

Institucionalismo e Transnacionalidade: A *Lex Mercatoria* como Fonte do Direito Global

Institutionalism and Transnationality: The *Lex Mercatoria* as Source of Global Law

Gustavo Polis¹
Sabrina Daiane Staats²

Resumo

O presente trabalho busca discorrer acerca do Direito inserido nas relações do mundo “sem fronteiras”. Nesse diapasão, observa-se como problema de pesquisa a ser aqui enfrentado, a abordagem da teoria institucionalista das fontes do Direito em face do fenômeno da globalização, ocasionando a criação de empresas e instituições transnacionais capazes de atuar e influir em espaços antes dominados exclusivamente pelo Estado Soberano, culminando com a constituição da *Lex Mercatoria* como fonte do Direito Global. Através do método indutivo, baseado em pesquisas e análises bibliográficas, tem-se como objetivo discorrer como se dá a confecção do direito em cenários transnacionalizados tendo como uma de suas fontes a Lei do Mercado, perpassando pela influência exercida pelos diferentes atores da globalização no processo legislativo em escala mundial, tomando como principal referencial teórico a teoria institucionalista de Santi Romano.

PALAVRAS-CHAVE: Institucionalismo; Direito Global; *Lex Mercatoria*.

Abstract

The present work deals with law inserted in the relations of the “world without frontiers”. In this context, the approach of the institutionalist theory of the sources of Law in the face of the phenomenon of globalization, causing the creation of transnational companies and institutions capable of acting and influencing spaces formerly dominated exclusively by Sovereign State, culminating in the formation of *Lex Mercatoria* as a source of Global Law is observed as the research problem to be confronted here. Through the inductive method, based on researches and bibliographical analyzes, the objective is to discuss how to create law in transnationalized scenarios having as one of its sources the Merchant Law, permeating the influence exerted by the different actors of globalization in the global scale legislative process, taking as its main theoretical reference Santi Romano’s institutionalist theory.

1 Acadêmico do 9º nível do curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED), bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS (2016/2017 e 207/2018) e membro do grupo de pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”. polis.g@outlook.com.

2 Acadêmica do 9º semestre da graduação em Direito na Faculdade Meridional (IMED), bolsista de iniciação científica PROBIC-FAPERGS (2016/2017 e 2017/2018) e membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais”. sabinastaats@hotmail.com.

KEY WORDS: Institutionalism; Global Law; Lex Mercatoria.

Introdução

O primeiro tópico da presente investigação tem por escopo a apresentação de seu referencial teórico: a concepção institucionalista do Direito de Santi Romano. Por meio do pensamento crítico ao Direito oriundo da modernidade do autor italiano, buscar-se-á evidenciar sua visão acerca da construção do Direito e de suas fontes em cinco especiais pontos, quais sejam: 1) antinormativista; 2) anti-individualista; 3) a percepção do fenômeno jurídico em seu viés objetivo; 4) a identidade “Direito = Instituição”; 5) e a inexistência da necessária relação entre Direito e Estado³.

Os processos de globalização, notadamente e de maneira crescente, construíram um mercado mundial e com ele uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação dos capitais, mercadorias, dos bens e serviços. Cria-se, dessa forma, um espaço de poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira que se espalha de maneira exponencial ao redor do globo, paulatinamente demonstrando a redução, ou crise, do Estado e instituindo instrumentos de governança global. Por óbvio, nesse processo de descalcificação, não restou intacto o ordenamento jurídico, eis que este não será relevante a menos que a lei, no seu sentido mais amplo, seja capaz de produzir efeitos na sociedade⁴.

A capacidade dos ordenamentos jurídicos domésticos confeccionarem seu próprio Direito, de forma absoluta, está gradualmente se redimensionando, reformulado a própria categoria histórica e política da soberania nacional, caminhando na direção de matrizes mais híbridas. Instala-se, desse modo, um Direito de caráter Global, o qual está dividido em dois níveis, um mais raso, que diz respeito aos assuntos internos (nacionais) de cada Estado; e um segundo, mais profundo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global, fazendo valer predominantemente o critério da cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível⁵.

Dessarte, afirma-se que o mercado, direta ou indiretamente, sempre influenciou na organização do Estado, o qual, por sua vez, em face de determinadas situações, se viu obrigado a inserir no ordenamento jurídico pátrio algumas práticas já consolidadas no

3 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 22.

4 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 32.

5 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 40.

plano fático da realidade econômica⁶. As regulamentações concernentes a valores cambiais, bancos, bolsas de valores, mercados de capitais e sociedades anônimas, são claros exemplos dessa influência. O uso destas práticas com direito, já consagradas no âmbito econômico, constitui aquilo que se denomina *Lex Mercatoria*, compreendida verdadeiramente como o direito dos comerciantes, afastando-se da ideia comumente aceita do direito criado exclusivamente pelo Estado.

Assim, problema central do trabalho que se apresenta é a abordagem da teoria institucionalista das fontes do Direito em face do fenômeno da globalização, ocasionando a criação de empresas e instituições transnacionais capazes de atuar e influir em espaços antes dominados exclusivamente pelo Estado Soberano, culminando com a constituição da *Lex Mercatoria* como fonte do Direito Global. Através do método indutivo, baseado em pesquisas e análises bibliográficas, tem-se como objetivo discorrer como se dá a confecção do direito em cenários transnacionalizados tendo como uma de suas fontes a Lei do Mercado, perpassando pela influência exercida pelos diferentes atores da globalização no processo legislativo em escala mundial, tomando como principal referencial teórico a teoria institucionalista de Santi Romano.

1 A Teoria Institucional de Santi Romano

O capítulo inaugural do presente estudo tem por objeto a explicitação do pensamento do jurista italiano Santi Romano, o tomando como seu marco teórico, em especial, os escritos do autor que versam sobre a concepção institucionalista do Direito. Deitar-se-á atenções sobre alguns pontos sensíveis da teoria institucionalista, tais quais: o antinormativismo, o antiindividualismo, a percepção do fenômeno jurídico em seu caráter objetivo, a identidade “Direito = organização”, e a inexistência da relação necessária ente Direito e Estado⁷.

Preliminarmente, impende destacar a forte crítica romaniana ao Direito oriundo da modernidade. Este repousaria em seu universalismo, acreditando poder engendrar a ciência jurídica através de estatutos e constituições forjadas por determinadas assembleias e câmaras de representantes⁸. Tem-se, aqui, uma crítica ao contratualismo que, em desacordo

6 VIDIGAL, Erick. A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, n. 47, p.171-193, jun. 2010, p. 172.

7 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 22.

8 *Ibidem*, p. 24.

com as tradições que o precederam, pretende impor uma ordem jurídica desgarrada da história e costumes dos povos que a ele se tornaram submetidos.

Nesse ínterim, a própria concepção técnica daquilo que é uma constituição, antes de ser um sistema puramente normativo, revela a posição do autor na temática, acentuando-se o sentido material do vocábulo. A constituição, para o tórico institucionalista, compreende-se como um sinônimo de organismo ou corpo social, ou seja, de instituição, possuindo uma ordem e estrutura, reunindo os diferentes elementos que a compõem em uma ordem estruturada⁹. Dessa forma, consideram-se constituições, por exemplo, a comunidade internacional, um município e a própria Igreja.

Assim, mais do que no específico momento em que, entre determinados indivíduos, se forma um contrato, o Direito, visto como entidade objetiva e não meramente subjetiva, se torna maior do que os indivíduos que a ele aderem. Na concepção institucionalista, é dentro da família, dos sindicatos, nas empresas, nos partidos políticos e afins, que o jurídico, sobrepujando os indivíduos que compõe estes corpos, toma sua verdadeira forma¹⁰.

A instituição, assim entendida, é uma unidade fechada e permanente que não perde sua identidade com a alteração dos indivíduos que a constituem, do seu patrimônio ou de seus meios e interesses, nem mesmo de suas normas. Ela renova-se conservando sua individualidade. Pode-se considerá-la um corpo isolado, sem uma dependência daquilo que pode ser necessário para lhe dar vida¹¹.

Para Romano, a instituição é um ordenamento jurídico em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. O Direito, desse modo, não somente consagra a coexistência dos indivíduos, mas se sobrepõe às suas capacidades, perpetuando desígnios além das forças naturais, ao passo que edifica entes sociais mais poderosos e duradouros que os indivíduos¹². Tais entes realizam uma síntese unificante, não alcançada pelos indivíduos, regulando suas próprias atividades e condições de existência.

Toda força social organizada se qualifica, portanto, como um ordenamento legal.

9 ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 3.

10 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 25.

11 ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 87.

12 ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 89.

Esta máxima implica na existência de múltiplos sistemas legais, cada um destes correspondendo a uma força social distinta. A autonomia dos sistemas normativos de cada instituição não acarreta o isolamento destes, porém a forma com que estes se relacionam é definida internamente: as regras de integração serão encontradas dentro de cada um dos sistemas, as quais direcionarão o relacionamento com os ordenamentos externos¹³.

Indo além da comumente aceita definição de “Direito = Lei”, Romano elenca três características presentes no seu conceito de Direito: a) Sociedade; b) Organização Social; e c) A origem da organização social. No que diz respeito a sociedade (a), a relação entre esta e o Direito ocorre em uma via de mão dupla: o Direito só é aquilo que ultrapassa a esfera do indivíduo e, a seu turno, a sociedade somente existirá quando originar o fenômeno jurídico. Já a organização social (b) é entendido como a base teórica do primeiro elemento, na medida em que é o aspecto de ordem, tendo em vista que qualquer manifestação social é, pelo menos para seus partícipes, organizada e ordenada. Por sua vez, a origem da organização social (c) decorre do meio social em si, entendida não como uma soma de relações, mas como uma estrutura unificada, a que faz-se refletir em normas convertidas em textos legislativos¹⁴.

Sinala, ainda, o autor italiano que o conceito de Direito que é necessário para fornecer em exatos termos aquele direito entendido como ordenamento jurídico é o conceito de instituição¹⁵. São quatro as principais características da instituição romaniana: a) ser corpo, ou seja, enfeixar individualmente interna e externamente, com rigores objetivos mesmo quando imateriais, em função da unidade social; b) ser manifestação de cunho social, e não somente individual; c) com individualidade própria, constituir-se de um ente fechado, capaz de realizar autoanálises, mesmo quando em contato com vários outros ordenamentos; e d) estar para além daqueles que a compõem em sua individualidade, de modo que a alteração daqueles não seja capaz de interferir em sua identidade própria de instituição¹⁶.

Na sociedade, Santi Romano enxerga inerente certa forma de organização, e nessa

13 FONTANELLI, Felippo. **Santi Romano and L'ordinamento giuridico**: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. *Transnational Legal Theory*, Londres, v. 67, p.67-117, 2011, p. 77.

14 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 27.

15 ROMANO, Santi, op., cit., p. 78.

16 ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 85.

organização repousa a fonte primeva do fenômeno jurídico. Com isso, este fenômeno ultrapassa as zonas limítrofes do individual, desenhando entidades sociais maiores do que os indivíduos, que serão capazes de ordená-los diante das suas diferentes vontades e desígnios¹⁷.

A origem do Direito, dessa feita, não é um *dever-ser* qualquer, nem um sistema de normas já pressupostas, mas é um fato em sua concretude, objetivo e capaz de dar ordem as contingências sociais. A organização social, por si própria, tem na norma uma de suas manifestações¹⁸.

Com o surgimento das instituições, ou do Direito, diretamente das forças sociais, é esta a base final do ordenamento jurídico, de maneira que nem mesmo a atividade racional do legislador, o qual possui status de “competente” para a formalização da lei, deve se por de forma a atrapalhar a relação de coerência que deve guardar o que ditam as injunções sociais e o texto normativo¹⁹.

Daí, afirma-se que na teoria institucionalista de Santi Romano, coloca o fundamento de validade das normas na ideia de necessidade, atrelada à realidade de fatos sociais. Nesse passo, diferentemente da teoria Kelsiniana, onde a validade da norma repousa na existência de uma outra norma de maior envergadura, a lei passa a ter como pressuposto de validade um “ser”, ou seja, algo objetivamente determinado, ou determinável²⁰.

Nessa quadra, é importante ressaltar que o modelo romaniano não ignora, de maneira alguma, a importância das normas e das relações legislativas²¹. O que ocorre, entretanto, é a inclusão do ordenamento jurídico em um horizonte de maior amplitude, onde os fatores anteriormente expostos são amplamente considerados, diversamente do que ocorre na lógica Kelsiniana.

Tal qual um código não pode ser limitado ao somatório dos artigos que o compõem, o ordenamento jurídico vai muito além da união das diferentes leis que o materializa. As prescrições legais são, sem sombra de dúvidas, consideradas partes imprescindíveis do

17 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 29.

18 *Ibidem*, p. 30.

19 ROMANO, Santi. **Osservazioni Preliminari per una Teoria della Funzione Legislativa nel Diritto Italiano**. in Id., *Scritti Minori*. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1950, p. 195.

20 RAMOS, Felipe de Farias, *op. cit.*, p. 31.

21 FONTANELLI, Felippo. **Santi Romano and L'ordinamento giuridico**: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. *Transnational Legal Theory*, Londres, v. 67, p.67-117, 2011, p. 74.

conjunto do ordenamento jurídico, não podendo, porém, esgotarem, por sua própria conta, o ordenamento como um todo²². O Direito é, em primeiro lugar, instalação e organização de uma entidade social.

Na mesma banda, há de se fazer referência ao “direito involuntário”, denominação dada por Romano ao “Direito não escrito”, dentre os quais, elenca²³: a) princípios gerais ou fundamentais; b) o costume; e c) a necessidade, explícita e compulsiva, que emana da sociedade, impondo a elaboração de medidas direcionadas a proteção das instituições vigentes. Tais espécies, como denota-se, revelam posições eminentemente positivistas jurídicas, as quais são capazes de transpassar a ideia do subjetivo²⁴.

Ao partir-se da premissa de que, anteriormente a sua caracterização como norma, o Direito é organização, extrai-se que, onde houver manifestações desta organização, permeada por seu caráter institucional, estará configurado o fenômeno jurídico. Há, nesse sentido, uma compreensão plural do Direito, originando o chamando “princípio da pluralidade do direito”²⁵.

A noção plural do Direito coloca em xeque um dos pilares do alinhavo teórico dos modernos, qual seja, o monismo estatal. Com o marco pluralista, as fontes do direito se expandem, com isso, dão voz jurídica a forças sociais anteriormente à sombra do Leviatã, pois, na concepção estatalista, não detinham as necessárias forças para produzir o fenômeno jurídico, tal qual o Estado-Nação²⁶.

Outrossim, sinala-se, novamente, o autor não prega o fim do Estado, nem mesmo a exclusão deste como gerador do ordenamento jurídico. O que pretende é, em verdade, pontuar que o arranjo jurídico advindo da modernidade vai de encontro com o conceito de Direito construído por Santi Romano, bem como com a história e a realidade jurídica²⁷.

2 O Panorama Transnacional e seus Atores

Durante toda a fase seguinte à chamada Paz de Westfalia, o Direito foi

22 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 31.

23 ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 117 e ss.

24 RAMOS, Felipe de Farias, op., cit., p. 33.

25 Ibidem, p. 45.

26 Ibidem, p. 49.

27 RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 49.

progressivamente visto como um aparato tipicamente estatal, exclusivamente oriundo do ente estatal e do monopólio da força sobre a qual a soberania assentava seus fundamentos²⁸. Todavia, a confecção jurídica, na era da globalização, busca transformar esse paradigma ao propor um esquema, de certo modo, relacional, até então desconhecido, tendo como ponto fundamental a centralidade do indivíduo como entidade “libertada” das relações comunitárias, fazendo com que o Órgão judicial perca seu caráter de territorialidade.

Entretanto, mais do que falar em uma suposta “superação” do direito estatal, é preferível falar-se em uma transformação deste, a qual encontra explicação na hegemonia exercida, em especial, pelo fator econômico no âmbito do raciocínio jurídico. Deve-se ter em mente a existência e relevância de novos tipos de poderes transnacionais que não são limitados por qualquer espécie de direito, compreendidos nos moldes clássicos da teoria jurídica²⁹.

Com a proliferação do fenômeno da globalização espaços de debilidade passaram a ser ocupados, face a grande fragilidade dos tradicionais atores nacionais, em maior escala após a Segunda Guerra Mundial, por uma agenda de interesses transnacionais constituída através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico da modernidade³⁰. A homogeneidade tradicional no pensamento político e jurídico fora intensamente perdida.

Instalou-se, assim, um cenário de grande tensão institucional, onde as antigas instituições do Estado e os indivíduos depararam-se com uma sensação de profunda insegurança. Por assim dizer, a força motriz do Direito já não mais são anseios de limitação jurídica dos poderes estatais absolutos, mas a regulação de dinâmicas policêntricas atreladas diretamente com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições distribuídos tanto em espaços físicos como nos virtuais³¹.

Nesse contexto, a capacidade de o ente estatal produzir, soberanamente, os sistemas jurídicos nacionais vem, paulatinamente, diminuindo. Isso ocorre, em grande parte, porque as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se reduzidas à

28 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Fundamentos de Direito Transnacional**. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí: Univali, 2013. p. 33.

29 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Fundamentos de Direito Transnacional**. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí: Univali, 2013. p. 33.

30 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 34.

31 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 34.

constante concessão de soberania à “comunidade transnacional”, principalmente por meio de instituições como o Fundo Monetário Internacional, a Troika, a ONU e suas agências, bem como as grandes corporações transnacionais que criam uma espécie de “estado de necessidade econômica” através do exercício de seus tentáculos de influência³², redefinindo, portanto, o cerne da capacidade legislativa do Estado.

Como já demonstrado, a interação de diferentes atores na vida pública e privada no âmbito da sociedade “sem fronteiras” é deveras intensa. Todos estes agentes (Organizações Não Governamentais, Empresas, Companhias e os próprios Estados) existem inseridos em um mesmo contexto cultural, filosófico e econômico, pautados por valores e regras que compartilham entre si, em uma espécie de cooperação global (*partnership*)³³.

Nestes termos, o poderio dos ordenamentos jurídicos domésticos, especialmente no que toca os seus meios e fontes de produção, sofre uma espécie de redimensionamento, reformulando a categoria histórica da soberania nacional, ao passo que se põe em direção a um sistema de híbrida matriz. Divide-se, então, o Direito inserido na esfera global em dois níveis: a) aquele que se ocupa dos assuntos nacionais de cada Estado; e b) aquele mais amplo, disperso no cenário transnacional, confeccionado por uma área global, onde impera o ritmo da cooperação (*partnership*) entre aqueles agentes que nesse espaço transitam³⁴.

Insta salientar que grande parcela do mérito para a confecção dessa *network* deve-se ao profundo desenvolvimento científico e tecnológico característico da segunda metade do século XX, ao passo em que encurtaram as distâncias do globo terrestre, fomentando o intercâmbio cultural em todos os níveis³⁵. Essa transformação desenvolveu-se e propagou-se como uma rede de nós rígidos e malha elástica, onde cada especto está em contraposição com os demais, por exemplo, o progresso tecnológico permitiu, e permite, uma melhor organização das fábricas, e estas, por sua vez, aceleram o processo tecnológico.

Compulsando a recente história da Globalização, esta até mesmo confunde-se com o desenvolvimento e proliferação das chamadas Instituições Transnacionais. Durante a década entre os anos de 1950 e 1960 as grandes empresas, tal qual diversos outros organismos de matriz privada ou público-privada, passaram a experimentar e serem

32 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio, op. cit., p. 34.

33 BRASIL, Deilton Ribeiro. Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e Sua Integração no Direito Internacional. **Revista dos Tribunais**, Belo Horizonte, v. 792, p.35-62, out. 2001, p. 38.

34 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24 e ss.

35 BRASIL, Deilton Ribeiro, op., cit., p. 40.

influenciadas pelo forte intercâmbio cultural e jurídico mundial, como consequência, entraram em um processo de multinacionalização³⁶, disseminando seus diversos bens e serviços além das fronteiras do país onde iniciaram suas atividades, inaugurando, dessa forma, uma economia global, independente de pressões estatais, pautada com grande influência de correntes privadas, de caráter transnacional, sendo seus agentes a exemplo dos bancos, organizações internacionais e agências reguladoras, os atores protagonistas desse cenário.

Pode-se anunciar alguns exemplos para elucidar e ilustrar este novo palco de cooperação oriundo do novo paradigma global. Composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privada, a Organização Internacional para a Estandarização (ISO) tem criado pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições de cunho regulamentar iminentemente públicas. Caso similar é o ocorrido quando da aderência de diversos Estados ao Comitê da Basileia, entidade de caráter nacional, com escopo de regimentar as atividades bancárias à níveis mundiais. Ainda, como maior expoente deste tipo de relação observa-se o caso do regimento da *Internet*, cuja responsabilidade de regular o uso da ferramenta encontra-se no escritório de uma empresa público-privada – a ICANN, *Internet Corporation for Assigned Names* — que acaba por prestar um serviço público destinado a todo o globo³⁷, promovendo, assim, uma interação entre os diferentes partícipes da atual sociedade globalizada, inclusive, tornando laboriosa a caracterização desses como sendo agentes públicos ou privados.

Nesta mesma linha, há instituições exclusivamente privadas que transitam com frequência neste novo espaço mundial, cujas relações de dependência em relação aos entes públicos e estatais é, de fato, inexistente. Possivelmente os maiores exemplares desse formato de instituição sejam a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara Internacional do Comércio (ICC), as quais desenvolvem seus trabalhos de maneira completamente autônoma, inclusive elaborando normas acerca daquilo que lhes é de interesse, com o fito central de promover o comércio e demais investimentos internacionais, e para isso, fazem-se parceiras importantes de organismos nacionais, internacionais e transnacionais, influenciando cada uma dessas instituições parceiras a seu modo e conveniência³⁸.

36 RADU, Liviu. Transnational Companies and Their Role in Globalization. **Lex ET Scientia International Journal**, p. 397-406, 2009, p. 399.

37 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 28.

38 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 29.

Não sem razão, depreende-se do atual contexto que a governança global vai muito além da elaboração de leis e o estabelecimento das diferentes modalidades de regras. Ao olhos do indiano, especialista em relações internacionais, Parag Khanna, este ambiente de caos pode encontrar alguma ordem no desenvolvimento de uma “megadiplomacia”³⁹, a qual deve buscar o apaziguamento entre os diferentes atores da arena mundial, destrancando, assim, recursos de ONG’s, corporações, instituições transnacionais, bem como de governos para que estes atuem em um mesmo sentido, possibilitando a realização de empreendimentos conjuntos, de amplo alcance, capazes de fazer frente as questões resultantes do estabelecimento de uma comunidade transnacionalizada.

O extenso processo de transferência de poder das economias nacionais para o livre mercado, pautado pelos mercados globais, pode ser classificado como a mudança mais importante ocorrida no século XX, sendo levada a feito devido ao poder e a influência das empresas e organismos de caráter transnacional, assim como pelo advento das *networks* nas quais operam em escala mundial⁴⁰. Conseqüentemente, é perceptível a proliferação de instituições privadas envolvidas no trato de assuntos que dizem respeito a regulação de assuntos globais nos mais diversos campos, como a proteção do meio ambiente, do direito à alimentação, a tutela da propriedade intelectual e outros tantos.

3 A Lex Mercatoria como Fonte do Direito Global

Pelo alhures demonstrado, verifica-se a sistemática debilitação do legiscentrismo hegemônico do Estado Nacional⁴¹. O embricamento entre mercados, instituições, mercadorias e, de igual sorte, entre os indivíduos destacaram a crescente incapacidade do Estado em regular as demandas advindas do cenário global/transnacional, enquanto as pretensões globais passam a exigir, paulatinamente, um viés de especificidade, numa lógica *ad-hoc*.

O Direito de cariz global, nessa esteira, possui como propósito a segmentação de diferentes regimes jurídicos transnacionais, os quais, a seu turno, buscam efetividade à nível global, por seu conteúdo e capacidade de dirimir conflitos, e não pelo território a que

39 KHANNA, Parag. **Como Governar o Mundo**: Os caminhos para o renascimento. Rio de Janeiro: Editoria Intrínseca, 2011. Tradução de: Berilo Vargas, p. 33.

40 RADU, Liviu. Transnational Companies and Their Role in Globalization. **Lex ET Scientia International Journal**, p. 397-406, 2009, p. 402.

41 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 95.

está submetido⁴². Os instrumentos de *soft law* e autorregulação, inseridos nesse cenário, mostram-se capazes de responder melhor aos anseios da globalização.

A ductibilidade destes institutos, assomada com efeitos vinculantes e a cogência proporcionada por efeitos indiretos, garante aos agentes e destinatários das normas *soft* uma autonomia mais apurada, tal qual uma regulação efetiva. Assim, alteram-se os modelos de regulação modernos, na medida em que não mais se assetam em normas genéricas, impostas a todos. Estas, por outro lado, estão dispostas a se transformarem em instrumentos adaptáveis às dinâmicas da sociedade globalizada, da política, da economia e da ciência jurídica⁴³.

Dessarte, afirma-se que o comércio sempre influenciou na organização do Estado, o qual, a seu turno, em determinados momentos, se viu compelido a inserir no ordenamento jurídico algumas práticas já consagradas no plano fático da realidade econômica⁴⁴. As regulamentações concernentes a valores cambiais, bancos, bolsas de valores, mercados de capitais e sociedades anônimas, são claros exemplos dessa influência. Tais práticas consagradas no âmbito econômico, constitui aquilo que se denomina *Lex Mercatoria*, compreendida verdadeiramente como o direito dos comerciantes, descolado da ideia de soberania estatal.

A título histórico, sinala-se que a florescência do conjunto de regras entendido como a “velha *Lex Mercatoria*” se deu durante o desenvolvimento do comércio internacional no continente europeu durante a Idade Média⁴⁵. Inicialmente, este movimento originou-se nas cidades italianas e, logo em seguida, França, Espanha, Inglaterra e o restante da Europa, a partir do comércio marítimo levado a feito por Gênova, Veneza, Barcelona, Marselha e Amsterdam.

O período de declínio da velha *Lex Mercatoria*, diferentemente do que se pode pensar, se caracterizou pelo seu redimensionamento consoante a nova ordem socioeconômica da era da globalização, e não pela sua extinção. A agilidade das práticas do mercado não mais eram capazes de serem reguladas pelas limitadas ferramentas legislativas do Estado, o que acarretou a adoção de práticas homogêneas no comércio

42 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 95.

43 Idem.

44 VIDIGAL, Erick. A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, n. 47, p.171-193, jun. 2010, p. 172.

45 VIDIGAL, Erick. A *lex mercatoria* e sua aplicação no mundo contemporâneo 10.5102/uri.v9i1.1338. **Universitas: Relações Internacionais**, [s.l.], v. 9, n. 1, p.473-485, 16 jun. 2011. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/uri.v9i1.1338>, p. 475.

internacional como meio para resolução de demandas, criando, assim, a nova *Lex Mercatoria*⁴⁶.

O processo de regulação do comércio transnacional está inserido, atualmente, em uma espiral que varia entre a autorregulação do comércio pelos próprios atores privados que o compõem, e a normatização estatal⁴⁷. A iniciativa do Estado em regular o comércio, com o escopo de se amoldar as exigências do mercado, cria um ambiente propício ao crescimento das atividades do mercado. O mercado, a seu turno, em razão de liberdade para autorregulação, objetiva aperfeiçoar sua atuação ao receber do Estado regulamentações supletivas, em uma atividade sucessiva.

Em que pese ver-se o Estado obrigado a absorver instrumentos e estruturas legais advindas do mercado, foi em meados de 1960, a partir dos estudos de Berthold Goldman, que se deu o reconhecimento formal da existência da nova *Lex Mercatoria*. Para ele, aquela seria um corpo autônomo de direito, estabelecido com base na autonomia da vontade, a partir da consolidação de práticas comerciais a nível global ou, ainda, um conjunto de princípio, regras e instituições com inúmeras fontes de origem, as quais nutrem o funcionamento legal dos operadores do comércio⁴⁸.

A *Lex Mercatoria* pode ser descrita como um corpo de normas que se encontra sempre aberto, buscando a regulação das atividades do comércio a nível mundial, independentemente dos desígnios legislativos estatais, com foco na resolução dos litígios advindos do mercado de capitais através da utilização dos usos, costumes e práticas comuns na esfera comercial⁴⁹.

Enquanto a *Lex Mercatoria* característica do período medieval estava estreitamente conectada às atividades das feiras de comércio europeias existentes à época, a nova *Lex Mercatoria*, por outro lado, encontra sua essência em diversas outras fontes. Giza-se, ainda, que todas essas novas fontes do direito desse específico ramo são oriundas, exatamente, da intensificação das dinâmicas do comércio internacional⁵⁰.

É interessante, nessa quadra, mencionar o exemplo do mercado de valores, tal qual o de opções e futuros, cuja atividade está subordinada aos Princípios de Supervisão

46 AZEVEDO, Pedro Pontes de. A *Lex Mercatoria* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Prima Facie**, João Pessoa, ano 5, n. 9, p. 93-105, jul./dez. 2006, p. 96.

47 VIDIGAL, Erick, op. cit., p. 176.

48 STRANGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996, p. 72.

49 AZEVEDO, Pedro Pontes de. A *Lex Mercatoria* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Prima Facie**, João Pessoa, ano 5, n. 9, p. 93-105, jul./dez. 2006, p. 97.

50 VIDIGAL, Erick. A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, n. 47, p.171-193, jun. 2010, p. 181.

Efetiva, confeccionados pelo *Council of Securities Regulators of the Americas* (CORSA)⁵¹, compreendido pela reunião de diversos atores predominantemente privados envolvidos com o mercado de investimento, tendo como escopo a normatização desse espaço, promovendo liquidez ao mercado e proteção eficiente ao investidor. Três são os princípios chave: a) Autorização, Responsabilidade e Exigibilidade; b) Acompanhamento para o cumprimento da legislação; e c) Cumprimento da legislação (“*enforcement*”).

A capacidade normatiza da Lex Mercatoria, como demonstrado alhures, repousa no sistemático e contínuo relacionamento entre o Estado e o próprio mercado. A partir da autorregulação do sistema financeiro são extraídos os instrumentos normativos que irão regulá-lo, como, por exemplo, o crédito documentário com intervenção bancária nos negócios de importação, as condições com caráter de generalidade do Conselho de Assistência Econômica Mútua (Comecon), os contratos-tipo e os *incoterms*, que correspondem a uma consolidação de termos comerciais internacionais, elaborados pela Câmara de Comércio Internacional⁵².

Não sem demora, os tratados, especialmente aqueles multilaterais relativos a temática comercial, como o GATT e OMC, bem como aqueles constitutivos de blocos regionais, como União Europeia, Mercosul e Nafta, possuem papel central no desenvolvimento das práticas negociais. As sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais de forma reiterada, de igual sorte, constroem precedentes como força normativa, ao passo em que solidificam determinados usos e costumes a serem observados pelos atores inseridos na economia globalizada⁵³.

O crescente busca pela jurisdição arbitral emerge da latente necessidade de criar mecanismos eficazes para a solução dos litígios envolvendo as oscilações econômicas e de mercado, tão buscada pelas empresas de atividades transnacionais. Nessa toada, a arbitragem oferece algumas vantagens tentadoras para essas agentes, tal qual: a) celeridade; b) flexibilidade; c) confidencialidade; d) especialização dos árbitros nas matérias comerciais; e) a neutralidade; e f) a sua política de fomento ao investimento externo⁵⁴.

51 VIDIGAL, Erick. A Lex Mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, n. 47, p.171-193, jun. 2010, p. 176.

52 Ibidem, p. 178.

53 VIDIGAL, Erick. A lex mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo 10.5102/uri.v9i1.1338. **Universitas: Relações Internacionais**, [s.l.], v. 9, n. 1, p.473-485, 16 jun. 2011. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/uri.v9i1.1338>, p. 477.

54 RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso. As Fontes da nova Lex Mercatoria: O alvorecer de uma nova alquimia reflexiva - métodos e reflexos; fluxos e impulsos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, São

Estes usos e costumes do comércio internacional, anote-se, materializam-se em uma lógica setorial. Especializam-se, portanto, as práticas do direito comercial transnacional, na medida em que se desdobrarão em normas diferentes para diferentes setores do mercado, de modo a melhor responder as demandas advindas destes diversos campos. Observa-se, assim, a existência de regulamentos específicos para a comercialização de eletrônicos, gás, carvão, derivados de petróleo e afins⁵⁵.

Face a tal cenário, é importante analisar o lugar dos julgadores estatais nesse campo de relações. Concomitante a descalcificação do Estado e do Direito pelo transnacionalismo, também as cortes de justiça e seus juízes sofrem sismos em suas atuações, ao efetivarem um verdadeiro comércio entre juízes, no sentido de haver um constante intercâmbio de experiências jurídicas, tem-se que as decisões judiciais dos Estados não sejam utilizadas como regras isoladas, mas que demandam compartilhamento além da jurisdição tradicional⁵⁶.

Obtêm-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário, haja vista que as decisões dos tribunais passam a deter validade na medida em que são capazes de efetivar princípios gerais. Além da “importação” de precedentes estrangeiros em suas decisões, devem os juízes observar os impactos internos e externos de suas sentenças, levando em consideração tanto a arquitetura constitucional local, quanto o respeito a bens jurídicos de natureza transnacional, incluindo-se aqueles trazidos pela inteligência da *Lex Mercatoria*. Afirma-se, portanto, ser o Direito Global um projeto de colaboração entre seus membros⁵⁷.

Pode-se concluir, nesses moldes, que a *Lex Mercatoria* é, de fato, uma das fontes onde bebe o fenômeno do Direito Global. Ainda mais pelo fato de passarem os Estados a se sujeitarem aos expedientes globais, com o desiderato de reduzirem as chances de sofrerem sanções ou retaliações de difícil contenção no cenário transnacional, em especial, no âmbito econômico⁵⁸.

Considerações Finais

Por fim, conclui-se que o conceito de Direito, na teoria de Santi Romano, repousa

Paulo, v. 8, p.99-141, abr. 2016, p. 116.

55 Ibidem, p. 106.

56 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 33.

57 Idem.

58 Ibidem, p. 35.

na ideia de instituição. São quatro as principais características da instituição romaniana: a) ser corpo; b) ser manifestação de cunho social, e não somente individual; c) com individualidade própria, constituir-se de um ente fechado, capaz de realizar autoanálises, mesmo quando em contato com vários outros ordenamentos; e d) estar para além daqueles que a compõem em sua individualidade, de modo que a alteração daqueles não seja capaz de interferir em sua identidade própria de instituição.

Diferencia-se, desse modo, do conceito elaborado por Hans Kelsen, tendo em conta não legitimar o Direito apenas quando em contraposição com uma única norma capaz de cancelar sua validade. Acredita o autor italiano, mais do que tudo, ser o Direito fruto das atividades sociais, em suas diferentes formas e moldes, na medida em que está passando a formar verdadeiras instituições que, por sua vez, iniciam um legítimo processo de criação do Direito (Direito = Instituição), não necessariamente atrelados ao Estado, como propôs a modernidade.

Com o desenvolvimento da globalização, espaços de debilidade foram preenchidos, como resultado direto da fragilização dos tradicionais atores nacionais, por uma agenda de interesses transnacionais constituída através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico da modernidade. A tradicional homogeneidade historicamente encontrada tanto no pensamento político, como na dogmática jurídica, dissipou-se. Instalou-se, a partir de então, um cenário de imensa inquietude institucional, onde a antiga organização estatal e os indivíduos depararam-se com uma sensação de profunda hesitação.

Não obstante, o poderio dos ordenamentos jurídicos domésticos, naquilo que concerne sua capacidade de produzir normas, sofre uma espécie de redimensionamento, reformulando a categoria histórica da soberania nacional, ao passo que se põe em direção a um sistema de híbrida matriz (local/global). Divide-se, então, o Direito inserido na esfera global em dois níveis: a) aquele que se ocupa dos assuntos nacionais de cada Estado; e b) aquele mais amplo, disperso no cenário transnacional, confeccionado por uma área global, onde impera o ritmo da cooperação (*partnership*) entre aqueles agentes que nesse espaço transitam.

Nesse contexto, passou o comércio transnacional a influir grandemente as agendas dos Estados Soberanos, os quais se viram sem outro caminho a não ser a adoção de diretrizes dos atores econômicos como se seu Direito fosse. As regulamentações concernentes a valores cambiais, bancos, bolsas de valores, mercados de capitais e

sociedades anônimas, são claros exemplos dessa influência. O conjunto dessas práticas comerciais consolidadas produz aquilo que se denomina *Lex Mercatoria*, compreendida verdadeiramente como o direito dos comerciantes, distanciado da ideia de soberania estatal.

Portanto, conclui-se, que a *Lex Mercatoria* pode ser considerada, sem dúvidas, uma das fontes do Direito Global. Evidencia-se esse fato, pela necessidade, cada vez mais comum, de os Estados se sujeitarem aos expedientes globais, nas mais diferentes áreas, com o objetivo de reduzirem as chances de sofrerem sanções ou retaliações de difícil reparação no mundo globalizado, em especial, na seara econômico-financeira.

Bibliografia

AZEVEDO, Pedro Pontes de. A *Lex Mercatoria* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. **Prima Facie**, João Pessoa, ano 5, n. 9, p. 93-105, jul./dez. 2006.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e Sua Integração no Direito Internacional**. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, v. 792, p.35-62, out. 2001. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000157475f9c8cfdd396a0&docguid=Ie3702fd0f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ie3702fd0f25011dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=908&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí: Univali, 2013. p. 33-49.

FONTANELLI, Felippo. **Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations**. Transnational Legal Theory, Londres, v. 67, p.67-117, 2011, p. 77.

JESSUP, Philip C.. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 12-40.

KHANNA, Parag. **Como Governar o Mundo: Os caminhos para o renascimento**. Rio de Janeiro: Editoria Intrínseca, 2011. Tradução de: Berilo Vargas.

RADU, Liviu. **Transnational Companies and Their Role in Globalization**. Lex ET

Scientia International Journal, p. 397-406, 2009.

RAMOS, Felipe de Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: Por um Diálogo entre Posições Críticas à Modernidade Jurídica. 2011. 193 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 22.

ROMANO, Santi. **Osservazioni Preliminari per una Teoria della Funzione Legislativa nel Diritto Italiano**. in Id., Scritti Minori. Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 1950, p. 195.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 3

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 87.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STRANGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996.

STRINGARI, Amana Kauling. A Eficiência como Princípio Orientador da Atividade Administrativa. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 562, p.51-57, set. 2010. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#WW/vid/235458761>>. Acesso em: 04 set. 2017.

VIDIGAL, Erick. A Lex Mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, n. 47, p.171-193, jun. 2010.

VIDIGAL, Erick. A lex mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo 10.5102/uri.v9i1.1338. **Universitas**: Relações Internacionais, [s.l.], v. 9, n. 1, p.473-485, 16 jun. 2011. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/uri.v9i1.1338>