

RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CÍCERO KRUPP DA LUZ

**A POLICONTEXTURALIDADE DA *LEX MERCATORIA* :
Contingência, paradoxo e decisão**

São Leopoldo

2009

CÍCERO KRUPP DA LUZ

**A POLICONTEXTURALIDADE DA *LEX MERCATORIA* :
Contingência, paradoxo e decisão**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2009

L979p Luz, Cícero Krupp da
A policontexturalidade da *Lex mercatoria*: contingência,
paradoxo e decisão / por Cícero Krupp da Luz. 2009.
171 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

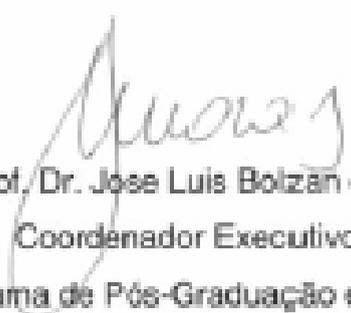
“Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, Ciências
Jurídicas”.

1. Direito comercial internacional. 2. Direito comercial
internacional - *Lex mercatoria*. 3. Policontexturalidade. 4.
Comércio transnacional. 5. Teoria dos sistemas sociais
autopoiéticos. 6 Arbitragem. 7. Direitos humanos. I. Título.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "*A Policontextualidade da Lex Mercatoria: contingência, paradoxo e decisão*", elaborada pelo mestrando *Cícero Krupp da Luz*, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 26 de fevereiro de 2009.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha

Membro: Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães

Membro: Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura

*Dedico aos meus pais Leo e Eleusa,
ao meu irmão Natan,
aos meus queridos amigos
e a todos que acreditam nos seus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmão, pelo amor incondicional.

Ao CNPQ – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pelo fomento e pela oportunidade.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, pela confiança.

A todos os professores e funcionárias do programa, especialmente: Albano Marcos Bastos Pêpe, Deisy de Freitas Lima Ventura, José Carlos Moreira da Silva, Rodrigo Stumpf González e Vera Loebens, pela inspiração, pelo conhecimento e pela amizade.

A todos os meus amigos e colegas que participaram comigo nessa trajetória, de forma especial: Karen Heck, Ariel Koch Gomes, Gustavo Pereira, Guilherme Azevedo, Luis Fernando Moraes de Mello, Ricardo Menna Barreto, André Olivier da Silva, Alberto Wunderlich, Hamilton Pereira Júnior e Mariana Secorun Inácio.

Ao meu professor orientador Leonel Severo Rocha, por tudo.

não vou para o futuro

já conheço Deus

desobedeço ao Diabo

atravesso o escuro

transgrido o tempo

prefiro correr outros riscos

troco meu nome na lista

saio da fila de embarque

resolvi não esperar mais

não deixar nada pra depois

fico infinito aqui mesmo

o mais bonito que posso

não vou brilhar além disso

me encontre daqui a pouco

amanhã pode ser tarde demais

Carlos Eduardo Caraméz

RESUMO

A *lex mercatoria* faz parte de um pluralismo jurídico global que ressurgiu com a globalização e com a consolidação da sociedade mundial diferenciada. Por meio da teoria dos sistemas sociais autopoieticos é realizada uma construção de um novo sentido para a *lex mercatoria*. Essa construção tem como base uma arquitetura sistêmica, que pressupõe três questões fundamentais: contingência, paradoxo e decisão; sendo dessa forma divididos os três capítulos que se seguem. O primeiro capítulo busca entre a contingência histórica evolutiva uma identidade com a sociedade mundial diferenciada, para a reconstrução de um sentido para a *lex mercatoria*. Assim, chega-se à hipercomplexidade da observação, que gera uma policontextualidade operacional. A partir desses dois conceitos, a *lex mercatoria* pode ter um novo sentido e novos elementos comunicativos. No segundo capítulo, são enfrentados os paradoxos da *lex mercatoria*: o Direito Sem Estado é reconstruído por um Direito Heterárquico; *droit corporatif* por acoplamentos estruturais; *contract sans loi* por *soft law*; Direito Consuetudinário por Direito Episódico. Esses quatro elementos comunicativos serão a forma de desparadoxar e operacionalizar a *lex mercatoria*. No último capítulo, é trabalhada a decisão, a qual é sempre uma operação de uma organização presente nos sistemas. As organizações mais importantes da *lex mercatoria* são as cortes de arbitragem. São descritos dois casos de cortes internacionais de arbitragem: um caso da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris e outro do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Ambas as decisões são reconstruídas com os quatro elementos da policontextualidade da *lex mercatoria*. Por fim, são reconhecidos os limites da *lex mercatoria* nos direitos humanos como uma forma semântica histórica que está presente na sociedade.

Palavras-chave: *Lex mercatoria*, policontextualidade, comércio transnacional, teoria dos sistemas sociais autopoieticos, arbitragem, direitos humanos.

ABSTRACT

The *lex mercatoria* is part of a global legal pluralism which reemerges with globalization and consolidation of world differentiated society. Through the autopoietic social systems theory is carried out a construction of a new meaning to the *lex mercatoria*. This construction is based on a systemic architecture that requires three key issues: contingency, paradox and decision; the three chapters are divided like that. The first chapter seeks between the historical evolution contingency an identity with the differentiated global society, to rebuild a meaning for the *lex mercatoria*. Thus, the hypercomplex observation generates an operational polycontextuality. From these two concepts the *lex mercatoria* may have a new direction and new communicative elements. The second chapter is facing the paradoxes of the *lex mercatoria*: Law without State is reconstructed by a Heterarchical Law; *droit corporatif* by structural couplings; *contract sans loi* by *soft law*, customary Law by episodic Law. These four communicative elements will deparadox and operationalize the *lex mercatoria*. In the last chapter is the decision work. The decision is always an operation of an organization in this system. The most important organizations of the *lex mercatoria* are courts of arbitration. Two cases of international courts of arbitration will be described: a case of the International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce in Paris and one of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Both decisions are reconstructed with the four elements of the polycontextuality of *lex mercatoria*. Finally, we recognized the limits of *lex mercatoria* in human rights as a semantic historical form of society.

Keywords: *Lex mercatoria*, polycontextuality, transnational trade, autopoietic social systems theory, arbitration, human rights.

LISTA DE SIGLAS

CCI – Câmara Internacional de Comércio de Paris

CISG – Convenção das Nações Unidas para Contratos Internacionais de Compra e Venda de Bens

CNUDCI – Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Exterior

GATT – Acordo Geral de Tarifas Alfandegárias de Comércio

ICCAN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PECL – Princípios Europeus de Direito Contratual

PIB – Produto Interno Bruto

SCC – Câmara de Comércio de Estocolmo

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

UNIDROIT – Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A CONTINGÊNCIA DA <i>LEX MERCATORIA</i> : A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO SENTIDO	22
1.1 Da Contingência à Evolução	23
1.2 A Sociedade Mundial Globalizada	40
1.3 Hipercomplexidade e Policontexturalidade	49
1.4 Os elementos do novo sentido da <i>lex mercatoria</i>	59
2 O PARADOXO DA <i>LEX MERCATORIA</i> : A AUTONOMIA NA POLICONTEXTURALIDADE.....	68
2.1 Heterarquia Jurídica: o código e seu <i>re-entry</i> como auto-fundamentação da quebra da hierarquia jurídica do <i>Direito sem Estado</i>	73
2.2 Os Acoplamentos Estruturais: Direito, Economia e Política como fontes múltiplas das legislações (programas)	83
2.3 A normatividade da <i>soft law</i>	104
2.4 O elemento Episódico da arbitragem e dos contratos-tipo	116
3 A DECISÃO DA <i>LEX MERCATORIA</i> : LIMITES E POSSIBILIDADES.....	125
3.1 Só-efetuação, Operação, Decisão e Organização	126
3.2 Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI: “ <i>Vendedor Romeno vs. Comprador Inglês</i> ”	134
3.3 Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo: “ <i>Empresas Chinesas vs. Empresa Européia</i> ”	139
3.4 A semântica empírico-histórica dos Direitos Humanos como limite pragmático à <i>lex mercatoria</i>	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

“Os mapas mentem: não existem fronteiras sobre a Terra.”¹ Fronteiras, mapas e a Terra podem ser uma boa analogia para um ponto de partida na aplicação da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos na *lex mercatoria*.

A geopolítica indica fronteiras diferentes a cada década. Não porque geograficamente mudam, mas porque as comunicações (a sociedade) são transformadas e indicam uma mudança. E, embora os mapas possam mudar (ou, ainda, mintam), precisamos deles para viajar, vender e comprar mercadorias e serviços.

As fronteiras, assim como a soberania dos países modernos, são ficções, são construções jurídico-políticas que funcionam de maneira muito redundante; isto é, são comunicações que tiveram um sucesso tão grande que são tomadas como verdades inquestionáveis. As fronteiras fazem parte da armadilha da modernidade, dando-nos certeza do que existe: cidades e regiões fronteiriças não têm certeza de onde estão, de que idioma falam ou a qual cultura pertencem. Porém todos têm passaporte.

A sociedade moderna constrói mais que fronteiras (os Estados) e verdades (científicas) *inquestionáveis*, constrói também novas e outras diferenças, como os sistemas sociais diferenciados funcionalmente: as diferenças entre sistemas da sociedade, de uma sociedade

¹ MAMEDE, Gladston. Prefácio. In: NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem Internacional**: Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

mundial formada por comunicações (altamente sensível a tecnologias, a inform[ação]ática). As *peçoas* e a *Terra* são objetos a serem comunicados pela sociedade, de maneiras distintas, da maneira que a sociedade selecionar e, assim, construir.

Essa sociedade se autodescreve por meio de comunicações que podem modificar o estudo das relações internacionais, podendo ir além de debates entre Estados, ou de tratados ou de formas tradicionais de construção da realidade internacional e, assim, também da *lex mercatoria*.

Nos dias de hoje, o estudo das relações internacionais não é mais o estudo das relações entre Estados, entre culturas; assim como não pode ser somente o estudo dos tratados internacionais, ou da sua história; (...) O estudo das relações internacionais é a observação e a descrição dos horizontes de produção da complexidade, na sociedade do mundo; (...) é a observação da auto-observação da sociedade através do espelho da opinião pública: este meio frágil, vulnerável, mutável, que se estrutura através da comunicação que este mesmo torna possível, quer dizer a comunicação dos meios de comunicação.²

Uma sociedade formada por elementos comunicativos tem saltos evolutivos toda vez que a sua comunicação é afetada, como aconteceu com a invenção da escrita, da gráfica, da telecomunicação e, hoje, com a tecnologia da informação. “Nossa vida depende de tecnologias, hoje mais do que nunca, e uma vez mais, nós vemos mais problemas, mas nenhuma clara ruptura com o passado, sem transição de uma sociedade moderna para uma pós-moderna.”³

² GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 210.

³ Tradução Livre do Original: “Our whole life depends on Technologies, today more than ever, and again, we see more problems, but no clear break with the past, no transition from a modern to a postmodern society”. LUHMANN, Niklas. Why does Society Describe Itslef as Postmodern? **Observing complexity**: systems theory and postmodernity. RASCH, William; WOLFE, Carry (Editors). Minneapolis, EUA: University of Minnesota Press, 2000. 171-186 p. 35.

Portanto, além de uma idéia econômica ou de um projeto político, a globalização reordena a sociedade a partir de um modo de reprodução de informações altamente dinâmico, em que as tradicionais formas de construir o mundo não podem ser aplicadas sem ressalvas. Não estamos necessariamente em contato com mais pessoas do que antes; entretanto, as comunicações estão tendo uma frequência auto-referencial maior, e, assim, os sistemas sociais podem dizer mais deles mesmos. Por isso, precisamos buscar novos referenciais para a sociedade e para o Direito. Quando isso ocorre, os sistemas tornam-se ainda mais indeterminados. A autopoiese constrói uma possibilidade de auto-referência que explica o direito, mas o reintroduz ao paradoxo de sua fundamentação lógica.

A partir dessa globalização da informação, a sociedade mundial diferenciada duplica a complexidade, torna-se hipercomplexa para observar a emergência de uma *lex mercatoria*, um Direito que pretende regular de modo periférico congruentemente as relações das expectativas normativas do comércio global entre atores privados. Para a redução da hipercomplexidade da sociedade, é necessária a introdução de novos conceitos, como o de policontextualidade.

A policontextualidade é a introdução da pluralidade operativa dos sistemas sociais, por meio de *re-entry* de códigos binários. É uma forma de operação a partir da contextura, isto é, de possibilidades que transcendem a binariedade comum entre privado/público, Estado/nação, fronteira/soberania, etc., proporcionando o surgimento de formas *imprevistas* que desempenhem determinada função sistêmica na sociedade. A distinção hierárquica tradicional da legislação (política) e a aplicação (jurídica) cedem lugar a uma multiplicidade hierárquica de ordens jurídicas estruturalmente atreladas a outros subsistemas sociais.

A *lex mercatoria* surge entre o direito, a economia e a política. O sistema do direito e o sistema da economia estabelecem relações de acoplamentos estruturais evolutivamente significativos, como o contrato e a propriedade. Com o desenvolvimento tecnológico, adquirem-se avanços importantes, para que o projeto político-econômico de uma crescente troca de bens e consumo seja concretizado. Entretanto, muitas vezes, essa conexão deu tão certo que os próprios Estados não tiveram agilidade suficiente para propor limites ou normas que regulassem esse comércio. Ainda que o Estado tenha um papel fundamental, ele não está presente em todos os momentos em que ocorrem transações internacionais. E esse processo de construção de um direito sem a presença atuante dos Estados é mais antigo que os próprios Estados e teria tido início na Era Medieval, sendo chamado de *lex mercatoria*. No século XX, a *lex mercatoria* ganha novas perspectivas.

A construção de um Direito Comercial Internacional autônomo, desvinculado dos direitos Estatais, produzido por comerciantes e organizações comerciais, foi modernamente e mundialmente chamado de *lex mercatoria*. Em 1964, Berthold Goldman inaugura uma tradição jurídica francesa a respeito da *lex mercatoria*, com o artigo “Frontières du droit et *lex mercatoria*”⁴, dando bases para uma escola francesa, alemã e americana, sob as quais a tradição inglesa também se constrói, chamando-a de *New Law Merchant*.

É importante a lembrança de um período anterior a modernidade e aos Estados modernos, quando estamos presenciando uma nova mudança nessas relações, enfrentando algo ainda diferente, que tem características sutilmente parecidas (identidade) com o período anterior, sendo que a emergência da globalização irá gerar uma nova ordem e diferentes possibilidades para a *lex mercatoria*.

⁴ O artigo foi publicado em *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 09. p. 177-192.

Portanto, o problema a ser enfrentado é de como é possível a formação da *lex mercatoria* diante da dificuldade de síntese de sentido; das multiplicidades de paradoxos jurídicos; e da vinculação de uma decisão. Para tanto, o objeto da pesquisa é verificar as potencialidades da teoria dos sistemas sociais autopoieticos na construção de uma *lex mercatoria* apta a se explicar e a ser operacionalizada na hipercomplexidade da sociedade, isto é, realizar uma reconstrução do sentido da *lex mercatoria* por um marco teórico, no caso o escolhido é o da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Os limites deste trabalho se encontram justamente em qualquer outra análise que possa ser realizada a respeito da *lex mercatoria*, como, por exemplo, envolvendo conceitos de mercado ou de mercadorias com referência a “*mercatoria*”, tendo tampouco fundamento em escolas internacionalistas liberais ou realistas.⁵

Assim, o foco tem início a partir do marco teórico da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, em que é possível estruturar o pensamento jurídico globalizado com aberturas cognitivas que não tenham capacidade de apenas conseguir observar o tradicional, porém todas as outras possibilidades necessárias para um desenvolvimento jurídico-político que englobe o problema da *lex mercatoria* como ponto de partida para novas possibilidades para a teoria do direito e para o Direito Internacional.

Deve ser frisado que esse marco teórico é apenas uma escolha diferente, que busca realizar criativamente uma outra alternativa ao que já se discute sobre o assunto. Em momento algum, acredita ser superior ou estar isenta de aporias ou impropriedades. Todos os marcos

⁵ Sobre as diversas teorias das relações internacionais, consultar: MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais: Correntes e Debates**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.

teóricos têm limitações. O melhor que pode ser feito é se manter um rigor com a proposta apresentada.

Essa lógica sistêmica pressupõe um método de pesquisa construtivista. O construtivismo utilizado refere-se à matriz teórica e à própria nova forma de se ver o que se quer construir. “O construtivismo entende que o conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador.”⁶ É, propriamente, reconstruir, observar por trás de novas lentes o discurso objeto a ser focalizado.

Esse marco teórico, assim como a metodologia construtivista estão presentes na matriz teórica pragmático-sistêmica⁷, baseada no pensamento de Niklas Luhmann, sendo esse o autor que desenvolveu o arsenal teórico da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Suas contribuições são absolutas para os sistemas sociais tornarem-se autopoieticos, conceito trabalhado a partir dos trabalhos dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela⁸. Além disso, houve tantas outras contribuições determinantes para a teoria sociológica de Luhmann, a partir de princípios transdisciplinares.

Os mais importantes princípios aduzidos por Luhmann são os seguintes: a cibernética de segunda ordem de Heinz von Foerster; teorias diferencialistas e paradoxalistas da diferenciação, como a teoria da linguagem de Saussure; a protológica de Spencer Brown; a filosofia da *différance* de Jacques Derrida; a teoria da comunicação de Gregory Bateson, a teoria do meio / forma de Fritz Heider;

⁶ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 28.

⁷ As três matrizes teóricas do direito englobam: a matriz analítica, a matriz hermenêutica e a matriz pragmático-sistêmica. A última comporta o pensamento da teoria dos sistemas autopoieticos, no qual o trabalho está localizado. Conforme: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes jurídicas. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 93.

⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases da compreensão humana**. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

a teoria emergentista da evolução da síntese moderna; a teoria horizontalista da referência do sentido, de Edmund Husserl.⁹

Todas essas influências tiveram início com as idéias de sistemas de Ludwig Von Bertalanffy e Talcott Parsons. Em Bertalanffy, “acreditava-se que uma teoria geral dos sistemas ofereceria um arcabouço conceitual geral para unificar várias disciplinas científicas que se tornaram isoladas e fragmentadas”¹⁰, “possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação”, em Parsons ¹¹.

Cabe apenas ressaltar o ganho epistemológico da escolha de Luhmann, que diz respeito ao conceito de sociedade. A totalidade da qual Luhmann partirá, e em que chegará, é a de sociedade como diferença, sociedade como comunicação de comunicações. “A unidade da sociedade não pode mais ser descrita a partir da centralidade do conceito de pessoa, que deve ser substituído pelo de comunicação. Para ele, a rejeição de um conceito humanístico-antropocêntrico e suas limitações é a única possibilidade de fundamentar cientificamente e não metafisicamente a noção de sujeito.”¹²

Essa premissa é a mais forte, mais reveladora e precisa ser bem compreendida. Não se destroem pessoas, ou comunidades e culturas; ao contrário, constroem-se a partir de comunicação, de construção de sentidos. Essa mudança pode ampliar ou, ao menos, modificar

⁹ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 227.

¹⁰ ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson Luiz Dutra. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 283-309. p. 285.

¹¹ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 28.

¹² ROCHA, Leonel Severo ; DUTRA, Jéferson Luiz Dutra. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 283-309. p. 287.

as tentativas de reconstrução da sociedade, possibilidade de uma ciência social competente ou a própria defesa dos direitos humanos.

Durante o texto, serão trabalhados: uma parte da epistemologia construída e operada por Luhmann, as idéias de sociedade, direito, política, economia, evolução, acoplamentos estruturais, estrutura, função, sistemas, programa, centro e periferia, organização, observação e operação, decisão, paradoxo, entre outras, e que foram aprimoradas por Gunther Teubner, principalmente na aplicação da *lex mercatoria*.

A contribuição de Gunther Teubner é igualmente de inspiração, inovação e continuação. Além de ser um dos principais autores que continuaram (de forma autônoma) a trabalhar com os conceitos de Luhmann, Teubner foi o primeiro a desenvolver as teses sistêmicas autopoieticas sobre a *lex mercatoria* e sobre o pluralismo jurídico global. Os atores transnacionais não são mais vistos como já foram, a partir dos desenvolvimentos de Teubner a respeito de paradoxos, re-entradas (*re-entry*), heterarquias, constituição societária e, também, as primeiras citações a respeito da policontextualidade da sociedade.

Os três capítulos estão estruturados a partir de uma arquitetura estética desenvolvida por Jean Clam¹³, a qual foi construída a partir de três temáticas predominantes na reflexão da teoria sistêmica autopoietica, respondendo a três questões fundamentais: a contingência, o paradoxo e a só-efetuação (decisão).

Os paradoxos geram redes de efetuação reunidas ao seu redor, que podem ser chamadas de sistemas. Eles próprios surgem quando se abandona o chão da

¹³ Jean Clam foi professor convidado da UNISINOS, no ano de 2004, trazendo colaborações para o estudo da teoria dos sistemas autopoieticos. O livro referido chama-se **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. 322 p.

descrição ontológica do que existe ou ocorre e se passa para uma descrição que observa tão somente as diferenças, que sempre poderiam ter sido outras.¹⁴

Dessa forma, há uma unidade e uma diferença que estão presentes em todo o texto. Cada capítulo pressupõe um objetivo (contingência, paradoxo e decisão) para resolver um problema, ou uma parte do problema proposto, indo sempre desde a construção teórica lançada à teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

O primeiro capítulo tem como problema a construção de um sentido para a *lex mercatoria*, ou seja, quase uma questão analítica de saber o que é a *lex mercatoria*, algo o mais perto possível de um conceito; e, nesse contexto, observa-se a contingência: tudo aquilo que poderia ter sido, poderá ser, mas pela identidade torna-se apenas um, momentaneamente. Para tanto, será realizada uma construção de sentido da *lex mercatoria* pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Essa construção será realizada por meio de conceitos, como: de evolução, sociedades, diferenciação funcional, hipercomplexidade e, finalmente, da policontextualidade e dos quatro elementos do novo sentido da *lex mercatoria* a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Entretanto, o novo sentido da *lex mercatoria* é fundado em paradoxos: um Direito sem hierarquia (sem fundamentação); um Direito com complexidade fonte de diferentes sistemas, em que se encontram os múltiplos discursos jurídicos dotados de validade infra-estatal; um Direito sem força, sem coercitividade, porém cumprindo sua função de Direito; por fim, um

¹⁴ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 15-16.

Direito sem segurança, imprevisto, que está cada vez mais desligado da tradição da *lex mercatoria*, decidindo de maneira autônoma.

Esses paradoxos garantem uma autonomia operativa necessária à policontextualidade da *lex mercatoria*. Um direito autônomo não é isolado, é apenas suficientemente estruturado na sociedade para conseguir observar e operar de maneira auto-reprodutiva, autopoietica. Para isso, encontra nos códigos binários, no *re-entry*, nos acoplamentos estruturais entre os sistemas do direito, política e economia, formas de programação entre organizações (CCI, UNIDROIT, UNCITRAL), na *soft law* e na forma episódica da arbitragem e dos contratos-tipo; elementos necessários para a desparadoxização da *lex mercatoria*.

A decisão, por fim. A sociedade é formada apenas por operações, ou *só-efetuações*. Isso quer dizer que toda comunicação é uma operação. Toda observação, toda palavra comunicada. As organizações têm um papel de realizar operações com níveis pragmáticos mais fortes, tomando decisões. As decisões do direito são tomadas por tribunais, centro do sistema.

Na *lex mercatoria*, os tribunais são as cortes arbitrais que não têm o papel de centralidade, mas de periferia entre os sistemas da sociedade, da forma episódica, de *soft law*, heterárquica por acoplamentos estruturais da policontextualidade da *lex mercatoria*. Para construção desses elementos nas decisões da *lex mercatoria*, são analisadas duas decisões parciais a respeito da utilização da *lex mercatoria*: da Câmara de Comércio Internacional e da Câmara de Comércio de Estocolmo.

Em toda decisão, verificam-se as possibilidades e os limites do objeto observado. No último item, verificaremos a necessidade e viabilidade de uma constituição societária, tendo em vista a semântica histórica dos direitos humanos como limites pragmáticos da *lex mercatoria*.

Assim, sensivelmente, o objetivo não é demonstrar se os mapas não mentem – desde que funcionem, ainda que fosse melhor se não mentissem – porém deixar claro que eles dizem muito pouco sobre as fronteiras da Terra.

1 A CONTINGÊNCIA DA *LEX MERCATORIA*: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO SENTIDO

A construção de um mundo a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos pressupõe a atribuição de um novo sentido à observação que está sendo realizada, pois a sociedade é uma forma construída por sentido. Toda construção de sentido passa primeiro pela contingência, isto é, por tudo aquilo que ainda não é, ou não foi e poderá vir a ser. Por isso, recorre-se à evolução da *lex mercatoria*, para a visualização do passado como uma identidade, sem força obrigatória às escolhas da atual *lex mercatoria*, mas sendo, ainda, uma contingência existente para o seu sentido.

Com a chegada da era moderna, os sistemas sociais tornam-se funcionalmente diferenciados, dando possibilidades para a formação de uma sociedade mundial, que será transformada a partir da globalização. Essa gera um impulso diferente, gera uma hipercomplexidade determinante para a sociedade. A auto-produção de regras do comércio transnacional gera a *lex mercatoria* de uma forma policontextural. Apenas a partir da policontexturalidade da *lex mercatoria* é construído um sentido capaz de ser comunicado (operado, selecionado) dentro da sociedade e, principalmente, dentro de cada sistema social preponderante da *lex mercatoria*: direito, economia e política.

Logo, durante este capítulo, serão verificadas as principais atribuições de sentido já lançadas à *lex mercatoria*, na sua evolução, para, ao final, chegar-se a um novo sentido para a *lex mercatoria*, ou seja, para compreender-se o que venha a ser esse instituto.

1.1 Da Contingência à Evolução

A sociedade em que surge a *lex mercatoria* será modificada ao longo do seu próprio tempo; os elementos de cada período da sociedade serão as possibilidades de seleções para a formação da *lex mercatoria*. Essas possibilidades de seleções (de operação do sistema) são justamente a contingência em que se encontra a *lex mercatoria* da sociedade, enquanto o próprio passado será visto como identidade para uma formação de sentido. Por isso, a necessidade de uma evolução histórica será recorrente para novas seleções, ou seja, escolhas para um sentido.

Assim sendo, a sociedade recorre à formação de sua semântica pela orientação primária do passado como identidade e do futuro como contingência.¹⁵ A contingência é a capacidade flutuante que uma sociedade possui de integrar em determinado momento aquilo que ela até então havia excluído; isto é, as condições e formas de expansão do possível no universo de uma dada comunicação social.¹⁶

Todo novo evento dentro da sociedade refletirá em uma possibilidade de mudança nas expectativas dessa sociedade, nas suas certezas; esse “ameaça anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, fazer reaparecer a complexidade das possibilidades e a contingência do poder atuar diferentemente, desacreditar a história das expectativas e das comprovações acumuladas.”¹⁷

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Editorial Herder, 2007. p. 112.

¹⁶ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 20.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 66.

Assim, a evolução tem um papel fundamental e definido em toda a construção da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, pois tem o objetivo de demonstrar como acontecem as mudanças e como permanecem as diferenças, principalmente as mudanças das estruturas na sociedade em determinado tempo, entre a identidade (passado) e a contingência (futuro). A necessidade de uma nova estrutura social surgirá toda vez que a complexidade da situação presente estiver impossibilitando a tomada de uma decisão diferente, fazendo com que o sistema tenha a impossibilidade da evolução; no caso, a *lex mercatoria* em sua variação no tempo.

Esse modelo de evolução é circular e não seqüencial, permitindo plantar a questão das mudanças evolutivas das condições de evolução do Direito. O Direito não espera que as pessoas entrem em conflito para logo encontrar uma solução justa que coincida com a lei. Porém, melhor, o próprio Direito, por meio de intervenções regulativas na vida cotidiana, produz situações que logo serão motivo de conflitos: o Direito cultiva a si mesmo¹⁸. Isto é, as relações de conflito são jogadas para dentro de uma meta-linguagem que cria um conflito para, então, decidir.

Destarte, a evolução da *lex mercatoria* não evolui seqüencialmente, nem de maneira homogênea, plana; de outra forma, seus surgimentos e ressurgimentos são caóticos¹⁹: sensíveis a pequenas modificações em uma grande escala de tempo. Por isso, essa evolução está envolvida em múltiplas produções iniciais, com grande desenvolvimento, desde a idade clássica e média até ser incorporada pelo Estado Moderno e, na globalização, ressurgir de

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 339.

¹⁹ Sobre a Teoria do Caos, ver: PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. São Paulo: Ed. Unesp, 1996.

forma diferente. Essa evolução será retratada pela modificação da sociedade e por aquisições evolutivas destacadas.

As concepções de evolução adotadas pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos surgem a partir da aplicação Luhmanniana do esquema de Darwin (variação/seleção/(re-)estabilização) ao sistema da sociedade e, por conseguinte, ao Direito. Essa teoria parte de um conceito teórico da diferença. Seu tema não é a unidade da história como desenvolvimento de um princípio até os dias atuais, senão, mais restringidamente, as condições de possibilidade das mudanças estruturais não-planificadas e a explicação da diversidade (ou a graduação da complexidade)²⁰.

Uma das condições para a evolução é a conservação da autopoiese do sistema. Portanto, a conservação da autopoiese é a *conditio sine qua non* de toda evolução, podendo ser alcançada por meio de uma mudança nas suas estruturas; isto é, por meio de uma mudança que seja compatível com as estruturas. Por conseguinte, a evolução se efetua quando se cumprem diferentes condições e quando essas se acoplam entre si de maneira condicional, ou não necessária, a partir destes três componentes: a *variação* de um elemento autopoietico, a qual precisa respeitar os padrões de reprodução que haviam sido, até o momento, vigentes – concernente aos elementos do sistema; a *seleção* da estrutura, que faz possível que a dita variação se constitua em condição das seguintes reproduções – concernente às estruturas do sistema; a *estabilização* do sistema, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica da forma (determinada estruturalmente) que experimentou mutação – concernente à unidade do sistema²¹.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 302.

²¹ Ibidem. p. 304.

Os elementos do sistema jurídico são comunicações jurídicas válidas que fazem sentido ao próprio sistema do direito e que podem se reproduzir; ou seja, são normas que produzem mais normas. Portanto, essa variação de normas precisa ser de fato uma variação normativa, pois, se for uma variação de elementos políticos ou econômicos, será outro tipo de evolução, política ou econômica, não jurídica.

Dessa forma, a estrutura formada será necessariamente respeitada na sua seleção, sendo preciso escolher somente o possível. Uma seleção válida precisa estar, necessariamente, de acordo com a estrutura do sistema vigente. Não é possível selecionar um conceito artístico para que se reconheça um direito subjetivo.

Apenas o sistema do direito, com sua estrutura, pode conceder um direito subjetivo a uma pessoa. E a estabilização será importante para a conservação da unidade sistêmica, para que sua diferenciação seja respeitada.

A evolução da *lex mercatoria* tem início antes mesmo da formação dos Estados nacionais e da diferenciação sistêmica moderna. Os primeiros sinais da *lex mercatoria* observam-se em sociedades ainda não diferenciadas funcionalmente²². Entretanto, a observação do desenvolvimento da primeira *lex mercatoria* deve ser considerada para a construção do seu sentido como identidade e como uma diferença em relação à contingência.

²² “A função está em referência a um problema da sociedade, não na auto-referência ou na auto-manutenção do sistema de funções. (...) Mediante a diferenciação funcional se acentua a diferença entre os distintos problemas de referência; mas, desde o ponto de vista de cada um dos sistemas de funções, esta diferença parece distinta entre sistema de funções e ambiente interno da sociedade a qual ela se refere. Para a ciência, seu ambiente é especificamente incompetente, mas não é politicamente incompetente, economicamente incompetente, etc. Neste sentido cada sistema de funções tem relação com um ambiente interno da sociedade composto de maneira distinta; precisamente porque cada sistema de funções está diferenciado, respectivamente por uma função.” In: LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad** Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993. p. 339-340.

As primeiras sociedades²³ estavam orientadas somente pela diferença natural de idade e de sexo. As estruturas das sociedades diferenciadas propriamente ditas foram sendo divididas em quatro formas diversas de diferenciação: segmentária; centro/periferia; estratificada; diferença funcional²⁴. A *lex mercatoria* será analisada dentro dessas diferenças no contexto (ambiente) dessa evolução da sociedade.

Enquanto as sociedades segmentárias “se caracterizam pela igualdade dos sistemas parciais da sociedade, que se diferenciam a partir da descendência ou a partir das comunidades habitacionais ou mediante uma combinação de ambos os critérios”²⁵, nas sociedades baseadas na distinção entre centro/periferia, encontram-se as sociedades da nobreza e cidadinas, nas quais uma pequena parte da população formava grandes impérios territoriais e de poder. Nesse contexto, fortalecem-se também as cidades portuárias situadas em um território estranho ao império e as economias duplicadas que se produzem ao redor delas²⁶.

Dentro desses dois tipos de sociedades pré-modernas, vamos reconhecer o aparecimento inicial da *lex mercatoria*. Ainda que não apresentem diferenciação dentro dos sistemas (parciais) da sociedade, isto é, economia, política, direito e religião, são todos estruturalmente parecidos, sendo diferenciados tanto por sua região geográfica (segmentários) quanto por jogar com essa característica de relacionar centros, como relacionar impérios (gregos, romanos e fenícios) a uma periferia que era a grande parte da população.

²³ A consideração histórica reflete os conceitos e as diferenciações que Niklas Luhmann, autor da referência teórica, utiliza em suas obras: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Editorial Herder, 2007; LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad** Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993.

²⁴ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993. p. 288

²⁵ Ibidem. p. 288.

²⁶ Ibidem. p. 310.

Nesse contexto, podemos observar a *lex mercatoria* nas relações com os mercadores e com o mar, no Direito Marítimo. Isso se observa na história dos direitos dos fenícios, da Grécia antiga²⁷ e da Europa medieval. Por isso, parte da tradição da *lex mercatoria* tem origem na *Lex Rodhia de Jactu*²⁸, na *nauticum foenus*²⁹ e nas leis de Wisby em 1350, que regulavam o comércio no mar Báltico³⁰.

Essa primeira compilação ou coletânea dessas primeiras regras costumeiras foi consignada pelo *Consulatus maris* (Consulado do Mar), redigida em catalão, sendo aplicada pelo referido Tribunal Marítimo de Barcelona (ou Corte Consular), seguida praticamente por todo o Mediterrâneo Ocidental, recebendo o cognome de *universalis consuetudo*³¹.

Em Roma, o Direito Marítimo foi apropriado dos ródios; sendo encontrados no *Corpus Iuris Civilis* alguns textos relativos à navegação marítima.³² Já o *jus gentium*³³ tinha um caráter “internacional” e atuava como disciplinador das relações do comércio “internacional”, ainda que o direito fosse aplicado a todos os peregrinos e aos não cidadãos romanos. Evidente que é necessário fazer algumas ressalvas, pois ainda que o *jus gentium* tenha efetivamente absorvido as práticas costumeiras originadas do comércio internacional,

²⁷ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 55.

²⁸ Os fenícios foram um dos primeiros povos a se desenvolver de forma muito consistente em relação ao comércio marítimo. A *Lex Rodhia de Jactu* (ou *lege Rhodia de Jactu*) era um princípio que estabelecia uma indenização aos donos de cargas que fossem obrigados a alijar carga ao mar. In: LACERDA, J. C. Sampaio. **Curso de Direito Privado de Navegação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 20.

²⁹ O *nauticum foenus* ou *náutico foenore* foi um contrato de dinheiro a risco, ou de câmbio marítimo, chamado pelos franceses de “*prêt maritime*” ou “*prêt à la grosse aventure*” de origem fenícia e provavelmente já usado na Grécia. Nesse contrato, aquele que emprestava o dinheiro só tinha o direito ao reembolso se o contrato tivesse sucesso. *Ibidem*. p. 20.

³⁰ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: A *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 59.

³¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 75.

³² LACERDA, J. C. Sampaio. *Op. Cit.* p. 20.

³³ O *jus gentium* é aberto, despojado e progressivo de sua condicionalidade nacional, atenuado e conciliado a novos modos, nos quais trunfa o princípio da livre forma contratual, em frente aos velhos limitados e rígidos moldes. Seu filão está constituído por negócios surgidos na atuação do comércio internacional (...). In: IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano** Historia e Instituciones. 11ª edição. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997. p. 98.

ou de regras jurídicas estrangeiras, concebidas por outros povos (gentes) e aplicável aos não romanos, essa internacionalização é diferente da transnacionalidade proposta na *lex mercatoria*.³⁴

Foi apenas a partir do fim da Idade Média, com o avanço do mercantilismo e com uma maior troca de bens dentro da sociedade mundial, que essa evolução começou a ganhar forma: com um paradoxo entre variação e seleção.

“A distinção de variação e seleção é a forma do conceito de evolução. ‘Forma’ significa necessidade do ‘outro lado’ e, nesse caso, a necessidade de seleção quando acontece a variação.”³⁵ Isso quer dizer que, para a evolução da *lex mercatoria* ser possível, condições de seletividade e variação e de elementos e estrutura são, ao mesmo tempo, necessárias. A partir de uma complexidade inicial, surgem as possibilidades da tomada de certas decisões para serem respeitadas juridicamente. Com isso, as condições iniciais da *lex mercatoria* já haviam sido estabelecidas.

A *estratificação* toma a forma da diferenciação que se dá na Europa no final da Idade Média e no início da Modernidade. A importância geral do processo de estratificação está no fato de os estratos serem atribuídos ao nascimento, regulando a inclusão de homens na sociedade, e fazendo com que, em determinados sistemas, houvesse inclusões e exclusões a partir desse critério. Somente pode-se estar em um estrato, sendo excluído dos outros³⁶.

³⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 87.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2007, p. 373.

³⁶ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993. p. 315-318.

Assim como nas sociedades segmentárias e de centro/periferia, nas sociedades estratificadas, não há diferenças definidas entre os sistemas, há uma certa indefinição e dependência entre os sistemas; isto é, confusão entre direito, religião, economia, ciência e política.

Dessa forma, as sociedades estratificadas são caracterizadas por uma diferença de categorias ou classes dentro dos sistemas parciais. Essa forma tem sua estrutura fundamental na distinção de duas partes, entre nobreza e povo comum. Entretanto, essa distinção é relativamente instável, porque pode ser alterada de maneira radical, tendo em vista que se deixam de fora os estratos que não se adaptam a essa, como o caso da pequena burguesia ou do grupo de funcionários³⁷.

Os séculos XVII e XVIII trouxeram um crescimento na comercialização e na orientação do mercado. A revolução industrial e o poder da nova burguesia mudaram a antiga ordem natural da sociedade para uma nova estrutura de classes sociais, que não dependiam da origem, mas da carreira e, assim, sendo visível como contingente³⁸.

A evolução da *lex mercatoria* é propulsada justamente pela questão de a classe de mercadores distinguir-se e formar seu direito próprio, a *lex mercatoria*. Nesse momento, a *lex mercatoria* emerge espontaneamente como um direito de classe, “o *ius mercatorum* vem como direito criado diretamente a partir da classe comerciante, sem mediação da sociedade

³⁷ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993. p. 288.

³⁸ LUHMANN, Niklas. Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society? **International Review of Sociology**. Vol. 7 Mar. 1997. p. 69.

política, como um direito imposto em nome de uma classe, e não em nome de toda a comunidade”.³⁹

A complexidade inicial da própria variação/seleção do direito do comércio internacional está na gênese dos mercados e das atividades com o mar, não com a política e com as cidades-Estado. “A *lex mercatoria* não era um direito sem-Estado: era uma mistura de regras e procedimentos Estatais e não-Estatais, mantido conjuntamente pelo seu sujeito: os mercadores.”⁴⁰ Com o aumento da complexidade na sociedade, durante o período do mercantilismo, surgem condições sociais (do ambiente da sociedade) possíveis para o alcance de novas seleções e variações⁴¹.

Diante disso, surgirão aquisições evolutivas que reduzirão a complexidade de maneira a se poder organizar uma complexidade mais alta por meio da restrição. Por exemplo, de todas as possíveis formas de se ter expectativas normativas, escolhe-se uma, para ser possível poder fazer outras escolhas sobre outras expectativas no futuro. Por isso, aumenta-se a complexidade por meio da redução das aquisições, organizam-se (estruturam) as reduções de forma que possam ser compatíveis com uma complexidade mais alta, sendo, com frequência, a única maneira possível⁴².

Para a evolução da sociedade e, principalmente, para a evolução da economia, o fim do período medieval e o início do mercantilismo são destacados, pelas primeiras grandes feiras, com o deslocamento de grandes mercadores, que traziam além de suas mercadorias,

³⁹ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 37.

⁴⁰ MICHALES, Ralf. The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 14 N. 2 Summer 2007. p. 454.

⁴¹ Note-se que a *estabilização* não tem importância significativa devido a não estarmos ainda no momento moderno de diferenciação funcional, em que a unidade do sistema ganha importância. Assim, o direito ainda não estava fechado operacionalmente – devidamente positivado.

⁴² LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoria de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993. p. 252.

seus usos e costumes. Esse movimento teve início nas cidades italianas e espalhou-se pela França, Espanha e pelo resto da Europa, inclusive, pela Inglaterra. Em razão da virtude oceânica desse comércio, as cidades-Estado, como Veneza, Gênova, Marselha, Barcelona, Amsterdã e as cidades da Liga Hanseática foram destaque nesse sentido⁴³.

A influência do direito marítimo, cujas normas costumeiras transcendiam os limites políticos das cidades-Estado, mas também em razão da intensificação do comércio-terrestre, agora mais seguro, o *ius mercatorum*⁴⁴, passou a se consolidar como ordenamento jurídico *metanacional*, já que a realidade dos mercados geograficamente expandidos superava fisicamente as circunscrições políticas dos burgos, projetando-se, assim, em âmbito extracomunal, com caráter tendencialmente uniforme e internacionalista.⁴⁵

No Direito, isso se reflete numa co-evolução⁴⁶, que se dá com o Direito ainda não diferenciado totalmente da sociedade, mas já tendo sua função⁴⁷ de generalizar as expectativas da sociedade de forma contrafática, normativa, encontrando na *escrita*⁴⁸ uma forma de memória jurídica da sociedade e fazendo com que o tempo do Direito e o da sociedade não sejam mais simultâneos, de forma que o Direito possa reter uma informação sobre as regulações da sociedade de maneira mais segura.

⁴³ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: *a Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional**: Aspectos Fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 59.

⁴⁴ Alguns autores se referem ao período antigo da *lex mercatoria* como *jus mercatorum*, e, ainda, os autores de língua inglesa utilizam *law merchant*.

⁴⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 75.

⁴⁶ Co-evolução “significa diferentemente de uma evolução social unitária, na qual existe uma pressão difusa proveniente de diversos setores, situados no ambiente, sobre as instituições sociais – que vários sistemas autônomos disponham de mecanismos próprios de variação, seleção e retenção e que, por isso, estão sujeitos a uma evolução específica e somente assim influenciam-se mutuamente, como processos próprios”. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep. 2005. p. 141.

⁴⁷ O conceito de função tampouco vem acompanhado de algum sentido normativo ou teleológico. Trata-se unicamente de um ponto que, ao estabelecer limites, faz possível a comparação e que, visto desde o sistema da sociedade, se trata de um problema cuja solução é premissa para uma evolução do mais alto grau de complexidade do sistema. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 87.

⁴⁸ Não consideramos as compilações do “Consulado do Mar” e do “Corpus Iuris Civilis” como desenvolvimentos da escrita na *lex mercatoria*. São consideradas apenas informações iniciais dentro de memórias ainda não diferenciadas, isto é, legislações não sistematizadas.

A que necessidade responde a escrita? Ademais do interesse por adiantar-se às memórias, foram os problemas *de tipo normativo* os que desataram a necessidade da escrita. A escrita está relacionada com a antecipação dos *desenganos*, – que em suma é a razão de que a expectativa se comunique em um estilo normativo. Com isso surge uma diferença temporal aguda, que temos que conciliar. Uma informação que assegura que certa expectativa corresponde ao direito (ou que não), deve estar, como informação, disponível uma e outra vez: no momento da projeção e sempre que se torne aguda a ação que se sente desenganada.⁴⁹

A escrita da *lex mercatoria* tem seu começo em sua utilização por comerciantes, com o fim de regular suas próprias relações, formando por meio de estatutos e corporações – sua escrita – seu ordenamento, que seria consultado para deferir decisões em jurisdições mercantis competentes quando as partes pertencessem à classe dos comerciantes⁵⁰. “No começo, os usos vieram suprir insuficiências de textos romanos, regendo casos novos. Depois deram batalha franca a esses textos, estreitos, incompatíveis com a ordem incipiente de fatos, que reclamavam especial disciplina jurídica.”⁵¹

Essa escrita e essas comunicações jurídicas ainda não eram aplicadas por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes. Além disso, eram caracterizadas por ser regras transnacionais; ter como base uma origem comum e fidelidade aos costumes mercantis; ser um processo rápido e informal; e enfatizar a liberdade contratual e a decisão dos casos *ex aequo et bono*⁵².

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 316.

⁵⁰ CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290.

⁵¹ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 58.

⁵² MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: *A Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 60.

A ex aequo et bono diz respeito aos ditames da prática razoabilidade, baseada na efetividade do processo de tomada de decisão à luz do razoável na aplicação de usos e práticas relevantes para cada caso. A medida de uma decisão justa depende de noções de bom senso, equidade e eficácia. In: TRAKMAN, Leon. *Ex Aequo et Bono: De-mystifying An Ancient Concept*. **University of New South Wales Faculty of Law Research Series**. Paper 39. 2007. The Berkeley Electronic Press. p. 22. Disponível em <<http://law.bepress.com/unswwps/flrps/art39>> Acesso em 20/12/2008, às 14h.

Outro exemplo significativo da evolução da escrita no Direito e, principalmente, na *lex mercatoria* é a aquisição evolutiva da letra de câmbio. Até o século XVII, a regulação da letra de câmbio dava-se, exclusivamente, pela *lex mercatoria*, que “a definia como um instrumento que permitia uma *permutatio pecuniae present cum absenti* (uma troca de dinheiro por uma pessoa que está presente com outra que está ausente)”.⁵³ Devido a ser especialmente usada em trocas entre *loci distantia* (longas distâncias), foi excepcionada da proibição da Igreja Cristã Medieval de cobrança de juros⁵⁴.

Paralelamente a esses desenvolvimentos da escrita, outros pontos do globo foram tendo novas seleções e variações, a partir de uma repreensão da violência e da necessidade de maior segurança. Assim, algumas corporações mercantis, sentindo a necessidade de proteção ou segurança, acabaram por se auto-organizarem, formando guildas (*guilds*), para construírem o que chamaríamos hoje de *redes* e para alcançarem outros pontos comerciais através de rotas, evitando os saques e o inadimplemento dos acordos.

As guildas alcançaram uma garantia da segurança por meio da utilização de uma espécie de intercâmbio que havia sido familiarizado com comerciantes, tendo em vista que eles eram demasiado dependentes a forma das suas próprias organizações. Foi baseada no apoio mútuo em caso de perigo, isto é, em ajudar contra assaltantes armados.⁵⁵

No decorrer dessa evolução, essas guildas foram tornando-se, além de pontos de segurança, instituições nas quais eram resolvidas disputas jurídicas em torno de desacordos ou inadimplementos comerciais, enquanto a jurisdição feudal e a comunitária pouca importância tinham em relação a essas questões.

⁵³ RAY, August. **International business Law**: text, cases, and readings. 2ª ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1997. p. 597.

⁵⁴ Ibidem. p. 597.

⁵⁵ Tradução livre do original: “Guilds achieved the provision of security by making use of a kind of exchange that had been unfamiliar to merchants as long as they were too dependent to form organizations of their own. It was based on mutual support in case of distress, that is, on armed help against assailants” In: VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the roots of the modern *lex mercatoria* really medieval? **Southern Economic Journal**; Jan 1999. Vol. 65, 3. p. 437.

É pouco necessário assinalar que as autoridades feudais não tinham nenhuma participação neste processo. As instituições que tinham sido desenvolvidas no âmbito de guildas provavelmente foram transferidas por analogia para novas situações e copiadas, se provaram ser vantajosas.⁵⁶

Portanto, ocorrem as primeiras noções de diferenciações entre o sistema econômico propriamente dito, representado pelas corporações mercantis, e o sistema do direito, com elementos jurídicos sendo construídos de forma autônoma. Este é o momento mais importante da primeira *lex mercatoria*: já há um certo grau de elementos propriamente jurídicos que auto-reproduzem decisões, cuja evolução dava-se de maneira que a estrutura (variação) era preservada. Até mesmo a unidade do sistema do direito, que daria estabilidade à *lex mercatoria*, estava perto de ser consolidada.

Entretanto, a partir do final do século XVIII, o uso da *lex mercatoria* começa a ser restringido com o forte avanço da *Common Law* e do próprio desenvolvimento dos Estados nacionais e do Direito positivo moderno. Esse conjunto de fatores enfraqueceu a autonomia (e a unidade) da *lex mercatoria* e fortaleceu o fato de que as decisões fossem tomadas dentro de limites soberanos e territoriais.

A partir da Idade Moderna, com a diferenciação funcional, as cortes comerciais especializadas foram gradualmente abolidas ou tiveram sua jurisdição limitada, passando as disputas comerciais a ser resolvidas pela *Common Law*, enquanto a *lex mercatoria* passou a ser considerada costumes e práticas comerciais caso a caso. O caso-chave dessa direção foi dado sob a competência do *Lord Chief of Justice Sir Edward Cokem*, quando foi decidido no

⁵⁶ Tradução livre do original: “it is hardly necessary to point out that feudal authorities played no part in this process. Institutions that had been developed within guilds were probably transferred by analogy onto new situations and imitated if they proved to be advantageous”. In: VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the roots of the modern *lex mercatoria* really medieval? **Southern Economic Journal**; Jan 1999. Vol. 65, 3. p. 439.

caso *Pillans v. Microp*, pelo Lord Mansfield (1705-1793), que a lei dos mercadores seria matéria jurídica a ser decidida pelos tribunais, não se tratando de prática ou de costumes⁵⁷.

Portanto, a primeira e antiga *lex mercatoria* configura-se por uma regulação das relações mercantis, criadas pelos próprios mercadores. As fontes eram os estatutos das corporações mercantis e a jurisprudência das *curie mercatorum*, tendo em vista que os mercadores faziam parte dessas cortes.

Para a *lex mercatoria*, a tônica da era moderna será a constituição de Estados que assumiram, de formas diferenciadas, a responsabilidade política e jurídica sobre tudo, de forma *soberana*, e o domínio sobre as expectativas normativas e sobre as regulações mercantis e comerciais.

Durante esse período moderno, é somente sob o regime da diferenciação funcional que se chega a critérios de seleção com efeitos desestabilizadores. Com isso, a diferença entre estabilização e variação é suprimida, pois a estabilidade deve estar fundada, principalmente, na flexibilidade, na possibilidade de mudar e de decidir⁵⁸.

Para a composição da sociedade e da *lex mercatoria*, uma diferença fundamental entre o mundo moderno e a Europa arcaica é a formação dos Estados. Pois, ainda que existissem Carlos Magno (768-814) e seu império, o reino dos Anglo-Saxônicos ou os Francos do Leste

⁵⁷ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: a *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional**: Aspectos Fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 60.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2007, p. 394.

e do Oeste, esses não poderiam ser Estados propriamente ditos no sentido moderno⁵⁹. E, para a teoria dos sistemas, a passagem para a era moderna é mais radical do que apenas esse desenvolvimento organizacional político.

Isso quer dizer que a partir do momento em que a sociedade passa a ser diferenciada por sistemas sociais autopoieticos, como o direito, a economia, a religião, a ciência e a política, suas possibilidades de modificação estruturais são sua própria característica – sua auto-reprodução, autopoiese – torna tudo estável e variável.

Nas sociedades funcionalmente diferenciadas da Modernidade, a comunicação social tende para os padrões de arranjo que reúnem a multiplicidade das comunicações em torno de uma pequena quantidade de funções (da política, do direito, da economia, da ciência, da arte) e as cristalizam na composição da estrutura. A distribuição da comunicação por funções e seu agrupamento em torno delas trazem consigo um primado do giro ou da circulação (do sentido) em comparação com a fixidez do conteúdo e estabilidade dos noemas.⁶⁰

Além da mudança estrutural política, observa-se uma mudança na evolução da diferenciação do Direito. Como resultado da evolução moderna para o sistema de direito, existe somente o Direito positivo. Isto é: somente existe o direito que entra em vigor mediante o próprio direito, por meio do símbolo da validade jurídica. É claro que o direito vigente não pode ser concebido como um sistema lógico totalmente fechado: nenhum sistema lógico pode se fundamentar como sistema livre de contradições.⁶¹

⁵⁹ Tradução livre do original “The most fundamental difference between the modern world and archaic Europe was the lack of states. Of course, the reader may recall Charlemagne (768-814) and his empire, the kingdoms of the Anglo-Saxons, or those of the Eastern and Western Franks, (...) however, these lordships cannot be termed states in any sense of the world approaching its modern meaning”. In: VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the roots of the modern *lex mercatoria* really medieval? **Southern Economic Journal**; Jan 1999. Vol. 65, 3, p. 435.

⁶⁰ CLAM, Jean. **Questões Fundamentais de uma teoria da sociedade** : contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 86.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 342-3.

Portanto, o direito, dentro da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, não é fechado, é diferenciado. “Embora seja verdade que o positivismo de Kelsen pode ver direito como um sistema fechado com direito justificável apenas pelo direito”⁶², o direito como um sistema diferenciado pela sociedade, no momento em que se torna moderno, torna-se autopoietico e não fechado.

Por isso, a resposta a esse problema de imperfeição não está na garantia da validade externa, mas justamente em uma contínua produção de textos jurídicos que poderão, respectivamente, reconhecer o que é válido como direito e o que não é. Assim, a validade do direito não está situada na unidade, mas na diferença. A validade não se pode ver, não se pode encontrar: se dá simplesmente na reprodução contínua ⁶³.

Assim, a era moderna⁶⁴ provoca uma grande evolução no sistema político (Estado), no sistema do direito (Direito positivo), mas também na ciência (construções de verdades aceitas cientificamente) e na economia (liberdade de mercados). E assim, a sociedade inicia um processo de auto-produção de elementos que já estavam defasados em relação à sociedade. “A ascensão do Estado veio de mãos dadas com o declínio da *lex mercatoria*⁶⁵.” Ou seja, legislações transnacionais, como no caso da *lex mercatoria*, foram incorporadas ao interior das legislações nacionais, sendo consideradas como um ganho, uma aprendizagem ao sistema, uma aquisição evolutiva naquele momento histórico da modernidade.

⁶² KING, Michael. The Truth about Aupopoiesis. **Journal of Law and Society**. Vol. 20, N. 2, Summer 1993. p. 218-232. p. 224.

⁶³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad** Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 342-3

⁶⁴ A primeira sistematização da *lex mercatoria* como um instituto autônomo foi realizada por Berthold Goldman com o artigo: Frontières du droit et *lex mercatoria*. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, n. 09, p.177-192, 1964, dando início a uma tradição francesa também com Philippe Fouchard; Philippe Kahn; em Londres, em 1923, Wyndham Antis Bewes publicou o **The Romance of the Law Merchant**, que é a primeira publicação da era moderna mencionando a *lex mercatoria*.

⁶⁵ Tradução livre do original de: “The rise of the state came hand in hand with the decline of *lex mercatoria*”. In: MICHALES, Ralf. The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 14 N. 2 Summer 2007. p. 454.

A exemplo disso, estão os surgimentos de códigos comerciais por todas, ou a maioria delas, as nações. O primeiro código comercial da era moderna foi o *code de commerce* – código francês – de 1808.⁶⁶

Assim sendo, na Idade Moderna, as legislações nacionais continentais mercantilistas, de um lado, promoveram a efetivação do direito com a emergência dos códigos no século XIX. Muitos de seus preceitos foram incorporados a tais códigos e leis. Dessa forma, tais disposições perderam o seu caráter original transnacional, tornando-se aos poucos distantes da realidade quando confrontadas com costumes mercantis.⁶⁷

A evolução da primeira, ou dita antiga, *lex mercatoria* vai desde seu surgimento até seu desaparecimento com a modernidade. A primeira *lex mercatoria* pode ser resumidamente entendida “como um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.⁶⁸

Entretanto, a modernidade do século XX irá recorrer novamente a características geradas por esse instituto, como a produção autônoma de expectativas normativas de âmbito transnacional sobre o comércio global; especialmente com a formação da sociedade mundial e com os efeitos da globalização.

⁶⁶ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 11.

⁶⁷ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: a *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 60.

⁶⁸ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 78.

1.2 A Sociedade Mundial Globalizada

A construção da modernidade tem uma preocupação em desenhar tanto sintaticamente quanto pragmaticamente um sentido (uma semântica) para seus conceitos. A *lex mercatoria* não escapa dessa construção. O sentido da *lex mercatoria* transitará entre um renascimento dentro da sociedade mundial e um grande desenvolvimento da globalização. Isso quer dizer que sua operação dentro da sociedade será selecionada na contingência dos sistemas da política, da economia e do direito, na *forma* de acoplamentos possíveis: com o Estado, com contratos ou com ela mesma.

A sociedade mundial é um fruto da modernidade; portanto, não deve ser confundida com a globalização. Todavia, a globalização pode ser entendida de maneira muito significativa com o conceito de sociedade mundial da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Essa correlação é fundamental para o novo sentido da *lex mercatoria*, antevendo as amplas possibilidades geradas por essa relação.

Precisamos decidir entre assumir um sistema global de sociedades regionais ou uma sociedade mundial, e existem, agora, claramente e teoricamente, argumentos consistentes para uma única sociedade mundial. O sistema autopoietico da sociedade pode ser descrito sem nenhuma ou qualquer referência a particularidades regionais⁶⁹.

Logo, essa visão de uma sociedade una pela comunicação e diferenciada por sistemas sociais é uma vantagem significativa para o novo sentido da *lex mercatoria*, pois poderá relacionar e abarcar definitivamente a característica da transnacionalidade, na qual

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society? **International Review of Sociology**. Vol. 7 Mar. 1997. p.75.

atravessam-se justamente as fronteiras nacionais. “A precisão de que a sociedade é um sistema social abarcador traz como consequência que para cada comunicação com capacidade de enlace haja somente um sistema único de sociedade.”⁷⁰

Não é necessário que as sociedades regionais ou locais deixem de existir para dar espaço a uma sociedade mundial. É evidente que podem existir diversos tipos de sociedade, da mesma maneira que culturas e coisas afins, dependendo da maneira e do limite que se observa. Porém, para que existissem sociedades isoladas, essas deveriam estar sem relação comunicativa, na perspectiva auto-referente de cada uma dessas; uma comunicação com as outras sociedades seria impossível ou não teria nenhuma informação.

A sociedade mundial opera, ou seja, funciona pela comunicação, de forma que “é a diferença que no sistema não faz nenhuma diferença”.⁷¹ A operação da sociedade é um pressuposto em si mesmo, apenas o comunicar sobre a sociedade é realizar observações de segunda ordem sobre as suas próprias operações – só assim é possível fazer novas diferenças. A comunicação sempre será dada dentro de uma sociedade, e pode-se comunicar sobre as comunicações, realizando comunicações (observações) de segunda ordem.

O fato de a sociedade mundial diferenciada descrever-se funcionalmente, sem, necessariamente, levar em consideração as particularidades regionais e culturais, não está relacionado à globalização cultural, à ocidentalização ou à homogeneização cultural. Não significa que não existam, ou deixaram de existir, diferentes mundos. São as diferenciações que serão observadas por diferentes sistemas da sociedade; no caso da *lex mercatoria*, serão, principalmente, os sistemas da economia, do direito e da política.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Editorial Herder, 2007.

⁷¹ Ibidem. p. 112.

Uma das comunicações mais veiculadas no fim do século XX é a globalização. A sociedade mundial é atingida por significativas modificações nas operações de quatro dos principais sistemas sociais: na economia, a liberalização dos mercados nacionais⁷² e a multipolarização de blocos inter-regionais proporcionam um crescimento; no sistema da ciência, ocorre a revolução tecnológica⁷³, que, com os computadores e a Internet, aceleram a informação (*informática*) e a sociedade; no sistema da política, após a queda do muro de Berlim, em 1989, e o fim da guerra fria⁷⁴, um novo projeto⁷⁵ é lançado, a *Nova Ordem Global*, com o objetivo liberal de diminuir barreiras alfandegárias e a intervenção do Estado; no Direito, acoplamentos transnacionais e trans-sistêmicos revelarão uma nova forma de direito, a galáxia *lex*, composta de um pluralismo jurídico global, em que emergem novas formas autônomas de direito.⁷⁶

Esses conjuntos proporcionam acoplamentos estruturais e possibilidades de evolução de um processo vertiginoso que estabelece novos paradigmas em todos os sistemas da sociedade, também, no direito, na religião e nas artes. “A globalização é um fenômeno complexo que teve efeitos de grande alcance, com uma força benigna e irresistível que pode ou não oferecer prosperidade econômica às pessoas em todo o mundo.”⁷⁷

⁷² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Diálogo da Comissão Mundial sobre a dimensão social da globalização**. Disponível em: www.oit.org.pe/dial2002/dialogos/dial_brasil_informe.pdf. Acesso: 10/10/2008.

⁷³ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

⁷⁴ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Buenos Aires: Paidós, 2004. p. 57.

⁷⁵ AXTMANN, Roland. The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation. **International Political Science Review**, Vol 25, No. 3, 2004. p. 259–279.

⁷⁶ LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. Acesso a justiça e pluralismo jurídico global. In: **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119.

⁷⁷ **A FAIR GLOBALIZATION: creating opportunities for all**. The World Commission on the Social Dimension of Globalization. Geneva (Switzerland): International Labour Office, 2004. p. 27.

A interação e a divisão, a globalização e a territorialização são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeadamente (mas, de forma alguma, determinadamente) pelo salto radical na tecnologia da velocidade.⁷⁸

No sistema da economia, a mudança nas operações dos sistemas reflete-se em características fundamentais na expansão do comércio, como o investimento externo direto, os fluxos financeiros e a tecnologia. Em territórios onde países mais industrializados e de mão-de-obra qualificada tendem a levar vantagens, a expansão do comércio torna-se mais rápida que o próprio crescimento do PIB mundial de maneira não uniforme. O investimento externo direto foi possibilitado principalmente pela revolução tecnológica, aliada a uma rápida integração dos mercados financeiros, que permitiu conhecer melhor e mais rapidamente os mercados estrangeiros, enquanto favoreceu o desenvolvimento de transações financeiras em todo o mundo 24 horas do dia.⁷⁹

As indústrias de alta tecnologia e de alto nível de conhecimentos são os setores de crescimento mais rápido na economia global. Os seus efeitos refletem-se nos diferentes setores econômicos, tipos de empresas, categorias de trabalhadores e grupos sociais.⁸⁰

Além do sistema econômico, no sistema da ciência, a globalização foi impulsionada também pela Revolução Tecnológica da década de 70, que foi intensificada no final do século

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as Conseqüências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 77.

⁷⁹ **A FAIR GLOBALIZATION**: creating opportunities for all. The World Commission on the Social Dimension of Globalization. Geneva (Switzerland): International Labour Office, 2004. p. 28 e 32.

⁸⁰ Muito embora apenas os países industrializados com uma sólida base econômica tenham obtido benefícios substanciais da globalização, naqueles em vias de desenvolvimento não se observam nitidamente esses índices, com exceção da China e Índia. In: **A FAIR GLOBALIZATION**: creating opportunities for all. The World Commission on the Social Dimension of Globalization. Geneva (Switzerland): International Labour Office, 2004. p. 33 e 38.

XX⁸¹. Observa-se uma grande gama de novas informações, que são difundidas de maneira jamais vista, com muita velocidade e de variados modos: tempo/espaço têm suas dimensões alteradas. “No universo de software da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado, literalmente, em ‘tempo nenhum’; cancela-se a diferença entre ‘longe’ e ‘aqui’. O espaço não impõe mais limites à ação e seus efeitos contam pouco, ou nem conta”.⁸²

Embora a tecnologia tenha sido um marco essencial para o pleno desenvolvimento da globalização, não se pode perder de vista que os Estados nacionais colaboraram ativamente para que a globalização fosse realizada; isto é, a globalização não ocorreu por acaso dos acontecimentos, não foi um acidente. “Globalização não é ‘tecnologicamente’ direcionada, mas politicamente ‘projetada’ visando à estabilidade do capitalismo através de administração econômica global.”⁸³

O sistema político ao operar – comunicar – na sociedade mundial também sofreu mudanças, deixando claro que uma característica da globalização é a indeterminação. O Estado sofre mudanças significativas em relação a sua soberania, sobretudo na sua capacidade de resolver problemas. Por isso, surgem observações de segunda ordem como a governança. A governança é uma das possibilidades de constituição de um melhor aproveitamento dos recursos estatais e também de um projeto no qual a sociedade civil seja mais participativa impondo também limites ao poder econômico. A governança é a tentativa de um sistema de múltiplos níveis e de formas de regulação, no qual micro e macro regiões, assim como diferentes modalidades de associações, organizações e redes de cidadãos que emergem como

⁸¹ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 57.

⁸² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 136.

⁸³ AXTMANN, Roland. The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation. **International Political Science Review**, Vol 25, No. 3, 2004. p. 259–279. p. 274.

novas unidades políticas, possam contribuir para a reconstituição da política global em termos mais democráticos e socialmente menos excludentes⁸⁴.

Mas o Estado ainda persiste, transformado e com uma crescente sociedade civil organizada, com várias significações e conotações diferenciadas. Na medida em que se verifica a globalização, a emergência e o desenvolvimento da sociedade global implicam que a sociedade nacional mude de figura, tanto empírica como metodologicamente, tanto histórica como teoricamente⁸⁵.

No sistema do direito, observa-se um novo pluralismo jurídico global, em que os casos da *lex electronica*, *lex sportiva*, *lex laboris* e, o nosso foco, da *lex mercatoria* compõem o que chamamos de “galáxia *lex*”⁸⁶, um direito de natureza mundial e que se estabelece policontextualmente a partir de nichos de sistemas sociais que não são devidamente observados pelo direito.

No caso da *lex electronica*, um padrão técnico do código científico (verdadeiro/falso) começa a ser elaborado para ser seguido e produzido o valor da rejeição do código, o que abre acesso a uma multiplicidade de outros códigos. O padrão é traduzido por outros códigos no discurso econômico, político ou jurídico, sendo aí claramente modificado pelo fato da sua recontextualização⁸⁷.

⁸⁴ CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? In: **Governança Global: Reorganização da política em todos os níveis de ação**. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, n. 16. São Paulo: 1999. p. 13.

⁸⁵ IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p. 88.

⁸⁶ LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. Acesso a justiça e pluralismo jurídico global. In: **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119.

⁸⁷ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997 .p.763-787. p. 780.

A legislação emergente, no que se refere à *lex electronica*, é formada por tendências a formas de coordenação em escala mundial, nas quais a política oficial interfere apenas minimamente.⁸⁸ Esse é o caso do *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN).

A criação da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN – é produto das novas relações que os desenvolvimentos técnicos altamente tecnológicos reivindicam por intermédio de uma auto-regulação. “Embora sua prática real e sua estrutura organizacional ainda estejam se desenvolvendo, suas normas incorporam o espírito e abertura da comunidade da Internet, a descentralização, a formação de consenso e a autonomia que caracterizam o governo *ad hoc* [...]”⁸⁹

A *lex sportiva* pode ser considerada um tipo híbrido de direito entre o Direito Internacional do esporte e o Direito Global do esporte. As organizações esportivas internacionais têm desenvolvido um arsenal de redes de normas, desde inscrições, disputas, afastamento de atletas, intervindo mundialmente nas negociações de atletas.

A *lex sportiva*, portanto, pode provisionalmente ser definido como uma ordem legal autônoma transnacional criada por instituições privadas globais que governam esportes internacionais. As principais características são: primeiramente, é uma ordem contratual, sendo sua força sancionatória de origem em acordos submetidos à autoridade e jurisdição da

⁸⁸ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 23.

⁸⁹ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 31.

federação internacional de esportes; e, em segundo lugar, não é governada por sistemas jurídicos nacionais⁹⁰.

A *lex sportiva* tem três elementos principais: normas internacionais geradas por regras e práticas de confederações internacionais de esportes; uma única jurisprudência, com princípios jurídicos que são diferentes de tribunais nacionais e que são declarados por Cortes de Arbitragem do Esporte; e é constitucionalmente autônoma do Direito nacional⁹¹.

Outra questão que tem novos avanços na esfera global é a *lex laboris*, no que tange à evolução dos contratos transnacionais de trabalho. Em função de o sistema econômico ter uma facilidade impressionante em transitar por diferentes territórios, o pluralismo jurídico, a governança global e a policontextualidade serão aspectos decisivos para uma visão que englobe os contratos de trabalho transnacionais⁹².

Essa noção de contratos transnacionais está dentro de uma perspectiva híbrida entre o público e o privado. As relações contratuais, também em matéria trabalhista, têm a tendência a estar cada vez mais ligadas a uma perspectiva mais privatista e menos pública.

Uma combinação de muitos elementos nos contratos trabalhistas transnacionais aparece para aumentar regimes internos de governança e para procurar incorporar mais

⁹⁰ Tradução livre do original: “Global sports law, by contrast, may provisionally be defined as a transnational autonomous legal order created by the private global institutions that govern international sport. Its chief characteristics are first that it is a contractual order, with its binding force coming from agreements to submit to the authority and jurisdiction of international sporting federations, and second that it is not governed by national legal systems”. In: FOSTER, Ken. Is There a Global Sports Law? **Entertainment Law**, Vol.2, No.1, Londres: Frank Cass, Spring 2003, p.1–18. p. 2.

⁹¹ FOSTER, Ken. Is There a Global Sports Law? **Entertainment Law**. Vol.2, No.1, London: Frank Cass, 2003. p.1–18.

⁹² LIU, Christina. **Legal Polycentricity and Polycontextuality in Action?** The Nature and Regulation of Transnational Labor Contracts. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~gradconf/index_files/piirsgradconfwebsite_files/papers/Liu.pdf>. Acesso em 10/10/2008, às 14h.

funções públicas reservadas ao Estado. Por enquanto, parece que o Estado estará continuamente se reformulando. Com a aquisição de mais funções públicas na esfera privada, a fluência de transparência e de informação deve decair. Justamente como no caso de uma disputa litigiosa, contratos são privados, e, assim, os termos do contrato não são de disposição pública. Enquanto códigos de conduta são geralmente publicizados, os termos de um acordo não o são⁹³.

Portanto, o fenômeno da globalização deve ser observado em seu rompimento prático e teórico, considerando, principalmente, seus elementos que rompem com certos ideais modernos. Não é mais possível fechar os olhos para essa transformação, pois somos a todo o momento lembrados de que estamos vivendo num outro modelo de sociedade. Nesse modelo, é preciso observar o direito dentro da sociedade globalizada. “No começo da era moderna era o colapso do direito natural, e hoje, é o efeito da globalização que adiciona para uma real ameaça para as operações do sistema jurídico”.⁹⁴

Assim, falar de globalização é diferente de falar de internacionalização. A realidade que se passa com a nação nesse processo de intercâmbios pode ser chamada de “transnacionalização”, porém essas diferenciações são, de fato, tênues. O importante é entender que a maioria das transações comerciais não se submete às leis nacionais, nem

⁹³ Tradução livre do original: “In all, a combination of many elements in the transnational labor contract appears to increase internal private governance and seeks to incorporate even more public functions traditionally reserved for the state. For the moment, it looks as if the state is going to continue to reformulate itself. With the acquisition of more public functions into the private sphere, transparency and information flows may decline. Just as in the case of settlement of lawsuit, contracts are private and thus the terms of the contract are not for public display. While codes of conduct are usually publicized, the terms of an agreement are not.” In: LIU, Christina. **Legal Polycentricity and Polycontextuality in Action?** The Nature and Regulation of Transnational Labor Contracts. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~gradconf/index_files/piirsgradconfwebsite_files/papers/Liu.pdf>. Acesso em 10/10/2008, às 14h.

⁹⁴ TEUBNER, Gunther. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Derrida and Luhmann. Theory, Culture and Society*. 18(1): 29-47. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE, 2001. p. 38.

mesmo às leis internacionais que os estados promulgam e que eles se encarregam de respeitar; isto é, eles pouco se preocupam com essas leis.⁹⁵

O processo de globalização desencadeia um processo de inovação no sentido para a sociedade. “A globalização é um processo policêntrico, em que diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem respectivamente setores globais autônomos.”⁹⁶ E essa poli (multi, pluri) centralidade (e depois policontexturalidade) da globalização fará com que a complexidade seja duplicada. A complexidade será necessariamente hipercomplexa. Em cada sentido, em qualquer sentido, adiciona-se a presença de uma complexidade inconcebivelmente alta (complexidade do mundo), e na qual o sentido ocasiona, por um lado, que essas operações não possam destruir a complexidade, mas se reproduzir.⁹⁷

1.3 Hipercomplexidade e Policontexturalidade

O sentido construído da *lex mercatoria* não diz que ela não é – mas também é – um direito não-Estatal, nem um direito Estatal ou internacional, mas sim algo transnacional que surge a partir de uma sociedade mundial globalizada – hipercomplexa – e que reage policontextualmente operada com acoplamentos estruturais entre os sistemas do direito, da economia e da política. O sentido dessas relações passa pelas relações entre observação/operação dentro de uma concepção de *tempo* da sociedade global.

⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

⁹⁶ TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico global**. Bogotá (Colômbia): Carlos Gómez-Jara Díez (Ed.) 2005. p. 86.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamentos para una teoría general**. México: Antrhopos, 1998. p. 78.

Para a sociedade mundial diferenciada funcionalmente, o tempo torna-se uma síntese de sentido e, assim, simbólica, muito importante, já que a hipercomplexidade está vinculada fortemente com o conceito de globalização, que por sua vez caracteriza-se principalmente pela alta dinamicidade de informações e de tecnologia, vislumbrando a necessidade de respostas epistemológicas condizentes com a sua própria temporalidade e devida sofisticação. “As mudanças que afetam a operação de determinação do tempo tomam uma direção específica quando as sociedades incorporam um número cada vez maior de indivíduos e quando se orientam para uma crescente diferenciação funcional. ”⁹⁸ Para essa orientação, são utilizados referenciais de sentido, próprios de cada sistema social que se dão exclusivamente dentro do tempo.

Uma das maiores conquistas do século XXI está justamente ligada ao tempo, quando a teoria da relatividade de Albert Einstein utiliza-se do princípio de tempo e de espaço proporcionais de Isaac Newton. A descoberta revela que, onde há uma concentração de matéria muito alta – um corpo –, o espaço irá se curvar, ao se passar por perto com uma velocidade incrivelmente grande, como a velocidade da luz. Mas para o espaço curvar-se é preciso que o tempo se curve também. Portanto, percebe-se que o tempo pode ser dilatado em contraponto com o espaço contraído. Sempre que um corpo está mais rápido que o outro, o tempo para o primeiro irá passar mais devagar – quanto mais rápido anda-se menos tempo passa.⁹⁹

Essa concepção de tempo permite fazer percepções quanto a diferentes níveis de tempo que se desenvolvem em cada sistema social. Ou seja, o sistema social da economia realiza suas próprias operações numa velocidade incrível: as principais bolsas de valores

⁹⁸ ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998. p. 75.

⁹⁹ HAWKING, Stephen. **O Universo numa casca de noz**. São Paulo: Mandarim, 2001.

adquirem reações praticamente físico-psíquicas em relação a, por exemplo, escândalos de corrupção na política ou faturamentos falsos de mega-investimentos internacionais. Enquanto isso, o sistema social da religião, com uma abertura cognitiva muito menor, isto é, bem mais voltada para a operação própria (repetição) já estabelecida pela Bíblia, por exemplo, leva muito tempo a produzir diferença; embora métodos contraceptivos sejam socialmente aceitos, ainda observa-se muita resistência da Igreja Católica em aceitar esse tipo de medida social.

O Direito é um mecanismo de controle do tempo, tendo sua existência vinculada ao tempo. O tempo constrói a sociedade. A sociedade, por sua vez, constrói o tempo. E, contudo, o Direito é operacionalizado de maneira predominante por uma racionalidade analítica, entendendo-se como fato social, isto é, regulando toda decisão futura com o passado.¹⁰⁰ A cada tomada de decisão, o Direito, entendido dessa forma, superestima o horizonte temporal do passado. Essa superestima do passado é a consulta imediata, em toda tomada de decisão, a, preponderantemente, legislações, jurisprudências, doutrinas, ou melhor, decisões que já foram, de alguma forma, tomadas anteriormente – fontes do passado.

A sociedade mundial globalizada passa a ter uma noção de tempo instantânea, uma noção de tempo rápida, uma noção de tempo manifestada pelos meios de comunicação, pela informática e pela Internet, enquanto os juristas continuam no texto escrito, no Código, na Constituição. Ou seja, há uma defasagem intensa entre a noção de tempo, a noção de sociedade na dogmática jurídica e o que é sociedade hoje. Assim, há um terrível paralelismo temporal, pois os juristas programam normas para durarem anos, e elas não duram, às vezes, dias¹⁰¹.

¹⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: **Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. p. 309-321. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 317.

¹⁰¹ Idem. O direito na forma de sociedade globalizada. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 197.

Ao se regular decisões futuras com o passado, não se produz diferença, e, portanto, passado e futuro serão uma linha contínua de repetições. Destarte, tomando decisões que não produzem diferença, não se produz tempo, produzindo entre o Direito e a sociedade uma defasagem temporal. Essa defasagem caracteriza, por consequência, uma crise institucional que não tem como encaminhar decisões para questões centrais da sociedade – danos ambientais futuros, clonagem, transgênicos e Internet, nem como gerar “novos direitos”.

Portanto, o sistema do direito global não vem observando sua defasagem temporal, não conseguindo corresponder efetivamente às demandas sociais, isto é, aos problemas relacionados ao tempo e, conseqüentemente, incapaz de superar os atuais desafios propostos pela sociedade. Esse estará, portanto, fadado à progressiva diminuição de efetividade e de poder, colocando em risco a sua sobrevivência¹⁰². Desse modo, na globalização, as decisões têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a idéia do questionamento, de que tem que ligar o passado e, ao mesmo tempo, desligar o passado; de ligar o futuro e, ao mesmo tempo, desligar o futuro, tentando fazer com que o Direito ainda ocupe esse papel¹⁰³.

A hipercomplexidade da sociedade surge justamente nessa dinâmica entre sociedade mundial diferenciada e globalização, na tentativa de uma observação sobre algum sistema social. “Há uma carência muito elevada de capacidade funcional dos diferentes sistemas parciais, pois eles não se apresentam em condições de estruturar ou determinar

¹⁰² LUZ, Cicero Krupp da. Direito, Sociedade e Defasagem Temporal. In: **Anais do V Salão de Iniciação Científica da PUCRS**. PUCRS: Porto Alegre, 2005.

¹⁰³ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. **Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. p. 309-321. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 318.

suficientemente a complexidade.”¹⁰⁴ Por isso, a defasagem temporal é tão importante para a explicação da hipercomplexidade, visto que a observação sobre o observador, sobre o sistema, não se dá de forma simétrica, dificultando as racionalidades e funcionalidades de convergirem operativamente.

Hipercomplexidade pode ser definida como complexidade de segunda ordem, no sentido de que é referindo-se a complexidade ou que estão inscritos na complexidade. Não é minha a afirmação de que a nossa sociedade atual “é” uma sociedade hipercomplexa, mas que hipercomplexidade é uma categoria que pode explicar um número crescente de processos de observação e de comunicação nesta sociedade.¹⁰⁵

Podemos compreender que esse problema se dá justamente na forma, que tem sempre dois lados: operação-observação; a observação da sociedade se dá de forma hipercomplexa. Somente é possível observar o Direito em relação à Política ou à Economia de outro plano, nem o econômico, nem o político ou tampouco o jurídico, precisa ser de um plano sociológico. Esse movimento para “fora” duplica a complexidade. A hipercomplexidade da sociedade é consequência da tentativa de convergir novamente horizontes que se perderam, como o Direito e a Política; então, pode-se perceber o porquê das imensas dificuldades de esses sistemas continuarem sua trajetória autopoietica.

É próprio de todo conceito o fato da co-presença do outro lado da distinção, assim a designação de um dos dois lados converte-se em informação sobre o que foi deixado de lado: a escolha de um em detrimento de outro. É possível observar operações que não são observações¹⁰⁶, pois o outro lado da observação, e também o mesmo, é a operação. “Posto que

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17.

¹⁰⁵ Tradução livre do original: “Hypercomplexity can be defined as second-order complexity, in the sense that it is complexity referring to or being inscribed in complexity. It is not my contention that our current society “is” a hypercomplex society, but that hypercomplexity is a category that can explain a growing number of observation and communication processes in this society.” In: QVORTRUP, Lars. **The Hypercomplex Society**. New York: Peter Lang Publishers, 2003. p. 16.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 105.

qualquer observação só se pode realizar na forma de operar fático (aqui: do comunicar), é nesse nível que acontece o fechamento operacional do sistema da sociedade com a possibilidade de formações estruturais evolutivamente divergentes.”¹⁰⁷

O observador de segunda ordem é o fundamento *operativo* na diferenciação dinâmica e *estrutural* de sistemas funcionais específicos da sociedade. A mesma diferenciação dinâmica operativa do sistema global tem lugar por intermédio da comunicação. A sociedade pode realizar observações unicamente sob a forma de comunicações, não na forma de operações dadas no interior da consciência e, antes de tudo, não na forma de percepções¹⁰⁸.

Toda observação da sociedade é uma operação comunicativa. Ou toda comunicação, jurídica, por exemplo, necessita ser também uma observação. Entretanto, enquanto as observações de primeira ordem são operações, as operações de segunda ordem são observações sobre as operações. Os comportamentos ou fatos do mundo tornam-se operações jurídicas quando comunicações jurídicas são coordenadas pelo código direito/não-direito¹⁰⁹.

Isso denota que uma observação de segunda ordem, sociológica, por exemplo, sobre o Direito, sobre suas operações jurídicas, encontra-se *fora* do sistema do direito, para conseguir sair do paradoxo de que somente a observação pode ser operação e de que toda operação é observação. A observação de segunda ordem, na qual se observa uma sociedade hipercomplexa, possibilita assim ver mais do que o sistema em si pode ver (por exemplo, do direito), assim como contemplar que cada operação do sistema pressupõe uma des-

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “Puesto que toda observación sólo se puede realizar en la forma del operar fático (aquí: del comunicar), es en este nivel donde acontece la clausura operativa del sistema de la sociedad con la posibilidad de formaciones estructurales evolutivamente divergentes.” In: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder, 2007. p. 424.

¹⁰⁸ Idem. La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: BERIAIN, Josetxo (Org.) **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 190.

¹⁰⁹ Idem. **El Derecho de La Sociedad** Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 122-3.

paradoxização da auto-referência e a impossibilidade da apresentação de conclusões lógicas a partir da observação¹¹⁰. Somente o sistema observado pode desparadoxizar a si próprio.

Quando a observação sobre a sociedade é hipercomplexa, a operação comunicativa, ou o outro lado da forma da observação, terá que, necessariamente, enfrentar igualmente os sistemas com dupla complexidade, ou seja, hipercomplexos. Além disso, o outro lado da forma será a duplicação da operação por meio da policontexturalidade.

A policontexturalidade é a construção das operações em zonas periféricas – mas também centrais – em que um sistema consegue re-entrar (*re-entry*) o seu código em um outro sistema, de forma a ter uma maior proximidade entre suas funções, mantendo todas suas estruturas e códigos. A *lex mercatoria* é policontextural, porque está inserida em uma observação hipercomplexa, na qual sistemas diferentes do direito, da economia e da política articulam-se periféricamente no sentido de transformar estruturas e decisões em direito, que não são, *via de regra*, direito.

A lógica policontextural é desenvolvida por Gotthard Günther¹¹¹ a partir de estudos sobre a lógica clássica e contemporânea, conseguindo evoluir em um ponto extremamente complexo das três leis da lógica clássica. Adicionando uma quarta lei, originária de Leibniz, mudou, principalmente, as condições sobre as quais duas leis clássicas eram regidas: do *tertium non datur* – da lei da rejeição do terceiro excluído (LEM) e da lei da não contradição. Assim, conseguiu perceber que existe algo que não está no 0, nem tampouco no 1, isto é, que

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir; **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

¹¹¹ GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. In: **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, pp. 283-306.

transcende, que vai além, mas que permanece entre¹¹².

Para qualquer designação (aceitação, afirmação) ou não-designação (rejeição, negação) da LEM em um ponto de designação – um lugar lógico – tem que existir do qual a designação ou não-designação da situação total com dado por LEM ocorre. Um lugar lógico como esse *ground* tem que estar indicado por um número – um terceiro valor. Esse valor não pode estar localizado entre o verdadeiro e o falso, v. g. entre 1 e o 0 (devido a lei do terceiro excluído) mas além do 1 e do 0, além do falso e do verdadeiro¹¹³.

No caso, se definirmos um domínio lógico – uma contextura – somente para a característica considerada “vermelha” ou “não-vermelha”, então, de acordo com as regras de definição analítica, o *genus proximum* do atributo considerado é a “cor”, que representaria o *apex* na pirâmide de dados pelo *diairesis* (divisão Platônica). A diferença de contexto, que tem como referência o ambiente e a contextura, refere-se à complexidade do sistema. Referir-se à complexidade do sistema implica na quantidade de possibilidades, que obriga a proceder seletivamente. A manutenção da multiplicidade de possibilidades implica que o sentido está sempre vinculado ao plural pela redução de possibilidades, nunca podendo formular-se binariamente, senão, ao menos, ternariamente.

Mas na teoria da policontexturalidade existem não somente muitos *grounds* (ou lugares lógicos que definem as contexturas) mas *grounds*, ou lugares lógicos, ou contexturas são mediadas. Os *grounds* (lugares lógicos, contexturas) tem que ser considerados como um interjogador, como um intercâmbio entre o que é conhecido e o conhecimento, v.g. o conhecimento troca para o conhecer troca com o conhecedor e o conhecedor muda para o conhecer e assim em diante. Em outras palavras, as contexturas não são simplesmente isoladas mas elas são mediadas por novos operadores lógicos. Esses operadores agem nas contexturas, v.g. esses são operações inter-contexturais entre contexturas ou valores locais correspondentes.¹¹⁴

Essa perspectiva faz desaparecer a posição privilegiada de um único observador e enfrenta a realidade sem mitos ou revelações místicas, mas como paradoxo. O Direito

¹¹² GOLDAMMER, Eberhar von. PAUL, Joachim. **Gotthard Günther Annotations** 2004/1. Vordender. Sommer-Eddition 2004. p. 02.

¹¹³ Ibidem p. 08.

¹¹⁴ GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. In: **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, pp. 283-306. 1973.

Internacional nunca se mostrou adepto de hierarquias, tampouco o Direito Privado Internacional. A hipercomplexidade é uma característica da sociedade que traz a essas relações ainda mais força para que instituem novas relações de garantias por intermédio de contratos, de relações técnicas, de leis do comércio internacional – *lex mercatoria* – leis desportivas – *lex sportiva internationalis* – padronização técnica e leis do trabalho internacionais. “Os direitos policontexturais já não conseguem prevalecer sobre o mito político da vontade legislativa e inventam em seu lugar uma ficção, permitindo-lhes fazer passar seus paradoxos nos discursos sociais estruturalmente atrelados aos seus.”¹¹⁵

Ao contrário dos fenômenos similares do contexto do Estado nacional, trata-se de situações históricas em que um direito policontextural pode nascer sem se apoiar no direito positivo existente nem na legislação política, baseando as suas recursões em precedentes fictícios para ocultar o seu paradoxo em discursos não jurídicos.¹¹⁶

A policontexturalidade rompe com a unidade de contexto dos discursos. Não existe mais uma única contextura, modernamente legada ao soberano, ao Estado, porém policontexturas. Não se trata de se referir simplesmente à falta de centro, ou a levantar uma policentralidade, a policontexturalidade é mais radical. “Policontexturalidade é uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas as quais são constituídas por operações entre sistema/ambiente e as quais não compartilham um com a outra.”¹¹⁷

Portanto, o Direito deixa de ser texto e passa a ser comunicação, deixa de ser um único discurso e passa a percorrer diferentes códigos de validação dentro do contexto da globalização. É o paradoxo se re-introduzindo em outras esferas. Assim sendo, se forma um direito mundial a partir das periferias sociais, a partir de zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições nacionais. Esse

¹¹⁵ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787. p. 781.

¹¹⁶ Ibidem. p. 782.

¹¹⁷ Ibidem.

novo direito não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-produção contínua de redes globais especializadas, muitas vezes, formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica.¹¹⁸

O direito policontextural forma-se a partir da introdução de uma ruptura histórica da sociedade hipercomplexa e de sua re-estruturação espaço-temporal pela globalização da sociedade. A policontexturalidade mostra-se como o lado operativo, da própria observação hipercomplexa. Esse lado operativo se realiza pelas organizações, em que são compostas as estruturas da sociedade. Por isso, é impossível definir um objeto da policontexturalidade sem incluir a sociedade, seus sistemas sociais e sua historicidade.¹¹⁹

Portanto, sua autodescrição será a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos e, mais do que isso, dos hiperciclos e da nova indeterminação que a autopoiese provoca. A parte auto-referencial se dá por meio do próprio direito policontextural, que irá determinar, e é determinado por, as suas características iniciais já desenvolvidas e a desenvolver: ruptura com o esquema binário e introdução do multi; ruptura com a lógica clássica e o modelo moderno de Estado.

Dessa forma, estabeleceremos um novo sentido para a *lex mercatoria*; um sentido que esteja dentro das configurações necessárias para uma sociedade globalizada. Esse sentido será necessariamente observado por meio de uma complexidade da complexidade, de uma hipercomplexidade. E descobrirá do outro lado dessa forma uma policontexturalidade, para operacionalizar apenas dentro da sociedade mundial globalizada.

¹¹⁸ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p.16.

¹¹⁹ LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. *Lex mercatoria* e Governança: A Policontexturalidade entre Direito e Estado. **Direitos Culturais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI. Santo Ângelo, EDIURI, 2007. 73- 97. p. 84.

1.4 Os elementos do novo sentido da *lex mercatoria*

A policontextualidade da *lex mercatoria* constrói um novo sentido para os processos de operação e de observação que se comunicam dentro da sociedade. Portanto, é necessário realizar essa reconstrução do sentido anterior para o atual. Da forma que será referida, a teoria jurídica tradicional descreve a *lex mercatoria*, utilizando conceitos com argumentos relacionados principalmente à doutrina francesa dos anos 1960, a que estão relacionados Berthold Goldman¹²⁰, Philippe Kahn¹²¹ e Philippe Fouchard.¹²²

A experiência mostra que muitas vezes eles não procuram um direito Estatal ou em um tratado internacional, mas um “direito costumeiro” do comércio internacional – *lex mercatoria* –, da qual seria inútil a procurar se eles a encontram ou a formulam. As duas atividades estão intimamente interligadas, já que cada vez um juiz exerce essa atividade.¹²³

As características da antiga *lex mercatoria*, que são trabalhadas pela doutrina, estão ligadas a um racionalismo da matriz analítica (neo-positivista) que valora demais o debate entre papel do Estado e uma simples troca por uma produção dos comerciantes e empresários. Ou seja, observa-se uma grande incompatibilidade e limitações entre as relações da *lex mercatoria* e sua sociedade. A sociedade mundial global não tem espaço para conseguir

¹²⁰ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, n. 09, p.177-192, 1964.

¹²¹ A *lex mercatoria* seria, pois, essencialmente um direito corporativo de índole consuetudinária – o direito da sociedade internacional dos comerciantes. In: KAHN, Philippe. *La vente commerciale internationale*. **International & Comparative Law Quarterly**, V. 11 : 614-618. Cambridge University Press. 1962.

¹²² Ver em FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999.

¹²³ Tradução livre do original: “L’expérience atteste que fréquemment, ils ne le chercheront pas dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un ‘droit coutumier’ du commerce international – *lex mercatoria* – dont il serait vain de chercher s’ils la constatent ou l’élaborent, car les deux démarches sont intimement mêlées, comme chaque fois qu’un juge exerce une telle activité”. In: GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, n. 09, p.177-192, 1964. p. 183,

produzir novos sentidos dentro de uma visão em que não estejam abarcadas todas suas possibilidades. Para tanto, é necessária uma desconstrução – e uma re-construção – desses novos elementos, para um novo sentido, por meio da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, dos seguintes elementos¹²⁴:

Doutrina tradicional	Elementos	Policontexturalidade
1. Direito sem Estado	<i>Validade</i>	1. Direito heterárquico
2. <i>Droit Corporatif</i>	<i>Legislação</i>	2. Acoplamentos estruturais
3. <i>Contract sans loi</i>	<i>Normatividade</i>	3. <i>Soft law</i>
4. Direito Constuetudinário	<i>Fundamentação</i>	4. Episódico

Os elementos *validade, legislação, normatividade e fundamentação* também fazem parte de uma matriz analítica. Entretanto, esses são úteis, como síntese pragmática do objetivo de desconstrução do que chamamos de “doutrina tradicional” da *lex mercatoria*, sendo as características que ainda são atribuídas e que serão desconstruídas a cada reconstrução dos novos elementos. A desconstrução/reconstrução desses será realizada brevemente, para, no próximo capítulo, ser reconstruída de forma estruturada.

A *lex mercatoria* foi desenvolvida a partir de comerciantes, de um direito de classe, como se observou na evolução da *lex mercatoria*. O sistema da política nunca teve participação nesse processo, até positivizar todas as expectativas normativas da *lex mercatoria* em códigos comerciais, ou seja, até tornar todas as regulações internacionais em nacionais.

¹²⁴ O posicionamento crítico a respeito disso está em: TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28.; TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**. 5(2): 199-217; The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787.

A relação entre Direito-Estado é propriamente moderna e neo-positivista. Portanto, a primeira relação realizada sobre a *lex mercatoria* é um Direito sem Estado: “a *lex mercatoria* é hoje extenso conjunto de regras emanado de entidades particulares, organismos internacionais, ou de origem convencional de natureza ‘quase legal’, que atua desvinculada das jurisdições específicas ou de sistemas legais de qualquer país”.¹²⁵

Dessa forma, estabelece-se o paradoxo de um Direito sem Estado, tendo em vista que a busca por uma *validade* está sempre dentro da busca por uma hierarquia de normas que se auto-valida pela figura do Estado. Todo Direito precisa modernamente ter assegurada uma norma fundamental ou uma regra secundária. Mas o Direito é auto-criado, é auto-produzido, auto-referente e, por isso, se auto-valida pelo código binário. Esse Direito sem Estado é a sua prerrogativa global, a necessidade de uma regulação jurídica dentro de uma sociedade mundial, dentro de um contexto de globalização e transnacionalidade. “A *lex mercatoria*, como o *ius gentium*¹²⁶ e os princípios gerais de direito, funcionava como o direito de todos os Estados e, portanto, a lei de nenhum Estado, em especial, uma lei sem um determinado Estado, mas não uma lei separada dos Estados em geral.”¹²⁷

Nessa sociedade hipercomplexa, o sistema do direito fica em um impasse institucional em virtude do contraste entre a alta globalização dos sistemas sociais, como a economia, e a insuficiência da globalização política simplesmente institucionalizada. O sistema da política não consegue suportar a pressão de seu acoplamento estrutural com o Direito. Geram-se,

¹²⁵ STRENGER, Irineu. **Direito Comércio Internacional e Lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 145

¹²⁶ Ver nota 32. IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano** Historia e Instituciones. 11ª edição. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997. p. 98.

¹²⁷ Tradução livre do original: “*Lex mercatoria*, like jus gentium and general principles of law, was like the law of all states and therefore the law of no state in particular; a law without a particular state, but not a law detached from states at large.” In: MICHALES, Ralf. The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 14 N. 2 Summer 2007. p. 454.

dessa forma, formas jurídicas globais diferentes para a economia, mas elas são estranhas a toda a legislação, constituição ou hierarquia.¹²⁸

Quando a moldura do Estado-hierarquia com legislações políticas constitucionalmente legitimadas no seu topo é quebrada sob as pressões da globalização, então a nova moldura, que substituirá o antigo quadro da hierarquia só poderá ser heterárquica: essa usará a distinção entre centro/periferia para produção da norma jurídica.¹²⁹

Portanto, ocorre a transição de uma concepção de Direito sem Estado, em que se preserva o Estado-hierarquia em uma estrutura jurídica e social e em que o fundamento está nessa hierarquia Estatal, para um elemento de sentido heterárquico, em que a fundamentação será autopoietica por códigos binários, paradoxos e re-entradas (*re-entry*). Será observado que não necessariamente o Estado mas o sistema político participará do processo desse Direito também.

A *lex mercatoria* também é descrita por ser construída pelo *droit corporatif*, ou seja, por um direito de classe, tendo em vista a exclusão (ao menos parcial) da participação do Estado, de normas Estatais, na constituição desse sentido. Pode-se entender “por nova *lex mercatoria*, um direito criado pela classe empreendedora, sem a mediação do poder legislativo dos Estados”.¹³⁰

A legislação produzida sobre a *lex mercatoria* estava relacionada com um direito de classe, como foi durante o período anterior ao Estado. Suas fontes são múltiplas, tanto

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997 .p.763–787. p. 772.

¹²⁹ Tradução livre do original: “When the frame of rule-hierarchy with constitutionally legitimated political legislation at its top breaks under the pressures of globalization, then the new frame which replaces the old frame of hierarchy can only be heterarchical: it uses the distinction between centre/periphery of legal norm-production”. In: Idem. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**. 5(2): 199–217 p. 207.

¹³⁰ Tradução livre do original: “Per la nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati”. In: GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 238.

provindas de organizações propriamente mercantis quanto de universidades, organizações ligadas à regulação do comércio ou ainda organizações ligadas a Estados. Portanto, a *lex mercatoria* é, novamente, confrontada a ser vista na sua hipercomplexidade de fontes, sendo melhor observada por meio de sistemas sociais e de seus *acoplamentos estruturais* com processos econômicos globais.

A *lex mercatoria* pode representar parte do Direito econômico global, que opera na periferia do sistema jurídico em *acoplamento estrutural* com empresas e transações econômicas globais. Representa um ordenamento jurídico *para-legal*, criado à margem do direito, nas interfaces com os processos econômicos e sociais.¹³¹

Nesse sentido, seguiu-se a primeira (e ainda principal) doutrina brasileira sobre a matéria, relatando que a *lex mercatoria* estaria justamente ligada à circunstância de ela ser uma reação ao *status quo* criado pelos sistemas nacionais que demonstram inaptidão para reger as relações econômicas internacionais, tornando-se grande fonte, a contrário *sensu* da *lex mercatoria*.¹³²

Dessa forma, o eixo da classe irá se deslocar para os acoplamentos estruturais (entre os sistemas do Direito, da Economia e da Política) como formas de produção de programas, isto é, organizadores das fontes atuais da *lex mercatoria*, como um novo elemento para a policontextualidade.

O *contract sans loi* é caracterizado pela referência à ausência de Estado que, de alguma forma, já é um traço relacionado a uma forma de pensamento jurídico, que pressupõe

¹³¹ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 19.

¹³² STRENGER, Irineu. **Direito Comércio Internacional e Lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 148.

uma lei (como força Estatal) para garantir uma normatividade ou, ainda melhor, uma efetividade desse contrato. “O modelo tradicional de *contract sans loi* poderia ser melhor explicado como cada contrato individual comercial pode criar sua própria ordem legal não-nacional.”¹³³

Entretanto, a maioria dos modelos de contratos liberados pela *International Chamber of Commerce* – CCI invoca expressamente a *lex mercatoria* como um corpo de princípios jurídicos que regem o direito aplicável ao contrato.¹³⁴ Hoje, os advogados do comércio internacional têm a opção de selecionar algo semelhante a um contrato jurídico não-nacional, em vez da legislação nacional, que regerá as suas relações.¹³⁵

A *lex mercatoria* inclui normas e instituições Estatais e não-Estatais; se existe um sistema autônomo jurídico de comércio, então ele transcende a divisão entre direito Estatal e não-Estatal.¹³⁶

A *lex mercatoria* do mercado mundial e outras práticas jurídicas “isentas de Estado” fizeram surgir dúvidas até então tão bem reduzidas ao silêncio: produzem um direito global sem Estado, tanto para lá das ordens jurídicas nacionais como além do direito tradicional dos povos, que se baseia em convenções entre Estados. A globalização do direito desencadeia uma massa de fenômenos jurídicos, impondo-se à prática do direito, que não pode incluí-los ou excluí-los da sua hierarquia normativa.¹³⁷

¹³³ MICHALES, Ralf. The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 14 N. 2 Summer 2007. p. 450.

¹³⁴ GOFF, Pierrick Le. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. **Indiana Journal of Global Legal Studies** Vol. 14 N.1, 2007. 119-1445. p. 126.

¹³⁵ SWEET, Alec Stone. New *Lex mercatoria* and transnational governance. **Journal of European Public Policy**. 13:5 August 2006: 627–646. p. 633.

¹³⁶ MICHALES, Ralf. Op. Cit. p. 466.

¹³⁷ TEUBNER, Gunther. The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787. p. 775.

Por meio do *contract sans loi*, a doutrina tentava fazer curvas teóricas para compreensão de um Direito sem Estado. Entretanto, não há como brigar com a realidade. Os contratos são realizados sem que haja qualquer Estado atribuindo validade e, mesmo assim, são considerados válidos. O problema, portanto, não está nos “contratos sem direito”, mas em aceitar o paradoxo de uma força *soft*, de regras sem a execução estatal, a *soft law*.

Para compensar essa estruturação, a *lex mercatoria* terá a característica de ser *soft*, a chamada *soft law*. “A substância normativa é extremamente indeterminada.”¹³⁸ A *soft law* será uma forma de formulação de uma normatividade sem Estado e sem, à primeira vista, sanção.

A *lex mercatoria*, como um direito consuetudinário, é descrita na forma de um conjunto de princípios e de regras costumeiras, espontaneamente referido ou elaborado no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular ou lei nacional. É desenvolvido em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovado e observado com regularidade.¹³⁹

Entretanto, a *lex mercatoria* dos mercadores, da era medieval, não é a mesma *lex mercatoria* da globalização. O direito consuetudinário dá uma ênfase desigual à construção da identidade, isto é, do passado da *lex mercatoria* como um argumento para sua institucionalização. Dessa forma, “a *lex mercatoria* deve ser entendida como corpo de normas

¹³⁸ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 25.

¹³⁹ CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 289-90.

costumeiras, fundadas em princípios gerais de direito e na boa-fé que presidem os negócios internacionais”.¹⁴⁰

Existem muitas dificuldades em transcorrer a *lex mercatoria* como costumeira. Desde que o direito moderno positivou toda a tradição costumeira, fica quase inviável “comprovar a legitimidade do direito consuetudinário sob as condições gerais do direito positivado nos tempos modernos”.¹⁴¹

Essa característica, na verdade, indica um caráter e um sentido *episódico*¹⁴² dentro da *lex mercatoria*. Esse sentido indica uma relação com o tempo da sociedade, acelerado devido à globalização, mais adequado às necessidades sociais. Portanto, a *lex mercatoria* poderá ser retratada como construída por decisões jurídicas, por casos *episódicos*, porém não, costumeiramente, induzindo a ter uma relação direta com a sua tradição, o que não acontece. A *lex mercatoria* global consiste em episódios concatenados de modo relativamente tênue, por meio de uma multiplicidade de regimes contratuais, de contratos-tipo e de cortes arbitrais.

Os novos elementos da policontextualidade da *lex mercatoria* são formas de estruturação de um sentido para uma sociedade hipercomplexa: a auto-fundamentação pela heterarquia; as múltiplas fontes dos acoplamentos estruturais entre direito, economia e política; a normatividade *soft law*; e o caráter temporal episódico das decisões em cortes arbitrais, contratos-tipos.

¹⁴⁰ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofoli. *Fontes do Direito do Comércio Internacional: a Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 66.

¹⁴¹ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 11.

¹⁴² *Ibidem* p. 24.

Esses novos elementos serão encadeados, estruturados sistemicamente no próximo capítulo, de forma a dar o sentido com maior detalhamento analítico conjuntamente com os elementos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

2 O PARADOXO DA *LEX MERCATORIA*: A AUTONOMIA NA POLICONTEXTURALIDADE

O paradoxo da *lex mercatoria* é a própria condição de autonomia adquirida devido aos quatro elementos de seu novo sentido, que são construídos por meio da forma da policontexturalidade. Esses elementos possibilitam condições e possibilidades novas ao encontrar e ao enfrentar o que não poderia ser construído: um Direito sem Estado, um Direito com múltiplas fontes, um Direito sem sanção e um Direito sem interligação e sem, assim, fundamentação. Esses, ainda, formam a estrutura da *lex mercatoria*, dão sua autonomia. São de alguma forma também quatro paradoxos, quatro perguntas que a operação da *lex mercatoria* enfrenta no momento em que precisa justificar suas operações no decorrer de situações de observação e de ocultação de paradoxos por meio de observações de segunda ordem, nesse caso, sistemicamente sociológicas.

O direito é fundado em paradoxos. Desde que constituído e designado como tal e, por ele mesmo, distinguido de outras coisas, o direito duplica-se, reafirma-se enfaticamente: direito é direito. Essa primeira afirmação, mediante a introdução de uma negação, é convertida em um paradoxo: o direito de uma parte é um não-direito da outra¹⁴³. Portanto, teríamos sempre o direito de um e o não-direito de outro, ambos dentro da sociedade. Esse é o começo da introdução do código do direito: direito e não-direito.

Mediante outra negação, essa forma conduz a um antagonismo: o direito de um não é o não-direito-do-outro, de maneira que tanto aquele, que está em-seu-direito, como aquele,

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 226.

que não está em-seu-direito, podem e devem contar com esse *estatuto*, no sentido temporal e no contexto social. A afirmação de que alguém que está em seu direito estará, ao mesmo tempo, em seu não-direito, é uma contradição impedida pela lógica¹⁴⁴. Isso pode ser observado dentro de questões em que é importante ao direito que certas questões sejam jurídicas, ainda que anti-jurídicas, como observa-se nas ilicitudes do código penal.

Portanto, esse antagonismo fica finalmente excluído mediante condicionamentos, e não, senão até então, se desdobra a tautologia ou dissolve-se o paradoxo: direito é direito, isto é, direito não é não-direito, quando se cumprem as condições indicadas nos programas do sistema jurídico¹⁴⁵. Os programas serão justamente os condicionamentos que o código penal coloca dentro da sociedade para definir as expectativas e possibilidades de observação do direito e do não-direito.

Entretanto, das três matrizes jurídicas¹⁴⁶ surgidas após o fim do direito natural, a matriz analítica e a matriz hermenêutica trataram de criar sistemas de ocultação dos paradoxos¹⁴⁷. A matriz analítica, que comporta os aspectos neopositivistas e normativistas do direito, pode ser representada, nesse caso, por um de seus criadores, Hans Kelsen. E a matriz hermenêutica, procurando abrir o direito para a sociedade por meio da inclusão de aspectos morais e políticos pela interpretação, por seu maior pensador, Herbert Hart. Ambas as matrizes buscaram traçar mecanismos que conseguissem, momentaneamente, vencer e ocultar o paradoxo do direito.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 226.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 227.

¹⁴⁶ As três matrizes são: matriz analítica, matriz hermenêutica e matriz pragmático-sistêmica. Conforme: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes jurídicas. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 93.

¹⁴⁷ Sobre a histórica ocultação e desvelamento dos paradoxos no direito, consultar: LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 45-52.

Essas duas matrizes jurídicas têm essa preocupação, da mesma forma que seus autores, pois estão localizados no período de aceitação da incerteza somente como forma de busca pela certeza científica, no decorrer da modernidade. A transposição para a modernidade transformou radicalmente o conceito de Estado e de direito. A formação dos Estados nacionais e, mais tarde, das repúblicas democráticas possibilitou a distinção entre legislação e administração da justiça, conseguindo distanciar-se do direito natural. “Essas sociedades poderiam ver a sua ordem como ordem natural, podendo por esse motivo caracterizar alternativas como desordem.”¹⁴⁸ Por isso, a evolução jurídica está intimamente ligada ao fato de usar criativamente os paradoxos, de forma a criar princípios para suprir eventuais injustiças auto-geradas temporalmente pela terceira questão¹⁴⁹.

O paradoxo torna-se fundamental justamente quando a sociedade aceita-se como temporalmente dinâmica, passível de mudanças, da mesma forma que o direito. Isso é problematizado com clareza a partir da modernidade. O que demonstra que o problema fundamental para o direito, então, não é encontrar e identificar o motivo máximo ou a razão que justifique sua existência, mas sim suprimir ou atenuar o paradoxo no qual um observador com tendências lógicas ou com um grau suficiente de insatisfação poderia ver e articular a qualquer hora.¹⁵⁰

O código do sistema jurídico (direito/ não-direito)¹⁵¹ permite ao sistema estruturar-se de forma autônoma, permite um processamento da complexidade em redução, porém com a

¹⁴⁸ A terceira questão é a alusão que Niklas Luhmann utiliza para se referir à própria evolução jurídica como forma de observar os paradoxos auto-criados nas operações jurídicas. Consultar: LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 48.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 49.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 46.

¹⁵¹ O código utilizado por Luhmann *recht / nicht recht* refere-se ao pertencente ao direito e/ou contrário ao direito. Nós utilizaremos *direito/ não-direito*.

compensação de se estar mais isolado e indeterminado. Só o sistema do direito pode dizer o que está no sistema do direito e o que está fora dele. A policontextualidade é a forma de reintrodução, de reentrada (*re-entry*) do código do direito em outros sistemas que não compartilham originariamente os códigos funcionais daquele próprio sistema, em decorrência de uma sociedade hipercomplexa.

Esse código permite a construção de uma auto-referência localizada dentro dos sistemas. Dentro do primeiro “corte”, o lado de dentro – o direito – torna-se exclusivamente preocupado com suas próprias operações. Assim, não se pode distinguir operação e resultado. Cada operação de um sistema tem que se apoiar sobre pressupostos – que não podem ser colocados em questão com essa própria operação¹⁵². Por isso, surgem paradoxos nos quatro elementos comunicativos do sentido da *lex mercatoria* para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos: a heterarquia; acoplamentos estruturais; o *soft law*; e o episódico. Todos esses elementos, observados sociologicamente, apresentam paradoxos na observação de segunda ordem, mas são imediatamente operacionalizados por meio da policontextualidade, de forma autônoma.

A autonomia jurídica é uma condição para o direito se auto-reproduzir, ou seja, o fechamento do direito para si mesmo é *conditio sine qua non* para a solução de problemas estruturais internos de auto-observação, autodescrição e, por fim, auto-reprodução do direito complexo, que necessita de aparatos doutrinários e jurisprudenciais sofisticados, com uma racionalidade e linguagem próprias.

¹⁵² LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir. **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

O direito autônomo fechado operativamente proporciona mecanismos de evolução mais dinâmicos para uma sociedade, também fechada em si mesmo, operando em escalas de auto-reprodução muito altas. Isso não significa que autonomia é isolamento e que fechamento operacional é fechamento do sistema. Há aberturas cognitivas. Muitas vezes há um problema que se configura na impossibilidade doutrinária de compreender o fechamento operacional e a autonomia jurídica como tal, não se percebendo que o desafio central está em empreender esforços no desenvolvimento dos mecanismos de abertura cognitiva dos sistemas sociais, no caso, do sistema autopoietico do direito e de suas estruturas de decisão, desde doutrinárias e procedimentais do foro até as estruturas comunicativas da sociedade.

O sistema do direito seleciona certas informações a partir de sua estrutura (também em evolução e sensível a auto-reproduções) e assim dá início a uma operação de retro-alimentação que, de alguma forma, atualizará os elementos do sistema e suas estruturas. Entretanto, essa abertura cognitiva para o ambiente, para o externo ao campo jurídico, não está definitivamente demonstrada ou, ainda, de forma mais clara: os acoplamentos estruturais do direito com a sociedade não se mostram suficientes para certas demandas sociais.

Isso acontece com a *lex mercatoria*. Dessa forma, por meio da construção dos quatro elementos comunicativos da *lex mercatoria*, desparadoxar-se-ão os paradoxos do sentido da *lex mercatoria*, sendo possível chegar a uma observação sociológica desse fenômeno jurídico, com os pressupostos já descritos no capítulo anterior, na unidade entre a hipercomplexidade e a policontextualidade, para que seja possível uma operação e, assim, mais uma vez a superação do paradoxo da autonomia da *lex mercatoria*.

2.1 Heterarquia Jurídica: o código e seu *re-entry* como auto-fundamentação da quebra da hierarquia jurídica do *Direito sem Estado*

O paradoxo da heterarquia jurídica da *lex mercatoria* tem como problema a relação da validade de um direito que não tem uma hierarquia jurídica utilizada pela racionalidade das matrizes analíticas e hermenêuticas do Direito. A solução desse paradoxo do direito é a sua própria condição futura: a utilização dos códigos binários por sistemas funcionalmente diferenciados. E, no caso do problema heterarquia/hierarquia, eles serão também a possibilidade de sair do paradoxo de um Direito sem Estado ou de um Direito sem Direito.

Quando a moldura do Estado-hierarquia com legislação política constitucionalmente legitimada no seu topo “quebra” sob as pressões da globalização, então, a nova moldura, que substitui a antiga moldura da hierarquia, só pode ser heterárquica: ela usa a distinção entre centro / periferia na produção da norma jurídica.¹⁵³

Para a matriz analítica, todas as normas, cuja validade pode ser conduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa, ligada à legitimação do Estado, da Constituição, “quebrada” pela globalização, ou melhor, pela hipercomplexidade.

O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental), na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema.¹⁵⁴

¹⁵³ Tradução livre do original: “When the frame of rule-hierarchy with constitutionally legitimated political legislation at its top breaks under the pressures of globalization, then the new frame which replaces the old frame of hierarchy can only be heterarchical: it uses the distinction between centre/periphery of legal norm-production”. In: TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lex mercatoria**. *European Journal of Social Theory*. 5(2): 199–217. p. 207.

¹⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da Teoria Jurídica. In: *Epistemologia Jurídica e Decisão*. 2^a ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 97.

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental dessa ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa¹⁵⁵.

Portanto, a base de fundamentação da matriz analítica passa pela norma fundamental. Essa é a ligação hierárquica, da qual o sistema do direito é pressuposto. “Em Kelsen, a criação de uma norma jurídica sempre é regulada por outra norma jurídica superior e, assim sucessivamente, até atingir o topo: o fundamento de validade do ordenamento.”¹⁵⁶ Dessa forma, sustenta-se um senso comum teórico, que é amplamente sustentado pelo pensamento neopositivista que acredita que o fundamento de validade das suas normas está na norma superior; ora, hoje, na Constituição. Os operadores do direito, grande parte da doutrina e da jurisprudência não questionam a validade de uma norma em vigência. E justamente essas decisões são argumentações de uma norma mais válida (forçando o termo) que outra.

A hierarquia das normas jurídicas, em que normas inferiores são legitimadas por normas superiores chegando até as normas constitucionais, elas próprias legitimadas pelo soberano democrático, faz figura de ilusão grandiosa mascarando os paradoxos do direito.¹⁵⁷

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

¹⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 74.

¹⁵⁷ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787. p. 781.

A matriz hermenêutica tem algumas diferenças, como se observa em Herbert Hart, que tenta, pela via contrária, pela prática social da regra de reconhecimento, encontrar o fundamento das normas, enfim do direito. Na maior parte dos casos, a regra de reconhecimento não é enunciada; todavia, a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas. Evidentemente que, quando isso acontece pelas autoridades, como pelos tribunais, é diferente, pois o que dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhes é conferido por outras regras. As regras, portanto, não são, necessariamente, enfaticamente pronunciadas, mas utilizadas à medida que se compreenda a necessidade¹⁵⁸.

Essa recepção na *lex mercatoria* é percebida por meio dos contratos estabelecidos entre os sistemas do direito e da economia. Os contratos estabelecem uma hierarquia interna própria de regras contratuais. Eles contêm não apenas “regras primárias”, no sentido de Hart, que regulam o comportamento das partes, porém também “regras secundárias”, a sua identificação, sua interpretação e os procedimentos para resolver conflitos. Então, o paradoxo de auto-validação ainda existe, entretanto está desvelado na separação por níveis hierárquicos de regras e de meta-regras. As meta-regras são autônomas como contra as regras, apesar de ambas terem a mesma origem contratual. A hierarquia é envolvida, desordenada, mas isso não impede o mais alto escalão de regular o mais baixo¹⁵⁹.

Em ambos os casos, tanto na matriz analítica quanto na matriz hermenêutica, a formação de uma hierarquia dentro do direito, como forma de fundamentação, é uma

¹⁵⁸ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

¹⁵⁹ TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**. 5(2): 199–217. p. 212.

ocultação do paradoxo do direito. No último caso, é direito aquilo que a sociedade reconhece como direito. A sociedade diz o que é direito por meio da regra secundária de reconhecimento ou se estiver de acordo com a norma fundamental. Sempre que as regras primárias forem válidas, existem simultaneamente regras secundárias, como, por exemplo, as leis que atribuem validade a uma decisão jurídica ou a um mandado de prisão expedido por um juiz, que são válidas. Considerando-se a tradição do *common law*, em que o papel atribuído aos tribunais é talvez mais ativo na transformação jurídica do que na tradição do *civil law*, a atribuição de validade pode ser empiricamente muito bem mascarada pelos tribunais e órgãos competentes para tanto. Ou seja, tem-se a impressão de que o direito realmente existe por meio de uma auto-validação da sociedade. Contudo, veremos que é simplesmente uma cortina de fumaça: o direito é que diz o que é direito e não-direito – por intermédio de seu código.

O direito, a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos – agora, na matriz pragmático-sistêmica –, é um sistema que se apresenta como um jogo de diferenças normativas e cognitivas, como uma transformação em variação contínua de normas e de princípios inenarráveis no seu conjunto, como uma interação de atos jurídicos recursivos, cujas mudanças dependem de ambientes variáveis. Além disso, está configurado dentro de uma estrutura de diferenças binárias que encontra na codificação binária de direito e não-direito sua primeira diferenciação com a realidade.¹⁶⁰

Embora o observador possa ficar paralisado por alguns instantes com a descoberta, ou a surpresa, da observação do paradoxo, os sistemas não ficam bloqueados pela lógica. A desparadoxização ocorre de muitas maneiras, sendo percebida historicamente. “A

¹⁶⁰ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787. p. 782.

chave reside na chamada desparadoxização dos paradoxos, ou seja, na aplicação criativa dos paradoxos, na transformação de uma informação infinita em finita e de uma complexidade indeterminada numa complexidade determinada.”¹⁶¹

Para sair desse paradoxo, a sociedade implica-se numa contínua interpretação dos padrões resultantes, como uma estrutura de ordem, como um desenvolvimento morfogenético do sistema, procurando obter soluções sociais para a auto-referência pela ocultação e pela neutralização dos paradoxos, reinterpretando-os como uma contradição pura e simples ou com o auxílio de outras técnicas de “desparadoxização”.¹⁶²

A *lex mercatoria* é a comunicação jurídica que se auto-reproduz em dimensões globais, fechando as suas fronteiras mediante recurso ao código binário “direito/não-direito”, e reproduz a si mesma mediante o processamento de um símbolo de vigência global: o primeiro, distinguindo o código de direito global dos processos econômicos; e o segundo delimita o global dos fenômenos jurídicos nacionais e internacionais.¹⁶³

Uma dessas técnicas de desparadoxização encontra-se, por exemplo, na hierarquia das fontes do direito, cujo cume, mesmo hoje, para alguns, permanece escondido na penumbra de um direito natural ou divino, constituindo, de resto, um bom símbolo dessa latência. Escondida, embora por momentos, a autoreferência não deixará jamais de ameaçar com a sua aparição.¹⁶⁴

¹⁶¹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. p. 24.

¹⁶² LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 48.

¹⁶³ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 20.

¹⁶⁴ Idem. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 26.

Portanto, a *lex mercatoria* não pode (não consegue) desparadoxizar o paradoxo dessa forma hierárquica, pois tem múltiplas fontes dentro da sociedade, fazendo, muitas vezes, com que não se consiga observar onde está a *lex mercatoria* na nebulosa indiferenciação mundial que o sistema da sociedade mundial enfrenta com a chegada da globalização e de desenvolvimentos da tecnologia (sistema da ciência) e com o sistema da economia: entre a unidade da hipercomplexidade e policontextualidade. Dentro dessa sociedade, não há uma norma secundária global, uma norma fundamental global, para determinar hierarquicamente o que é a *lex mercatoria*. Essa somente poderá ser operacionalizada por meio de uma função realizada pelo código binário do sistema do direito, definindo o direito do não direito de toda a sociedade, tanto quanto, a partir disso, a programação, a estrutura e a decisão da *lex mercatoria*.

Portanto, o código binário está ligado à função do direito. Essa função produz um esquema binário segundo o qual as expectativas normativas, independentemente de sua origem, ou cumprem-se, ou se frustram. Ambas as possibilidades acontecem, e o direito reage de maneira diversa em cada uma delas¹⁶⁵. A aplicação a si mesmo do código binário do direito faz a distinção direito e não-direito. Esse código, no primeiro momento, paralisa o observador, provocando uma oscilação sem fim¹⁶⁶.

Dessa forma, esse código define a primeira seleção do sistema jurídico, que, no mesmo momento, estará definindo tudo o que não é direito; nesse caso, o ambiente é a sociedade menos o direito. Esse código é muito importante porque permite ao direito

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Editorial Herder, 2005. p. 224.

¹⁶⁶ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review**, Volume 31. Number 4. 1997. p.763-787. p. 789.

desenvolver toda a sua autonomia, necessária para uma contínua evolução complexa de acordo com a sociedade.

De fato, o direito, ao decidir sobre os conflitos sociais, aliena-os, fazendo-os repousar sobre as ficções por ele mesmo produzidas. A chave para a compreensão dessa alienação está no fenômeno do *re-entry*, transmitindo o símbolo da validade jurídica de uma norma a outra¹⁶⁷.

O *re-entry* é a re-entrada da fórmula do código do direito nele mesmo. Isto é, uma dupla entrada do código: a partir da distinção inicial do direito/não direito, tem-se a diferenciação funcional entre sistema do direito e sociedade; a partir da segunda distinção, tem-se o *re-entry* dentro do primeiro direito, fazendo até mesmo a distinção parecer-se com a questão do lícito / ilícito.

Este *re-entry* permite uma generalização, uma expansão da distinção lei/política para a distinção Direito/outros campos sociais. A substituição de molduras, da hierarquia para centro/periferia, permite-nos reconhecer outros tipos de produções sociais de regras como o direito, mas apenas sob a condição de que sejam produzidas na periferia do sistema jurídico em acoplamento estrutural com processos sociais externos de formação de regras.¹⁶⁸

Se há uma complexidade externa que provoca irritações ao sistema e uma construção interna, hetero-referencial, do externo ao interior do sistema, isso tudo somente pode ser capturado pela observação; é nela que se instaura o paradoxo. Isso porque o paradoxo instala-se ao se operar, ao mesmo tempo, com um externo externo e

¹⁶⁷ TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais valia social do décimo segundo camelo. p. 149-150. In: ARNAUD, André Jean; LOPES Jr., Dalmir (orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 110.

¹⁶⁸ Tradução livre do Original: “This re-entry allows for a generalization, an expansion of the distinction law/politics into the distinction law/other social fields. The replacement of frames, from hierarchy to centre/periphery, allows us to recognize other types of social rule production as law production, but only under the condition that they are produced in the periphery of the legal system in structural coupling with external social processes of rule-formation”. In: TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lex mercatoria**. **European Journal of Social Theory**. 5(2): 199–217. p. 207.

um externo interno, havendo constantemente oscilação de um para outro, o *re-entry* do sistema conduzindo a uma ambigüidade de referências, que não deixa jamais claro onde está o sistema e onde está o ambiente¹⁶⁹.

Assim, é possível dizer que a autonomia do direito é fruto do código “primário” direito/ não direito. Essa autonomia possibilitará tomadas de decisões jurídicas com maior liberdade ao jurídico, sem tanta interferência da economia ou da política ou da religião. O sistema é autônomo pelo fato – ou pela efetuação – da auto-limitação de seu valor central do Direito em um código binário, que regula as expectativas contrafactualmente mantidas¹⁷⁰. Entretanto, os sistemas sociais funcionalmente diferenciados têm, dentro de si, um segundo código, mas ainda o mesmo. Para fazer possível uma leitura diferenciada dos fatos sociais do direito, é necessária a re-entrada do código do direito no código do direito.

Essa retomada da *lex mercatoria*, isto é, sua evolução numa recolocação da hipercomplexidade em relação à sociedade, fará com que o paradigma moderno da teoria do direito, em que o direito e a política estão envolvidos com acoplamentos estruturais muito fortes, principalmente no que se refere à Constituição Federal, seja questionado. Surge o paradoxo da hierarquia, o terceiro excluído, de maneira espontânea como fato modificante, como questionamento de segunda ordem para a possível modificação do sistema.

¹⁶⁹ MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios**: formas de construir e desconstruir os sentidos da comunicação. Nova Teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004. p. 521.

¹⁷⁰ CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 118.

Desde as primeiras aparições da *lex mercatoria* até a sua atual formação, não há fundamentação no ordenamento jurídico em uma matriz analítica, tendo em vista a inexistência de uma norma fundamental¹⁷¹ e global e a inexistência de uma regra secundária global¹⁷², ou ainda pela simples dificuldade funcional de decisões políticas internacionais com acoplamentos estruturais suficientemente fortes que realizassem uma comunicação direta com a *lex mercatoria*.

Portanto, é necessário enfrentar esse paradoxo: um direito sem direito. Ou, mais detalhadamente, um direito autônomo (*lex mercatoria*), em que o direito moderno não teria em sua estrutura de elementos possibilidades de seleção para essa variante tão diferente, como a *lex mercatoria*. Essa falta de chão, de alicerces para sua própria existência, irá, entretanto, propor que a *lex mercatoria* não fique paralisada pelo paradoxo, mas que se fundamente na sua auto-validação, pela forma da policontextualidade.

A policontextualidade da *lex mercatoria* força uma auto-constituição de seus elementos, fazendo com que, mesmo sem uma hierarquia jurídica, esse direito emergente cumpra sua função de gerar expectativas normativas para o comércio transnacional, mesmo que para isso seja necessário criar um direito sem Estado. O Estado é justamente o que dá força e validade ao direito moderno, por isso a *lex mercatoria* não tem fundamentação no ordenamento jurídico; todavia, terá outros elementos que integrarão essa idéia de direito autônomo: a *soft law*, a episodicidade e os acoplamentos estruturais.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁷² HART, Herbert. **O conceito de direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

A *lex mercatoria* rompe duas vezes com o tabu da unidade do Estado e do direito: primeiramente, sua afirmação somente se dá por meio de disposições jusprivatistas (contratos e fusões), que poderiam produzir direito vigente, sem autorização ou controle por parte do Estado; e em segundo lugar, reivindica validade entre os Estados-nação e além das relações “inter-nacionais”, formando-se espontaneamente no plano transnacional, sem a autoridade do Estado, sem a sua capacidade de impor sanções, sem o seu controle político.¹⁷³

A tradição, que não compreende a *lex mercatoria*, tenta reafirmar: “e deve-se enfatizar que essas regras são, por fim, subordinadas ao direito estatal, na medida em que não são espontaneamente aplicadas, e que uma das partes em uma disputa precisa da aplicação de seus direitos. Essa subordinação é resultante da hierarquia dos poderes, em que o Estado tem o monopólio da aplicação da jurisdição”.¹⁷⁴

A hierarquia das fontes jurídicas é apenas uma tentativa inadequada de evitar esta auto-referência originalmente dada por acumulações de metaníveis, sempre mais novos; mas o nível superior sempre colapsa em uma identidade com o nível mais baixo.¹⁷⁵

A hierarquia da validade jurídica passa a ser heterárquica. As fontes, as operações e as decisões da *lex mercatoria* não se comportam de uma maneira hierárquica, mas sim de maneira a referirem-se com o código do direito (direito/não-direito), para uma definição de suas possibilidades operativas.

¹⁷³ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 23.

¹⁷⁴ STERN, Brigitte. **O contencioso dos Investimentos Internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 10.

¹⁷⁵ Tradução livre do original: “The hierarchy of legal sources is only an inadequate attempt to avoid this originally given self-reference by piling up ever-new metalevels; but the top level always collapses into identity with the lowest one”. In: TEUBNER, Gunther. “And God Laughed...” Indeterminacy, Self-reference, and Paradox In Law. **Stanford Literature Review**. N. 7. p. 19.

Essa nova forma de validade será determinante para a compreensão da forma como o programa, isto é, as estruturas normativas e as fontes da *lex mercatoria* serão compostas: por meio de acoplamentos estruturais. Da mesma forma, será pressuposto para a observação da *soft law* e da forma de ligação episódica que a *lex mercatoria* ganha para poder fundamentar e, novamente validar suas decisões.

2.2 Os Acoplamentos Estruturais: Direito, Economia e Política como fontes múltiplas das legislações (programas)

Os acoplamentos estruturais da *lex mercatoria* têm o objetivo de ampliar as relações que a sociedade mantém com o direito, que não são exclusivamente por meio do Estado, mas do sistema da política e do sistema do direito e, principalmente, da economia pelo contrato. Esse elemento contribui diretamente para o sentido – e para o conceito da *lex mercatoria* –, mas também para uma forma da *lex mercatoria*, traçando diferenciações que determinam o que é e o que não é. “O *acoplamento estrutural* marca as relações de um sistema fechado com o mundo circundante. Trata-se de um equipamento voltado à produção de ‘irritações’ no interior do sistema. O mundo não interfere nos sistemas fechados, *mas ele existe*.”¹⁷⁶

Essas irritações garantem um tipo de simultaneidade nos acoplamentos estruturais entre os sistemas, mas não a sua sincronização. As ondas de ressonância nos sistemas acoplados podem ser de diversa longitude e complexidade. Ainda, quando o sistema do

¹⁷⁶ MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios**: formas de construir e desconstruir os sentidos da comunicação. Nova Teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004. p. 427.

direito encontra-se estruturalmente acoplado com o sistema político e com o sistema econômico por meio de instituições (legislação e contrato), isso não representa nenhuma garantia de coordenação invariável no tempo, sendo somente uma garantia de especificidade no reconhecimento de surpresas mútuas.¹⁷⁷

Para isso, serão realizadas observações sobre os contatos da *lex mercatoria* e sobre as principais formas nas quais a *lex mercatoria* constrói uma estrutura. Serão vistas, portanto, as formas de “contratos” e de “legislações” que limitam e dão possibilidades para a realização da função do direito, generalizar congruentemente expectativas normativas.

Considerando que o direito internacional privado submeta essas transações ao Direito de um determinado Estado ou nação, a *lex mercatoria*, um conceito que envolve um conjunto de normas transnacionais, iria regê-los diretamente, sem a intervenção da escolha do direito aplicável.¹⁷⁸

Esse é o segundo elemento da *lex mercatoria* e, também, um segundo paradoxo. É fruto da hipercomplexidade, em que é necessário que o direito, como um sistema, seja autônomo e, ao mesmo tempo, se comunique, estabeleça conexões com outros sistemas, como no caso da política e da economia. A sociedade e os sistemas são obrigados a interrelacionar-se comunicativamente. “O aceitável sobre a teoria dos sistemas é, então, o desafio fundamental dos paradoxos reais que inevitavelmente ocorrem periodicamente nas mudanças estruturais e pedem a construção de identidades sociais novas.”¹⁷⁹ Então, sempre há comunicação, isto é, sempre que os sistemas sociais interagirem de alguma

¹⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 511.

¹⁷⁸ Tradução livre do original: “Whereas private international law submits these transactions to the law of a particular state or nation, the *lex mercatoria*, a concept that connotes a set of transnational norms, would govern them directly, without the intervention of choice-of-law-rules”. In: JUENGER, Friedrich K. *The Lex mercatoria and Private International Law*. **Louisiana Law Review**, 1999.

¹⁷⁹ TEUBNER, Gunther. *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **On paradoxes and self-reference in law**. London: Hart, 2003. p. 10.

forma, por interferência, por acoplamentos estruturais ou por meios simbolicamente generalizados. Contudo, os acoplamentos estruturais têm uma importância diferenciada, por manterem um contato mais imediato com os sistemas nos quais estão acoplados e, principalmente, por se tratar de estruturas.

Considera-se a autoreferencialidade como o aspecto do sistema que o diferencia do seu próprio entorno, por suas próprias estruturas e por meio de sua operação, que levará em conta de forma mais forte sua operação. “O conceito de estruturas legais autoreferenciais nos permite tomar em conta o caráter diferencialmente legal de fenômenos normativos específicos, sem perder ao mesmo tempo a perspectiva mais ampla da ciência social.”¹⁸⁰ Desse modo, a necessidade de estabelecer o conceito de auto-referência do sistema jurídico é um aspecto vital do pensamento neo-evolucionista, apresentando o direito como um sistema aberto e fechado ao mesmo tempo. “O câmbio legal se reflete numa dinâmica que é influenciada, entretanto, por estímulos externos e por sua vez influi o seu ambiente¹⁸¹.”

Esses acoplamentos estruturais acontecerão entre o sistema do direito, em que está a *lex mercatoria*, e os sistemas da economia e da política. Para isso, é necessário entender como cada um dos outros dois sistemas funciona; o sistema da economia e o sistema do direito estão estruturados, ao menos minimamente.

O sistema do direito é uma diferenciação social, que se estabelece por meio de comunicações que reproduzem sempre a função de manutenção de expectativas

¹⁸⁰ Idem. Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno. In: TEUBNER, Gunther; BORDIEU, Pierre. **La Fuerza del derecho**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000. p. 98.

¹⁸¹ Ibidem p. 98.

normativas dentro da sociedade. O direito é um sistema diferenciado, cuja função é a estabilização congruente de expectativas contrafáticas.¹⁸² “A função refere-se às operações do sistema e se reconhece pelo fato de que as operações orientam-se pelas normas. A codificação binária refere-se a uma observação das operações do sistema e se reconhece pela circunstância que designa valores: conforme direito/não direito.”¹⁸³ Além disso, o direito tem como centro de tomada de decisões os Tribunais e, na sua periferia, legislações – programas –, que demonstram como esse código do direito será valorado (de acordo ou não com o direito)¹⁸⁴.

Há duas considerações sobre as programações realizadas pelo sistema do direito. A primeira delas refere-se justamente à crescente publicação de sentenças e de resumos de juízos arbitrais como formas de fontes de normas da *lex mercatoria*. Muitos autores salientam a função não somente de uso, práticas e costumes do comércio internacional, mas também de uma intervenção criadora e conformadora da *lex mercatoria*, como instrumento privilegiado da sua afirmação e revelação, bem como da sua consolidação¹⁸⁵. Essa forma de programação está sendo utilizada de forma crescente, cada vez mais redundante dentro da *lex mercatoria* e será trabalhada adiante. A segunda observação refere-se à atribuição da *lex mercatoria* como “princípios gerais do direito”, “comuns a todas as nações civilizadas”, na qual estaria o *pacta sunt servanda*, a proibição do abuso de direito ou do enriquecimento sem causa, *rebus sic stantibus*, a boa-fé, o *favor (ut res mag valeat quam pereat)*¹⁸⁶.

¹⁸² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

¹⁸³ Idem. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005. p.116.

¹⁸⁴ Idem. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 45.

¹⁸⁵ SANTOS, Antonio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado**. Esboço de uma teoria geral. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 664.

¹⁸⁶ SANTOS, Antonio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado**. Esboço de uma teoria geral. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 671.

Os princípios funcionam como dispositivos que permitem, a um só tempo, a produção de decisões onde aparentemente estas não seriam possíveis e, ainda, o estabelecimento de programas decisórios que sirvam de critério para decisões posteriores. Os princípios funcionam, portanto, como ponto de referência que legitimam uma criação jurisprudencial do direito.¹⁸⁷

Portanto, os princípios gerais do direito podem funcionar com programas tanto para a tomada de decisão como para a formação da própria jurisprudência do direito. Eles continuam sendo referidos em contratos, contudo essa forma de atribuição jurídica à *lex mercatoria* está gradativamente recepcionada pelos Princípios da UNIDROIT. Da mesma forma que a atribuição à *lex mercatoria* referiu-se a princípios gerais do direito de nações civilizadas, como “usos costumeiros”, pode-se referir uma complexidade que é necessariamente reduzida nas decisões das organizações, no caso, nas cortes de arbitragem.

O sistema da política localiza-se dentro da diferença entre política e sociedade. A partir dessa diferença, trabalha com a função de realizar decisões que se vinculem coletivamente. Para isso, utiliza-se do meio simbolicamente generalizado do poder. Os interesses econômicos que estiverem impulsionando um fato novo poderão resultar em uma irritação no sistema da política que, por meio de suas organizações (executivo e legislativo), observará e decidirá sobre o que considera importante para ser levado adiante; como acontece em relação a *lobbies* ou à formação de legislações próprias da *lex mercatoria*.

Portanto, essas comunicações podem acontecer entre qualquer um dos sistemas participantes da sociedade: a economia, o direito, a ciência, a religião ou a arte. Devido

¹⁸⁷ NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 272-3.

ao código governo/oposição e por meio da circularidade do sistema político, o programa da política permite ao sistema político mostrar-se aberto, orientando seu comportamento. Esse programa serve tanto ao governo quanto à oposição, para que permita a disputa para controlar o poder político, mantendo a atual situação de governo ou reforçando o papel da oposição¹⁸⁸.

O sistema político moderno evoluiu de um sistema bidimensional para um tridimensional a partir da adoção do modelo democrático de tomada de decisão. Na verdade, antes da modernidade e das diferenciações funcionais, era difícil pensar em política *strictu sensu*. Esse é o principal resultado da mudança do Estado moderno autoritário para o processo democrático. Dentro de um sistema bidimensional, as tomadas de decisões são de cima para baixo, enquanto no sistema tridimensional da política, são circulares. Dessa forma, perde-se em segurança; todavia, ganha-se em dinamicidade. A tridimensionalidade é a tríplice diferenciação pela *Administração*, pela *política strictu sensu* e pelo *público*¹⁸⁹.

O corpo soberano do Estado talvez nunca tenha existido, porém, de alguma maneira, justificava ações de Estados, principalmente relacionados a Guerras e a movimentos colonizadores. Mais precisamente, a soberania do Estado-nação e seu relacionamento proporcional ao território e à formação do povo tiveram desenvolvimentos diferentes, em diferentes países do mundo, transformando-se com a sociedade mundial globalizada e com a hipercomplexidade.

¹⁸⁸ IZUZQUIZA Ignacio. **La Sociedad sin Hombres**: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990. p. 299.

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p. 62.

Portanto, o Estado-nação soberano da modernidade entra em colapso ou, ao menos, seu conceito é transformado. Não podem mais ser afirmados conceitos anteriores a uma reflexão sobre um aporte crítico em torno da soberania, mesmo que essa nunca tenha sido realizada, da mesma forma que se deve discutir o Estado de Bem-Estar Social, ainda que esse nunca tenha sido plenamente realizado em muitas partes do mundo. “Com a ‘globalização’, verifica-se uma ruptura brutal e radical com um modo de pensar e de agir ligado à ‘modernidade’. Se não se pode ainda alegar que o direito está se tornando global ou universal, pelo menos está em mutação.”¹⁹⁰

Os poderes do Estado são delegados “para cima”, para órgãos supraregionais e internacionais; e “para baixo”, para níveis locais regionais, urbanos; e também “para fora,” como um resultado de cooperação transfronteiriça, para alianças cross-nacionais relativamente autônomas entre metropolitano local ou Estados nacionais com interesses complementares¹⁹¹.

Assim, o sistema da política enfrenta um problema que pode ser caracterizado como clássico em relação ao direito internacional, ou um problema novo, se pensarmos sobre a *lex mercatoria*: a improbabilidade de uma convergência estrutural política universal. O sistema da política internacional e o direito internacional não preservarão o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização. Muito pelo contrário, justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas, como atos jurídicos globais, solapa o caráter apolítico do direito global e fornece destarte o fundamento da sua repolitização. “(...) Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas

¹⁹⁰ ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. XI.

¹⁹¹ AXTMANN, Roland. The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation. **International Political Science Review**, Vol 25, No. 3, 2004. p. 259–279. p. 269.

tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se ‘acopla estruturalmente’ a discursos altamente especializados, isolados.”¹⁹²

Esses acoplamentos estruturais entre direito e política geram estruturas, que são geridas por códigos e programas. Os códigos, como já se observou, estão coligados na forma binária, que no direito transmite-se por direito/não-direito. Os programas servem como base para tomadas de decisões. “O código não é somente mais restrito que o conceito de estrutura (apesar de que os códigos são, de fato, estruturas), senão também chama mais atenção sobre o desenvolvimento das estruturas através da distinção código/programas.”¹⁹³ Os programas são a chave para a justificação de uma formulação da política acoplada estruturalmente com a *lex mercatoria* policontextural. Portanto, tanto os princípios quanto as legislações de múltiplas fontes são acoplamentos estruturais entre o direito e a política. Serão programas, assim como os contratos.

Dado que os valores direito e não-direito não são propriamente critérios para a determinação do direito (ou do não-direito), devem existir outros pontos de vista que indiquem como os valores do código direito/não-direito são atribuídos corretamente, ou erroneamente. A esta semântica adicional vamos chamar de programas.¹⁹⁴

O sistema da economia tem outra função. Também diferenciado da sociedade, “o sistema da economia se orienta sob a observação de segunda ordem, quando se constata e se registra nos preços do mercado se podem ou não realizar transações através dos preços

¹⁹² TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 6.

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder., 2005. p. 224.

¹⁹⁴ Ibidem p. 248.

fixados, ou se os que competem oferecem outros distintos e quais tendências se apreciam nas mudanças de preço”.¹⁹⁵

Portanto, pode-se entender que o sistema econômico diferencia-se da sociedade por apresentar o código lucro/não lucro. “A orientação da economia pelo lucro permite uma adaptação constante das condições de mercado.”¹⁹⁶ Isso quer dizer que todas as operações que envolvem o sistema econômico terão presente essa função. Um empresário competente será aquele que, necessariamente, trará maiores lucros para seus acionistas. Ainda que esse posicionamento encontre muitas resistências de cunho moral ou ético¹⁹⁷, o sistema econômico funciona dessa maneira. “Na economia se trata de garantir a segurança do provisão (a princípio ilimitado) para um período suficiente no futuro, ainda que o presente se possa operar tão-somente com o marco dado na atualidade.”¹⁹⁸

Na sociedade, esse sistema tem grande protagonismo em acoplamentos estruturais com outros sistemas, colaborando para a formação de institutos, como os contratos, a propriedade, os *lobbies*, os financiamentos científicos, assim como forçando a corrupção dos sistemas. Para tanto, utiliza-se do dinheiro como um meio simbolicamente generalizado para catalisar suas operações e dos bancos como centro de suas operações.

¹⁹⁵ LUMANN, Niklas. La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: BERIAIN, Jostexo (org.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 193.

¹⁹⁶ Idem. **La Sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007, p. 390.

¹⁹⁷ Bhikhu Parekh inicia seu texto, “Cosmopolitanism and global citizenship”, contando uma polêmica história de um grupo de ativistas americanos que questionaram o presidente de uma multinacional muito conhecida por pagar salários muito baixos a seus funcionários, subornando e coagindo governos. O presidente disse que seu compromisso era com os acionistas das empresas e que a questão da pobreza deveria ser responsabilidade do seu próprio país, que o Norte ocidental nunca recebeu ajuda externa e já era tempo dos países pobres pararem de chantagear o ocidente com isso. In: PAREKH, Bhikhu. *Cosmopolitanism and global citizenship*; **Review of International Studies**, V.29, p. 3-17. 2003.

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Arte de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005. p. 234.

Um contrato pode, enquanto acoplamento, constituir um elemento do sistema jurídico e do sistema econômico, não pertencendo de forma isolada a nenhum deles e não podendo ser resumido a nenhuma das duas perspectivas se visto a partir do sistema social amplo (como comunicação). Representa, assim, expectativas normativas e econômicas, não havendo coincidência necessária entre ambas, ou seja, no sistema jurídico indica a obrigatoriedade jurídica do cumprimento de uma obrigação, no sistema econômico uma operação de pagamento. O evento contratual é, ao mesmo tempo, uma operação jurídica e econômica, mas tem conseqüências diferentes não apenas nesses sistemas, mas em qualquer sistema parcial que se tome como ponto de observação, ou seja, possui um sentido também moral, político ou religioso.¹⁹⁹

O contrato é a forma mais importante de acoplamento estrutural da *lex mercatoria*. Os contratos internacionais trabalham com o sistema econômico e são forçados a entrar na periferia do sistema do direito para ter não apenas expectativas econômicas – receber as mercadorias –, porém expectativas jurídicas – que essas mercadorias cheguem bem –, pois, caso não cheguem, será possível manter essa expectativa pelo direito.

Somente existem contratos porque a obrigação deve acontecer, economicamente e juridicamente. As cláusulas contratuais são formadas para isso, para que em um momento sejam realizadas comunicações diferenciadas dentro da sociedade. “O nexo do contrato dá início a um movimento ultracíclico entre vários sistemas sociais. Ele possibilita que, em sua autopoiesis, *ah doc* e momentaneamente, eles possam explorar os ciclos da auto-reprodução de outros sistemas sem que sejam questionadas suas autonomias.”²⁰⁰

Portanto, os contratos transnacionais serão os acoplamentos determinantes nas operações da *lex mercatoria*. Por meio desses serão utilizados os elementos comunicativos da heterarquia, os próprios acoplamentos estruturais, a *soft law* e o episódico. A respeito do elemento episódico, os contratos-tipo também serão considerados de forma ainda mais detalhada nesse subitem.

¹⁹⁹ ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson Luiz Dutra. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, v. , p. 283-309. p. 296.

²⁰⁰ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep. 2005. p. 286.

A *lex mercatoria* construiu elementos peculiares em torno de sua autonomia em relação aos contratos. Nisso, encaixam-se os contratos-tipo; todavia, também, todos os contratos de forma geral. Os contratos são responsáveis por toda forma de operação da *lex mercatoria*.

Para a *lex mercatoria*, o acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política é de extrema importância, pois reflete toda a liberdade e força da *lex mercatoria*, pelos contratos. A política pode lançar mão do recurso da imposição. Existem grandes quantidades de comunicações jurídicas fora dos limites estreitos do parlamento e dos tribunais, e essas não têm conexão direta com qualquer tipo de sistema ou controle político, e o maior exemplo dessas comunicações são os contratos.²⁰¹

Portanto, consideraremos tanto os contratos, acoplamento entre o sistema da economia e o sistema do direito, quanto as legislações, como acoplamento entre o sistema da política e o sistema do direito, como acoplamentos que geram programas²⁰². Os programas que indicam legalidade e ilegalidade são objeto de juízos acerca da validade ou da invalidade. Um observador pode descrevê-las como estruturas; contudo, desde o ponto de vista empírico, são operações do sistema, momentos da autopoiesis do sistema,

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005, p. 130.

²⁰² Os programas do sistema jurídico são sempre *programas condicionais*. Apenas esses possibilitam um enlace entre autoreferência e heteroreferência, pois somente esses lhe dão do sistema ao ambiente uma forma cognitiva que pode ser avaliada de maneira dedutiva pelo sistema. Os programas orientados por fins não permitem delimitar suficientemente os fatos que devem ser considerados num procedimento jurídico; mas poderão ser incluídos dentro da programação condicional. A fixação à forma do programa condicional se relaciona com a função do direito, isto é, com a estabilização das expectativas contrafáticas. Essa substituição de segurança (das expectativas) por insegurança (do cumprimento) requer compensações estruturais. Para determinar a segurança no momento da decisão, isso só poderá se garantir na forma de um programa condicional. *Ibidem* p. 253- 254, 258.

não entidades por si mesmas.²⁰³ Os programas do sistema podem embasar suas abordagens específicas mais de um lado do código do que do outro. Por exemplo, no sentido do direito civil, ter mais direito ou, no sentido do direito penal, ter mais não-direito. O lado subdeterminado serve, então, como uma espécie de “quadra de variedades” para fins de interpretação e de argumentação²⁰⁴.

A programação é o que poderíamos chamar de alguma forma aproximada de “fontes”. A formação atual da *lex mercatoria* não tem uma fonte única, nem tampouco originárias; as fontes são múltiplas. Assim a sua programação será realizada entre os acoplamentos desses sistemas. Portanto, podem-se apontar grandes formadores de princípios, de legislações e de contratos dessa rede de decisões.

O papel dos acoplamentos estruturais, portanto, é estruturante para a *lex mercatoria* – dos acoplamentos entre direito, política e economia. Esses proporcionam que o sistema da política seja construído por representações que vão além dos Estados, na formação de leis globais privadas.

Os acoplamentos estruturais da *lex mercatoria* entre direito e economia, com fortes irritações políticas, podem ser os seguintes: Protocolo Relativo às Cláusulas de Arbitragem, de 1923; Convenção para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1927; Convenção Européia sobre Arbitragem Internacional, de 1961; Convenção de Haia, de 1964, contendo a Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, concluída em Viena, de 1980; Lei-Modelo da CNUDCI sobre arbitragem

²⁰³ LUHMANN, Niklas. **Derecho de la Sociedad. El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005. p. 271.

²⁰⁴ Ibidem. p. 244.

Comercial Internacional CNUDCI, de 1985.²⁰⁵ Essa legislação – programa da *lex mercatoria* – produzida pelo sistema político é acoplada à economia e ao direito, como resultado de um *re-entry* do sistema econômico no sistema da política, havendo a participação periférica do Estado.

As organizações²⁰⁶, como a CCI²⁰⁷, a UNIDROIT²⁰⁸ e a UNCITRAL²⁰⁹, desenvolvem programas de operação para a *lex mercatoria*²¹⁰. A primeira organização que realizou um acoplamento estrutural entre direito e economia, utilizando-se de um *re-entry*, na era moderna de diferenciação funcional, foi a *London Trade Corn Association*. Essa foi fundada em 1877 e recriada em 1886, tendo o propósito de provocar a uniformidade nos negócios de cereais e favorecer a adoção de usos fundados em

²⁰⁵ SANTOS, Antonio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado**. Esboço de uma teoria geral. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 668.

²⁰⁶ O papel da organização da *lex mercatoria* na policontextualidade será trabalhado no próximo capítulo.

²⁰⁷ A Câmara de Comércio Internacional de Paris, International Chamber of Commerce, desde 1920, vem desempenhando um papel muito importante para a nova estrutura da *lex mercatoria*. In: MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do Comércio Internacional*; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. **Direito do Comércio Internacional**: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 61.

²⁰⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – UNIDROIT. Disponível em www.unidroit.org. Acesso em 06/12/2008, às 14h.

²⁰⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. Disponível em www.uncitral.org. Acesso em 06/12/2008, às 14h.

²¹⁰ Estamos considerando, efetivamente, as contribuições entre acoplamentos estruturais dentro da perspectiva da policontextualidade e da hipercomplexidade sem levar em conta outros desenvolvimentos transnacionais de regulamentações sobre o direito internacional privado, que também têm produções efetivas, *Council of Europe*, União Européia, as decisões da Câmara Nacional e Internacional de Arbitragem de Milão, Associação Suíça de Arbitragem, Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, Associação Americana de Arbitragem. Hague Conference on Private International Law, a United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), the United Nations Conference on International Trade and Development (UNCTAD), the World Customs Organization (WCO), the World Intellectual Property Organization (WIPO). In: DUCA, Louis F Del. *Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence*. **Texas International Law Journal**. Summer 2007; 42, 3; p. 627; BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law **Uniform Law Review**. Roma, Itália: UNIDROIT PUBLICATIONS. 2004. p. 5-6.; BOURQUE, Jean-Francois. *The Changing Landscape: Helping Companies Cope with Trade Law*. **International Trade Forum** N.3. 1998 p. 1.

princípios justos e equitativos, sobretudo nos contratos, na carta-partida, nos conhecimentos, nas apólices de seguro e na adoção de fórmulas-tipo para os contratos²¹¹.

A CCI tem publicada uma série de regras para o comércio internacional, principalmente referente à composição de arbitragem e dos *Dispute Boards*. Os *Dispute Boards* são conselhos ou comissões de composição do contencioso em um contrato. São criados no início da relação contratual e permanecem durante toda a vigência do contrato, sendo usados normalmente para contratos de médio a longo prazo. Os membros do *Dispute Boards* conhecem o contrato e seu desenvolvimento²¹².

O acoplamento estrutural mais importante produzido pela CCI são as Regras de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional,²¹³ que são atualizadas freqüentemente. A atual regulação entrou em vigor a partir de 1998; entretanto, tendo em vista a hipercomplexidade da diversidade dos negócios realizados, são produzidas algumas modificações sempre que necessário, passando por uma revisão anual.

A CCI também organizou os Incoterms²¹⁴, os *International Commercial Terms* (Incoterms), que consistem em uma coletânea de interpretações de determinadas cláusulas freqüentemente introduzidas em contratos internacionais (p. ex., cláusulas FOB e CIF), que podem ser considerados como elementos operativos da *lex mercatoria*²¹⁵.

²¹¹ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 09, p.177-192, 1964. p. 178.

²¹² ETCHARREN, Rodrigo Zamora. Las Reglas CCI sobre *Dispute Boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v.5, n.10, p. 191.

²¹³ *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*. Este trabalho coletivo é de iniciativa da CCI, a qual possui todos os direitos.

²¹⁴ ICC ? International Chamber of Commerce-Paris. **Publicação nº 460 da CCI de 1990**. Disponível em <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em 07/12/2008, às 14h.

²¹⁵ VICENTÈ, Dário Moura. **Da arbitragem Comercial Internacional**: Direito Aplicável ao Mérito da Causa. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1990. p. 141.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de Roma – UNIDROIT – é uma organização intergovernamental criada em 1926, para funcionar como auxiliar da extinta Liga das Nações, que tem o propósito de estudar necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o privado, em especial, o direito comercial entre Estados e grupos de Estados. Essa organização é composta de Estados e de grupos de Estados e tem ligação com as Nações Unidas. Entretanto, a UNIDROIT não atua como corte arbitral, apenas nos acoplamentos estruturais, desenvolvendo programas para a decisão na *lex mercatoria*, assim como publicando relatórios anuais de suas atividades²¹⁶.

Foi, em 1994, que o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de Roma (UNIDROIT) divulgou a primeira edição dos “Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais”. Na introdução desse, no que se refere ao ato de produção legislativa, a UNIDROIT deixou expresso que todas as regras, que não sejam endossadas pelos governos nacionais, não podem ser instrumentos vinculatórios, e, portanto, sua utilização dependerá do convencimento de autoridade competente.²¹⁷

A UNIDROIT elaborou o acoplamento estrutural mais relevante da *lex mercatoria*, com o título de “Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais”, divulgado nos principais idiomas, tratando de uma parte geral a respeito de obrigações sobre o contrato²¹⁸. Esses princípios têm um elemento importante para a compreensão do *re-entry* na policontextualidade da *lex mercatoria*. Eles foram elaborados por estudiosos

²¹⁶ UNIDROIT, Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de Roma. Disponível em <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm>>. Acesso em 11/12/08, às 14h.

²¹⁷ JEMIELNIAK, Joanna. Legitimization arguments in the *Lex mercatoria* cases. **International Journal for the Semiotics of Law**. (2005) 18: 175-205. p. 181.

²¹⁸ GALGANO, Francesco. **La Globalización en el Espejo del Derecho**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 72.

oriundos do ambiente acadêmico, magistrados, funcionários da Administração Pública, do ambiente privado; todos sem comprometimento com o Estado ou com entidade específica, mas sim comprometidos com o desenvolvimento da “nova *lex mercatoria*”.²¹⁹

Os princípios do UNIDROIT tornaram-se, em poucos anos desde sua introdução, uma ferramenta essencial para a estrutura internacional do desenvolvimento dos contratos internacionais trazendo vantagens para aqueles que projetam e negociam contratos transfronteiriços e de quem (tribunal e árbitros) têm que decidir suas disputas.²²⁰

Os princípios do UNIDROIT dão um novo alcance aos contratos internacionais, pois, ao contrário daqueles de todas as outras convenções internacionais existentes, não está restrito a um determinado tipo de operação, porém cobre a parte geral do direito contratual. O critério decisivo na sua preparação foi que suas normas têm um maior valor persuasivo e/ou parecem estar particularmente bem adaptadas para transações transnacionais (“regra de melhor abordagem”)²²¹.

Esses princípios (da UNIDROIT) são de 1994, contendo aproximadamente 120 artigos e comentários. Logo no artigo 1.2, observa-se a evidência da autonomia da vontade, especialmente porque cabe exclusivamente às partes a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais a serem utilizados.²²²

²¹⁹ CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 439.

²²⁰ Tradução livre do original: “The Unidroit principles have become, in a few years since their introduction, an essential tool for the development of international framework for international contracts to the advantage of those who draft and negotiate cross-border contract and of those (court and arbitrators) who must decide their disputes”. In: BORTOLOTTI, Fabio. Current Contract Practice and Unidroit. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n.5, p. 124.

²²¹ BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles And Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Themis**. Vol. 36 N. 2. Montréal, Canadá: Les Éditions Thémis, 2002. p. 341.

²²² ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais**: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 3ª ed. Rev. e Amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151.

Os princípios da UNIDROIT tornam-se, portanto, um programa de grande operacionalidade para a *lex mercatoria*. No seu Preâmbulo, são reforçados elementos importantes da *lex mercatoria*, como a heterarquia, o Direito sem nação e sem Estado, a utilização da arbitragem e da própria menção à *lex mercatoria*:

Esses princípios estabelecem normas gerais para contratos comerciais internacionais; Devem ser aplicados quando as partes acordarem que o seu contrato seja regido pelo eles; Eles podem ser aplicados quando as partes acordarem que o seu contrato seja regido pelos princípios gerais do direito, a *lex mercatoria* ou semelhante; Eles podem ser aplicados quando as partes não tiverem escolhido nenhuma lei para reger os seus contratos.²²³

Além do preâmbulo, seu conteúdo mostra estruturas que contêm regras fundamentais de liberdade contratual²²⁴, liberdade de forma e de prova²²⁵, *pacta sunt servanda*²²⁶, boa-fé e negociação justa²²⁷, a primazia dos usos e das práticas do comércio internacional²²⁸. Além disso, os Princípios incluem disposições relativas à conclusão, efeito, interpretação e conteúdo dos contratos internacionais comerciais, bem como o seu desempenho e as conseqüências jurídicas de inadimplemento contratual. Intencionalmente, foram omitidas referências a ordenamentos jurídicos nacionais, para enfatizar o internacional. Princípios do personagem se destacam a partir de quaisquer sistemas jurídicos internos²²⁹.

²²³ Tradução livre do original: “These Principles set forth general rules for international commercial contracts; They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them; They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like; They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract”. In: UNIDROIT; **PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/documents/2004/study50/s-50-098-e.pdf>>. Acesso em 10/12/2008, às 14h.

²²⁴ Tradução livre do original: Freedom of contract. Ibidem.

²²⁵ Tradução livre do original: No form required. Ibidem.

²²⁶ Tradução livre do original: Binding character of contract. Ibidem.

²²⁷ Tradução livre do original: Good faith and fair dealing. Ibidem.

²²⁸ Tradução livre do original: Usages and practices; Interpretation and supplementation of the Principle. Ibidem.

²²⁹ BERGER, Klaus Peter. The *lex mercatoria* doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. **Law and Policy in International Business**. Vol. 28, N. 4 Washington D.C., EUA: Georgetown University Law, 1997. p. 3.

Após a publicação dos Princípios do UNIDROIT, em 1994, representantes da UNCTRAL, CCI, Câmara Nacional e Internacional de Arbitragem de Milão e Associação Suíça de Arbitragem, assim como representantes dos maiores sistemas jurídicos do mundo participaram ativamente em grupos de trabalho em uma nova compilação dos Princípios. Essa nova publicação deu-se em 2004, e nessa é possível observar inovações; o que antes era um estrito direito contratual transnacional passa a conter regras de relações tripartidas, como a agência e a cessão, ou com temas tradicionalmente regulamentados por normas imperativas, como os prazos de prescrição²³⁰.

A forma pela qual os princípios UNIDROIT são declarados e seu *status* não-legislativo devem tornar mais fácil para mantê-los sintonizados com uma definição da mudança comercial. Não será necessário convocar uma grande conferência diplomática para considerar mudanças quando a necessidade de revisão torna-se evidente. Os Princípios não precisam imitar as formas verbais potencialmente sufocantes de um código. Elas estão de textura aberta e poderão incorporar comentários, ilustrações e exemplos hipotéticos de esclarecimento. Muitas vezes elas preenchem lacunas e curam a incompletude da CISG e da lei nacional.²³¹

A Comissão das Nações Unidas em Direito Comércio Internacional – UNCITRAL – foi criada pela Assembléia Geral, em 1966, quando os países membros reconheceram que as disparidades entre as leis nacionais, que governam o comércio internacional, eram fortes obstáculos para o desenvolvimento do comércio. Assim, criou-se uma organização na qual as Nações Unidas poderiam ter um papel mais ativo na redução desses obstáculos. A UNCITRAL é uma organização que tenta impor, de alguma maneira, os

²³⁰ BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law **Uniform Law Review**. Roma, Itália: UNIDROIT PUBLICATIONS. 2004. p. 5-6.

²³¹ Tradução livre de original: “The way in which the UNIDROIT Principles are stated and their non-legislative status should make it easier to keep them attuned to a changing commercial setting. It will not be necessary to convene a great diplomatic Conference to consider changes when the need for revision becomes clear. The Principles need not imitate the potentially stifling verbal forms of a code. They are open-textured and can incorporate comments, illustrations and clarifying hypothetical examples. Often they fill gaps and cure incompleteness in the CISG and national law”. In: ROSSET, Arthur. UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven. **UNIFORM LAW REVIEW**. REVUE DE DROIT UNIFORME. Vol. 2, 1997.

interesses dos Estados dentro dessa auto-regulação econômica do próprio sistema da economia.

Podem ser constatadas, na estrutura da UNCITRAL, diversas menções diretas a textos legislativos (privados) da CCI, endossados pela UNCITRAL. Mesmo sendo um órgão das Nações Unidas, toda a legislação aplicável em nível global referente a, por exemplo, Créditos Documentários e Contratos de Fiança, são regulados pela CCI e endossados pela UNCITRAL.

Em dezembro de 1988, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou uma resolução que adotou o texto e abriu a convenção – chamada de Convenção das Nações Unidas sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias Internacionais (CIBN). (...) Já existe um conjunto de regras internacionais amplamente seguido: as Compilações da Câmara de Comércio Internacional.²³²

O importante acoplamento estrutural realizado pela UNCITRAL, entre os sistemas do direito, da economia e com participação do sistema da política, foi o CISG²³³ – Convenção das Nações Unidas para Contratos Internacionais de Compra e Venda de Bens. Na época, foi considerada uma das grandes realizações a respeito da harmonização, utilizando a técnica de convenções.²³⁴

²³² Tradução livre do original: “In December of 1988, the United Nations General Assembly approved a resolution which adopted the text and opened the convention – called **United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes** (CIBN). (...) there is an existing set of international rules that are widely followed: the International Chamber of Commerce’s Rules for Collections” (grifo original). In: RAY, August. **International business Law: text, cases, and readings**. 2ª ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1997. p. 598.

²³³ *U.N. Conventions on Contracts for the International Sale of Goods*. Também conhecida como “Convenção de Viena”, foi aprovada em 1980 por uma conferência diplomática com a participação de representantes de 62 Estados e oito organizações internacionais, foi ratificada por 60 países a partir dos cinco continentes, incluindo quase todas as grandes nações.

²³⁴ DUCA, Louis F Del. Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence. **Texas International Law Journal**. Summer 2007; 42, 3. p. 629.

Existem ainda outras organizações que realizam acoplamentos estruturais com o sistema da política, mas que contribuem de forma muito periférica para a *lex mercatoria*, como, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio (OMC)²³⁵. A OMC tem origem no GATT²³⁶, uma organização que tem um rol de normas procedimentais sobre as relações comerciais entre Estados contratantes e, de outra forma, também se constitui em um fórum de negociação comercial, onde se procura aproximar posições por meio de instrumentos próprios à diplomacia parlamentar²³⁷.

Mesmo depois de sua institucionalização e consolidação, a OMC tem dificuldades próprias da política internacional, como o sistema da política mundial. Os insucessos da Rodada de Doha²³⁸ podem ser inclusive determinantes para a formação da *lex mercatoria*, como um direito policontextual no qual o sistema da política tenha uma participação indireta. Mas, principalmente, pelo objeto da *lex mercatoria* não ser a regulação do comércio internacional, como objetiva a OMC, mas regras para o direito do comércio internacional. Assim, a OMC e a *lex mercatoria* não buscam o mesmo resultado.

O que se observa, portanto, dentro das formações de acoplamentos estruturais da *lex mercatoria* é que sua práxis contratual tem uma produção que excede o nacional, transformando em produção jurídica global, por meio de inúmeras transações internacionais individuais, contratos padronizados de associações profissionais

²³⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. Disponível em www.wto.org. Acesso em 15/12/08, às 13h.

²³⁶ GATT – Acordo Geral de Tarifas Alfandegárias de Comércio, acordo proveniente da Conferência de Havana (1947-48), que a partir da Rodada do Uruguai (1986-1994) foi incorporado à OMC. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEINTENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 168.

²³⁷ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEINTENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 168.

²³⁸ A Rodada de Doha está sendo debatida desde 2001 e versa sobre a questão de subsídios agrícolas. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/doha1_e.htm>. Acesso em 15/12/08, às 13h.

internacionais, contratos pré-formulados de organizações internacionais e projetos de investimentos em países em desenvolvimento²³⁹.

Logo, praticamente todo o desenvolvimento da *lex mercatoria* encontra-se entre os sistemas sociais do direito, da economia e da política. Existem operações que se determinam e são determinadas nos fluxos comunicativos entre esses sistemas, que desenvolvem importantes formas de informação e de operação para a *lex mercatoria*. As organizações transnacionais e os contratos formam as principais formas de programas em que se estruturará a *lex mercatoria*.

Ainda que as constituições federais dos Estados envolvidos pouco ou nada tenham de influência no estabelecimento dessas normatizações, os Estados, de uma forma muito periférica, contribuem para a formação e para o empenho político de interesses vinculados a cada nação. Isso ocorre principalmente por meio da Organização Mundial do Comércio e da UNCITRAL. Contudo, o sistema político é bem mais amplo que isso e contribui de forma decisiva nos acoplamentos entre o próprio direito e a economia.

Esses dois sistemas (direito e economia) são os detentores de maiores contratos. Não é apenas pelos contratos e por suas variadas formas do comércio internacional que esses são o centro da *lex mercatoria*, mas também pela formação de estruturas (Princípios da UNIDROIT, CCI, CISG) por meio de acoplamentos, que programam de forma periférica, e de *re-entry* pelo código do sistema, isto é, de forma policontextual.

²³⁹ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 21.

O paradoxo que surge após uma legislação, uma programação realizada preponderantemente por sistemas da economia e do direito, é a sua capacidade normativa, ou seja, de que forma contratos ou princípios que não estão politicamente legitimados podem ter força de direito.

2.3 A normatividade da *soft law*

O terceiro elemento da policontextualidade da *lex mercatoria* é a *soft law*. O próprio vocábulo composto revela um paradoxo – direito flexível, leve –; um direito com normatividade diferenciada, simbólica. A *soft law* não tem um sentido de direito sem direito, que não será imposto nem mesmo pelo Estado, detentor da fonte e da soberania da lei. Assim, demonstraremos que a construção de uma *soft law* não é ineficaz, contrariamente ao que afirma uma parte da doutrina:

A soberania do Estado é fonte e origem da lei. É fundamental que os Estados, através de seu poder jurisdicional ou legislativo, reconheçam a *lex mercatoria*, esse corpo consagrado de regras costumeiras a vigorar no comércio internacional, pois caso contrário, não haverá forma de impor a efetividade da mesma dentro dos limites territoriais do Estado, e tal construção de normas tornar-se-á absolutamente ineficaz, simples jogo ou brinquedo nas mãos de uma poderosa classe internacional, esta sim sem fronteiras.²⁴⁰

Dessa forma, observa-se claramente que a *soft law* enquadra-se dentro das questões da construção do paradoxo da construção da autonomia da *lex mercatoria*. “Torna esse ordenamento jurídico mais maleável e adaptável a condições gerais em vida

²⁴⁰ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e *Lex mercatoria***. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. São Paulo, Editora Saraiva, 1994. p. 108.

de transformação, e a *lex mercatoria* mais adequada a uma uniformização global do direito.”²⁴¹

A *soft law* é a forma de normatividade que corresponde à tentativa da *lex mercatoria* de operar diante da hipercomplexidade do direito sem direito, dos contratos sem lei (direito), dos *contract sans loi* da *lex mercatoria*. Esses nasceram ainda nos anos cinquenta, quando alguns contratos internacionais eram redigidos com a intenção de serem suficientes em si mesmos, determinando todo tipo de lei, de direito. As regras transnacionais de comércio, como a *lex mercatoria*, são acusadas de *contract sans loi* e condenadas, desde então, pela maioria dos sistemas jurídicos, essencialmente ao relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*, da força obrigatória dos contratos²⁴² e, assim, questionar a *lex mercatoria* como direito autônomo.

A construção da *soft law* como um elemento comunicativo da *lex mercatoria* é realizada por meio de observações sobre os sentidos atribuídos ao conceito, seguindo-se um debate sobre os problemas derivados de *hard* e *soft law*, que levam ao centro da questão sobre a normatividade, sanção e perspectiva dentro da *lex mercatoria*.

O direito internacional e, mais precisamente, a *lex mercatoria* tiveram uma série de diferenças evolutivas em relação ao direito nacional nas suas construções modernas; por exemplo, não acompanham a formação soberana dos Estados, no que tange a sua normatização jurídica. Ressalta-se que a “indeterminabilidade de algumas regras do

²⁴¹ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 21.

²⁴² GAILLARD, Emmanuel. Trente ans de *Lex mercatoria*: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit. **Journal du Droit international**. Paris: Editions du juris-classeur, 1995. p. 10.

direito internacional e a ostensiva debilidade na aplicação coletiva do direito, não põem em questão o juízo da validade do direito internacional”.²⁴³

A preocupação com o funcionamento da sociedade e com o comportamento organizado de seus atores, com os vários modos e técnicas, naturais ou artificiais, de regulação, pode localizar a maior parte dos estudos sobre *soft law*, que variam em âmbito ao se aproximarem mais ou menos do tema do direito internacional propriamente dito²⁴⁴. “A substância normativa da *lex mercatoria* é extremamente indeterminada. Em vez de normas jusprivatistas concretas, ela produz uma série de princípios abertos cuja aplicação se altera segundo o caso.”²⁴⁵

Dessa forma, algumas normas internacionais foram, aos poucos, sendo selecionadas como *soft law*, por estarem na zona periférica entre o sistema do direito e o da política, como uma forma efetiva de instrumentalização de um acoplamento estrutural entre organizações internacionais e/ou resoluções internacionais.

A “soft law” refere-se a normas internacionais que são deliberadamente não vinculativas em caráter, mas ainda têm relevância jurídica, localizando-se “no crepúsculo entre direito e política”. Importantes exemplos são resoluções de organizações internacionais e planos de ação ou códigos de conduta internacionais. A essência de “hard law” é juridicamente vinculativa a obrigações.²⁴⁶

²⁴³ HERDEGEN, Matthias. **Derecho Internacional Público**. México: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 10.

²⁴⁴ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: Um estudo sobre a *SOFT LAW*. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 27.

²⁴⁵ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 22.

²⁴⁶ Tradução livre de original: “Soft law’ refers to international norms that are deliberately non-binding in character but still have legal relevance, located ‘in the twilight between law and politics’. Important examples are resolutions by international organizations and international plans of action or codes of conduct. The essence of ‘hard law’ is legally binding obligations. In: SKJÆRSETH, Jon Birger; STOKKE, Olav Schram; WETTESTAD, Jørgen. *Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms*. **Global Environmental Politics** 6:3, August 2006. p. 104.

Assim, o direito internacional pode ser criado por meio de mecanismos *soft*, o que, no fundo, revoluciona as fontes desse direito,²⁴⁷ pois, na esfera internacional, não existe um poder centralizador da função normativa. A legitimidade do ordenamento jurídico internacional precisa estar adaptada às peculiaridades de um direito que é produzido de modo difuso pelos próprios atores/sujeitos do ordenamento²⁴⁸.

Verifica-se que os regimes jurídicos internacionais que têm evoluído no âmbito internacional de maneira mais significativa no século XX utilizam-se de instrumentos *soft*. São eles: os direitos humanos, a área de desenvolvimento e o meio ambiente.²⁴⁹

O início da utilização desses instrumentos pelo direito ambiental reflete justamente uma necessidade de formas diferenciadas de normatividade – não-vinculativas – por meio de conferências e de tratados internacionais.

A *soft law* começou a ter repercussão no cenário internacional por meio da Convenção de Estocolmo, com relação à questão ambiental. Trata-se de um instrumento não-vinculativo (*non-binding*) tal como as recomendações e resoluções de organizações internacionais e as declarações e atos finais publicados em época de conclusão de conferências internacionais.²⁵⁰

Isso também se aplica aos tratados de comércio internacional da Organização Mundial do Comércio, que podem ser considerados, por exemplo, quando prevêm ou permitem que o regime jurídico por eles estabelecido seja complementado, especificado

²⁴⁷ NASSER, Salem Hikmat. Desenvolvimento, Costume Internacional e *Soft Law*. AMARAL JÚNIOR, Alberto (org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri, SP: 2005. p. 215.

²⁴⁸ Idem. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: Um estudo sobre a *SOFT LAW*. São Paulo: Editora Atlas, 2005 p. 85.

²⁴⁹ Ibidem. p. 88 e 89.

²⁵⁰ BORTOLOZZI, Madian Luana. *Soft Law*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 423.

por novos tratados que ficarão a sua “sombra”, sendo chamados de tratados guarda-chuva²⁵¹.

As normas do Direito Internacional, especialmente as contidas nos tratados, serão consideradas *soft* se possuírem uma ou várias das seguintes características: disposições genéricas de modo a criar princípios e não propriamente obrigações jurídicas; linguagem ambígua ou incerta impossibilitando a identificação precisa de seu alcance; conteúdo não exigível, como simples exportações e recomendações; ausência de responsabilização e de mecanismos de coercibilidade (tribunais).²⁵²

Portanto, a *soft law* caracteriza uma mudança em relação à normatividade. De uma normatividade absoluta ou dura (*hard law*), o direito começa a ser desenvolvido para uma normatividade relativa, uma *soft law*. A *soft law* é um instrumento que tem relevância legal, sem fundamentar diretamente direitos e deveres, estando numa zona cinza entre a proclamação sem força vinculante e a determinação com efeitos vinculantes²⁵³.

Esse foi o primeiro momento da *soft law*. A *soft law* da *lex mercatoria* trouxe novos elementos de sentido, relevantes na sua construção, como a validade, as fontes e a normatividade. A validade da *lex mercatoria* está dentro de padrões circulares de heterarquia, enquanto as fontes foram observadas por meio de acoplamentos estruturais e programas construídos por sistemas.

Alguns dos principais princípios da nova ordem econômica internacional não foram incorporados ao direito positivo, senão de maneira parcial. A combinação de fatores resulta num problema não de conteúdo, mas de normatividade²⁵⁴. A questão

²⁵¹ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: Um estudo sobre a *SOFT LAW*. São Paulo: Editora Atlas, 2005 p. 100.

²⁵² Idem. Desenvolvimento, Costume Internacional e *Soft Law*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto (org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri, SP: 2005. p. 214.

²⁵³ HERDEGEN, Matthias. **Derecho Internacional Público**. México: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 164.

²⁵⁴ NASSER, Salem Himat. Desenvolvimento, Costume Internacional e *Soft Law*. AMARAL JÚNIOR, Alberto (org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri, SP: 2005. p. 207.

começa, então, em uma suposta ausência de normatividade “hard law” no direito internacional, mais especificamente no direito transnacional (privado).

Desde Pontes de Miranda, a coerção e a validade (garantia) são elementos essenciais ao direito, à identificação do direito. O direito reside na sociedade, sendo esse um de seus elementos; “e se quereis vê-lo, provocai-o, feri-o, que não tardará o vejais no que ele tem de mais perceptível, que é a coerção, ou no que há de mais geral e revelador da solidariedade inerente aos corpos sociais: a garantia”.²⁵⁵

Mas é na matriz analítica propriamente dita que reside o contexto do discurso sobre a *hard law*. É nesse caldo que se encontram os conceitos que são ainda utilizados para supostamente fazer juízos sobre o que é *soft* ou *hard*, por meio de conceitos de norma e de sanção. A normatividade nasce com o debate em Kelsen, nasce com a norma jurídica. “O primeiro momento kelseniano da metalinguagem define a norma jurídica como esquema de interpretação do mundo – um fato só é jurídico se for conteúdo de uma norma – isto é, como condição de significação normativa.”²⁵⁶ Isso quer dizer que a norma é um conceito que inicia uma ciência jurídica, que contempla aquilo que não se conseguia ver antes de Kelsen: a sanção como condição da estática jurídica da norma – que, por sua vez, é a interpretação do mundo do direito.

²⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva de Direito**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 86.

²⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo. Comentários a Teoria Pura do Direito. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 72-73.

As normas no seu caráter prescritivo são dotadas de uma proposição que estabelece um dever-ser, tendo no seu bojo uma sanção. “Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica.”²⁵⁷

Entretanto, justamente o epicentro da *hard law*, a sanção, “perde seu papel tradicional como concepção central para a definição de direito, para a delimitação entre as esferas jurídica e social, e as esferas global e nacional”.²⁵⁸

O problema intensifica-se para a matriz analítica porque a falta de sanção pode significar falta de norma (fundamental), concluindo que realmente não existe direito sem sanção válida. A matriz hermenêutica de Hart poderia ter uma saída utilizando as regras secundárias de reconhecimento da sociedade. Mas, ainda assim, é apenas validade, não supera o problema da *soft law*.

Dentro dessas matrizes teóricas, “a solução acaba sendo regular comportamentos por normas e regras que não são juridicamente obrigatórias, mas que fornecem algum grau de previsão sobre as condutas dos atores sociais e até mesmo uma expectativa em relação a essas condutas”.²⁵⁹ Porém isso não é suficiente para a *lex mercatoria*, fazendo com que se questione até mesmo o seu caráter autônomo, diante de necessidades de reconhecimento de suas decisões em corte, de um tipo de sanção.

A tradicional teoria jurídica, na seqüência de autores tão diferentes como Austin, Weber e Kelsen, realmente afirma o caráter jurídico das leis logo nas sanções. Aqui se encontra o maior protesto contra o caráter autônomo da *lex mercatoria*: quando se

²⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 121.

²⁵⁸ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 14.

²⁵⁹ NASSER, Salem Himat. Desenvolvimento, Costume Internacional e *Soft Law*. AMARAL JÚNIOR, Alberto (org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri, SP: 2005. p. 216.

depende dela, as sanções informais da economia simplesmente não são suficientes e faz-se necessário o reconhecimento dos tribunais nacionais para poder executá-las pelas instâncias nacionais.²⁶⁰

Portanto, a resposta da policontextualidade, da matriz teórica pragmático-sistêmica, é paradoxal, como deveria ser. A *soft law* da *lex mercatoria* tem uma normatividade que poderá ser normativa, porém também poderá ser apenas simbólica ou, ainda, apenas válida por um código binário direito/não-direito.

Além de uma normatividade normativa, a *soft law* tem uma característica simbólica. Mesmo sem pesquisas de campo analíticas²⁶¹, é possível afirmar sem nenhum exagero que grande parte do direito da *lex mercatoria* não chega às cortes arbitrais, muito menos às cortes nacionais requerendo validação.

As probabilidades de um negócio internacional terminar ou de se tornar impossível de execução, por efeitos de um recurso a poderes judiciários internos nos Estados, são as mais plausíveis. Relembre-se que, num pleito judicial, as partes se encontram opostas, quanto a teses que sustentam e, na maioria das vezes, estas são irreduzíveis aos argumentos contrários. (...) Nas arbitragens, dado o fato de os poderes judicantes do(s) árbitro(s) depender da vontade dos litigantes, as soluções elaboradas por estes, a qualquer momento, são obrigatórias aos julgadores; por outro lado, dado o caráter privado e secreto das arbitragens, há maiores possibilidades de um negócio internacional, sobre o qual houve litígios, ter uma continuidade no tempo.²⁶²

O fato de as decisões estarem subordinadas à vontade de cumprimento das partes, devido à possível inexecução, ou à falta de força na execução arbitral, a *lex mercatoria* é compensada, também, pelo sigilo das cortes arbitrais. O segredo em relação aos julgamentos traz maiores possibilidades de rever um negócio internacional em disputa e,

²⁶⁰ TEUBNER, Günther. <http://www.CompanyNameSucks.com>: EFEITO DUPLO DE DIREITOS BÁSICOS EM RELAÇÃO A “PRIVADOS” NO DIREITO AUTÔNOMO DA INTERNET? “HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; LADEUR, Karl-Heinz (Hg.) *Innovationsoffene Regulierung des Internet*“. Baden-Baden: Nomos 2003). p. 14.

²⁶¹ No Superior Tribunal Federal, não foram encontradas decisões a respeito da *lex mercatoria* sendo questionada. Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em 03/01/2009, às 14h.

²⁶² SOARES, Guido F. S. A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 128.

assim, de ter uma nova possibilidade, sem os efeitos psicológicos desastrosos de uma possível condenação judicial pública de um parceiro.

Esse exemplo toca nas periferias do sistema econômico e do sistema do direito. É possível que se perca menos economicamente, mesmo com um negócio ruim, pois a exposição pública pode ser irreversível. A *soft law* da *lex mercatoria* também joga com essas possibilidades.

Por isso, a *soft law* tem também uma função simbólica de normatividade: “as sanções são percebidas mais no papel de um apoio simbólico da normatização. A realidade simbólica da vigência jurídica não é mais definida por intermédio de sanções”.²⁶³

Dessa forma, chega-se à assertiva de que não é *condition sine qua non* que um direito necessite ser *hard law* para ser autônomo, para garantir a função evolutiva na qual foi designado; ainda mais quando falamos de direito internacional e de *lex mercatoria*. “O fato de uma regra ser *soft* ou *hard law* em nada afeta sua normatividade. Ambas devem ser entendidas como componentes de direito internacional, hábeis a zelar pela unidade do sistema normativo.”²⁶⁴

O conceito de *soft law* está inserto em uma nova tendência, que não mais enfatiza os processos formais de produção legal. É uma alternativa às formas mais duras (*hard law*) de regulação, possuindo vários enfoques, dentre os quais vale ressaltar a política

²⁶³ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 14.

²⁶⁴ BORTOLOZZI, Madian Luana. *Soft Law*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 422.

simbólica, definidora de uma direção comum sem nenhum comprometimento formal, e a praticidade de soluções quando associada a instrumentos de políticas formais²⁶⁵.

Entretanto, esse elemento comunicativo normativo pode indicar uma pluralidade de enfoques, que definem uma direção comum no estabelecimento de políticas formais, como no caso das manifestações do sistema econômico. Esse tem sua utilização inicialmente associada à questão ambiental, por meio de recomendações e resoluções de organizações internacionais. Em contraposição ao direito “duro”, a qualidade de direito *soft* é resultado de flexibilidade e de negociação, características da *lex mercatoria*.

A *soft law* é uma condição evolutiva que a *lex mercatoria* encontrou para sua efetividade. Dessa forma, a *soft law* encaminha-se para uma nova forma de direito, compatível com a autopoiese e, principalmente, com o direito policontextural, proporcionando uma ferramenta reflexiva para o convívio do pluralismo jurídico global se desenvolver.

E, na *lex mercatoria*, a *soft law* pode ser observada por meio dos usos e das práticas dos programas da *lex mercatoria*, como os princípios da UNIDROIT, assim como nos próprios contratos que as utilizam, dando um valor ainda maior a esse instrumento. “A *Soft law* é valiosa por si só, não apenas como um ponto de partida para a *hard law*. A *Soft law* fornece uma base eficiente para os contratos internacionais e contribui para criar ‘convenções’ normativas e discursos que podem reformular a política internacional.”²⁶⁶

²⁶⁵ BORTOLOZZI, Madian Luana. *Soft Law*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 423.

²⁶⁶ Tradução livre do original: “*Soft law* is valuable on its own, not just as a steppingstone to hard law. Softlaw provides a basis for efficient international ‘contracts’ , and it helps create normative ‘covenants’ and discourses

Os princípios da UNIDROIT, chamados, muitas vezes, de *soft law*, devem ser especificados no contrato quando a sua aplicação é desejada. Esses não se aplicam como *hard law*, como acontece com as constituições nacionais ou tratados, como a própria Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais para Compra e Venda de Bens ou Mercadorias (CISG)²⁶⁷.

O que realmente importa, em última instância, é que o instrumento em questão não permaneça letra morta, mas seja realmente aplicado na prática. Embora isso seja pertinente no que diz respeito aos instrumentos jurídicos, tais como convenções internacionais, aplica-se ainda mais em casos não-vinculativos ou em instrumentos *soft law*, tais como os princípios UNIDROIT, que serão aplicados na prática, só por virtude de seu valor persuasivo²⁶⁸.

Por fim, há uma mudança de centro de análise da *função* para o *código*, que, além de ressaltar o caráter dinâmico desse Direito, mostra que esse não pode ser definido por um grupo de normas sociais conflitantes em um determinado campo social, mas como

that can reshape international politics". In: ABBOTT, Kenneth W.; SNICAL, Duncan. *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization. **Legalization and World Politics**. Vol. 54, N. 3, Summer. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. pp. 421-456. p. 456.

²⁶⁷ THE JOURNAL OF COMMERCE ONLINE. Export ABCs: UNIDROIT. **Journal of Commerce**. New York: Sep 13, 2004. p. 1 Disponível em <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=691858261&sid=5&Fmt=3&clientId=22430&RQT=309&VName=PQD>>. Acesso em 07/12/2008, às 14h.

²⁶⁸ Tradução livre do original: "What ultimately really matters is that the instrument in question does not remain a dead letter but is actually applied in practice. While this is pertinent with respect to legally binding instruments such as international conventions, it applies even more so to non-binding or 'soft law' instruments, such as the UNIDROIT Principles, which will be applied in practice only by virtue of their persuasive value". In: BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law **Uniform Law Review**. Roma, Itália: UNIDROIT PUBLICATIONS. 2004. p. 4.

coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito.²⁶⁹

A normatividade da *soft law* está na policontextualidade da *lex mercatoria*: no *re-entry* do código do direito /não-direito no sistema da economia, no sistema da política. Isto é, os atores internacionais e as organizações criadoras de princípios utilizam-se do direito, do código do direito, sem “estar” no direito, não estando no sistema do direito. A policontextualidade é a forma de operação de um direito, da *lex mercatoria*, sem força física do Estado, mas com uma função de generalização de expectativas congruentes. A *lex mercatoria* como direito é um direito diferente. Além de ser um direito internacional, é um direito que precisa de uma sutil formação. A *soft law* faz parte desses elementos.

A *soft law* é compensação pela impossibilidade de implementar o direito mundial. (...) E a deixa relativamente resistente à destruição simbólica, no caso do desvio da norma. A estabilidade é o resultado da sua disposição de ceder. A *lex mercatoria* é *soft law*, mas não um direito fraco.²⁷⁰

A *soft law* é uma característica que muda a normatividade, mas não a relativiza. A *lex mercatoria* como *soft law* quer dizer que esse sistema autônomo de direito do comércio internacional é direito sempre que seu código, inserido dentro de uma perspectiva econômica, mas com um *re-entry* do direito, forma expectativas que *devem ser* respeitadas. Isso tanto por essas serem encadeadamente vinculadas a um sistema nacional (decisões arbitrais que são validadas por sistemas jurídicos nacionais) quanto por simplesmente terem uma força simbólica da validade que proporciona a reprodução – a autopeise – desse sistema de comunicações jurídicas *soft*.

²⁶⁹ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 22.

²⁷⁰ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 14.

2.4 O elemento Episódico da arbitragem e dos contratos-tipo

O quarto elemento do novo sentido da *lex mercatoria* refere-se a sua fundamentação, a sua decisão e a como a própria estrutura que a compõe é formada. A *lex mercatoria* interliga episódios entre si por meio de um círculo comunicativo, representando, assim, um mecanismo evolutivo de estabilização²⁷¹. Esses episódios são prejudgamentos, a própria dogmática e a sua codificação; isto é, o elemento episódico é uma forma de fechamento, de composição de uma unidade entre os outros três elementos da *lex mercatoria*. É propriamente uma forma policontextural, em que a hipercomplexidade de possibilidades mostra-se efetivamente: princípios da UNIDROIT, regras da CCI, tratado da UNCITRAL, legislações nacionais, enfim, todas essas possibilidades constroem formas de operação policontexturais.

Dentro dessa perspectiva, a arbitragem e as formas de contrato da *lex mercatoria* são as operações realizadas dentro desse aspecto episódico. O contrato determina a arbitragem e essa, por sua vez, poderá determinar, ou decidir, o contrato. Essa circularidade é a própria autonomia e também a auto-geração da *lex mercatoria*.

Sistemas auto-reprodutores consistem de episódios interagentes ligados entre si por um segundo círculo comunicativo (prejudgados, dogmática, codificação), representando o mecanismo evolutivo da estabilização. (...) Os vínculos principais entre eles se reproduzem por organizações privadas responsáveis pela formulação dos contratos-tipo.²⁷²

²⁷¹ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot. p. 18.

²⁷² Tradução livre do original: “Self-reproductive legal systems comprise interactional episodes that are linked to each other in a second communicative circle (precedents, legal doctrine, codification) which is the locus of the evolutionary mechanism of stabilization. (...) The principal links between them are still supplied by private associations which are responsible for the formulation of model contracts”. Ibidem. p. 20-21.

O direito episódico está desvinculado de uma tradição da *lex mercatoria* antiga em que costumes e tradições eram o fundamento de decisões, ou, ainda, em que esse “direito comercial internacional consuetudinário” era chamado de *lex mercatoria*, como, por exemplo,²⁷³ “pode-se considerar a *lex mercatoria* como as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade”.²⁷⁴ Portanto, a *lex mercatoria* antiga e a atual podem ter sido resultado de costumes comerciais centenários, contudo, a *lex mercatoria* atual é resultado de episódios concatenados que refletem um sistema autônomo do direito, mas da mesma forma dinamiza a hipercomplexidade. Nem mesmo os códigos sejam talvez suficientes para as mudanças e reflexos de toda a *lex mercatoria*, sendo que a publicação de decisões das cortes arbitrais é uma fonte importante para o seu desenvolvimento.

Assim, até mesmo o conflito entre direito Estatal e não-Estatal é colocado em segundo plano, permitindo o desenvolvimento de aspectos importantes na instrumentalização da *lex mercatoria*, em que à arbitragem é atribuído força de decisão de conflitos jurídicos de bens disponíveis. “A arbitragem internacional e os famosos ‘códigos de conduta’ elaborados por várias organizações internacionais representam passos no sentido da resolução do conflito entre a *lex mercatoria* internacional e o direito nacional dos estados individuais.”²⁷⁵

Portanto, o caráter episódico da *lex mercatoria* manifesta-se, principalmente, nos contratos-tipo e na arbitragem. Os contratos já foram trabalhados como formas de acoplamentos estruturais, nas quais o sistema do direito e o sistema da economia encontram-

²⁷³ Esse posicionamento também se encontra em GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 09, p.177-192, 1964. p. 178.

²⁷⁴ MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do Comércio Internacional: A Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 61.

²⁷⁵ TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. p. 225.

se comunicativamente na forma de operação e de abertura cognitiva. Os contratos internacionais são a forma operacional mais redudante em toda a *lex mercatoria*. Uma das formas de contratos mais comunicadas são formas preestabelecidas pela própria *lex mercatoria* de forma episódica, isto é, como uma forma concatenada entre atores e programas.

Ela consiste de episódios concatenados de modo relativamente tênue. Encontramos uma multiplicidade de regimes contratuais, que são cuidadosamente elaborados e, ainda que possam ser muito importante para pequenas regiões inteiras, parecem mais com pequenos feudos numa colcha de retalhos, pois os vínculos entre esses regimes são relativamente tênues.²⁷⁶

Portanto, esses episódios são estabelecidos, também, por meio de contratos, principalmente os contratos-tipo. Os contratos-tipo (*contract-type, standard contract*) são modelos contratuais, que se demarcam das cláusulas gerais, sendo elaborados por organismos profissionais e não pelos contratantes. Por exemplo, os contratos-tipo sobre a compra e venda de cereais elaborados pela *The Grain and Feed Trade Association* ou, ainda, os contratos-tipo para o transporte aéreo internacional da *International Air Transportation Association*²⁷⁷.

A arbitragem²⁷⁸ também está numa relação comunicativa e operativa muito eficiente para o sistema do direito e para o sistema da economia. Enquanto o direito tem uma racionalidade própria, com procedimentos de tomadas de decisões que incluem princípios constitucionais inalienáveis, a racionalidade econômica é exclusivamente voltada para o aumento de capital, o que pode ser muitas vezes proporcionalmente

²⁷⁶ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 21.

²⁷⁷ VICENTÊ, Dário Moura. **Da arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1990. p. 143.

²⁷⁸ Considera-se arbitragem o mecanismo de solução pacífica de conflitos pelo qual as partes envolvidas numa disputa qualquer escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros, para conhecer das razões controvertidas e lhes atribuir uma decisão, que deverá ser acolhida como obrigatória. In: NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem Internacional**. Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 77.

inverso ao tempo “gasto” em um litígio. Ademais, a arbitragem admite outra função além de ser mais rápida que o direito Estatal, desenvolvendo uma forma de solução de conflitos da *lex mercatoria*, decidindo por meio de princípios, decisões e construindo os contratos internacionais.

Outro fator que distingue a arbitragem da Justiça comum é a possibilidade de ser usada a *lex mercatoria*, que informa uma visão cosmopolita de um direito comercial uniforme supranacional, realizando-se de forma independente daquele oriundo de uma única unidade política, com características de um direito despolitizado.²⁷⁹

Esse direito é reflexo de uma forma transnacional, mas também que reduz a complexidade que a sociedade hipercomplexa necessita em função de sua condição. A forma policontextural da *lex mercatoria* observa na função arbitral uma competência catalisadora, pois está desvinculada da intervenção de soberanias estatais e acelerando a produção de princípios gerais do direito do comércio internacional, cuja generalidade permitiu, progressivamente, a elaboração de regras materiais autônomas, regendo tanto a interpretação como a formação e a execução dos contratos internacionais.²⁸⁰

Por sua natureza, o processo judicial nos tribunais internos dos Estados é um procedimento relativamente lento, porquanto composto de passos rigidamente definidos em lei, através de prazos, que iniciam e terminam determinadas fases bem definidas, estando, na maioria das vezes, vedado às partes em litígio alterar os passos ou prazos. (...) Ora, a celeridade é um dos valores mais importantes, quando se cogita de resolução de controvérsias em negócios internacionais, que se realizam num mercado mundial ágil, onde o fator tempo passa a ser primordial, em situações negociais num mercado globalizado.²⁸¹

Assim, a celeridade da arbitragem tem um efeito de tempo nas escolhas das partes, porém de maneira indireta está ligada ao caráter episódico dessas cortes – episódico tanto no sentido *ah doc* quanto no papel de assumir uma produção de episódios –; entretanto,

²⁷⁹ ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.121.

²⁸⁰ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. p. 149.

²⁸¹ SOARES, Guido F. S. A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Aspectos Atuais da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 128.

fracos na sua interligação. A publicação²⁸² de um sistema de matérias arbitrais, desde sua sentença até sua interpretação, são os primeiros sinais de uma formação de episódios interligados; esse fluxo permanente de decisões arbitrais nutre um novo ordenamento jurídico que descende dos negócios internacionais²⁸³.

Os árbitros em casos de direito comercial transnacional enfrentam não só o desafio de elaborar os fundamentos de decisões concretas, mas também de justificar a conclusão e a utilização dos princípios aplicados. Este objetivo é complexo e inigualável. Árbitros resolvendo litígios comerciais de acordo com os princípios da *lex mercatoria* não interpretam apenas as regras e os fundamentos das suas decisões judiciais como de intérpretes da lei em outros sistemas jurídicos. Neste caso, é necessário lembrar que a *New Law Merchant* é uma disciplina relativamente jovem e avança em muitas direções, respondendo às reais necessidades práticas da comunidade internacional.²⁸⁴

A arbitragem internacional da *lex mercatoria* tem acoplamentos com os sistemas políticos nacionais, dando maiores possibilidades para a *lex mercatoria* como se observou no estudo da *soft law*. Tanto em uma situação de re-afirmações de tribunais nacionais quanto pelas legislações nacionais, pode-se e deve-se reafirmar condições mais fortes da própria *lex mercatoria*. Para fins de exemplificação, serão brevemente analisadas as situações da França, país tradicionalmente mais avançado na *lex mercatoria*, e da pátria brasileira.

Assim, a *lex mercatoria* tem uma contribuição efetiva da jurisprudência francesa com a elaboração das regras materiais do Direito Internacional Privado em matéria de

²⁸² Destacam-se as publicações anuais da UNIDROIT a respeito de decisões que envolvem seus princípios, assim como as decisões da ICC.

²⁸³ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth: Aldershot, p. 3-28. p. 25.

²⁸⁴ Tradução livre do original: “Arbitrators in transnational commercial law cases face not only the challenge of elaborating the grounds for concrete decisions but also for justifying the finding and use of the principles applied. This objective is both complex and unparalleled. Arbitrators solving commercial disputes according to *lex mercatoria* principles do not just construe the rules and rationales for their decisions as do judicial interpreters of the law in other legal systems. In this instance, it is necessary to recall that the *New Law Merchant* is a relatively young discipline and advances in many directions, responding to the actual practical needs of the international community”. In: JEMIELNIAK, Joanna. Legitimization arguments in the *Lex mercatoria* cases. **International Journal for the Semiotics of Law**. (2005) 18: 175-205. p. 187.

arbitragem privada internacional, a qual, por seu turno, constitui um dos principais vetores do desenvolvimento desse novo direito próprio das relações comerciais internacionais²⁸⁵. Além disso, o próprio “artigo 1406 do *nouveau Code de Procédure Civile français* defendeu uma posição favorável à execução da *lex mercatoria*, tendo em vista que valida os procedimentos concordados em termos de arbitragem”.²⁸⁶

O Brasil assegurou a utilização da arbitragem nacional e internacional pela Lei 9.307/96 que incorporou a *lex mercatoria* como possibilidade de lei aplicável. “A nova lei de arbitragem tem como principal objetivo mudar a atitude dos brasileiros na maneira de resolver seus litígios de ordem patrimonial, pois não é mais possível ficar esperando que a Justiça Estatal solucione todas as pendências privadas.”²⁸⁷

Dessa forma, o Brasil e a própria iniciativa privada têm maior utilização da *lex mercatoria*. Isso não quer dizer que apenas a partir de um marco legislativo foi dado início à *lex mercatoria* no Brasil ou em qualquer parte, mas o sistema político também contribui na redução de complexidades, de hipercomplexidades.

Existem muitas cortes arbitrais que têm o papel de formação de julgamentos, sendo organizações que atuam entre as periferias do sistema do direito e da economia. “As mais relevantes câmaras de comércio bilaterais existentes no mundo possuem um

²⁸⁵ SANTOS, Antonio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado**. Esboço de uma teoria geral. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 670.

²⁸⁶ Ibidem. p. 670.

²⁸⁷ A mesma autora também reafirma que a nova lei deve trazer maior utilização dos princípios da UNIDROIT: “A utilização dos Princípios em procedimentos arbitrais realizados no Brasil, a par da permissão da nova lei, poderia trazer importante contribuição para a consolidação da *lex mercatoria*, não só no plano internacional, como interno, demonstrando que os Princípios, nascidos a partir de uma concepção universal, estariam deitando raízes em situações de cunho eminentemente interno”. Ambos em: ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 118.

centro ou uma comissão de arbitragem, que copiaram os serviços e regras oferecidos pela CCI.”²⁸⁸

Outro fator que distingue a arbitragem da Justiça comum é a possibilidade de ser usada a *lex mercatoria*, que informa uma visão cosmopolita de um direito comercial uniforme supranacional, realizando-se de forma independente daquele oriundo de uma única unidade política, com características de um direito despolitizado.²⁸⁹

A escolha dos princípios da UNIDROIT como lei aplicável deve ser combinada com uma cláusula arbitral, pois, não se tratando de um tribunal arbitral, a referência a Princípios como lei aplicável pode não ser aceita por um tribunal nacional, que utilizará suas próprias regras de conexão²⁹⁰.

Portanto, nos contratos da *lex mercatoria*, há uma preocupação com a cláusula de compromisso arbitral, em que a competência jurídica diferenciada é estabelecida. Existem variações de modelos, contudo, a maioria dessas cláusulas segue o padrão da CCI: “Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento”.²⁹¹

Os tribunais arbitrais têm começado a ter decisões favoráveis ao uso da *lex mercatoria*. Na sentença 179 de uma disputa entre duas empresas européias, o Tribunal Arbitral da CCI considerou os princípios da UNIDROIT como direito válido em

²⁸⁸ SOARES, Guido F. S. A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Aspectos Atuais da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p.129.

²⁸⁹ ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 121.

²⁹⁰ Ibidem p. 152.

²⁹¹ ICC – Cláusula de Compromisso Arbitral em Português. Disponível no site oficial da CCI: <http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/word_documents/model_clause/mc_arb_portuguese.tx>. Acesso em 08/12/2008, às 14h.

contraposição com os princípios europeus, tendo em vista que esses últimos não refletiam a comunidade comercial internacional. Isso aconteceu a partir do fato de que uma das partes havia invocado os princípios da UNIDROIT como direito aplicável²⁹².

Entretanto, ainda não há consenso sobre a aplicação dos princípios da UNIDROIT e de outros institutos, como a CISG. Em alguns poucos casos, a aplicação das disposições individuais dos princípios UNIDROIT tem sido considerada como uma expressão de um princípio geral subjacente à CISG. Há outras decisões que, sem maiores explicações, equiparam os princípios UNIDROIT, na sua totalidade, com os princípios gerais subjacentes à CISG e assim justificaram a aplicação de cada uma das disposições dos princípios da UNIDROIT para interpretar ou completar a CISG. Existem outras decisões que vão ainda mais longe e aplicam os princípios UNIDROIT não apenas como princípios gerais subjacentes à CISG, mas como princípios que – conforme declarado enfaticamente – refletem “um consenso a nível mundial na maioria das questões fundamentais do direito dos contratos”. Utilizar os princípios da UNIDROIT, dessa forma, é apenas um curto passo para a sua aplicação, em conjugação com a CISG, como uma espécie de *lex mercatoria*, mesmo quando a CISG não for aplicável²⁹³.

Ao contrário do que se possa pensar em relação ao caráter episódico da *lex mercatoria*, a crescente utilização dos princípios sendo julgados pela arbitragem traz uma maior segurança às relações contratuais.

De fato, a arbitragem é um mecanismo que dá aos contratantes segurança jurídica, estimulando as relações comerciais internacionais, pois garante a cada uma das

²⁹² BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law **Uniform Law Review**. Roma, Itália: UNIDROIT PUBLICATIONS. 2004. p. 35-6.

²⁹³ Ibidem. p. 14.

partes que ela não será julgada por um tribunal estatal que desconhece a *lex mercatoria* e que poderia ter a mesma nacionalidade da parte *ex adversa*.²⁹⁴

A arbitragem e os contratos-tipo desdobram o quarto elemento comunicativo paradoxal da *lex mercatoria*, o elemento episódico. Esse elemento é uma forma de fechamento operacional que a *lex mercatoria* tem para tomar a sua decisão. Todos os quatro elementos comunicativos, que operam policontextualmente na sociedade hipercomplexa, são interdependentes, criando uma autopoiese para a *lex mercatoria*, sendo assim autônoma. Isso não quer dizer que seja isolada, nem estática; quer dizer apenas que é a forma como a *lex mercatoria* funciona, estrutura-se, enfim, operacionaliza.

O novo sentido da *lex mercatoria* será o motivo de uma observação pragmática em dois casos re-construídos por meio dos quatro elementos discutidos no capítulo. Para tanto, será necessário compreender o papel da decisão (só-efetuação) dentro das organizações que formam a *lex mercatoria*. Dentro dessas decisões, serão observados quais são os limites de todas as decisões da sociedade hipercomplexa, mesmo aquelas que não estão sujeitas a decisões de Estados ou a organizações estatais, e as possíveis constituições societárias.

²⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem no comércio internacional: análise do caso *Alon/Aib v. Converse Inc.* do TJ/RS. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 8. 2006.

3 A DECISÃO DA *LEX MERCATORIA*: LIMITES E POSSIBILIDADES

A *lex mercatoria* teve seu sentido construído a partir de sua contingência e evolução semântica e histórica, para, assim, ser estruturada nos quatro elementos da policontextualidade, com sua função de desparadoxação. Depois da contingência e do paradoxo, a terceira questão fundamental a ser analisada é a decisão, elemento preciso e determinante nas operações e só-efetuações dos sistemas sociais autopoieticos.

A decisão é uma operação que se apóia em outras operações. Contudo, é produzida por Organizações que têm a função central nos sistemas, nos quais produzem justamente operações com as funções específicas de cada sistema: para o sistema da economia, os bancos; para o sistema do direito, os tribunais; para a religião, as igrejas. Dessa forma, “a organização compensa um déficit lógico de racionalidade nas decisões que são, em última instância, reduzidas à diferença entre o sistema e ambiente”.²⁹⁵

Isso quer dizer que as organizações são responsáveis por diferenciar, entre outros discursos, outras comunicações da sociedade, a comunicação específica de cada sistema. O sistema do direito utiliza-se dos tribunais. A *lex mercatoria* tem cortes arbitrais que possuem o papel de decisão, entretanto, de forma mais peculiar, mais periférica e menos central. Isto é, embora as cortes arbitrais decidam, elas decidem menos sozinhas que os tribunais nacionais do sistema do direito.

²⁹⁵ Tradução livre do original: “La organización compensa aí um déficit lógico de racionalidad en las decisiones que es en último término reducido a la diferencia entre sistema y entorno”. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Tradução: Dario Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1997. p. 7.

Para conseguir desenvolver os aspectos necessários das duas decisões a serem analisadas e reconstruídas, serão realizadas observações sobre a decisão e organização, dando uma ênfase maior às organizações, as cortes arbitrais da *lex mercatoria*. Depois, será analisada uma decisão da Câmara de Comércio Internacional e da Câmara de Comércio de Estocolmo. Por fim, serão avaliados os limites e as possibilidades da *lex mercatoria* em face dos direitos humanos.

3.1 Só-efetuação, Operação, Decisão e Organização

A terceira questão que Jean Clam²⁹⁶ considera como fundamental para a teoria da sociedade, depois da contingência e do paradoxo, é a traduzida “só-efetuação”. Essa palavra pode ser perfeitamente substituída por operação, se levarmos em conta o fato de uma operação ser operacionalizada sempre simultaneamente no mesmo e apenas em um único momento. Isto é, os sistemas apenas são, enquanto são, durante aquele momento e sempre naquele momento. Caso durem, eles são redundantes, são re-afirmados, porém estão sendo novamente operados.

Isso acontece porque a sociedade autopoietica manifesta-se na sua operação de maneira estrutural e imanentemente instável, não conseguindo parar de operar, já que, por assim dizer, está sempre em busca da conexão adequada para continuar operando²⁹⁷.

²⁹⁶ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

²⁹⁷ Ibidem p. 256.

Nesses casos, são criadas estruturas que permitem que as operações durem no tempo, sejam operadas com maior sucesso, com maior redundância, deixando temporariamente de ser instáveis. “As estruturas são produzidas através de operações a ser utilizadas nas operações, elas não são apenas produzidas, mas, eventualmente, são modificadas ou jogadas, sendo simplesmente esquecidas.”²⁹⁸

As comunicações jurídicas de programação e de acoplamentos estruturais formam essas estruturas do Direto. Portanto, apenas de comunicações é composta a *lex mercatoria*, comunicações especiais, diferenciadas pelos elementos comunicativos que refletem o sentido policontextual que a sociedade hipercomplexa exige. Essa composição ocorre sempre que o sistema é operacionalizado: “A operação ‘acontece’, se dá, ‘ocorre’ como reflexão assimétrica de uma diferença em uma forma-ato. Os ‘produtos’ de tal acontecimento são seres vivos, conteúdos conscientes e comunicações sociais”.²⁹⁹

Essas comunicações ocorrem no *presente* – comunicações da *lex mercatoria* –; as comunicações do sistema do direito são realizadas por meio de decisões no *tempo* entre um passado e um futuro. Toda decisão jurídica terá, assim, como vínculo preponderante legislações, jurisprudências, doutrina, ou seja, decisões que já, de alguma forma, foram tomadas anteriormente, isto é, fontes do passado. Ao regular decisões futuras com o passado, não se produz diferença, e, portanto, passado e futuro serão uma linha contínua

²⁹⁸ Tradução livre do original: “Le strutture vengono prodotte attraverso operazioni per esser usate nelle operazioni; esse non solo vengono prodotte, ma riprodotte, eventualmente vengono variate o semplicemente dimenticate”. LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Tradução: Giancarlo Corsi. Milão, Itália: Bruno Mondadori Editori. 2005. p. 38.

²⁹⁹ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 254.

de repetições. Destarte, tomando decisões que não produzem diferença, não se produz tempo.³⁰⁰

*(...) a decisão não está determinada pelo passado (leis emitidas, delitos cometidos); a decisão opera dentro de sua própria construção que só é possível no presente. Por outro lado, a decisão tem conseqüências para os presentes no futuro. A decisão abre ou fecha possibilidades que sem a decisão não existiriam. A decisão pressupõe o passado como invariável e o futuro como variável e precisamente por isso se dá o retorno à relação de determinação: não se deixa de determinar pelo passado, porém se quer determinar o futuro, ainda que este efeito de determinação não se efetue porque no futuro se espera que haja mais decisões.*³⁰¹

Então, observa-se a gravidade da decisão. A decisão é uma operação do sistema do direito voltada ao futuro, que, por sua vez, é formado de outras operações jurídicas do passado. A decisão, dessa forma, exige a regra como seu pressuposto, na mesma medida que essa exige aquela, para, assim, o sistema jurídico produzir as suas operações na base desse referimento mútuo. Por isso, observa-se um novo paradoxo, em que o sistema do direito tanto aqui quanto em outras partes aparece como inconcluso e constituído de circularidades que, em parte nenhuma, chegam a um fundamento e são resolvidas gradativamente apenas em termos operativos mediante empréstimo e devolução de elementos virtuais.³⁰²

A decisão necessariamente tem sempre que vir com uma alternativa: um ou mais modos de atuação elegíveis – os que, por sua vez, contêm situações, acontecimentos e também subseqüentes decisões que resultam dessa primeira decisão. Por conseguinte as decisões subseqüentes não se realizariam sem a primeira. Sem embargo, a decisão mesma não é um componente da alternativa: não é um modo de atuação. Por isso precisa-se supor que a decisão é uma terceira exclusão da alternatividade da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou com maior precisão: é a unidade desta diferença. Em suma: um paradoxo. A decisão se dá unicamente quando se pressupõe que algo é indecível (e não só indecível!). Já

³⁰⁰ LUZ, Cícero Krupp da. Novos Direitos, Sociedade e Defasagem Temporal. **Anais do VI Salão de Iniciação Científica da PUCRS**. 2005.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 371.

³⁰² CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 120.

que de outro modo a decisão já se haveria decidido e somente se trataria de “reconhecê-la”.³⁰³

As alternativas (a complexidade e, também, a hipercomplexidade) da circularidade e do paradoxo da decisão no direito – e na *lex mercatoria* – não significam que tudo vale. Os limites das decisões – das operações jurídicas – estão no sistema, na sociedade. A derrogação da tomada de decisões está na organização central dos sistemas; no caso do sistema do direito, nos tribunais. “(...) os tribunais devem se decidir sobre qualquer caso a eles apresentado. A norma que corresponde a essa situação é a de que está proibida a denegação da justiça.”³⁰⁴

Assim, os tribunais têm o dever, a prerrogativa de decisão, como um resultado que emerge da sua característica de organização. “Quando se trata de resultados, se fala em ‘operação’ e, no caso das organizações, ‘decisão’.”³⁰⁵ Portanto, isso quer dizer que nem as leis, nem os contratos encontram-se ante o imperativo de decidir. A validade do direito pode mudar (ou deixar de mudar) com a seleção dessas formas. A esse respeito, somente os tribunais vivem uma situação de exceção, pois eles devem, onde for necessário, transformar a indeterminação em determinação, somente eles estão obrigados à decisão e, por conseguinte, somente eles gozam do privilégio de poder transformar a necessidade em liberdade. Nenhum outro órgão da administração da justiça tem uma posição semelhante³⁰⁶.

³⁰³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 370.

³⁰⁴ Ibidem p. 372.

³⁰⁵ Tradução livre do original: “Quando si tratta di risultati, parleremo anche di ‘operazione’, e nel caso delle organizzazioni di ‘decisione’”. Idem **Organizzazione e decisione**. Tradução: Giancarlo Corsi. Milão, Itália: Bruno Mondadori Editori. 2005. p. 34.

³⁰⁶ Idem. **El Derecho de La Sociedad** Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 382.

Somente por meio da organização se garante a universalidade da competência dever decidir/poder decidir sobre todas as questões jurídicas. Todos os demais campos de trabalho (não judiciais) do sistema do direito pertencem à periferia. Isto tem validade para aquelas disposições que normalmente se assinalam como privadas, por exemplo, o fim dos contratos. Entretanto, é válido também para a legislação. Para a periferia não existe nenhuma necessidade de decidir. Nas periferias se pode representar interesses de qualquer índole e impô-los com todos os meios disponíveis, sem que importe a distinção de interesses legais/interesses ilegais. Precisamente por isso que a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade.³⁰⁷

As organizações e a decisão são produtor e produto de um mesmo sentido para a sociedade. “A organização é um sistema que se produz como uma organização.”³⁰⁸ O sistema do direito tem nos tribunais essa figura central de auto-produção de operações, de só-efetuações, de decisões.

A *lex mercatoria* tem nas organizações um papel policontextual de centralidade. Tendo em vista que a *lex mercatoria* é um produto jurídico autônomo da sociedade hipercomplexa, as organizações de tomada de decisão, ainda que estejam no centro do sistema, são heterárquicas, *soft law*, formadas por acoplamentos estruturais e decidem de forma episódica; ou seja, operam de forma policontextual.

Dessa forma, o processo de decisão do sistema da política torna-se policontextual também. É necessária uma comunicação com outras instituições, uma estrutura política internacional, que, anteriormente, era precária. Ninguém mais está isolado. Desde organizações privadas a organizações internacionais e transnacionais, como, por exemplo, a ONU, Corte Interamericana de Direitos Humanos, CCI, UNCITRAL, UNIDROIT, OMC, Cortes Arbitrais Internacionais e Anistia Internacional, todas essas institucionalizam conexões mais profundas entre si: propostas e discussões são realizadas

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005. p. 383.

³⁰⁸ Tradução livre do original: “L’organizzazione è un sistema che produce se stesso come organizzazione”. Idem. **Organizzazione e decisione**. Tradução: Giancarlo Corsi. Milão, Itália: Bruno Mondadori Editori. 200. p. 34.

em reuniões mundiais para se tornar possível a tomada de decisão tanto econômica quanto política. Isso se dá pelo fato de um novo conceito de relação entre outras partes do mundo ser estabelecido, não sendo simplesmente internacional, mas um surgimento global de inter-relações diferentes, entrelaçadas de maneiras distintas, como na Internet.

O ponto central é que um sistema organizacional só pode constituir as unidades elementares por cuja relação este sistema está construído, ou seja, as decisões de uma forma que seja apropriada para a complexidade que vem com ele. A decisão é um conceito de interpretação e de reflexão, que funciona no próprio sistema em si, e que permite deixar transcorrer processos de auto-simplificação sob uma maior complexidade.³⁰⁹

Portanto, as organizações são o critério de redução da hipercomplexidade em forma de decisões. Elas constituem a *lex mercatoria* de uma forma hipercomplexa, exigida por aquela – operando de maneira policontextural.

As cortes arbitrais de maior importância, que atuam sem pretensão de esgotamento das cortes, para a *lex mercatoria*, são, atualmente, as seguintes: Corte de Arbitragem Internacional da CCI³¹⁰, *The Chamber of National and International Arbitration of Milan*³¹¹, Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*)³¹², *International Bar Association (IBA)*³¹³,

³⁰⁹ Tradução livre do original: “El punto central es que un sistema organizacional sólo puede consistir las unidades elementales por cuya relación este sistema está construido, es decir, las decisiones, en una forma que es adecuada a la complejidad que con esto surge. La decisión es un concepto de interpretación y de reflexión, que funciona en el sistema mismo, y que le permite dejar transcurrir procesos de autosimplificación bajo la cotematización de una mayor complejidad”. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Tradução: Dario Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1997. p. 48.

³¹⁰ *International Chamber of Commerce. Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce.* Disponível em <<http://www.iccwbo.org/>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

³¹¹ *The Chamber of National and International Arbitration of Milan.* Disponível em <<http://www.jurisint.org/en>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

³¹² *Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce. Rules of the Arbitration of the Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.* Disponível em <<http://www.sccinstitute.se>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

³¹³ *International Bar Association IBA – Regras de Ética para Árbitros Internacionais.* Disponível em <<http://www.abanet.org/>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

*London Court of International Arbitration (LCIA), American Arbitration Association*³¹⁴, *Association for Conflict Resolution*³¹⁵, entre outras.

Dentro dessa pluralidade de organizações, as Cortes Arbitrais detêm a posição virtual de centralidade da *lex mercatoria*, ao ser escolhidas como organização de decisão. Atualmente, a corte arbitral com maior relevância é a CCI – Câmara de Comércio Internacional de Paris (International Chamber of Commerce – CCI), que foi fundada em 1919 e autodenomina-se “A Organização Mundial dos Negócios”. Essa organização é formada exclusivamente por grandes corporações privadas de todos os ramos e de qualquer país do mundo. Dentre seus principais objetivos, estão a promoção do comércio, dos serviços e do investimento, eliminando obstáculos e distorções do comércio internacional, e a promoção da construção e da configuração de regras, de padrões e de desenvolvimento de políticas globais de comércio³¹⁶.

Ainda que a CCI tenha o objetivo de desenvolver a economia global como uma força de crescimento econômico, criação de empregos e prosperidade, essa se distingue de outras organizações com maior relevância mundial como a OMC, por não ter os Estados como representantes mais presentes. Ao contrário, devido às economias nacionais estarem agora tão proximamente ligadas, as decisões governamentais nem sempre têm a mesma repercussão que tinham no passado ou que poderiam ter tido de outras formas, como na CCI.

³¹⁴ *American Arbitration Association*. Disponível em <<http://www.adr.org/>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

³¹⁵ *Association for Conflict Resolution*. Disponível em <<http://www.acrnet.org/>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

³¹⁶ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – CCI. **Constitution of CCI**. Disponível em <<http://www.cciwbo.org/>>. Acesso em 11/12/08, às 14h.

As atividades da CCI cobrem um abrangente espectro de arbitragem e de resolução de conflitos: para tornar o comércio aberto e o sistema econômico de mercado, para auto-regular o comércio, para lutar contra a corrupção ou para combater o crime comercial³¹⁷.

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional é a de maior excelência no âmbito da arbitragem internacional, com uma organização e experiência de mais de 15.000 (quinze mil) casos já entregues para a gestão³¹⁸.

A segunda corte arbitral que iremos relatar é o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – SCC), que foi criado em 1917 e é uma entidade separada no âmbito da Câmara de Comércio de Estocolmo. Reconhecido na década de 1970 pelos Estados Unidos e pela União Soviética como um centro neutro para a resolução dos litígios comerciais Leste-Oeste, o SCC tem expandido desde então os seus serviços em arbitragem internacional para mais de 40 países. Ao longo das últimas décadas, a SCC Instituto tem emergido como uma das principais instituições de arbitragem do mundo³¹⁹.

Nos próximos itens, iremos transpor duas decisões, uma de cada corte arbitral, observando principalmente a questão da *lex mercatoria* envolvida e, assim, reconstruindo as decisões a partir do novo sentido atribuído pela policontextualidade à *lex mercatoria*.

³¹⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – CCI. Disponível em <<http://www.cciwbo.org>>. Acesso em 11/12/08.

³¹⁸ NEHRING, Carlos. A CCI e o Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n.9, p. 77.

³¹⁹ The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. SCC. Disponível em <<http://www.sccinstitute.se/uk/About/>>. Acesso em 10/12/2008.

3.2 Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI: “Vendedor Romeno vs. Comprador Inglês”

O primeiro caso é julgado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI. O acesso a casos da *lex mercatoria* é dificultado principalmente pelo fato da prerrogativa de estarem em “segredo” ou serem confidenciais, como já descrevemos anteriormente. Existem publicações anuais parciais que trazem apenas as questões mais incipientes, sem mencionar os nomes das partes, por isso utilizamos essa nomenclatura do caso. A primeira parte será apenas a respeito do relatório do caso.

O caso “Vendedor Romeno Vs. Comprador Inglês”³²⁰ tem início com um contrato de compra e venda³²¹ entre um Vendedor Romeno e um Comprador Inglês, tendo como objeto um *papel pardo branqueado sem agentes óticos*. O contrato continha a seguinte cláusula de escolha da lei e arbitragem no artigo 14 do contrato, subtítulo “Disputas”:
“Este contrato é regido pelo direito internacional; qualquer litígio que possa surgir decorrente do presente contrato será resolvido amigavelmente, e na falta deste, por arbitragem no âmbito da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI”.

Portanto, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI foi escolhida como organização competente para a decisão, enquanto a legislação aplicável foi referida como “direito internacional”. Quando surgiu um litígio no qual as partes foram incapazes de

³²⁰ ICC International Court of Arbitration, Number 12111, 06.01.2003. Disponível em <<http://www.unilex.info>>. Acesso em 08/12/2008, às 14h.

³²¹ Contrato de compra e venda n° KT/P/01/2001, 25/05/2001. Preços, quantidade e prazos estipulados no contrato.

resolver amigavelmente, o vendedor romeno solicitou arbitragem. Preliminarmente, as partes discordaram sobre qual seria a lei aplicável ao mérito do caso; portanto, a discussão que nos interessa versa justamente sobre a definição a respeito da legislação aplicável para o caso, a decisão sobre o que quer dizer “direito internacional”.

Em seu requerimento à Corte Arbitral da CCI, o requerente (V. Romeno) alega que ao se referir ao “direito internacional” as partes tinham em mente os princípios gerais do direito e da *lex mercatoria*, em conformidade com o artigo 1.101 (3) dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos³²² e número 3 do preâmbulo dos Princípios da UNIDROIT³²³.

Como as partes tinham em mente os princípios gerais do direito e da *lex mercatoria*, quando estipulado o “direito internacional” no Contrato, essa posição baseia-se nas seguintes afirmações: (i) as partes no contrato têm uma nacionalidade diferente e os seus atos estão sujeitos a direito internacional privado, sendo regido por princípios gerais de direito; (ii) o contrato é, por essência, um comércio internacional de contrato, e a ausência de determinação de uma lei nacional demonstra a intenção das partes de ter o Contrato regido por normas e por princípios jurídicos gerais em matéria das obrigações internacionais.

³²² Art. 1.101 (3) These Principles may be applied when the parties: (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “*lex mercatoria*” or the like. **PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW** – (“PECL”). 1998. Disponível em: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm>. Acesso em 12/01/08, às 19h.

³²³ Art. 3º, Preâmbulo, “The Principles applied as a manifestation of ‘general principles of law’, the ‘*lex mercatoria*’ or the like referred to in the contract”. **PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Disponível em www.unidroit.org. Acesso em 06/12/2008, às 14h.

Por fim, o requerente conclui que a disputa deve ser regida pelos *princípios do direito contratual europeu*, aplicáveis na Romênia, e interpretado à luz dos princípios UNIDROIT.

Em sua defesa, o requerido (C. Inglês) se opôs, invocando a aplicação do Direito Inglês a ser a lei aplicável neste caso, uma vez que o requerido é uma sociedade registrada sob a jurisdição inglesa e tem agido de acordo com o sentido e o espírito do direito inglês, incluindo a interpretação de um “acordo de cavalheiros”.

A Corte Arbitral da CCI, depois de receber as alegações das duas partes, precisava decidir preliminarmente a questão da legislação aplicável, para então entrar no mérito da questão. Para isso, foi designado um árbitro único (Sole Arbitror), para avaliar a legislação aplicável ao contrato.

O árbitro entendeu que o contrato é um contrato de compra e venda, celebrado entre as duas entidades estabelecidas em dois países diferentes. Dado o fato de terem renunciado durante as negociações a um direito nacional, a expressão “direito internacional” não pode referir-se à parte do chamado direito internacional privado de um direito nacional. Na verdade, “o direito internacional privado”, conforme aplicado aos contratos internacionais, consiste de um conjunto de regras de conflito de leis que ajudam o juiz ou o árbitro a determinar a lei aplicável ao contrato.

O árbitro está persuadido de que as partes pretendiam afastar um sistema nacional. Eles não queriam aplicar o direito internacional privado de um sistema jurídico nacional

indeterminado. O árbitro concorda com o requerente que “o direito internacional” deve ser entendido como as regras internacionais aplicáveis aos contratos internacionais.

Isso está em conformidade com os termos dos artigos 17-1³²⁴ e 17-2³²⁵ do Regulamento de Arbitragem da CCI que autoriza as partes ou o árbitro a não aplicar o direito nacional a um contrato.

Assim, o árbitro considera que a expressão “direito internacional”, utilizada pelas partes, refere-se à *lex mercatoria* e aos princípios gerais de direito aplicáveis às obrigações contratuais internacionais, tais como os decorrentes do contrato. Tais princípios gerais estão refletidos nos Princípios da UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais, que serão aplicados para a determinação das respectivas alegações das partes nessa arbitragem.

A respeito da aplicação do PECL, o árbitro considera que constitui, ainda, apenas uma pesquisa acadêmica, não estando amplamente conhecida pela comunidade empresarial internacional, sendo uma etapa preliminar para a elaboração de um futuro Código de Contratos Europeu, não adotado ainda. O pedido do requerido sobre a aplicação do PECL é, dessa forma, rejeitado.

³²⁴ Art. 17 (1) As partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

³²⁵ Art. 17 (2) Em todos os casos, o Tribunal Arbitral levará em consideração os termos do contrato e os usos e costumes comerciais pertinentes. **Regulamento de Arbitragem.** INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. 1998.

Esse é o relatório da decisão. Usaremos os recursos comunicativos da policontexturalidade da *lex mercatoria* para uma reconstrução do caso: redes heterárquicas, programas e acoplamentos estruturais, *soft law* e forma episódica.

O caso acontece entre dois diferentes países, em que um contrato internacional é estabelecido para garantir o cumprimento da obrigação. A validade da corte está assegurada pela cláusula contratual (artigo 14) que garantiu que não se entrasse por vias judiciárias nacionais, mas por uma corte arbitral, isto é, diferente de uma forma hierárquica, que necessite buscar uma validade última. Não existem Estados ou Direito estatal envolvidos nessa questão. Essa preferência reflete o caráter heterárquico do contrato.

O contrato é uma operação jurídica que tem uma função de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da economia. Ainda, nesse elemento, foi decidido que o “direito internacional” deveria ser o programa a ser seguido. Entretanto, como já foi relatado, toda forma que pretende referir-se à *lex mercatoria* por meio de palavras como “direito internacional” ou por meio de “regras costumeiras do direito” esbarra em uma complexidade indecifrável. Não se tem semanticamente uma resposta, uma estrutura jurídica que possa programar uma resposta à *lex mercatoria*.

Isso abriu formas de argumentação sobre o direito aplicável (programação), e cada parte naturalmente fez o possível para ser mais benéfica a si mesma. Contudo, a decisão a respeito do programa determinou que justamente a *lex mercatoria*, como “direito internacional”, deve ser guiada pelos Princípios da UNIDROIT. Esses princípios são outro acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o da economia. Isso ocorre

devido ao fato de o julgador entender que as partes, dentro de um contexto de direito contratual internacional, ao afirmarem o “direito internacional”, estavam e deveriam estar sob a competência da *lex mercatoria*, afastando as possibilidades de aplicação do direito europeu ou de um direito nacional.

A decisão, mesmo tendo um caráter arbitral, não teve contestações a respeito da corte que estava exercendo poder ou, até mesmo, sobre o caráter normativo que essa decisão tem, reforçando a tese de que a *soft law* funciona de maneira plena na *lex mercatoria*. O mesmo ocorre com o caráter episódico da *lex mercatoria*. Embora tenha havido uma discussão sobre o que deveria ser “direito internacional”, rapidamente foram utilizadas a jurisdição arbitral e a programação, para então ser decidido que os episódios interligados entre o contrato e a forma de jurisdição foram aceitos e fundamentados de forma válida.

3.3 Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo: “*Empresas Chinesas vs. Empresa Européia*”

O segundo caso foi julgado pelo Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Esse caso³²⁶ “*Empresas Chinesas vs. Empresa Européia*” trata de duas empresas chinesas e de uma empresa européia que entram em um acordo (a seguir denominado “Acordo”) sobre intercâmbio de tecnologia e de cooperação técnica. O Acordo impôs às partes um dever de estrito sigilo relativamente às informações trocadas

³²⁶ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Número 117/1999, 00.00.2001. Disponível em <<http://www.unilex.info>>. Acesso em 09/12/2008, às 14h.

e um dever de não-concorrência. O conflito surgiu quando a empresa europeia acusou uma das empresas chinesas de ter violado tais compromissos. A empresa europeia alegou danos em decorrência da violação, e, conforme uma cláusula arbitral contida no Acordo, o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo seria competente pela arbitragem do caso.

O Acordo foi omissivo quanto à lei que regeria o contrato. O requerente (Empresa Europeia) alegou: a legislação sueca que determina que devem ser aplicadas a lei do lugar da arbitragem e uma lei neutra; ou o direito de Luxemburgo que refere como é a lei do país onde a parte realiza a “característica de execução”, a concessão de uma licença, onde teve o seu local de negócios. Em alternativa, também deveriam ser aplicados os Princípios da UNIDROIT.

O recorrido (Empresas Chinesas) alegou que a lei aplicável era a lei da República Popular da China, como a lei do país onde o contrato foi celebrado e/ou os principais resultados foram prestados.

A Corte Arbitral evocou que, de acordo com o artigo 22 (1) do Regulamento de Arbitragem do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo³²⁷, na ausência de um acordo entre as partes, é aplicável a lei, ou as regras de direito, que o tribunal considera ser mais adequada.

³²⁷ Artigo 22 (1) O tribunal arbitral decidirá o mérito da disputa em base da lei ou das regras de direito acordada pelas partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal arbitral deve aplicar a legislação ou o direito que considera ser mais adequado. Tradução livre do original: The “Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law or rules of law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law which it considers to be most appropriate”. In: **ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce**, 2007. Disponível em <http://www.sccinstitute.se/_upload/shared_files/regler/2007_Arbitration_Rules_eng.pdf>. Acesso em 25/12/2008, às 14h.

No caso em apreço, a Corte considerou que as partes deliberadamente abstiveram-se de acordar sobre a lei que rege seu contrato (que, entretanto, foi cuidadosamente elaborado).

Aparentemente, com base no pressuposto de que nenhum conflito aconteceria, conclui-se que a questão sobre a lei aplicável nunca surgiria. Se houvesse uma lei eventualmente escolhida, essa teria protegido os seus interesses, de uma forma que qualquer atividade comercial normal consideraria adequada e razoável, sem surpresas que poderiam resultar da aplicação de legislação nacional, da qual eles não tinham um conhecimento mais aprofundado.

Como conseqüência, a Corte Arbitral considerou que o litígio em questão não deveria ser decidido de acordo com a lei de qualquer jurisdição particular, mas na base de regras de direito que tenham sido organizadas em formas de codificações internacionais ou tais como as que gozam de um reconhecimento generalizado entre os países envolvidos no comércio internacional.

E uma vez que não sejam consideradas as convenções internacionais, como a *Convenção das Nações Unidas para Contratos Internacionais para a Compra e Venda de Bens ou Mercadorias* (CISG), nem outras convenções, que não são diretamente aplicáveis a um acordo de licença, a única codificação que poderia ser considerada a ter esse estatuto são os Princípios da UNIDROIT.

As regras da UNIDROIT têm amplo reconhecimento e estabelecem princípios que, na opinião da Corte, oferecem uma proteção para as partes contratantes que refletem

adequadamente os princípios básicos das relações comerciais da maioria, se não de todos, dos países desenvolvidos.

A corte concluiu, portanto, que ao decidir o litígio em questão basear-se-ia essencialmente sobre os Princípios da UNIDROIT e, somente quando os Princípios da UNIDROIT não fornecessem uma resposta a alguma questão de natureza substantiva levantadas na arbitragem, recorrer-se-ia ao direito interno, ou seja, à lei da Suécia como um direito neutro.

Esse é o relatório da decisão da Corte Arbitral.

No caso decidido pelo Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, não há uma hipercomplexidade a respeito da semântica do direito aplicável ao contrato; a hipercomplexidade está justamente em que aparentemente não há direito aplicável ao contrato, fazendo com que as partes argumentem na Corte arbitral o mais adequado.

A heterarquia das fontes jurídicas foi um tema levantado, tendo em vista que se discute qual programa deve ser competente para reger esse contrato. Três hipóteses, que traziam o componente hierárquico, de uma nacionalidade, foram levadas à corte: a legislação da Suécia, a de Luxemburgo e a da China. Todos os argumentos eram plausíveis, atribuídos pelas partes.

O problema está no acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política. São três acoplamentos possíveis para a *lex mercatoria*, todos com mesmas

perspectivas. Todavia, o contrato não foi estabelecido por um acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema do direito, mas por um acoplamento entre o sistema da economia e o sistema do direito. Por isso, a resposta mais acertada é a utilização da *lex mercatoria*, novamente por meio dos Princípios da UNIDROIT.

Por meio dessa programação, tem maior possibilidade de força a decisão da *lex mercatoria* da *soft law*, já que é decidida por meio de formas que têm, na sua elaboração, o próprio sistema econômico, por meio de organizações que produzem programas como a UNIDROIT. A decisão é *soft law*, e a fundamentação e as interligações novamente são episódicas. São episódicas porque iniciaram e terminaram no momento em que foram decididas pela Corte Arbitral, e essa decisão não levou em consideração a tradição costumeira da *lex mercatoria*, mas as conexões entre o contrato e a sua heterarquia necessária para a decisão.

3.4 A semântica empírico-histórica dos Direitos Humanos como limite pragmático à *lex mercatoria*

Após toda uma construção pragmático-teórica sobre a *lex mercatoria*, terminar o trabalho tratando dos limites da *lex mercatoria* nos direitos humanos poderia parecer apenas retórico. Contudo, esse não é o objetivo. A preocupação com os direitos humanos ultrapassou as teorias e o pragmatismo, para, historicamente, tornar-se uma semântica da sociedade, nas próprias decisões de cortes arbitrais.

À primeira vista, parecem justas as críticas rasteiras que se pode fazer a respeito da *lex mercatoria*. Tendo em vista seu caráter de acoplamento estrutural com a economia e com apenas uma sutil participação dos Estados, o *liberalismo econômico* (no seu sentido mais comum) montaria um império de poder por meio do direito; como se observa:

É muito interessante também a explicação de Philippe Kahn de que a subordinação é resultado do que ele chama de hierarquia de objetivos: a *lex mercatoria*, é baseada somente em interesses econômicos, enquanto o sistema jurídico estatal é baseado em uma solidariedade de interesses mais ampla.³²⁸

A *lex mercatoria*, ligeiramente compreendida, pode levar a questionamentos de ordem política ou ideológica; porém, na verdade, trata-se de uma forma muito complexa (policontextural) de enfrentar uma complexidade ainda maior (hipercomplexidade), para desempenhar funções de direito no comércio internacional.

Diante do fato de nenhuma das programações, nenhum dos acoplamentos estruturais ou nenhum dos outros elementos da *lex mercatoria* conterem a referência aos direitos humanos e de estarem, muitas vezes, vinculados a constituições federais (sendo referidos como direitos fundamentais) e de o Estado estar muito afastado da *lex mercatoria*, reafirma-se o discurso de uma *lex mercatoria* sem limites.

A emergência do direito *erga omnes* específico da *lex mercatoria* não se baseia em uma política pública nacional. Mais uma vez, exercendo uma espécie de quase-ativismo judicial, as cortes de arbitragem devem ir além dos termos do contrato para levar em conta, como parte de um específico *ius non dispositivum*, problemas que afetem o meio ambiente e os direitos humanos.³²⁹

³²⁸ STERN, Brigitte. **O contencioso dos Investimentos Internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2003. p.10.

³²⁹ “La aparición de un derecho erga omnes específico de la *lex mercatoria* ya no se basa en la política nacional pública. De nuevo, ejercitando una suerte de activismo cuasi-judicial, las instancias de arbitraje deben ir más allá de los concretos términos del contrato para poder tener en cuenta, como parte de un específico *ius non dispositivum*, los problemas que afectan a las consecuencias ambientales a los derechos humanos.” In:

Essa forma das cortes arbitrais, que tem a decisão sobre a *lex mercatoria*, está presente quando comunicamos os direitos humanos não apenas como direitos positivados em convenções internacionais ou devidamente fundamentados em constituições federais, porém quando temos nessa comunicação uma semântica diferenciada pela sua historicidade e por seu próprio símbolo construído a partir disso.

Primeiramente, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos traz um ganho significativo às distinções sociais necessárias para se conseguir observar a sociedade e os direitos humanos sob dois aspectos epistemológicos importantes: universalidade e distinção.

No que se refere à universalidade, essa teoria entende toda a sociedade mundial como única, formada por comunicações, estando diferenciada por subsistemas sociais com funções e com estruturas distintas – sistema do direito, da política, da ciência, da religião etc. –; porém sendo uma dessas compatível com o caráter universal dos direitos humanos.

Quanto à distinção, os direitos humanos têm um significado diferente para cada sistema social da sociedade: para a política, por exemplo, uma retórica de significados que orientam as pessoas que gostam mais de candidatos defensores de valores humanitários; para a religião, pode significar algum tipo de regras divinas; para a ciência, a questão metafísica dos fundamentos dos direitos humanos na dignidade humana; e, para o direito, “são formas de contingência que nos permitem certas possibilidades de

compreender de uma maneira diferente as situações que estão sendo pré-estabelecidas”.³³⁰

Portanto, a partir desse marco teórico, o Direito não está envolvido com as questões políticas, religiosas, científicas ou filosóficas dos direitos humanos de forma imediata. Entretanto, está envolvido com todos esses reflexos na própria leitura desses subsistemas. Assim, a preocupação central do Direito está em generalizar as expectativas da sociedade, enquanto ligadas às questões trazidas até o Direito.

A função do Direito não está limitada apenas à regulação social, pois deve produzir expectativas contrafáticas, por meio de decisões. E os direitos humanos, dentro dessa perspectiva evolutiva, devem ser considerados uma generalização simbólica que interpassa os sistemas sociais, fazendo com que o valor de dignidade humana seja efetivado, quando a rigidez do código do Direito não é suficiente para superar suas carências.

Esse é o momento em que o Direito deixa de estar com as mãos atadas ao passado e abre-se para o futuro. Os direitos humanos são a condição de o Direito estar preparado para a abertura cognitiva entre o passado e o futuro.

Os direitos humanos estão relacionados à complexidade das circunstâncias, isto é, essencialmente, aos efeitos da diferenciação funcional. Os direitos humanos são o correlato da abertura estrutural da sociedade para o futuro. Se os indivíduos têm acesso aos sistemas de funções de maneira diferenciada e se a inclusão regula-se conforme

³³⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Globalização e Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.iedc.org.br/artigos/dialogando/leonel.htm>>. Acesso em 11/12/2008, às 14h.

critérios internos (que decidem o que é igual ou desigual) desses sistemas, que atendem a uma função; isto é, se tudo isso pertence aos imperativos estruturais da sociedade moderna,, então não se pode decidir de antemão o que cada um tenha que dizer ou aportar³³¹.

Desse modo, numa perspectiva sistêmica, os direitos humanos são certas formas de contingência que permitem espaços interpretativos diferentes dos tradicionais, desde as suas derivações lógicas de direitos de primeira e de segunda geração; uma vez que o direito da modernidade tem, mais ou menos, uma estrutura clássica dogmática e fechada, que precisa dos direitos humanos para permitir uma maior abertura semântica.³³²

O desenvolvimento histórico na proteção dos direitos humanos tem grandes avanços após a Segunda Guerra Mundial, em uma progressiva evolução, que passa pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelos tratados de direitos civis e políticos, econômicos e sociais, pela adoção de sistemas de proteção inter-regionais e também pela adoção desses direitos nas Constituições dos países de maneira progressiva, sendo chamados de direitos fundamentais. Essa semântica foi estabelecida gradualmente, por desdobramentos e pela revelação de paradoxos³³³. A cada momento histórico, os direitos humanos e a própria construção da “dignidade humana” foram motivos do estabelecimento de instituições de sua época.

³³¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Navarrate. México, D.F : Universidad Iberoamericana, 2002. p. 172.

³³² ROCHA, Leonel Severo. **Globalização e Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.iedc.org.br/artigos/dialogando/leonel.htm>>. Acesso em 11/12/2008.

³³³ LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula. **Themis**. Fortaleza. V. 3. N. 1. 2000. p. 153-161.

A caminhada na proteção dos direitos humanos já teria um início, ainda medieval, com a *Carta Magna* de 1215, que “deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”.³³⁴ Ainda antes do século XVIII, os direitos civis têm importantes antecedentes históricos na Inglaterra: *Toleration Act* e a abolição da censura de imprensa, entre outros que vão aparecer depois: Emancipação Católica, a revogação dos *Combination Acts* e o fim da batalha sobre liberdade de imprensa³³⁵. Ainda, destaca-se que, nesse referido período inglês (séc. XVII), o parlamento e a monarquia traçam disputas que levam à promulgação além da *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus* (1679) e da *Bill of Rights* (1688), como grandes marcos³³⁶.

Sem entrar no desdobramento do direito natural, os direitos civis revelam o paradoxo da criação do indivíduo (liberdade, *Habeas Corpus*, *Bill of Rights*), como sentido dos direitos humanos em oposição ao próprio direito objetivo. “No dogma dos direitos humanos configura-se um paradoxo bem diferente: aqui trata-se da distinção de indivíduo e direito, que ganha simultaneamente com o desenvolvimento social moderno impacto estrutural e semântico.”³³⁷

Entretanto, são as revoluções liberais do século XVIII – a Revolução Francesa e a Revolução Americana – que “revolucionarão” uma nova era de direitos humanos. Em ambas as revoluções, eram reclamados tanto direitos civis quanto políticos. Enquanto a

³³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 65.

³³⁵ MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. págs. 57-114. p. 66.

³³⁶ PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório. *Tranisto a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. In: PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo. I: *Transito a la Modernidad Siglos XVI e XVII*. Madrid: Editorial Dukinson S. L., 2003. p. 49.

³³⁷ LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula. *Themis*. Fortaleza. V. 3. N. 1. 2000. p. 153-161. p. 156.

Revolução Francesa não trouxe resultados imediatos à população (a não ser indigência e penúria); na América, firmaram-se as liberdades civis, o bem-estar individual da grande maioria da população e, além do mais, a opinião pública como a força mais poderosa a dirigir uma sociedade democrática e igualitária³³⁸. Dessa forma, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Constituição Americana (1787) tiveram como princípio a igualdade jurídica entre os homens livres, assim como o poder político de democracia com o sufrágio universal, o respeito à liberdade de religião, de palavra e de imprensa³³⁹.

Em 1789, a Revolução Francesa cria a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, enumerando os direitos relativos aos valores e aos interesses manifestados em defesa do indivíduo em trânsito da modernidade, direitos individuais, garantias processuais, participação política e propriedade, como denominador comum da limitação do poder³⁴⁰.

No século XIX, os direitos políticos não estavam incluídos nos direitos da cidadania (que eram universais). Será próprio da sociedade capitalista do século XIX tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis, e próprio do século XX abandonar essa posição e associar os direitos políticos direta e independentemente à cidadania como tal. Isso será realizado, por exemplo, na Inglaterra com a Lei de 1918 do sufrágio universal, que incluirá a mulher. Enquanto isso, os direitos sociais entrelaçam-se com os direitos políticos, tendo em vista que a participação

³³⁸ ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática, 1988. p. 205.

³³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 84-87.

³⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório. Primera parte: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. In: PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo. II: Siglo XVIII Vol. III. Madrid: Editorial Dukinson S. L., 2001. p. 213.

das comunidades locais e das associações constituem a principal fonte dos direitos sociais³⁴¹.

Os direitos humanos ganham crescente destaque durante o século XX e, principalmente, após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Seu desenvolvimento não teria sido realizado caso o Estado, como centralizador político e econômico dessa era, não tivesse tido um papel tão importante. A centralização política e econômica proporcionou uma relativa autonomia aos indivíduos no lugar das tradicionais comunidades locais, ocupando determinados papéis. Apenas assim foram possíveis o surgimento e o fortalecimento dos próprios indivíduos. Esses poderes eram direitos usados como argumentos contra o sistema aristocrata conservador, que ainda era uma herança histórica presente³⁴².

Entretanto, a “positivação torna os direitos humanos dependentes da instituição do Estado Territorial. Isto deixa a base de validade dos direitos humanos obscura para a sociedade global”.³⁴³ Apenas os países assinantes dos tratados ou das convenções estariam sob a égide do direito universal da dignidade humana; o que incluía apenas aqueles indivíduos pertencentes às constituições que asseguram tais direitos humanos.

Logo, os direitos humanos centralizarão uma construção na defesa e na proteção do valor da dignidade humana. Esse termo torna-se objeto da evolução jurídica,

³⁴¹ MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. “Capítulo III – Classe Social”. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. págs. 57-114. p. 70-71.

³⁴² DONNELLY, Jack. The social construction of international human rights .In: DUNNE, Tim. WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge Press, 2001. p. 82.

³⁴³ LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula. **Themis**. Fortaleza. V. 3. N. 1. 2000. p. 153-161. p. 159.

comportando uma grande capacidade estrutural de sentido, em contramão com a época – neo-positivista –, com linguagem rigorosa e fechada.

Porém, dessa forma, a proteção dos direitos humanos não é suficiente para alcançar a universalidade e tampouco a *lex mercatoria*. A semântica dos direitos humanos, considerando-se a *lex mercatoria* como um direito transnacional e global, também precisa de uma forma transnacional e global (universal) para ser suficientemente efetiva diante da *lex mercatoria*.

A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como freqüentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas freqüentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo.³⁴⁴

Assim, independentemente de julgamento em tribunais nacionais, em cortes regionais de direitos humanos, em tribunais internacionais ou em cortes arbitrais da *lex mercatoria*, toda vez que os direitos humanos forem desrespeitados, a operação semântica que diz respeito aos direitos humanos será comunicada. Isso acontece pela histórica conquista que liga todos os desrespeitos dos direitos humanos a essa comunicação simbólica. É essa semântica que cria o símbolo.

³⁴⁴ LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula. **Themis**. Fortaleza. V. 3. N. 1. 2000. p. 153-161. p. 160.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As margens podem ser uma melhor analogia do que as fronteiras ou, ao menos, podem revelar novos paradoxos. A partir da terceira questão de Niklas Luhmann³⁴⁵, da margem de Jean Clam³⁴⁶ e da terceira margem de Guimarães Rosa³⁴⁷, é possível esclarecer alguns resultados obtidos por meio da policontextualidade da *lex mercatoria*. Enquanto as fronteiras são linhas imaginárias estáticas, as margens são limites dinâmicos observáveis.

A *lex mercatoria* foi reconstruída com um arsenal teórico composto por Niklas Luhmann e por Gunther Teubner. O resultado não poderia ser diferente, uma grande arquitetura abstrata, repleta de neologismos e de novas figuras gramaticalmente justificadas. Um dos resultados mais expressivos se reflete no esforço de construir uma

³⁴⁵ LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p.45-52.

³⁴⁶ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 30.

³⁴⁷ “Nosso pai era homem cumpridor, ordeiro, positivo; e sido assim desde mocinho e menino, pelo que testemunharam as diversas sensatas pessoas, quando indaguei a informação. Do que eu mesmo me alembro, ele não figurava mais estúrdio nem mais triste do que os outros, conhecidos nossos. Só quieto. Nossa mãe era quem regia, e que ralhava no diário com a gente – minha irmã, meu irmão e eu. Mas se deu que, certo dia, nosso pai mandou fazer para si uma canoa.” ROSA, Guimarães. A terceira margem do rio. **Primeiras Estórias**. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira. 2001.

arquitetura sistêmica rigorosa, utilizando a estratégia de Jean Clam de contingência, de paradoxos e de decisão, aliada aos elementos comunicativos da *lex mercatoria* de Gunther Teubner e a todo o pensamento autopoiético de Niklas Luhmann. Essa arquitetura também mostra uma tentativa – diante de tantas outras possíveis – para a construção de uma nova epistemologia jurídica e talvez do próprio direito internacional. Talvez se construa uma canoa, uma terceira margem no rio – adentro das margens de contingência para novos sentidos.

“A margem é caracterizada por uma oscilação do sistema entre a contingência interna de suas próprias operações e uma contingência admitida a partir de fora e que deve ser localizada nas margens da primeira.”³⁴⁸

Portanto, a margem é toda possibilidade de sentidos que surge tanto a partir de seus elementos quanto a partir dos de fora, sendo, porém, trazida para dentro. É uma abertura cognitiva, selecionada desde seus próprios elementos. Portanto, as margens da *lex mercatoria* são formadas por sentidos entre a sua contingência e identidade.

Essa foi a preocupação do primeiro capítulo: atribuir um novo sentido à *lex mercatoria*. Para tanto, foram respeitadas as evoluções semânticas que este instituto teve, suas fases, sempre com recursos teórico-evolutivos. Esses não são apenas recursos meramente ilustrativos, tendo em vista que essas seleções e variações ocorreram dentro de uma determinada sociedade, realizando, assim, necessidades momentâneas daquela determinada sociedade.

³⁴⁸ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 30.

Dessa forma, o primeiro sentido da *lex mercatoria* é um direito dos mercadores formado para regular o comércio mundial antes mesmo da criação de Estados e nações. Essa concepção entra em colapso com o surgimento dos Estados. A globalização transforma também essas relações, agora de formas muito mais sofisticadas, por meio de sistemas sociais diferenciados mundialmente, em que novas formas de observações são reproduzidas e duplicadas.

A globalização na sociedade mundial diferenciada tem um papel multiplicador. O pressuposto teórico que define a sociedade como um conjunto de comunicações diferenciadas, estruturado com funções, explica o porquê das modificações significativas na sociedade. Uma sociedade composta por comunicações é radicalmente modificada quando as tecnologias da informação são transformadas. Essa é a diferença da globalização.

Dessa forma, ocorre a duplicação da complexidade, gerando uma hipercomplexidade, a qual por sua vez gera paradoxos parasitantes. É preciso ter um Direito sem Direito/Estado, sem força obrigatória, com múltiplas fontes, sem fundamentação/ligação. A hipercomplexidade no campo da observação reflete inversamente uma necessidade de operação na sociedade com outras formas, de modo policontextural. A policontexturalidade é a forma por meio da qual a *lex mercatoria* pode ser operacionalizada na sociedade atual, hipercomplexa.

Essa policontexturalidade da *lex mercatoria* conta com novos elementos que buscam desparadoxar os paradoxos que são criados. Essas formas de desparadoxar são o fechamento do primeiro capítulo e o objeto do segundo capítulo.

Assim, são delimitadas as margens de sentido da *lex mercatoria*. Um direito transnacional autônomo que é estruturado por meio de elementos comunicativos novos: heterarquia, acoplamentos estruturais, *soft law* e forma episódica, fazendo com que seja possível estabelecer operações dentro desses limites. Nesse momento do segundo capítulo, a terceira questão emerge, isto é, os paradoxos do direito global são estudados.

As formas de desparadoxar os paradoxos são o principal resultado do trabalho. Nesse capítulo, também são utilizadas, de maneira redundante, as diferenciações das matrizes jurídicas analítica, hermenêutica e pragmático-sistêmica, para arrazoar os paradoxos e as críticas dos elementos da teoria do direito e da reconstrução pela teoria dos sistemas autopoieticos, no caso da reconstrução pela policontextualidade.

Isso ocorre justamente no debate da fundamentação da *lex mercatoria*, uma vez que não há uma hierarquia jurídica estabelecida dentro desse pluralismo jurídico global. Esse poderia também ser um problema do próprio direito internacional. Isto é, não existe a norma fundamental de Kelsen (da matriz analítica), tampouco a regra de reconhecimento de Hart (da matriz hermenêutica). A forma proposta sugere uma heterarquia das normas e das operações jurídicas da *lex mercatoria*. Por meio do código binário direito/não-direito, aplicado pelo *re-entry* (re-entrada), podem ser alcançados níveis de validade jurídica sem necessariamente um Superestado dar essa validade. As operações se tornam válidas pela utilização de um discurso, uma comunicação diferenciada, jurídica, dentro da sociedade.

O *re-entry* é um conceito importante porque possibilita que o sistema econômico tenha uma forma jurídica de resolver e de operacionalizar seu próprio sistema com meios jurídicos periféricos. Isso quer dizer que o sistema da economia força uma tentativa de utilizar o código do direito para realizar funções, em que é necessária a sua função própria. Isso acontece devido à dificuldade de operacionalização, justamente do sistema político.

A relação entre os sistemas do direito, da política e da economia são os acoplamentos estruturais nos quais os sistemas entram em contato para formar estruturas, programas, para a *lex mercatoria*; em outras palavras, a relação de acoplamento entre esses sistemas gera as múltiplas fontes nas quais é possível realizar policontextualmente a *lex mercatoria*.

Dentre os acoplamentos estruturais mais importantes se encontram o contrato internacional e as organizações da UNIDROIT, CCI e UNCITRAL. O contratos internacionais são acoplamentos específicos entre dois atores gerados pelo sistema econômico e pelo sistema do direito (ao mesmo tempo, são geradas estruturas importantes para a *lex mercatoria*). Ao mesmo tempo em que os contratos internacionais dão início à relação jurídica, eles mesmos são gerados por princípios já construídos por organizações transnacionais como a UNIDROIT e UNCITRAL. De maneira periférica, o sistema da política realiza interferências na formação dessas formas de produção de programas da *lex mercatoria*.

Isso não quer dizer que a política e os Estados não tenham protagonismo ou força nas relações comerciais. Entretanto, em relação à *lex mercatoria*, com o sentido no qual

foi desenvolvida aqui, enfatiza-se que esse não é o objeto do trabalho. A própria OMC tem um grande papel no desenvolvimento do comércio global, mas de maneira muito pequena para a *lex mercatoria*. Enquanto a OMC busca o desenvolvimento do comércio internacional, a *lex mercatoria* busca operacionalizar o direito comercial transnacional.

Nesse sentido, os Princípios da UNIDROIT são talvez os acoplamentos com maior utilização na *lex mercatoria*, assim como as compilações de decisões da Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Mas, tendo em vista a aceitação da multiplicidade de fontes como algo válido para a *lex mercatoria*, muitas regras diferentes são publicadas por diferentes órgãos por todo o mundo.

A *soft law* é o elemento paradoxal que pretende se desparadoxar. É uma normatividade que não tem força, que não tem coerção, mas que produz expectativas normativas por meio de comunicações específicas da *lex mercatoria*. Essa forma de produzir direito talvez seja a única forma de operacionalizar o direito transnacional.

O último elemento da policontextualidade da *lex mercatoria* é o elemento episódico que fecha o círculo comunicativo. Ao contrário de uma longa tradição consuetudinária, essas comunicações são ligadas por formas de eventos emergentes que, são criados por contratos, contratos-tipos, e julgados por cortes de arbitragem que são escolhidas pelas partes.

Dessa forma, reconstruímos a *lex mercatoria* como um direito transnacional comercial com fundamentação heterárquica, com múltiplas fontes de acoplamentos

estruturais, com uma normatividade *soft*, episódico, que é utilizado por atores individuais.

O debate sobre a decisão implica na seqüência entre só-efetuação, operação para chegar-se à decisão. Toda comunicação dentro da sociedade é uma operação; e todas as operações são uma efetuação, uma só-efetuação. As organizações fazem com que sejam centralizadas operações que vinculam o sistema; por isso, a decisão é uma operação diferenciada e merece ser analisada, para a demonstração de possíveis resultados.

No caso desse capítulo, foram analisadas duas decisões de duas importantes organizações: a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris e o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Em ambas as decisões, foi permitido demonstrar que os quatro elementos operativos funcionam. As cortes arbitrais têm um entendimento possível de ser compreendido pelas formas de policontextualidade da *lex mercatoria*.

Os limites da *lex mercatoria* estão justapostos pela própria sociedade, estão nos direitos humanos. Os direitos humanos são a semântica histórica mais importante em nível global, interferindo em todas as tomadas de decisões de órgãos, que aceitam ou não sua comunicação. Não aceitando os direitos humanos, estão violando um símbolo universal que, por estar sendo frustrado, prova que é válido.

A crise financeira mundial ocorrida no final do ano de 2008 poderá trazer bons exemplos para a *lex mercatoria*. Ao contrário do que se poderia pensar, com a diminuição do crédito, aumentará a inadimplência das obrigações internacionais.

Certamente as cortes arbitrais terão muitos casos novos para decidirem. Poderemos ter grandes desenvolvimentos nos campos da negociação e da *soft law*.

As questões levantadas pelo estudo da *lex mercatoria*, por meio da atribuição de um novo sentido, podem colocar o Brasil na ponta ou, ao menos, dentro do debate acerca de uma teoria jurídica internacional. O Brasil tem participado de maneira muito coadjuvante nesse debate e nas evoluções sobre a *lex mercatoria*; sendo isso facilmente observado por meio do número de títulos produzidos com essa temática no Brasil em comparação com outras matérias.

Diante dessas rasas novas margens de sentido, busca-se justamente a construção de uma canoa em que não apenas caiba uma pessoa sentada, para ficar à beira do rio, contudo, que caiba toda a sociedade – um espaço para a construção de sentidos, o qual seja possível ser a terceira margem.

Mas então, ao menos, que, no artigo da morte, peguem em mim, e me depositem também uma canoinha da nada, nessa água, que não pára, de longas beiras: e, rio abaixo, rio a fora, rio a dentro – o rio.

A terceira margem do rio – Guimarães Rosa

REFERÊNCIAS

A FAIR GLOBALIZATION: creating opportunities for all. The World Commission on the Social Dimension of Globalization. Geneva (Switzerland): International Labour Office, 2004. p. 27.

ABBOTT, Kenneth W. ;SNICAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. International Organization. **Legalization and World Politics**. Vol. 54, N. 3, Summer. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. pp. 421-456.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Disponível em <<http://www.adr.org/>>. Acesso em 21/12/08.

ARAÚJO, Nadia. **Contratos Internacionais**: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 3ª ed. Rev. e Amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARENDDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática, 1988. p. 205.

ARBITRATION INSTITUTE OF STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. **Rules of the Arbitration of the Institute of the Stockholm Chamber of Commerce**. Disponível em <<http://www.sccinstitute.se>>. Acesso em 21/12/08.

ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION. Disponível em <<http://www.acrnet.org/>>. Acesso em 21/12/08.

AXTMANN, Roland. The State of the State: The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation. **International Political Science Review**, Vol 25, No. 3, 2004. p. 259–279.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as Conseqüências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?:** falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós, 2004.

BERGER, Klaus Peter. The *lex mercatoria* doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. **Law and Policy in International Business**. Vol. 28, N. 4. Washington D.C., EUA: Georgetown University Law, 1997.

BEWES, Wyndham Antis. **The Romance of the Law Merchant**, 1923.

BONELL, Michael Joachim. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law **Uniform Law Review**. Roma, Itália: UNIDROIT PUBLICATIONS. 2004.

_____. UNIDROIT Principles And Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Themis**. Vol. 36 N. 2. Montréal, Canadá: Les Éditions Thémis, 2002 p. 341.

BORTOLOTTI, Fabio. Current Contract Practice and Unidroit. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n.5.

BORTOLOZZI, Madian Luana. *Soft Law*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOURQUE, Jean-Francois. The Changing Landscape: Helping Companies Cope with Trade Law. **International Trade Forum** N.3, 1998.

CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? In: **Governança Global: Reorganização da política em todos os níveis de ação**. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. n. 16. São Paulo: 1999. p. 13.

CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006. p. 227.

DONNELLY, Jack. The social construction of international human rights. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge Press, 2001. p. 82.

DUCA, Louis F Del. Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence. **Texas International Law Journal**. Summer 2007; 42, 3.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

ETCHARREN, Rodrigo Zamora. Las Reglas CCI sobre *Dispute Boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v.5, n.10.

FOSTER, Ken. Is There a Global Sports Law? **Entertainment Law**, Vol.2, No.1, Londres: Frank Cass, Spring 2003. p. 1–18.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. Trente ans de *Lex mercatoria*: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit. **Journal du Droit international**. Paris: Editions du juris-classeur, 1995.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.

_____. **La Globalización en el Espejo del Derecho.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização.** Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o future.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

GOFF, Pierrick Le. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. **Indiana Journal of Global Legal Studies.** Vol. 14 N.1, 2007. 119-1445.

GOLDAMMER, Eberhar von. PAUL, Joachim. **Gotthard Günther Annotations.** 2004/1. Vordender. Sommer-Eddition, 2004.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et *lex mercatoria*. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, n. 09, p.177-192, 1964.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. In: **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, p. 283-306.

HART, Herbert. **O conceito de direito.** Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calo uste Gulbenkian, 2001.

HAWKING, Stephen. **O Universo numa casca de noz.** São Paulo: Mandarim, 2001.

HERDEGEN, Matthias. **Derecho Internacional Público.** México: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex mercatoria.** Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano** Historia e Instituciones. 11ª edição. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION IBA – **Regras de Ética para Árbitros Internacionais**. Disponível em <<http://www.abanet.org/>>. Acesso em 21/12/08, às 14h.

INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE-PARIS – ICC **Publicação nº 460 da CCI de 1990**. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/>>. Acesso em 07/12/08, às 14h.

_____. **Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce**. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/>>. Acesso em 21/12/08.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – **UNIDROIT**. Disponível em www.unidroit.org. Acesso em 06/12/08.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – UNIDROIT; **PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**; Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/documents/2004/study50/s-50-098-e.pdf>>. Acesso em 10/12/2008, às 14h.

IZUZQUIZA Ignacio. **La Sociedad sin Hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo**. Barcelona: Anthropos, 1990.

JEMIELNIAK, Joanna. Legitimization arguments in the *Lex mercatoria* cases. **International Journal for the Semiotics of Law**. 2005, 18. p. 175-205.

JUENGER, Friedrich K. The *Lex mercatoria* and Private International Law. **Louisiana Law Review**, 1999, p.60-1133.

KAHN, Philippe. La vente commerciale internationale. **International & Comparative Law Quarterly**, V. 11, Cambridge University Press, 1962. p. 614-618.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KING, Michael. The Truth about Aupopoiesis. **Journal of Law and Society**. Vol. 20, N. 2, Summer 1993. p. 218-232.

LACERDA, J. C. Sampaio. **Curso de Direito Privado de Navegação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

LIU, Christina. **Legal Polycentricity and Polycontextuality in Action?** The Nature and Regulation of Transnational Labor Contracts. Disponível em <http://www.princeton.edu/~gradconf/index_files/piirsgradconfwebsite_files/papers/Liu.pdf>. Acesso em 10/10/08, às 14h.

LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la Sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidade de Guadalajara, 1993.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Editorial Herder, 2007.

_____. A terceira questão – O Uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução: Cícero Krupp da Luz; Jéferson Luiz Dutra. **Estudos Jurídicos**. Vol. 39 N. 1. Jan-Jun. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 45-52.

_____. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

_____. Why does Society Describe Itslef as Postmodern? **Observing complexity: systems theory and postmodernity**. In: RASCH, William; WOLFE, Carry (ed.). Minneapolis, EUA: University of Minnesota Press, 2000. p. 171-186.

_____. **El arte de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005.

_____. **Organizzazione e decisione**. Tradução: Giancarlo Corsi. Milão, Itália: Bruno Mondadori Editori. 2005.

_____. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir; **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução Ricardo Henrique Arruda de Paula. **Themis**. Fortaleza. V. 3. N. 1. 2000. p. 153-161.

_____. Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society? **International Review of Sociology**. Vol. 7. Mar. 1997.

_____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução: Dario Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1997.

_____. **Sistemas Sociales**: lineamentos para una teoría general. México: Antrhopos, 1998.

_____. La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: BERIAIN, Jostxo (Org.) **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUZ, Cícero Krupp; ROCHA, Leonel Severo. Acesso a justiça e pluralismo jurídico global. In: **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. ROCHA, Leonel Severo. *Lex mercatoria* e Governança: A Policontextualidade entre Direito e Estado. **Direitos Culturais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI. Santo Ângelo, EDIURI, 2007. p. 73- 97.

_____. Direito, Sociedade e Defasagem Temporal. In: **Anais do V Salão de Iniciação Científica da PUCRS**. PUCRS: Porto Alegre, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: A *Lex Mercatoria* In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional**: Aspectos Fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

MAMEDE, Gladston. Prefácio. In: NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem Internacional**: Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios**: formas de construir e desconstruir os sentidos da comunicação. Nova Teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 57-114.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases da compreensão humana**. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais** Correntes e Debates. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.

MICHALES, Ralf. The True *Lex mercatoria*: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 14. N. 2. Summer 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva de Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

NASSER, Salem Himat. Desenvolvimento, Costume Internacional e *Soft Law*. AMARAL JÚNIOR, Alberto. (Org.) **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri, SP: 2005.

_____. **Fontes e Normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a SOFT LAW**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NEHRING, Carlos. A CCI e o Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 9.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Diálogo da Comissão Mundial sobre a dimensão social da globalização**. Disponível em: www.oit.org.pe/dial2002/dialogos/dial_brasil_informe.pdf. Acesso: 10/10/08, às 14h.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. Disponível em: www.wto.org. Acesso em 15/12/08, às 13h.

PAREKH, Bhikhu. Cosmopolitanism and global citizenship; **Review of International Studies**, V.29, 2003. p. 3-17.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Primera parte: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo. II: Siglo XVIII Vol. III. Madrid: Editorial Dukinson S. L., 2001.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. São Paulo: Ed. Unesp, 1996.

QVORTRUP, Lars. **The Hypercomplex Society**. New York: Peter Lang Publishers, 2003.

RAY, August. **International business Law: text, cases, and readings**. 2ª ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1997.

ROSA, Guimarães. A terceira margem do rio. **Primeiras Estórias**. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2001.

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson Luiz Dutra. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 283-309.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Três matrizes jurídicas. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.

_____. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. In: **Epistemologia Jurídica e Decisão**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.

_____. A Construção do Tempo pelo Direito. In: **Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 309-321.

_____. **Globalização e Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.iedc.org.br/artigos/dialogando/leonel.htm>>. Acesso em 11/12/08, às 14h.

ROSSET, Arthur. UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven. **UNIFORM LAW REVIEW. REVUE DE DROIT UNIFORME.** Vol. 2. 1997.

SANTOS, Antonio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado.** Esboço de uma teoria geral. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

SKJÆRSETH, Jon Birger.;STOKKE, Olav Schram; WETTESTAD, Jørgen. *Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms.* **Global Environmental Politics** 6:3, August, 2006.

SOARES, Guido F. S. A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Aspectos Atuais da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

STERN, Brigitte. **O contencioso dos Investimentos Internacionais.** Barueri, SP: Manole, 2003.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e *Lex mercatoria*.** São Paulo: LTr, 1996.

SWEET, Alec Stone. New *Lex mercatoria* and transnational governance. **Journal of European Public Policy.** 13:5 August 2006. p. 627-646.

TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. **Law and Society Review,** Volume 31. Number 4. 1997. p. 763-787.

_____. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.). **Global Law Without a State.** Dartmouth: Aldershot, p. 3-28.

_____. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais valia social do décimo segundo camelo. p. 149-150. In: ARNAUD, André Jean; LOPES Jr., Dalmir.(orgs.) **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Derrida and Luhmann. **Theory, Culture and Society**. 18(1):. 29-47. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE, 2001.

_____. “And God Laughed...” Indeterminacy, Self-reference, and Paradox In Law. **Stanford Literature Review**. N. 7.

_____. Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno. In: TEUBNER, Gunther; BORDIEU, Pierre. **La Fuerza del derecho**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

_____. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) **On paradoxes and self-reference in law**. London: Hart, 2003.

_____. <http://www.CompanyNameSucks.com>: EFEITO DUPLO DE DIREITOS BÁSICOS EM RELAÇÃO A “PRIVADOS” NO DIREITO AUTÔNOMO DA INTERNET? HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; LADEUR, Karl-Heinz (Hg.) **Innovationsoffene Regulierung des Internet**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses. In: RAWLINGS, Richard (ed.) **Law, Society and Economy**. Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

_____. **El derecho como sistema autopoietico global**. Bogotá: Carlos Gomés-Jara Díez Ed., 2005.

_____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep. 2005.

_____. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

THE JOURNAL OF COMMERCE ONLINE. Export ABCs: UNIDROIT. **Journal of Commerce**. New York: Sep 13, 2004. p. 1 Disponível em <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=691858261&sid=5&Fmt=3&clientId=22430&RQT=309&VName=PQD>>. Acesso em 07/12/08, às 14h.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem no comércio internacional: análise do caso *Alon/Aib v. Converse Inc.* do TJ/RS. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 8. 2006.

TRAKMAN, Leon. *Ex Aequo et Bono: De-mystifying An Ancient Concept*. **University of New South Wales Faculty of Law Research Series**. Paper 39. 2007. The Berkeley Electronic Press. Disponível em <<http://law.bepress.com/unswwps/flrps/art39>>. Acesso em 20/12/08, às 14h.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – **UNCITRAL**. Disponível em www.uncitral.org. Acesso em 06/12/08, às 14h.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; SEINTENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VICENTÈ, Dário Moura. **Da arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1990.

VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the roots of the modern lex mercatoria really medieval? **Southern Economic Journal**. Jan 1999. Vol. 65.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Organização Mundial do Comércio**. Disponível em www.wto.org. Acesso em 06/12/08, às 14h.