flexíveis, vale dizer, estabelecem-se o uso intensivo de cláusulas gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados. Sempre existiram os princípios gerais de direito, mas há um aumento da mudança no conteúdo das normas jurídicas, de modo que elas possam ser aplicadas “a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa e cuja forma de expressão das relações jurídicas é variada”.<sup>80</sup> Dentro dessa perspectiva, há uma ampliação da discricionariedade judicial e do protagonismo dos juízes. A utilização de normas fechadas e mais detalhadas é cada vez menos recomendável, tendo em vista a velocidade com que ocorrem as mudanças. Por isso, as normas de textura aberta que dão maior margem de flexibilidade na atuação dos julgadores estão se difundindo inclusive em escala global.

Essa mutação do conteúdo das normas tem gerado diversas reações no sentido de novas concepções do direito que fujam do paradigma tradicional da pirâmide, como a menção a um direito reflexivo,<sup>81</sup> a um direito

<sup>72</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 52.

<sup>73</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 79.

<sup>74</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

<sup>75</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

<sup>76</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

<sup>77</sup> TEUBNER, G. The anonymous matrix. Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors. *The Modern Law Review*, p. 327-346, . 2006.

<sup>78</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

<sup>79</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

<sup>80</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. p. 19.

<sup>81</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22.

em rede e outras tantas.<sup>82</sup> Embora inegável, tal mudança paradigmática nem sempre é associada ao fenômeno da globalização.<sup>83</sup> Apesar disso, não se pode negar que tal fenômeno é decorrente das mudanças da sociedade, as quais ao menos parcialmente decorrem do fenômeno da globalização. Neste momento, porém, o mais importante é destacar a mudança no processo de elaboração das normas jurídicas.

A par da mudança de conteúdo, também uma mudança na forma de produção de direito, a qual decorre diretamente das mudanças estruturais impostas pela globalização. A existência de um mercado mundial e a expansão da atuação das empresas demonstram que a ideia da autarquia como um estado possível ou mesmo desejável deve ser descartada do mundo real. Nenhum Estado é capaz de suprir todas as suas necessidades. Tal realidade implica a existência de laços entre as economias de vários países. Sobretudo, com a globalização, esses laços entre as economias nacionais vêm ficando cada vez mais estreitos, com a expansão da atuação das empresas multinacionais, de modo que pode se falar hoje já em interdependência, para descrever as relações econômicas internacionais. A interdependência, que pauta todas as relações econômicas contemporâneas, traz à tona a complementaridade existente entre as várias economias nacionais. Uma economia depende da outra e vice-versa. Não há economia que sobreviva sem tais ligações. As economias nacionais são cada vez mais afetadas pelos “equilíbrios externos e pelos vínculos de interdependência que se estabelecem em escala planetária”.<sup>84</sup>

Essa interdependência entre as diversas economias nacionais afetará o próprio modo de produção do direito que não poderá mais ser exclusivamente nacional. A “mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com exigências impostas às economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para

o declínio das instituições, mecanismos e ‘senso comum’ jurídicos do Estado-nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada”.<sup>85</sup> Dentro dessa ideia, o papel dos governos nacionais vem diminuindo nessa produção de normas para a governança global.<sup>86</sup>

O Estado já não consegue fazer a coordenação macroeconômica sem o consentimento e a colaboração das organizações complexas. “Com a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente”.<sup>87</sup> Isso significa também o surgimento de um caráter difuso e transparente da elaboração de regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial, porquanto a centralidade da atuação dos governos nacionais já não é suficiente para atender aos interesses dos agentes econômicos que atuam em nível global.

Nessa perspectiva, não há mais espaço para uma produção de normas jurídicas de forma exclusivamente nacional, se a atividade a ser disciplinada já não é mais exclusivamente nacional. O Estado perde a pretensão de deter o protagonismo da produção normativa,<sup>88</sup> porquanto esse protagonismo é desafiado pela existência de regras de outros estados que possuem efeitos extraterritoriais, com as regras norte-americanas relacionadas ao mercado de capitais,<sup>89</sup> e pela autorregulação promovida pelos

<sup>82</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 16-17.

<sup>83</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. p. 19.

<sup>84</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 35.

<sup>85</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109.

<sup>86</sup> PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 64.

<sup>87</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

<sup>88</sup> ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20; VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; Ponzanelli, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 8.

<sup>89</sup> GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 77.

agentes econômicos.<sup>90</sup> Especialmente pelo último aspecto, a perda do protagonismo estatal de produção normativa conduz indiscutivelmente a um fenômeno de internacionalização do direito. O direito não vem mais apenas do Estado, mas também de organizações supranacionais, de outros Estados ou até mesmo de agentes privados.

Cada vez mais outros atores internacionais participam de modo ativo da elaboração de regras. Com a perda da centralidade dos governos nacionais, há a necessidade de uma internacionalização do direito, isto é, “o direito nacional adquire de maneira ampliada a forma do direito internacional”.<sup>91</sup> Em suma, a globalização impõe a internacionalização da produção do direito,<sup>92</sup> a qual se acompanha de uma proliferação de normas com textura aberta.<sup>93</sup> Neste particular, é bem frequente também que os próprios Estados progressivamente renunciem a partes da sua atuação, permitindo a atuação de Órgãos jurisdicionais de natureza internacional.<sup>94</sup>

## 5 Internacionalização do direito

Como visto, assim como a mudança da economia medieval exigiu mudanças no Estado e no Direito, a atual globalização econômica também exige mudanças no Direito, tanto no seu conteúdo quanto na forma de produção. A mudança da sociedade medieval permitiu o desenvolvimento das atividades comerciais e demonstrou a insuficiência do direito comum para disciplina dessas novas atividades. Este panorama permitiu o surgimento do direito comercial, com fontes e conteúdos distintos do direito comum, uma vez que não havia um poder centralizado forte o suficiente para disciplinar essa nova realidade. Com a globalização econômica, o fenômeno se re-

pete, mas agora porque o poder centralizado dos Estados modernos já não é capaz de lidar sozinho com a realidade de um mundo sem fronteiras. As mudanças nos transportes, nas comunicações e na própria atividade econômica fazem aflorar a insuficiência da atual estatal na produção normativa, bem como a impossibilidade de normas rígidas, sem capacidade de adaptação.

Especificamente no que tange à produção normativa, o Estado vem perdendo sua centralidade na atual configuração do mundo e novos atores passam a assumir o papel de protagonistas inclusive na produção de normas jurídicas. A globalização não afeta apenas as estruturas jurídicas, mas também a repartição de poderes,<sup>95</sup> especialmente no que tange à produção normativa. O advento de novos atores e de novos fóruns de produção normativa é que vai forjar a racionalidade jurídica inerente à sociedade globalizada. A internacionalização do direito representa, portanto, a extensão da produção normativa além das fronteiras do Estado nacional, o que hoje não pode ser negado nem pelos estados mais poderosos.<sup>96</sup>

Esse fenômeno é especialmente influenciado pelo mercado, que atua como força unificadora que se impõe face ao pluralismo das nações.<sup>97</sup> Essa força unificadora, porém, não significa um direito universal. Ao contrário, o que se pode esperar é uma fragmentação legal mais intensificada,<sup>98</sup> vale dizer, apenas certos setores da produção normativa nacional é que sofrerão os impactos das normas internacionais, a internacionalização do direito se dá apenas em certos ramos. Em suma, pode-se afirmar que o que está ocorrendo é um “processo de internacionalização harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional”.<sup>99</sup> Qualquer aspiração a uma unidade normativa do direito é assim condenada desde o início, vale dizer, boa parte da

<sup>90</sup> ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 49.

<sup>91</sup> ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21.

<sup>92</sup> DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-30.

<sup>93</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 102.

<sup>94</sup> DEL VECCHIO, Angela. Globalization and its effect on international courts and tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Boston, v. 5, n.1, p. 4-5, 2006.

<sup>95</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 145.

<sup>96</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 8.

<sup>97</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97.

<sup>98</sup> TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

<sup>99</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 148.

prática jurídica ainda ocorrerá no plano nacional,<sup>100</sup> mas, cada vez, haverá influência dos atores internacionais na prática jurídica.

### 5.1 Terminologia

A expressão internacionalização do direito é naturalmente associada a uma extensão do campo de aplicação do direito internacional. Com efeito, tradicionalmente o direito internacional é um direito para disciplinar as relações entre estados e organizações internacionais. Todavia, tal concepção clássica se mostra insuficiente, uma vez que as regras internacionais já não se limitam a relações entre estados e organizações internacionais, além do que é inegável que existe um espaço jurídico global.<sup>101</sup> Com o fenômeno da globalização econômica, o direito internacional existe também para permitir, ainda que em fragmentos e em tempos diferentes,<sup>102</sup> a internacionalização do direito.<sup>103</sup> Essa mudança de perspectiva na essência do direito internacional levou diversos autores a propor novas expressões para explicar esse fenômeno de mudança do direito.

Muito antes da difusão do estudo dessas mudanças impostas pela globalização, Philip Jessup reconheceu a existência do direito transnacional. Para ele, esse direito incluiria “todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais”.<sup>104</sup> Nesse conceito, o referido autor afirma que as situações transnacionais podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações internacionais e outros grupos. Tal expressão ainda

hoje possui diversos seguidores<sup>105</sup> e é bem útil para demonstrar que se está diante de um direito que trata não de relações entre estados, mas de relações que são travadas além das fronteiras do Estado.

Outra expressão utilizada para dar a ideia de um direito sem fronteiras é a expressão direito global. Alguns autores tentam ver esse direito global como resultado do transplante ou intercâmbio de institutos jurídicos de um ordenamento jurídico para outro.<sup>106</sup> Pela própria dificuldade de conceituação, outros autores preferem destacar as principais características desse direito global, afirmando que ele se diferencia do direito tradicional no critério de aplicação das normas, na independência, na unidade e especialmente nas fontes.<sup>107</sup> Na mesma linha, há quem prefira destacar a verticalidade, a legalidade, a integração e a existência de garantias coletivas como pilares desse direito global.<sup>108</sup>

Esse direito global é conceituado por Pierrick Le Goff como “um fenômeno jurídico multicultural, multinacional e multidisciplinar, que ainda não alcançou a maturidade e a formalidade de um sistema legal estruturado”.<sup>109</sup> Dentro dessa concepção, ele ainda não seria um sistema legal formal e estruturado, na medida em que ainda não existiriam tribunais globais ou códigos globais. Todavia, tal opinião não é, a nosso ver, a mais correta. Não se pode negar que ainda há muito por se desenvolver nesse chamado direito global. Todavia, isso não lhe retira a conclusão de um sistema jurídico completo.

Nesse sentido, Gunther Teubner<sup>110</sup> afirma que não se trata de um direito atrasado no seu desenvolvimento

<sup>100</sup> DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31; IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 13, n. 47, p. 189, jan./mar. 2010.

<sup>101</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 7.

<sup>102</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 227.

<sup>103</sup> KIRBY, Michael. Internationalising Law: a new frontier for Law and Justice. *Law in Context*, Sidney, v. 25, Issue 1, p. 11-24, 2007.

<sup>104</sup> JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

<sup>105</sup> BOISTER, Neil. Transnational criminal law? *European Journal of International Law*, v. 14, Issue 5, p. 953-976, nov. 2003.

<sup>106</sup> ALAGNA, Sergio. *Mercato globale e diritto dell'impresa*. Padova: CEDAM, 2009. p. 14.

<sup>107</sup> TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

<sup>108</sup> CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *Diritto globale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 27.

<sup>109</sup> LE GOFF, Pierrick. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 1, p. 126, Spring 2007, tradução livre de “a multicultural, multinational, and multidisciplinary legal phenomenon, which has not yet reached the maturity and formality of a structured legal system”.

<sup>110</sup> TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

em comparação com o direito tradicional. Ao contrário, esse direito global já estaria completamente configurado no momento atual, distinguindo-se do direito tradicional dos estados nacionais por diversas características, em especial a sua relação com processos sociais e econômicos dos quais derivam seus principais impulsos. Dentro dessa perspectiva, é que deve ser entendido o direito decorrente da globalização econômica.

## 5.2 Características da internacionalização do direito

Independentemente da terminologia adotada, é certo que estamos diante de uma inegável mudança da racionalidade jurídica. Há, sem sombra de dúvida, uma influência cada vez mais determinante da comunidade internacional na produção normativa, sem, contudo, acabar com o âmbito de atuação dos estados nacionais e sem chegar a um direito universal. Os direitos nacionais continuam a existir e, em muitos aspectos, mantêm-se alheios a pressões internacionais, especialmente nas questões que envolvam cultura e religião.<sup>111</sup> Entretanto, não há como negar que está em curso um processo de internacionalização do direito, no qual a comunidade internacional terá cada vez mais influência na produção normativa. Registre-se, porém, que não se trata apenas de um processo de pressão, a multipolaridade do mundo atual permite falar também em concordância e busca pela integração, especialmente nos blocos regionais.

Nesse processo, destaca-se a substituição do território por outros critérios de aplicação das normas.<sup>112</sup> Com efeito, não se pode mais tomar como parâmetro o aspecto territorial como único fator de determinação da aplicação de normas jurídicas. Os fluxos globais de mercadorias, capitais, informações e eventualmente de pessoas impedem que o critério territorial seja o único fator de referência. Esses fluxos substituem os territórios e as redes substituem as fronteiras,<sup>113</sup> fazendo surgir conflitos intersistêmicos e não mais conflitos internacionais. Por isso, regras internacionais se proliferam justamente porque as regras nacionais não têm como lidar com es-

ses fluxos. Nesse sentido, surgiram diversas regras sobre a proteção do meio ambiente e mesmo sobre o comércio internacional.

Há que se destacar ainda que o direito global possui uma dependência elevada em relação a outras áreas, como a economia.<sup>114</sup> Neste particular, o direito tradicional tentava manter um grau relativamente elevado de distanciamento, o qual nem sempre era possível. Do mesmo modo, a unidade do direito que era um dos pilares invocados pelo tradicional é praticamente impossível em escala global. Não se pode descrever o atual estado do direito como um direito dotado de unidade, o qual era paradigma essencial do sistema tradicional do Direito.<sup>115</sup>

Por derradeiro, destaca-se uma mudança nas fontes do direito, isto é, o legislativo perde importância em escala global. De fato, não há como negar que o fenômeno da globalização trouxe à tona novos atores capazes de influenciar a produção normativa, como as organizações de caráter supranacional (exemplo: União Europeia). É impossível ficar alheio à influência de novos centros de poder que atuam diretamente na produção normativa do Estado nacional limitando a sua atuação. Tome-se aqui o exemplo das regras da Organização Mundial do Comércio, que afetam os próprios limites de atuação do legislador nacional. Em suma, o direito global só pode ser compreendido a partir de uma concepção que reconheça um pluralismo jurídico e, consequentemente, uma teoria pluralista das fontes do direito.<sup>116</sup>

## 5.3 Técnicas de internacionalização do direito

Essa internacionalização do direito, que impõe alterações na concepção tradicional do direito, pode se desenvolver de diversas formas, havendo inclusive a possibilidade de internacionalização de maneira hegemônica, isto é, sem pluralismo, o que, porém, não é o melhor caminho. Deve-se preferir uma internacionalização pluralista que não privilegia um único sistema, mas as interações entre

<sup>111</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82.

<sup>112</sup> TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

<sup>113</sup> OST, François. Mundialización, globalización y universalización: abandonar, ahora y siempre, el estado de naturalización. *Anuario de derechos humanos*, Madrid, n. 3, p. 455, 2002.

<sup>114</sup> TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

<sup>115</sup> ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. *European Law Journal*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 413, sept. 2002.

<sup>116</sup> TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

diferentes sistemas.<sup>117</sup> O Estado aberto a essa influência não está perdendo a sua vida democrática, mas está percebendo uma nova dimensão dela.<sup>118</sup> Portanto, deve-se buscar um pluralismo ordenado,<sup>119</sup> como resposta à complexidade jurídica do mundo, no qual seja possível manter uma separação sem impor a fusão e, portanto, sem construir qualquer coisa como uma ordem ou um espaço ordenado.

A hipótese do pluralismo ordenado abre, portanto, o caminho se não de uma futura ordem mundial, ao menos de uma harmonia, ou melhor, de uma harmonização, no sentido amplo. Dentro dessa perspectiva, podem existir várias técnicas de internacionalização do direito, em especial, a coordenação por cruzamentos, a harmonização por aproximação e a unificação.<sup>120</sup> Essa enumeração de técnicas é apenas uma das linhas possíveis de análise do fenômeno da internacionalização do direito, a qual não exclui a possibilidade de se indicar outras técnicas. Todavia, para os fins do presente trabalho, essa exemplificação será utilizada como parâmetro para enquadramento da nova *lex mercatoria*.

### 5.3.1 Coordenação por intercruzamentos

Como já mencionado, a existência de um mercado mundial e a expansão da atuação das empresas demonstram que a ideia da autarquia como um estado possível ou mesmo desejável deve ser descartada no mundo real. Nenhum Estado é capaz de suprir todas as suas necessidades. Tal realidade implica a existência de laços entre as economias de vários países.<sup>121</sup> Essa interdependência é especialmente demonstrada por meio de relações comerciais e da guerra. Nessa perspectiva, é que se insere a internacionalização do direito, por meio da coordenação por intercruzamentos, que representa uma interpenetração entre sistemas normativos não hierarquizados entre si.<sup>122</sup>

Uma das formas dessa coordenação é a imitação de outro sistema jurídico. Não havendo relação hierárquica, um sistema não tem a menor obrigação de adotar institutos de outro sistema. Todavia, a interdependência entre os Estados pode acabar gerando essa imitação de institutos jurídicos de outros sistemas, a qual está longe de ser uma unificação, na medida em que não modifica os moldes conceituais forjados pela história e atinge apenas as camadas mais superficiais dos sistemas de direito.<sup>123</sup> Nesse sentido, os institutos de recuperação empresarial foram imitados pelo Brasil com a edição da Lei nº 11.101/2005.

Outra técnica de coordenação por intercruzamento envolve o empréstimo de institutos jurídicos.<sup>124</sup> Tal técnica não é tão facilmente visualizada na produção normativa em si, mas pode ser visualizada especialmente em sistemas supranacionais. Nesse sentido, os exemplos mais conhecidos envolvem a luta contra a corrupção ou a proteção do meio ambiente no âmbito da União Europeia. Ressalte-se que essa técnica ganha força especialmente com a atuação e o diálogo entre juízes.

### 5.3.2 Harmonização por aproximação

Além da coordenação por intercruzamentos, a internacionalização do direito pode operar por meio de uma harmonização por aproximação entre diferentes sistemas jurídicos. Trata-se de uma integração vertical que se situa entre o isolamento impossível e a codificação impossível, pautada pela identificação e estabelecimento de princípios comuns entre diversos sistemas.<sup>125</sup> A ideia nesse particular é remover incompatibilidade entre sistemas, sem unificá-los. Nessa perspectiva, a concepção da margem nacional de apreciação ganha grande importância,<sup>126</sup> na medida em que permite a interpretação dos direitos em harmonia com as tradições nacionais.

No âmbito da União Europeia, a par dos regulamentos, que são instrumentos rígidos de uniformização

<sup>117</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 35.

<sup>118</sup> BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. Universalism and particularism as paradigms of international law. New York: *ILJ Working Paper*, 2008. p. 57.

<sup>119</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 26.

<sup>120</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 37.

<sup>121</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

<sup>122</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 42.

<sup>123</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 42.

<sup>124</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 44.

<sup>125</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 20.

<sup>126</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 78.

jurídica,<sup>127</sup> existem as diretivas que têm o objetivo menos ambicioso de apenas aproximar e harmonizar as legislações nacionais, atentando para as peculiaridades de cada Estado-membro, garantindo-lhes certa margem de liberdade. As diretivas representam uma tendência descentralizadora no direito comunitário, criando apenas marcos de trabalho para os Estados-membros. O que irá caracterizar a diretiva será seu caráter específico, uma vez que tem destinatários individualizados – os Estados membros – e o fato de ser um instrumento de atuação indireta do direito comunitário.<sup>128</sup> Nos termos do artigo 249 do Tratado CE, “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.” As diretivas são, pois, dirigidas exclusivamente a um tipo de sujeito comunitário, a saber, os Estados-membros.<sup>129</sup> Elas são determinações para que os Estados incorporem seu conteúdo aos ordenamentos internos, exigindo a prática de atos de integração do seu conteúdo normativo.<sup>130</sup>

A harmonização, porém, não se insere apenas no âmbito de sistemas regionais de integração. Mesmo fora desse âmbito, há iniciativas de harmonização, como por exemplo, no direito econômico, por meio de tratados como o que instituiu o ICSID – International Center for the Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre investimentos), criado pela Convenção de Washington de 1965. Neste particular, também ganham importância instituições que tomam iniciativas para a harmonização entre diferentes sistemas jurídicos, como a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional) e o UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado).

### 5.3.3 Unificação

Há ainda a possibilidade da unificação que representaria o processo de integração mais perfeita, sob o ponto de vista formal, entre sistemas jurídicos.<sup>131</sup> Não se pode cogitar aqui uma imposição de um sistema sobre o outro, na medida em que o único não deve ser confundido com o hegemônico. Fugindo da imposição pela força, a unificação representará a uniformização das normas aplicáveis a certas pessoas. Em todo caso, a unificação é objeto de sérios questionamentos quanto à possibilidade de sua realização.

Com efeito, não se pode negar que a diversidade de atores envolvidos nesse processo dificulta essa unificação. Todavia, em nenhum momento se pretende que a unificação seja simultânea nos diversos estados. A unificação será possível em tempos diferentes para cada um deles.<sup>132</sup> Outrossim, não há como negar que certos domínios estão fora da possibilidade de unificação.<sup>133</sup> Todavia, a fragmentação inerente ao processo de internacionalização permite justamente que a unificação ocorra apenas em certos ramos. Não há e nem pode haver uma pretensão ao surgimento de um direito universal. Qualquer pretensão nesse sentido está fada ao insucesso. O que se deve buscar é unificação de certos fragmentos. Ademais, as diferenças entre as tradições legais dominantes, *civil law* e *common law*, também dificultam essa unificação. Na primeira, há uma ênfase em normas codificadas. Na última, há prevalência da atuação jurisdicional, dando-se uma força maior aos precedentes. Tais diferenças já não têm sido tão importantes, porquanto os precedentes têm adquirido muita importância no sistema da *civil law* e a edição de leis também tem sido cada vez mais frequente no âmbito da *common law*. Independentemente disso, é certo que as diferentes tradições não impedem a unificação, ao menos em fragmentos.<sup>134</sup>

Assim, apesar das dificuldades, a unificação é perfeitamente viável, ao menos em alguns ramos do direito,

<sup>127</sup>CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 329.

<sup>128</sup>MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 124.

<sup>129</sup>MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 124.

<sup>130</sup>BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 625.

<sup>131</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 101.

<sup>132</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 112.

<sup>133</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 15.

<sup>134</sup>BARNES, Wayne R. *Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code*. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 772, 2005.

a qual pode se dar tanto por transplantação como por hibridação.

A transplantação ocorre com a transferência de institutos de um sistema a outro. Neste caso, o que existe é um processo unilateral de integração jurídica que se limita a transportar de um sistema para outro, normalmente de um sistema mais prestigiado para outro. Um dos grandes exemplos dessa transplantação é a obediência às regras da Lei Sarbanes Oxley, que regulou de maneira detalhada as práticas de governança corporativa das companhias atuantes no mercado. Nos Estados Unidos, a aplicabilidade das boas práticas de Governança Corporativa possui essa legislação específica, a *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), que institui adoção destas práticas pelas empresas que negociam suas ações na NYSE (*New York Stock Exchange*) Bolsa de Valores de Nova Iorque.

Também é possível a unificação por hibridação na qual há um processo de troca, vale dizer, de interação recíproca entre sistemas que acaba gerando regras uniformes. Neste particular, a língua é indicada como um dos obstáculos a essa uniformização. Contudo, apesar da dificuldade efetivamente existir, há idiomas que tendem a facilitar essa forma de unificação, em especial o inglês. Há exemplos dessa interação no âmbito do processo penal aplicável em tribunais internacionais.<sup>135</sup>

É nesse fenômeno de unificação internacional que se insere o ressurgimento da *lex mercatoria*, enquanto sistema normativo autônomo que disciplina os contratos internacionais do comércio.

## 6 Internacionalização do direito dos negócios internacionais: a nova *lex mercatoria*

Como já mencionado em várias oportunidades, a globalização econômica impacta o modo de produção normativa por meio da chamada internacionalização do direito, ou se preferirem pelo surgimento de um direito global. Essa internacionalização pode se realizar de diversas maneiras, dentre as quais se encontra a já citada possibilidade de unificação. O campo mais propício e de mais sucesso dessa unificação é o campo do direito dos negócios internacionais, porquanto é nessa seara que a

uniformidade tem se mostrado como um objetivo a ser alcançado<sup>136</sup> ou até como uma necessidade dos agentes econômicos.<sup>137</sup> A globalização dos mercados exige uma regulamentação uniforme do tráfico internacional,<sup>138</sup> especialmente no que tange às vendas internacionais, às operações de crédito e ao transporte de pessoas e coisas.<sup>139</sup>

Além disso, os obstáculos a essa medida são superados nesta seara, na medida em que se tratam apenas de um segmento, cujos atores estão em condições mais semelhantes. Mesmo as diferenças entre as tradições legais são superáveis nesta seara, uma vez que a realização de negócios internacionais não é e nunca foi impedida por tais divergências.<sup>140</sup> Ademais, a globalização dá origem a formação do que se pode chamar de uma economia-mundo,<sup>141</sup> que pressiona o Estado a melhorar as condições de atuação dos agentes econômicos no mercado, na medida em que os sistemas jurídicos tradicionais mostram-se insuficientes para atender às exigências do mercado.

O mercado precisa do direito para funcionar, mas de um direito concebido como um instrumento compatível com esse modelo, um direito a serviço do mercado.<sup>142</sup> O mercado, por meio de seus agentes, tende a selecionar as normas que lhe sejam mais favoráveis, em uma espécie de Darwinismo jurídico.<sup>143</sup> Com efeito, nos mercados globais, há certas exigências para seu correto funcionamento, que alguns autores sintetizam em três ideias: a necessidade da unidade das normas aplicáveis aos negócios internacionais; a facilidade de utilização e compreensão da norma pelos agentes que atuam no mercado; e a segurança na aplicação das referidas normas.<sup>144</sup> De forma

<sup>136</sup>BARNES, Wayne R. Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code. *Louisiana Law Review*, Local, v. 65, n. 2, p. 772. 2005. p. 751.

<sup>137</sup>FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 16.

<sup>138</sup>GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 52.

<sup>139</sup>GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du droit et lex mercatoria. Revista de arbitragem e mediação*, v. 6, n. 22, p. 213, jul./ set. 2009.

<sup>140</sup>GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

<sup>141</sup>FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25-26.

<sup>142</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97-98.

<sup>143</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 154.

<sup>144</sup>SOTO, Ricardo Alonso. *Globalización y derecho comercial*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do direito no novo século*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 148.

<sup>135</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 112.

similar, há quem diga que o mercado exige eficiência, uniformidade, certeza, redução de custos e redução das barreiras a realização de negócios.<sup>145</sup> Em última análise, o mercado exige um direito que permita a realização de negócios de forma ágil, segura e confiável.

Tais exigências não são preenchidas pelas normas editadas isoladamente pelos diversos estados nacionais e, por isso, são necessárias mudanças nas regras que se referem especialmente a essa atuação no mercado. Ora, se o mercado não se limita a fronteiras de um estado, o direito que disciplina esse mercado também não pode se limitar a fronteiras de um estado. A disciplina da atividade empresarial sempre exigiu uma disciplina mais cosmopolita. Enquanto o direito civil representa as concepções de vida de uma sociedade determinada, estando sujeito aos influxos históricos de cada nação,<sup>146</sup> o direito mercantil/empresarial se destina a regular relações que não se prendem a qualquer Estado, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo, com o crescente movimento de globalização. Em função disso, se afirma o cosmopolitismo do direito empresarial que se reflete no grande número de tratados que disciplina a matéria empresarial, como a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

Todavia, a internacionalização, exclusivamente por meio de tratados, é insuficiente, dada a própria rigidez da atuação estatal na sua celebração. Por isso, ressurgem a *lex mercatoria* como um instrumento mais adaptável às necessidades do mercado, fugindo das amarras da atuação exclusivamente estatal da produção normativa. Nesta perspectiva, a globalização traz atores privados como protagonistas da produção normativa, por exemplo, as corporações multinacionais,<sup>147</sup> Esses atores privados, embora formalmente ligados a ordenamentos jurídicos di-

versos, são capazes de atuar com desenvoltura além das fronteiras tradicionais do Estado, superando as barreiras da descontinuidade territorial e a diversidade estatal.<sup>148</sup> Outros atores, como organizações supranacionais, também colaboram e atuam na internacionalização, mas, especificamente para a análise da *lex mercatoria*, ganham importância os atores privados.

A realidade econômica atual, impactada pela globalização, dá origem a chamada economia-mundo,<sup>149</sup> a qual pressiona o Estado a melhorar as condições de competitividade sistêmica, eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial, desregulamentação de mercados, privatizações, flexibilização da legislação trabalhista e implementação de projeto de deslegalização e desconstitucionalização.<sup>150</sup> Nessa economia-mundo, “as organizações financeiras e empresariais transnacionais ampliaram exponencialmente a produção de suas próprias regras, sob a forma de sistemas de organização e métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares, códigos deontológicos de, contudo e, principalmente, contratos padronizados com alcance mundial”.<sup>151</sup> Neste processo, há a substituição da política pelo mercado e o ressurgimento da *lex mercatoria*, como reflexo da atuação dos agentes privados em nível global na produção normativa, sendo, portanto, o grande exemplo da privatização da produção normativa,<sup>152</sup> ou seja, a *lex mercatoria* é o grande paradigma de sucesso de uma ordem mundial sem o Estado.<sup>153</sup>

Alguns autores, porém, destacam que não há uma total ausência do Estado nessa disciplina. Para eles, haveria uma conjugação de regras e procedimentos decor-

<sup>145</sup>BARNES, Wayne R. Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 733-772, 2005.

<sup>146</sup>BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 17.

<sup>147</sup>PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 73; BACKER, Larry Catá. Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance: an introduction and analysis. In: BACKER, Larry Catá (Ed.). *Harmonizing Law in an Era of Globalization*: convergence, divergence and resistance. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 17.

<sup>148</sup>VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 9; GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

<sup>149</sup>Expressão utilizada por Immanuel Wallerstein em meados da década de 70. WALLERSTEIN, Immanuel. *The Modern World System*. New York: Academic Press, 1974. p. 162.

<sup>150</sup>FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25-26.

<sup>151</sup>FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

<sup>152</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 145.

<sup>153</sup>TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

rentes da atuação privada e da atuação estatal, que estão unidas pelo objetivo comum que seria a disciplina dos negócios internacionais.<sup>154</sup> Assim, não sealaria em um direito sem o Estado, mas além do Estado. De fato, não há como negar que os estados continuam participando também da produção normativa atinente aos negócios internacionais. Além do que os próprios estados ajudam no processo de internacionalização. Entretanto, é inegável que não há mais um protagonismo estatal de produção normativa, vale dizer, outros atores também participam dessa tarefa. Nessa abertura é que se insere a *lex mercatoria* que se mantém como um direito além do Estado. Neste momento, portanto, não se pode dizer que o Estado tenha qualquer influência na produção da *lex mercatoria*, porém, não há qualquer impedimento para que se operacionalize a sua politização.<sup>155</sup>

### 6.1 Conceito e características da nova *lex mercatoria*

Partindo-se dessa ideia, pode-se definir a *lex mercatoria* como um “conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecidos pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais”.<sup>156</sup> Em outras palavras, “a *lex mercatoria* pode ser definida como um conjunto de princípios jurídicos transnacionais, que resultam da prática dos contratos internacionais, são especialmente adequadas para atender às necessidades de transações comerciais internacionais”.<sup>157</sup> Pode-se afirmar também que a *lex mercatoria* é “um direito criado pela categoria empresarial, sem a mediação do poder legislativo dos Estados, e formado por regras destinadas a disciplinar de modo uniforme, além da unidade política dos Estados, as relações que se instauram dentro da

unidade econômica dos mercados”.<sup>158</sup> Embora possuam diferenças, todos esses conceitos ressaltam os elementos essenciais desse sistema normativo privado destinado à disciplina uniforme dos negócios internacionais.

Tais conceitos não diferem do conceito da antiga *lex mercatoria*, porém, há diferenças entre esse sistema medieval e a atual *lex mercatoria* e, por isso, deve-se preferir o uso da expressão nova *lex mercatoria*. O sistema medieval precedeu o advento dos Estados Modernos e sua função era derogar a aplicação do direito civil medieval nas relações comerciais da época. Já aquela surge em uma realidade caracterizada pela divisão política do mercado em uma pluralidade de Estados e sua função é superar a descontinuidade jurídica provocada por essa descontinuidade.<sup>159</sup> Ademais a antiga *lex mercatoria* era um direito eminentemente corporativo, ao passo que a nova *lex mercatoria* não possui esse caráter, uma vez que não há uma corporação de mercadores, ou qualquer organização formal suficientemente ampla para lhe dar esse caráter.<sup>160</sup>

Feita a diferenciação, podem ser identificadas algumas características básicas nessa nova *lex mercatoria*.

Em primeiro lugar, diz-se que se trata de um direito transnacional,<sup>161</sup> na medida em que ela regula atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais.<sup>162</sup> Outrossim, trata-se de um sistema normativo forjado e administrado pelos agentes do mercado,<sup>163</sup> sem participação estatal, podendo-se falar em um regime jurídico privado. Nesse sentido, pode-se reconhecer nos costumes, enten-

<sup>154</sup> GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57, tradução livre de “un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati”.

<sup>155</sup> GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

<sup>160</sup> TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 20.

<sup>161</sup> MICHAELS, Ralf. *The true lex mercatoria: law beyond the state*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14 n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

<sup>162</sup> JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

<sup>163</sup> BARNES, Wayne R. *Contemplating a civil law paradigm for a future international commercial code*. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 65, p. 678-774, . 2005. p. 737.

<sup>154</sup> MICHAELS, Ralf. *The true lex mercatoria: law beyond the state*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n.2, p. 454-455, Summer 2007.

<sup>155</sup> TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 4.

<sup>156</sup> FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 160.

<sup>157</sup> LE GOFF, Pierrick. *Global Law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n.1, p. 119-145, Spring 2007. p. 125.

didados como regras produzidas “pela vontade jurídica geral de uma coletividade manifestada normalmente mediante o uso”.<sup>164</sup> A aplicabilidade ou não da *lex mercatoria* deve ser analisada em razão dos efeitos da globalização sobre a produção de normas jurídicas. Não se trata mais de um direito corporativo, meramente costumeiro, mas de um novo regime. Pela própria amplitude dos negócios abrangidos, trata-se de um direito de produção difusa e não concentrada,<sup>165</sup> que ainda mantém um caráter costumeiro.

Ademais, por sua própria origem a *lex mercatoria* deve atender às necessidades do mercado e, nesse sentido, seus procedimentos devem ser rápidos e informais, permitindo a agilidade necessária à realização dos negócios em uma economia globalizada. Há ainda que se destacar a equidade como princípio fundamental na *lex mercatoria*, permitindo decisões com esse fundamento. Vale também destacar a horizontalidade e ausência de hierarquia desse sistema em relação ao direito nacional.<sup>166</sup> Usa-se uma heterarquia entre o centro e a periferia da produção normativa.<sup>167</sup> Além disso, ela representaria um acoplamento estrutural com processos econômicos globais, vale dizer, ela representaria boa parte das ligações essenciais entre o sistema jurídico e o sistema econômico. Trata-se, em suma, de um direito espontâneo, não territorial, descentralizado e com pouco poder de coerção.<sup>168</sup>

## 6.2 O caráter normativo da nova *lex mercatoria*

Definidas as características da *lex mercatoria*, vê-se claramente que se trata de um regime muito diferente do regime jurídico mais tradicional baseado em uma estrutura hierárquica, piramidal, centrada no Estado como

detentor do protagonismo da produção normativa. Diante disso, surgem questionamentos sobre a existência ou não de um caráter normativo nesse novo sistema. Nesse sentido, discute-se especialmente se é um regime autônomo que independe do direito nacional ou um regime cuja aplicabilidade é condicionada por sua recepção no direito nacional.

A visão positivista reconhece a origem supranacional da *lex mercatoria*, mas admite sua aplicação apenas a partir dos direitos nacionais.<sup>169</sup> Dentro dessa concepção, a existência de um sistema normativo autônomo sem o Estado seria um sonho e não uma realidade.<sup>170</sup> Um contrato sem vínculo a um ordenamento jurídico estatal seria um contrato sem coercibilidade.<sup>171</sup> Nesse sentido, a *lex mercatoria* não representaria um sistema jurídico, mas normas profissionais, regras sociais, usos, costumes, obrigações contratuais, acordos entre organizações e dentro das organizações, ou até mesmo decisões arbitrais.<sup>172</sup>

A imprecisão do conteúdo da *lex mercatoria* impediria o seu reconhecimento como um sistema jurídico autônomo.<sup>173</sup> Nessa perspectiva, ela seria aplicável aos negócios internacionais apenas se incorporada formalmente aos direitos nacionais, ou fosse transformada em costumes cuja aplicação fosse admitida pelos sistemas nacionais ou ainda se o Estado reconhecesse a sua aplicabilidade por intermédio de normas nacionais.<sup>174</sup> Tal concepção nega a própria ideia de um pluralismo jurídico vinculando aos estados nacionais, mesmo no atual estágio, a centralidade nas questões de aplicação e criação do direito. A pouca coercibilidade e a ausência de sanções são apontadas como argumentos que reforçam a necessidade do recurso aos direitos nacionais.

<sup>164</sup>ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción: Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. v. 1. p. 136, tradução livre de “*es una proposición jurídica o un conjunto de proposiciones jurídicas, dictada y publicada por los órganos del Estado competentes conforme la Constitución*”.

<sup>165</sup>GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 73.

<sup>166</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. La “glocalizzazione” del diritto: una trama di cambiamenti giuridici. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 31.

<sup>167</sup>TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005, p. 22.

<sup>168</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 101.

<sup>169</sup>WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999, p. 161.

<sup>170</sup>MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

<sup>171</sup>HIGHET, Keith. The enigma of the *lex mercatoria*. *Tulane Law Review*, New Orleans, v.63, n. 1, p. 615, . 1989.

<sup>172</sup>DELAUME, Georges R., Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the myth of the *Lex Mercatoria*, *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 63, n. 1, p. 575, . 1989,

<sup>173</sup>WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999. p. 170.

<sup>174</sup>MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

De outro lado, uma visão chamada de autonomista, irá reconhecer na *lex mercatoria* um sistema não nacional, autônomo e autoprodutor de normas articuladas pela comunidade internacional para regular suas atividades. Ela faria parte do sistema jurídico global e seria composta por elementos jurídicos e nada mais.<sup>175</sup> Nessa visão, os direitos nacionais podem ter um papel complementar, mas não essencial para o reconhecimento da normatividade da *lex mercatoria*. Com tal concepção, busca-se uma nova ideia de direito fugindo das concepções mais tradicionais. Em outras palavras, a *lex mercatoria* rompe com o tabu da unidade entre o estado e o direito<sup>176</sup> e não seria o único exemplo desse tipo, havendo também a chamada *lex sportiva internationalis*.<sup>177</sup>

Ela advém das necessidades das atividades dos operadores econômicos e de processos que não têm necessariamente uma natureza política.<sup>178</sup> Trata-se de um direito particular caracterizado pela unidade do mercado, sendo independente de qualquer unidade política. A mediação política do direito tradicional é substituída pela mediação cultural dos juristas<sup>179</sup> e pela mediação econômica dos agentes do mercado. A integração das economias nacionais na economia global está diretamente ligada a novas fontes de produção normativa<sup>180</sup> afastadas no Estado e, por conseguinte, da política. O pluralismo jurídico se desenvolve com cada vez mais força diante dessa nova realidade mundial.

Essa nova visão, a nosso ver acertada, afasta a concepção tradicional, na qual se recorria exclusivamente a um código binário (direito e não direito), fundado nos elementos característicos do sistema tradicional. O que há é um novo sistema com vigência global e não nacional, que delimita e separa a *lex mercatoria* dos fenômenos jurídicos nacionais e interestatais.<sup>181</sup> Existem regras de conduta, usos e princípios gerais, que são respeitadas por seus destinatários, existem julgadores que aplicam essas regras e existem meios de pressão para cumpri-las, logo, estamos diante de uma ordem jurídica<sup>182</sup>.

No que tange a sua pouca coercibilidade, tem-se entendido que há uma mudança na caracterização do Direito, passando a sanção a ocupar um papel secundário. A ausência de sanção não pode significar a ausência de efetividade,<sup>183</sup> na medida em que há outros mecanismos que dão efetividade a essas normas, como a pressão dos atores do mercado e a própria perspectiva de uso em benefício próprio desse novo sistema. Outrossim, na verdade, não se trata de um direito indeterminado, mas sim de um direito flexível, mutável, adaptável às exigências do mercado, mas perfeitamente determinado no tempo.<sup>184</sup>

Por outro lado, a exigência de internalização da *lex mercatoria* tiraria muito da sua utilidade, uma vez que isso iria contra sua principal vantagem, a capacidade de adaptação rápida às necessidades do mercado. O que permitiu seu reerguimento foi justamente a insuficiência das normas nacionais e mesmos das normas interestatais que não tinham a flexibilidade necessária para atender às exigências do mercado. Este precisa do direito para funcionar, mas de um direito concebido como um instrumento compatível com esse modelo, um direito a serviço do mercado.<sup>185</sup> A ideia de um darwinismo jurídico é perfeitamente

<sup>175</sup>TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 27; GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du droit et lex mercatoria*. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 230, jul./ set. 2009.

<sup>176</sup>TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 12.

<sup>177</sup>TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 21.

<sup>178</sup>FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 13.

<sup>179</sup>GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 286.

<sup>180</sup>JARAMILLO-VARGAS, Jorge. *Lex mercatoria: a flexible tool to meet transnational trade law needs today*. *REVIST@ e - Mercatoria*, Bogotá, v. 1, n. 2, p. 6, 2002.

<sup>181</sup>TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 13.

<sup>182</sup>PELLET, Alain. La *lex mercatoria* "tiers ordre juridique" remarques ingénues d'un internationaliste de droit public. In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud. *Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 20ème siècle*. Paris: Litec, 2000. p. 72-73.

<sup>183</sup>OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 113.

<sup>184</sup>GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 61.

<sup>185</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97-98.

aplicável a essa nova realidade normativa, porquanto se está diante de um sistema normativo que é capaz de evoluir e que tem suas regras estabelecidas de acordo com as necessidades dos participantes desse jogo jurídico.

A criatividade dos agentes econômicos faz com que todo dia surjam novos contratos, novas relações jurídicas. Essa variabilidade e essa contínua expansão exigem instrumentos mais flexíveis e mais ágeis de disciplina, os quais não conseguem ser operacionalizados dentro da estrutura dos Estados. Não só a burocracia tradicional dos aparatos estatais, mas a própria incapacidade das estruturas estatais de acompanhar a velocidade do mercado torna a atuação estatal muito difícil nessas matérias. Ademais, o poder de influência dos agentes econômicos é cada vez maior, permitindo que eles exijam normas que atendam às suas necessidades não apenas na esfera local, mas em escala global. Não se pretende aqui, porém, dizer que os Estados nacionais deixarão de existir, mas apenas que eles não são mais capazes de cumprir certas funções. Assim como a inexistência de um poder centralizado forte permitiu o surgimento da antiga *lex mercatoria*, como sistema normativo autônomo e privado, o atual enfraquecimento dos Estados diante da realidade mundial permitirá o ressurgimento desse sistema.

Desse modo, fica claro que não se pode exigir a internalização da *lex mercatoria*, isto é, não se pode vincular essa novidade à atuação dos Estados. No longo prazo, não há dúvida de que poderá e deverá haver uma recepção e uma repolitização da *lex mercatoria* nos sistemas nacionais. É inegável que, em determinado momento, a unificação se dará por meio da atuação de agentes públicos e privados,<sup>186</sup> com prevalência dos últimos, uma vez que as características dessa nova *lex mercatoria* são mais facilmente utilizadas por eles. Porém, hoje ela ainda representa um regime jurídico privado e autônomo em relação aos direitos nacionais. Trata-se de um direito feito mais de valores e princípios do que um direito de estruturas e regras casuísticas.<sup>187</sup>

## 7 Aplicabilidade da nova *lex mercatoria*

Definidos o conceito e as características da nova *lex mercatoria*, bem como seu caráter normativo, é essencial analisar o seu campo de aplicabilidade. Pelas próprias características destacadas, é fácil concluir que ela “tem sua jurisdição sobre mercados, comunidades profissionais e cadeias produtivas”<sup>188</sup> e não sobre territórios. Em outras palavras, sua aplicabilidade é definida pela matéria e pelos sujeitos e não pelo território de realização dos negócios. Nessa perspectiva, a nova *lex mercatoria* destina-se à disciplina dos negócios internacionais do comércio, nos quais se tem boa parte da atividade econômica transfronteiriça travada na economia globalizada.

Essa aplicação se justifica pelos interesses dos próprios agentes econômicos, uma vez que a nova *lex mercatoria* está baseada em princípios gerais que permitem uma rápida adaptação às mudanças da sociedade. Trata-se de uma área do direito que cresce e se transforma em correspondência com as transações econômicas globais<sup>189</sup> e, por isso, deve ser aplicada aos contratos internacionais. Pode-se falar aqui, mais uma vez, que darwinismo jurídico, uma vez que há uma adaptação ao ambiente econômico das normas, integra esse regime jurídico.<sup>190</sup> Neste ponto, vale a pena ressaltar que a *lex mercatoria* é capaz de fornecer bases suficientes para as decisões das controvérsias sobre negócios internacionais sem precisar recorrer aos direitos nacionais.<sup>191</sup>

### 7.1 Aplicação da *lex mercatoria* na arbitragem

Além dessa flexibilidade, a aplicação da *lex mercatoria* também deve se dar de forma ágil, porquanto os agentes econômicos precisam de celeridade para a condução de seus negócios. Nesta perspectiva, a arbitragem comercial internacional é o campo mais propício para a solução dos litígios inerentes à sua seara de aplicação. A nova *lex mercatoria* se difundiu em razão da difusão internacional das práticas que ela reconhece como legí-

<sup>186</sup>CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority*. London: Cambridge University Press, 2003. p. 191-207.

<sup>187</sup>TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 35.

<sup>188</sup>FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

<sup>189</sup>TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 15.

<sup>190</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 101.

<sup>191</sup>MERTENS, Hans Joachin. *Lex mercatoria: a self-applying system beyond national law?* In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 36.

timas no mundo dos negócios e pela jurisprudência das câmaras de arbitragem que reconheceram sua aplicação.<sup>192</sup> Ademais, pode-se dizer que a arbitragem comercial privada é o campo mais propício para a criação de um sistema decisório que começa a construir uma hierarquia de normas e de organizações, baseada especialmente na reputação,<sup>193</sup> atuando em prol da unificação da disciplina das relações comerciais internacionais sem a atuação do Estado. Em outras palavras, é na arbitragem que se pode buscar a comprovação de que existe um fenômeno de internacionalização do direito, mais especificamente de unificação de certos ramos do direito como o direito do comércio internacional.

A arbitragem, em geral, pode ser conceituada como a “instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou direito público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”.<sup>194</sup> Em outras palavras, a arbitragem “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.<sup>195</sup> Qualquer que seja o conceito adotado, é certo que a arbitragem representa, em última análise, uma forma alternativa de solução de conflitos, na qual predomina a autonomia da vontade. Dentro da arbitragem, surgem novas questões sobre a aplicabilidade da *lex mercatoria* como direito a ser usado pelos árbitros para a solução da controvérsia.

### 7.1.1 Escolha das partes

Pelo papel preponderante da vontade das partes, é natural que se reconheça sua aplicação quando as partes assim definirem, isto é, no regime da arbitragem as partes naturalmente têm a condição de definir qual o direito

aplicável a seu contrato.<sup>196</sup> Assim, a *lex mercatoria* será aplicada quando o contrato expressa que será regido por “normas gerais de direito” ou pela “*lex mercatoria*”, ou, se as partes não definiram o direito aplicável ou ainda se houver uma necessidade de complementar as outras normas internacionais uniformes, como a United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods – CISG (Convenção das Nações Unidas para contratos de venda internacional de mercadorias).

O Supremo Tribunal de Justiça português reconheceu expressamente também que: “Se validamente convenionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio ‘rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional’, sendo permitido que as partes remetam para um Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para ‘princípios gerais’ ou para a equidade; – Havendo convenção arbitral válida a questão que pode colocar-se é de competência convencional dela derivada e seus efeitos e não de competência jurisdicional, por aplicação ou não do princípio da coincidência”.<sup>197</sup>

A questão, porém, se torna mais complexa quando existem regras nacionais cogentes que dão outra solução à matéria. Neste caso, resta saber se a vontade das partes pode afastar a aplicação dessas normas nacionais e determinar a aplicação da *lex mercatoria* em detrimento dos direitos nacionais. Há quem sustente que, nesse caso, a aplicação seria possível desde que não contrariasse normas cogentes de direito nacional. De outro lado, há quem sustenta a prevalência da escolha da vontade das partes.

A questão, porém, não é tão simples. A propósito, vejamos o exemplo da aplicação da *lex mercatoria* às controvérsias sobre o contrato de crédito documentário, em *leading cases* divergentes proferidos pelo judiciário dos Estados Unidos.

No âmbito dos negócios internacionais, o contrato de crédito documentário é um contrato extremamente

<sup>192</sup> GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 58-59.

<sup>193</sup> TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 31.

<sup>194</sup> STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 17.

<sup>195</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43.

<sup>196</sup> MELKOMIAN, Gayaneh Melkom. Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts. *International Business Law*, CMPL 604, Research Essay, Winter 2010, Disponível em: [http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh\\_Melkom\\_Melkomian-IBL\\_paper\\_final.pdf](http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf). Acesso em 20 jun. 2010.

<sup>197</sup> STJ – Processo 05A2507, Relator Alves Velho, julgado em 15/03/2005.

importante. Ele pode ser definido como “todo acordo pelo qual o Banco (chamado emissor), a requerimento e de conformidade com as instruções de seu cliente (ordenante) se compromete a efetuar o pagamento a um terceiro (beneficiário) contra a entrega de documentos representativos das mercadorias objeto da operação concluída entre um e outro”.<sup>198</sup> Em outras palavras, pode-se dizer que o crédito documentário é a “operação pela qual o banco, de acordo com instruções do comprador de uma mercadoria, se compromete a pagar, por este, ao terceiro vendedor, contra a entrega dos documentos, o respectivo preço”.<sup>199</sup>

Em suma, por meio desse contrato, são operacionalizadas compras a distância, especialmente aquelas internacionais. Em primeiro lugar, é feito o contrato de compra e venda, que se aperfeiçoa com mero consentimento das partes. O comprador então se socorre de um banco, abrindo um crédito ou fazendo um depósito. Esse banco, diante do depósito ou da abertura do crédito, emite uma carta de crédito que corresponde a uma promessa de pagamento, de aceitação ou de negociação. A carta é entregue ao beneficiário ou ele é avisado da carta (confirmação do crédito). Apresentados os documentos, há o pagamento da compra pelo banco diretamente ou por meio de um correspondente.

Não há uma disciplina específica para tal contrato, sendo sua disciplina feita pelos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP), divulgados pela Câmara Internacional de Comércio, exemplo clássico da *lex mercatoria*. Especificamente no âmbito dos Estados Unidos, a aplicação desses usos e costumes foi posta em discussão em face da seção 1-301(c) (2) of the *Uniform Commercial Code* (UCC), que afirma que “um acordo entre as partes para uma transação internacional, que algum ou todos os seus direitos e obrigações devem ser determinados pela legislação deste Estado ou de outro Estado é eficaz, se ou não a transação tem uma relação com o Estado ou país designado”. Como tal dispositivo se referia a “Estado”, surgiram controvérsias sobre a possibilidade de aplicação de um direito privado a esses contratos.

A respeito da aplicação dessa regra, um exemplo significativo foi o *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa*

*Nacional de Comercialización de Insumos*, no qual o Tribunal do 9º Circuito dos Estados Unidos recusou o pedido de aplicação dos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP), embora o contrato tenha expressamente declarado que o contrato estava sujeito aos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP) divulgados pela Câmara de Comércio Internacional. O Tribunal afirmou que um estado “é definido como unidade territorial com um conjunto distinto de Direito” e com base nessa definição considerou que a UCP não era a “lei de uma jurisdição estrangeira, mas sim ... um compêndio de práticas comerciais, publicado pela Câmara de Comércio Internacional”.<sup>200</sup> Assim, a escolha da norma aplicável “não impede a aplicação do Código Comercial da Califórnia”. Por esta razão, o Tribunal recusou-se a ordenar o pagamento de uma carta de crédito, o que não ocorreria com base na UCP.

Também nos Estados Unidos, o Tribunal do segundo circuito concluiu, na mesma matéria, que “A UCP goza de um status único. Embora não seja lei, a UCP se aplica a maioria das cartas de crédito (incluindo as que estão em causa neste caso), porque em geral os emitentes as incorporam em seus créditos”.<sup>201</sup> Neste julgado, deu-se prevalência a *lex mercatoria*, na medida em que havia sido escolhida pelas partes. A nosso ver, a razão está nesta última decisão dada a completude e a utilidade da aplicação da *lex mercatoria* para a própria promoção dos negócios internacionais. Isto porque ela representa a melhor disciplina das relações travadas no comércio internacional e possui um caráter normativo que permite que os árbitros lhe deem a qualidade de direito aplicável à solução de um litígio. A própria formação da *lex mercatoria* pela atuação dos agentes do mercado, a credencia como um instrumento legítimo de disciplina do comércio internacional. A ausência da atuação dos Estados, enquanto fontes desse direito, não lhe retira o caráter normativo, nem torna sua observância facultativa.

### 7.1.2 Aplicação da *lex mercatoria* por escolha dos árbitros

Outra situação é aquela na qual as partes não definem a lei aplicável à controvérsia, cabendo ao árbitro essa escolha, com uma boa margem de discricionariedade.

<sup>198</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2001. p. 210.

<sup>199</sup> ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169-170.

<sup>200</sup> *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercialización de Insumos* 829 F2d 949

<sup>201</sup> *Alaska Textile Co Inc v. Chase Manhattan Bank* Na 982 F2d 813

Nesse caso, a própria natureza da matéria pode permitir que os árbitros utilizem a *lex mercatoria* como razão de decidir. Trata-se de conjunto de regras amplamente favorável ao tráfico jurídico e, em geral, traz as melhores soluções, em razão do seu próprio modo de produção. Sua neutralidade e flexibilidade permitem a sua utilização sem maiores dificuldades. Ademais, a dificuldade de optar pela direito nacional de qualquer das partes envolvidas costuma ser determinante na decisão pelos árbitros.

Um exemplo bem ilustrativo envolve um contrato internacional de agência, isto é, um contrato internacional no qual “uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada” (CC – art. 710). O caso em questão foi submetido à Câmara de Comércio de Paris e envolvia um agente austríaco e um proponente egípcio,<sup>202</sup> por meio do qual o primeiro intermediaria negócios para o último em quatro países e teria direito a uma remuneração equivalente a 5,5% do valor de cada contrato celebrado.

Um dos contratos celebrados com o Estado X foi anulado posteriormente, mas havia sido feito um pagamento parcial desse contrato. Em razão desse pagamento parcial, o agente austríaco pleiteou o pagamento da sua comissão sobre o montante recebido. De outro lado, o proponente egípcio alegava a desnecessidade desse pagamento em razão da anulação do contrato diante da omissão contrato. Submetida a questão à arbitragem, discutiu-se o direito aplicável ao referido das partes e

Na decisão, os árbitros decidiram pela aplicação da *lex mercatoria*, na medida em que ela representa um conjunto de regras do comércio internacional desenvolvidas pela praxe empresarial e aplicadas pelos tribunais nacionais. A partir disso, afastou-se a aplicação da regra imperativa do Estado X que impede a atuação de agentes ou representantes estrangeiros. Essa decisão ilustra a importância que a *lex mercatoria* vem tendo na prática dos negócios internacionais, inclusive em detrimento de normas nacionais imperativas.

Outro caso ilustrativo seria o caso *Primary Coal Inc. v. Companhia Valenciana de Cimentos Portland*,<sup>203</sup> no qual a questão era justamente saber se a *Lex mercatoria* seria ou não direito com validade transnacional.

Neste caso, a sociedade americana *Primary Coal* comprometeu-se a entregar, durante 3 anos, à sociedade espanhola *Valenciana de Cimentos Portland* certas quantidades de carvão a um preço a fixar de 6 meses em 6 meses. No referido contrato, havia uma cláusula compromissória que o direito aplicável não indicado pelas partes será determinado por uma sentença parcial. Diante de uma demanda, o árbitro decidiu que o litígio é regulado de acordo com os usos do comércio internacional (*lex mercatoria*). Diante dessa decisão, a *Companhia Valenciana* ajuizou uma ação anulatória da sentença arbitral proferida pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, alegando que o árbitro não havia escolhido corretamente a lei aplicável ao conflito à luz das regras do direito internacional privado.

A Corte de Cassação Francesa tinha que decidir justamente se a *lex mercatoria* poderia prevalecer sobre as regras tradicionais de direito internacional privado. Neste caso, ela reconheceu a validade e aplicação dessas regras não estatais para solução de uma controvérsia sobre um contrato no qual as partes não definiram o direito aplicável. No sistema italiano, também foi reconhecido o caráter originário da *lex mercatoria* que encontra fundamento de validade em si mesma e deve ser aplicada nos contratos internacionais, mesmo que contrariando regras de direito nacional.<sup>204</sup>

Pelo papel preponderante da vontade das partes nesse procedimento de solução de controvérsias, é natural que a escolha dos árbitros não possa ser feita a intenção das partes. Assim, a princípio, tal escolha será possível no silêncio das partes e na ausência de prejuízo para a intenção delas. Entretanto, nos casos em que o atendimento à vontade das partes seja impossível ou mesmo quando a atuação das partes contraria regras imperativas de direito internacional, a escolha dos árbitros poderá ir contra a vontade das partes. Trata-se de situação excepcional que só pode ser aplicada em casos extremos.

<sup>202</sup>Decisão no caso 9246 de março de 1996 da Câmara de Arbitragem de Paris Yearbook Commercial Arbitration, 1997. v. 22.

<sup>203</sup>Companhia Valenciana de Cimentos Portland S.A. v. Primary Coal Inc., Cour de Cassation (October 22, 1991)

<sup>204</sup>GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 62.

## 7.2 Aplicação da *lex mercatoria* pelos tribunais nacionais

A arbitragem nem sempre poderá utilizada, uma vez que ela depende da vontade expressa das partes no sentido da submissão de eventual conflito a essa forma de solução de controvérsias. Nessa impossibilidade, a resolução da controvérsia deve ser submetida aos tribunais nacionais, cuja possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* ainda é mais discutível. Pela vinculação dos tribunais nacionais a um ordenamento nacional, há quem afaste completamente a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* nessa seara, mesmo se escolhida pelas partes. De outro lado, há quem sustente a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* apenas em caráter suplementar ou pela escolha das partes e desde que não exista contrariedade a normas cogentes de direito nacional.<sup>205</sup>

A nosso ver, a ausência de hierarquia entre a *lex mercatoria* e os direitos nacionais permite que ela seja aplicada pelos tribunais nacionais. Naturalmente, tal aplicação não será possível se as partes escolheram um direito nacional para reger a matéria. Todavia, se as partes escolheram a *lex mercatoria* como disciplina da sua relação jurídica, essa opção deve ser prestigiada, ainda que contrarie normas nacionais, caso se trate de um contrato internacional do comércio. Outrossim, no silêncio das partes, a eventual aplicação da *lex mercatoria* pode ser o único ou ao menos o melhor caminho de interpretação de um contrato internacional submetido a jurisdições nacionais. Portanto, mesmo nos tribunais nacionais, a *lex mercatoria* pode ser aplicada como um regime jurídico autônomo aos contratos internacionais do comércio.

## 8 Considerações finais

A *lex mercatoria* é, portanto, um regime jurídico autônomo aplicável aos negócios jurídicos do comércio internacional, tanto na arbitragem quanto por meio dos juízes nacionais. O ressurgimento dessa *lex mercatoria* é determinado especialmente pelo enfraquecimento e pela perda de protagonismo dos estados nacionais, fatos que lhe retiram o protagonismo da produção normativa. A

queda desse protagonismo faz surgir novos sujeitos relacionados à produção normativa e, neste particular, os agentes econômicos tem poder suficiente para fazer valer seus interesses em escala global.

O catalisador dessas mudanças foi indubitavelmente a globalização econômica que, independentemente dos problemas que traz consigo, é realidade que impacta a sociedade, os estados nacionais e o próprio direito. A atual realidade social e econômica não pode se conformar com regras exclusivamente nacionais, pois os fluxos de informações, pessoas, capitais e mercadorias romperam com as fronteiras dos antigos estados nacionais. Um direito exclusivamente nacional é um direito parcial, vale dizer, são essenciais regras internacionais.

Há, portanto, a necessidade de uma internacionalização do direito, ainda que em fragmento e em tempos diferenciados. Especificamente para o mercado global, essa internacionalidade exige alguma unificação e, por isso, ressurgiu a *lex mercatoria*. Estamos diante de um direito uniforme, transnacional, produzido pelos agentes econômicos, sem hierarquia em relação aos direitos nacionais dotado de flexibilidade e apto a atender às exigências do mercado. Apesar de eventuais críticas, a nova realidade mundial forjada pela globalização econômica é a responsável pelo surgimento desse tipo de direito, cuja aplicação representa o triunfo de um pluralismo jurídico inerente à complexidade das relações que se instauram na órbita econômica.

## Referências

- ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1.
- ALAGNA, Sergio. *Mercato globale e diritto dell'impresa*. Pádova: CEDAM, 2009.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti dela globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi dela globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 3-5.

<sup>205</sup> SYMEONIDES, Symeon C. *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn't* (November 19, 2006). Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=946007>>. Acesso em: 15 set. 2010.

- ASCARELLI, Túlio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- BACKER, Larry Catá. Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance: an introduction and analysis. In: BACKER, Larry Catá (Ed.). *Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 3-26.
- BARNES, Wayne R. Contemplating a civil law paradigm for a future international commercial code. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 678-774, 2005.
- BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. *Universalism and particularism as paradigms of international law*. New York: IILJ Working Paper, 2008.
- BOISTER, Neil. Transnational criminal law? *European Journal of International Law*, v. 14, Issue 5, p. 953-976, nov. 2003.
- BONAGLIA, Federico; GOLDSTEIN, Andrea. *Globalizzazione e sviluppo*. 2. ed. Bologna: Il mulino, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.
- CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *Diritto globale*. Milano: Giuffrè, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CLARK, Ian. *Globalization and international relations theory*. New York: Oxford, 1999.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2001.
- CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority*. London: Cambridge University Press, 2003.
- DEL VECCHIO, Angela. Globalization and its effect on international courts and tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* Boston, v. 5, n.1, p. 1-11, 2006.
- DELAUME, Georges R. Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *Lex Mercatoria*, *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 63, n. 1, p. 575-611, 1989.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*. Torino: Giappichelli, 2003.
- DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción: Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. v. 1.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.
- FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970.

- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990.
- GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010.
- GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 211-230, jul./set. 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HIGHET, Keith. The enigma of the *lex mercatoria*. *Tulane Law Review*, New Orleans, v.63, n. 1, p. 613-628, 1989.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914 – 1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo, ano 13, n. 47, p. 173-199, jan./mar. 2010.
- JARAMILLO-VARGAS, Jorge. Lex mercatoria: a flexible tool to meet transnational trade law needs today. *Revista e – Mercatoria*, Bogotá, v. 1, n. 2, p. 1-18, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción por Fernando de Los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- JIMÉNEZ, Carlos Forero. Causas y consecuencias de La aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*. Universidad de los Andes. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, jun. 2007.
- KIRBY, Michael. Internationalising Law: a new frontier for Law and Justice. *Law in Context*, Sidney, v. 25, Issue 1, p. 11-24, 2007.
- LE GOFF, Pierrick. Global Law: A Legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n.1, p. 119-145, Spring 2007.
- LEO, Walter N. de *Derecho de los negocios en el comercio*. Buenos Aires: Universidad, 1999.
- LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: RT, 2003.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000.
- MELKOMIAN, Gayaneh Melkom. Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts. *International Business Law*, CMPL 604, Research Essay, Winter 2010, Disponível em: [http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh\\_Melkom\\_Melkomian-IBL\\_paper\\_final.pdf](http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf). Acesso em 20 jun. 2010.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.
- MERTENS, Hans Joachin. Lex mercatoria: a self-applying system beyond national law? In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 31-43.
- MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.
- MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 2002.
- OST, François. Mundialización, globalización y universalización: abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaliza. *Anuario de derechos humanos*, Madrid, n. 3, 2002.
- OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002.
- PELLET, Alain. La *lex mercatoria* “tiers ordre juridique” remarques ingenuas d’un internatinaliste de droit public. In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud. *Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 20ème siècle*. Paris: Litec, 2000. p. 53-74.

- PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 9. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- REINHARD, Yves e CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001.
- ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 45-77.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SOTO, Ricardo Alonso. Globalización y derecho comercial. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do direito no novo século*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. New York, Penguin, 2002.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SYMEONIDES, Symeon C., *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn't* (November 19, 2006). Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=946007>>. Acesso em: 15 set. 2010.
- STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: Ltr, 1998.
- TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2003/2004.
- TEUBNER, G. The anonymous matrix. Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. *The Modern Law Review*, V. 69, p. 327-346, 2006.
- TEUBNER, G. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.
- TEUBNER, G. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: \_\_\_\_\_. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 17-39.
- VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950. v. 1.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *The Modern World System*. New York: Academic Press, 1974.
- WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999.
- ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. *European Law Journal*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 400-432, sept. 2002.

**Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**