

DIREITO NATURAL E *LEX MERCATORIA*:
A INFLUÊNCIA DO DIREITO NATURAL
NA UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO
PLURALISTA TRANSNACIONAL

*NATURAL LAW AND LEX MERCATORIA:
THE NATURAL LAW INFLUENCE ON STANDARDIZATION
LAW PLURALISTIC TRANSNATIONAL*

Elaine Cristina Pardi Domingues¹

RESUMO:

O presente ensaio tem por escopo demonstrar a influência que o jusnaturalismo moderno exerce na formação e na aplicação da atual *lex mercatoria*, a partir das próprias fontes que compõe esse direito, em especial os costumes, cujo fundamento é o próprio direito natural. Busca-se, ainda, caracterizar a *lex mercatoria*, como um direito pluralista global, sujeito a uniformização de suas regras transnacionais, levando-se em conta a fase atual da globalização, onde o direito clama por soluções mais justas, rápidas e eficazes. Para tanto, se faz necessário uma análise jusfilosófica da teoria do direito natural partindo da relação do homem com a natureza, numa abordagem do princípio da retribuição, até a fase do jusnaturalismo moderno; para após serem colocadas algumas críticas Kelsenianas acerca da doutrina do direito natural. Por fim, diante da importância para o desenvolvimento deste estudo, debruça-se acerca da origem, evolução e natureza da *lex mercatoria*, no sentido de estabelecer, não só uma ligação com o jusnaturalismo, mas para caracterizá-la como um direito pluralista global.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito natural. Jusnaturalismo. Lex mercatoria. Costumes. Direito pluralista. Globalização. Uniformização. Jusfilosófica. Princípio da retribuição.*

¹ Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP, mestre em Direito das Relações Sociais – Direito Comercial pela PUC-SP. Professora de Direito na Universidade Paulista – UNIP, onde ministra as disciplinas de Filosofia e Hermenêutica. email: pardidomingues@terra.com.br

ABSTRACT:

This text is scope to demonstrate the influence that the modern natural law plays in the formation and implementation of the current *lex mercatoria* from own sources that make up that right, especially the customs, whose foundation is the very natural law. The aim is to also characterize the *lex mercatoria* as a global pluralistic entitled, subject to standardization of their transnational rules, taking into account the current phase of globalization, where the law calls for more fair, fast and effective solutions. Therefore, it is necessary one jusphilosophical analysis of the theory of natural law starting from man's relationship with nature, in the principle of retribution approach to the phase of modern natural law; for after being collated some criticism Kelsenianas about the doctrine of natural law. Finally, given the importance to the development of this study focuses on the origin, evolution and nature of *lex mercatoria*, to establish not only a connection to the natural law, but to characterize it as a global pluralistic right.

KEYWORDS: *Natural law. Lex mercatoria. Customs. Pluralistic law. Globalization. Standardization. Jusphilosophical. Principle of retribution.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo traz uma reflexão acerca da influência que o direito natural ou jusnaturalismo exerce na formação e na aplicação atual da *lex mercatoria*, como um conjunto de princípios ou regras transnacionais, que se formam espontaneamente, para regular as relações do comércio internacional.

Ao elucidar o tema, parte-se de uma breve análise do relacionamento do homem com a natureza, numa interpretação basicamente animista até o processo de humanização, em que as relações são pautadas no princípio da retribuição, o qual permite identificar uma ideia de recompensa ou de paga, dando origem a uma série de institutos relacionados com o direito das obrigações, dentre eles, a própria *lex mercatoria*. Enquanto o princípio da retribuição imperou nas relações humanas, não havia uma separação entre natureza e sociedade e, portanto, não se pode cogitar da existência de um direito natural, cuja fonte deste direito fosse a natureza humana racional.

A natureza humana como fonte do direito, só pode ser identificada a partir do jusnaturalismo moderno; quando a filosofia se volta primordialmente para o sujeito e não mais para o objeto de investigação, sendo designada como filosofia da consciência. Esse pensamento subjetivista se coaduna com a tentativa de se buscar um método que fosse capaz de explicar as relações de causa e efeito, especialmente, para ciências naturais; por essa razão o direito natural esteve associado ao

mandamento da reta razão na definição de Hugo Grotius ou, ainda, aos métodos utilizados pela matemática na busca de princípios imutáveis, na visão de Samuel Pufendorf.

O direito natural ou jusnaturalismo pauta-se no ideal de justiça que deve permear todo e qualquer direito, na medida em que é fruto da própria razão humana. Esse direito apesar das críticas foi alvo de discussão, mesmo por aqueles que defenderam um positivismo mais estrito, como é o caso de Kelsen, que embora tenha tratado a justiça como um valor relativo, também se debruçou sobre o tema, em outras obras, com exceção da teoria pura do direito.

A concepção espontânea do direito natural, norteadada em princípios como a boa-fé, a autonomia, a razão e a imutabilidade aproxima-se do conjunto principiológico que permeia a *lex mercatoria*, como direito espontâneo na sua origem e aplicação.

A *lex mercatoria* relaciona-se com o direito natural tanto pelas suas fontes como pelos seus princípios norteadores, na medida em que os princípios gerais do direito, os usos e costumes, inclusive, os contratuais e a jurisprudência arbitral são considerados fontes deste direito. Além disso, o que são os princípios gerais do direito, senão máximas do direito, respaldadas no princípio da boa-fé; sem falar dos usos e costumes, cujo fundamento último é o direito natural, que nasce na consciência coletiva.

No campo das relações econômicas, verificou-se uma maior integração dos mercados, surgindo uma pluralidade de direitos a fim de reger as relações econômicas entre os Estados e, no campo do direito internacional, a aplicação com maior força da *lex mercatoria*.

Do mesmo modo, se fez sentir a universalização de alguns direitos naturais ou princípios como a democracia, os direitos humanos, o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, direito ao meio ambiental sadio e outros, que antes pouco ou nada significavam para alguns povos ou culturas diferentes. Diante desta gama de direitos surgem também diferentes ordens jurídicas, que são criadas pelos atores globais, pela sociedade civil e não propriamente por um Estado a nível nacional ou internacional. A *lex mercatoria*, por sua vez, caracteriza-se como um dos casos de pluralismo jurídico transnacional que é aplicado nas relações econômicas internacionais, cuja uniformização ou padronização pode ser alcançada.

2 A TEORIA DO DIREITO NATURAL

2.1 Breve análise do princípio da retribuição

O homem primitivo já tratava das leis naturais ou justiça natural, desde tempos imemoriais, mas enxergava a natureza como ser pessoal e até sobrenatural, considerando os animais, as plantas, os rios e as estrelas seres animados e capazes de exercer uma força positiva ou negativa nas suas relações humanas, correspondendo, assim, a uma interpretação animista da natureza.

Nas suas relações sociais, o homem se valia do elemento emocional e não racional, valendo-se da natureza como ser animado, para justificar suas crenças, medos, a justiça e o próprio direito, havendo o predomínio das regras morais ou religiosas. Na fase do direito pré-histórico ou primitivo, não havia uma separação entre religião, direito e moral; o próprio direito era pautado em rituais, simbolismos, gestos ou palavras sacras.

Nessa fase, o homem ainda não tinha o domínio do “eu”, mas apenas do coletivo, vivendo, inclusive, em tribos. “Só o homem civilizado é que interpreta a natureza segundo as leis da causalidade como um mecanismo de forças objetivas, impessoais” (CARNIO, 2013, p. 55).

O homem primitivo é considerado um ser coletivo ou social e as suas relações estão pautadas no princípio da retribuição, em que o bem se pagava com o bem e o mal com o mal, como forma de recompensa ou de castigo, até pelo fato de que a conduta humana era motivada pelas emoções, paixões ou desejo e, não pela razão. Esta ideia de punição ou de castigo identifica-se primeiramente no campo da justiça, ou seja, por intermédio da lei de talião (olho por olho e dente por dente), servindo para justificar a aplicação das penas no campo do direito penal.

No princípio da retribuição também está implícita a ideia de recompensa ou de paga, nas sociedades primitivas o homem já podia estabelecer os preços e as relações de troca eram baseadas em medidas valorativas, permitindo uma relação de equivalência entre as coisas, sendo aplicada a proporcionalidade (CÁRNIO, 2013). O mesmo autor ao refletir sobre o pensamento nietzschiano constata que o processo de humanização tem início com a criação de uma memória, na medida em que o homem é um ser de esquecimento. Alguns conceitos importantes no campo das obrigações, que se relacionam com os conceitos de débito e de crédito, decorrem

da possibilidade que o homem passa a ter, de lembrar da palavra dada ou empenhada, e de prever para o futuro, manifestando-se contrariamente ao esquecimento. A partir deste processo de humanização podem ser identificados a criação de vários institutos, dentre eles, a própria *lex mercatoria*, que será objeto de estudo neste artigo.

O início da passagem do princípio da retribuição para o princípio da causalidade pode ser identificada a partir do pensamento da filosofia grega da natureza (CÁRNIO, 2013).

Com o surgimento dos primeiros filósofos, os pré-socráticos, houve uma tentativa de se buscar uma explicação racional sobre os fenômenos, prevalecendo uma interpretação cosmológica da natureza, em busca do princípio primordial “arché” de que são feitas todas as coisas, na realidade, buscavam valores universais a partir da observação da própria natureza, para explicar fenômenos da realidade.

Porém, nessa fase ainda não havia uma separação entre o princípio da causalidade e o da retribuição. E a natureza fazia parte da sociedade, o conceito moderno de natureza surge apenas quando ocorre uma separação entre natureza humana e sociedade.

2.2 Da ontologia ao jusnaturalismo

na visão aristotélica, a justiça natural decorre da natureza “phýsis”, isto é, a partir de uma observação feita por Aristóteles das Ciências Naturais, o que resultaria na ideia de princípios da natureza ou regras de caráter universal e, não propriamente na criação de um direito natural, tendo como origem a natureza humana.

No período da filosofia medieval, sob a influência e propagação da doutrina cristã, a natureza passa a ser concebida por Deus, como ser eterno, único e perfeito. Advindo, daí a ideia de que as leis naturais são universais, imutáveis, inatas ao homem, porque emanadas de Deus.

Percebe-se que até esse momento havia mais uma preocupação da filosofia com a própria natureza em si; em buscar uma explicação para os fenômenos sociais, naturais ou divinos; do que a formulação de um direito decorrente da natureza do homem ou que lhe fosse inerente ou imanente. Enquanto a filosofia esteve voltada para a ontologia; ao estudo do ser, do objeto, da coisa; principalmente, com Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, a origem do direito natural era atribuída à natureza ou a Deus. (AQUINO, 2005).

Só a partir das correntes nominalistas é que a relação entre sujeito-objeto sofre uma mudança, vindo a prevalecer o sujeito; os seres individuais e, com a filosofia de René Descartes “o cogito” (o eu pensante), transformando-se na filosofia da consciência. A partir do rompimento desta relação na filosofia entre sujeito-objeto é que o direito natural passa a ter como fonte a natureza humana racional.

Arthur Kaufmann sucessor de Radbruch, para quem o direito deve representar um ideal de justiça, sustenta a criação de uma verdadeira doutrina do direito natural a partir da ontologia do direito.

Uma verdadeira doutrina do direito só será possível onde o direito for apreendido como uma realidade que existe, por natureza, independentemente do nosso querer, onde não seja negada a essencialidade do direito. Só o ser pode justificar a validade do direito natural. Em última instância, a doutrina do direito natural é sempre ontologia do direito (mas não necessariamente ontologia da substância). Daí serem coincidentes as épocas de apogeu do direito natural e da ontologia. O direito natural só pode crescer quando assente numa base de confiança no ser. Só as gerações que confiam em si e no mundo se inclinam para o direito natural (KAUFMANN, 2002, p. 38).

A ideia do direito natural esteve presente entre àqueles que de algum modo insatisfeitos com o direito emanado pelo Estado, procuraram crer na existência de um direito perfeito, universal, cuja fonte de validade não seria propriamente uma autoridade superior, mas a própria natureza humana. A desconfiança e a dúvida são reflexões próprias da teoria do conhecimento voltada para o sujeito, onde se questiona as várias ordens existentes, se existiria uma ordem verdadeira, mas esta ordem deve ser pensada pelo sujeito, fruto de sua razão natural.

A esse respeito Hugo Grotius (1583-1647), um dos fundadores do pensamento jusnaturalista moderno, define o direito natural como: “O mandamento da reta razão que indica a lealdade moral ou a necessidade moral inerente a uma ação qualquer, mediante o acordo ou desacordo desta com a natureza racional” (GROTIUS, 2005). Além de esboçar em sua obra *De Jure Belli ac Pacis* (O Direito da Guerra e da Paz), publicada em 1625, a existência do direito natural imutável, absoluto, invariável no tempo e no espaço e decorrente da natureza humana, que se distinguiria do direito positivo, contingente, variável e estabelecido pela vontade dos homens. Esse autor também contribuiu para a criação do Direito Internacional, ao

afirmar que as relações entre as diversas nações eram regidas pelo Direito das Gentes, direito este que faz parte do próprio direito natural.

Acompanhando o pensamento do jusnaturalismo Samuel Pufendorf (1632-1694), fez uma associação dos métodos que são utilizados pela matemática na busca de princípios imutáveis, assimilando-os ao do direito natural, também de natureza imutável e indiferente às mudanças sociais, históricas e culturais dos povos.

A imutabilidade do direito natural também vai estar presente, na passagem do pensamento político do absolutismo ao iluminismo, na visão de Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, que sustentaram a ideia de direito natural baseada no estado de natureza humana e na existência do contrato social.

John Locke é considerado o pai do iluminismo moderno e precursor do pensamento liberal, prepara as bases para o que viria a ser positivismo jurídico, a esse respeito, já afirmava que “onde não há lei, não há liberdade” (LOCKE, 1983).

No Contrato Social sustenta Rousseau (2001, p. 10) que “a ordem social é um direito sagrado que serve de alicerce a todos os outros. Esse direito, todavia, não vem da natureza; está, pois, fundamentado sobre convenções”. O fundamento da sociedade, portanto, não é a natureza humana, mas a vontade. Deve-se a obra de Rousseau alguns princípios que são considerados os pilares da democracia.

Para o jusfilósofo moderno Immanuel Kant o direito natural é o da razão. Segundo Kant, o direito justo é pensado, e não necessita nem de confirmação nem de correções na realidade (MASCARO, 2010). E o fim último do direito é a garantia da liberdade. Tal pensamento, portanto, se coaduna com a ordem capitalista e burguesa do século XVIII e, que posteriormente será alvo de crítica principalmente pelo marxismo.

Na realidade, o ideal de justiça que permeia o pensamento jusnaturalista sempre permaneceu vivo no pensamento ocidental, mesmo por ocasião do desenvolvimento das escolas positivistas de direito, voltando novamente a ser discutido com maior entusiasmo após a 2ª Guerra Mundial e, na fase pós-moderna.

Guerra Filho (2009, p. 250) lembra que com o “renascimento” do jusnaturalismo, no segundo pós-guerra, foram reabilitadas outras formas antigas de racionalidade como a retórica, a tópica e a hermenêutica, diversas daquela moderna, cientificista, que na ocasião, estavam desacreditadas.

Ao contrário do que se pensava o jusnaturalismo não morreu com o advento do positivismo jurídico. Em um artigo escrito em 1946, logo após o término da Segunda Guerra Mundial e como meio de reação a seus horrores, propôs Gustav Radbruch, jurista alemão que fora positivista:

O conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficia as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma “lei defeituosa”, deva clamar por justiça. (RADBRUCH apud BIX, 2008, p. 213).

Para Radbruch a fundamentação para a existência de um direito natural não é mais a reta razão, mas o clamor por justiça, o que coloca os valores essenciais comuns de uma sociedade ou da humanidade, até certa medida, acima do âmbito de atuação do Estado, cuja legitimidade é diretamente proporcional à sua observância a esses valores.

Ainda viria o seu sucessor Arthur Kaufmann e os discípulos deste último, Wenifried, Hassemer e Gunter Ellscheid.

É com base, principalmente, na formulação de Radbruch e de seus sucessores que hoje se pode defender o jusnaturalismo de maneira aceitável.

Para Tércio Sampaio a busca do direito natural expressa à angústia do homem num mundo em que tudo, sendo positivo, é relativo. A relatividade universal – o fato de que um direito posto só existe em relação a outros direitos postos – e a perda da valia intrínseca – o fato de que todo direito, por ser posto, deixa de possuir valor objetivo. Dessa forma, a relatividade e a perda da valia consistente na perda de padrões e normas universais parece ser a causa da busca do direito natural (FERRAZ JUNIOR, 2008).

2.3 A Doutrina do Direito Natural em Kelsen

A doutrina do direito natural é uma fórmula encontrada para a superação do problema da justiça no direito.

Segundo Kelsen (1998), em o problema da justiça, a doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito, já que ao lado do direito real positivista, posto pelos homens e mutável; existe um direito ideal, imutável e que se identifica com a justiça.

As normas de direito natural por não ser produto da vontade humana e sim da natureza, devem ser consideradas invariáveis e imutáveis no tempo e no espaço, diferentemente das normas positivadas, que por serem emanadas da vontade arbitrária do legislador, são consideradas mutáveis.

As normas de direito natural por terem como fonte a natureza ou a natureza do homem em particular incidiriam segundo Kelsen num erro lógico fundamental, na medida em que a natureza:

É um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito – é um ser; e de um ser não se pode concluir um dever-ser, de um fato não se pode concluir uma norma (KELSEN, 1998, p.76).

Para Kelsen do mundo do Ser não pode decorrer o Dever-ser, isto é, dos fatos não pode ser imanente nenhuma norma. Só podemos confrontar os fatos com as normas e, assim aferir se estão de acordo ou não com elas, emitindo assim juízos de valor.

A natureza, como realidade do mundo fático também se encontraria em constante modificação, em outras palavras, o ser da natureza é um de- vir, um tornar-se, assim as normas imutáveis do direito natural constituem apenas na regularidade observável do acontecer fático, conforme Kelsen (1998). Concebidas assim, as normas do direito natural podem ser apenas regras gerais, que derivam da relação de causa e efeitos dos fenômenos naturais. Para o mesmo autor, portanto:

Quando a doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa (reta), o que ela faz é transformar regras do ser em normas do dever-ser e produzir, assim, a ilusão de um valor imanente à realidade. (KELSEN, 1998, p.132).

Tal entendimento deve-se ao fato de que para Kelsen valor e realidade pertencem a campos distintos. Embora haja uma concepção de que o valor e a realidade estão intimamente ligados entre si, tendo sido amplamente debatida, principalmente, quando se afirma uma origem metafísico-religiosa, ou seja, que a natureza teria sido criada por Deus.

Com base numa origem metafísica-religiosa a natureza teria sido concebida por um Deus justo, mas só então, para Kelsen (1998), poderia ser reconhecida também normas justas nas leis desta natureza. E partir desta natureza transcendental do direito natural pode-se deduzir um direito justo, ou seja, uma interpretação teleológica do direito natural. E se conside-

rar que tais normas naturais tem como inspiração à vontade imanente de Deus, só ele seria capaz de alterá-las, logo, teriam a natureza de leis eternas e imutáveis.

O direito natural como fonte da natureza humana também encontra objeção em Kelsen, na medida em que do ser não pode derivar-se um dever-ser, ou seja, dos fatos não é possível à dedução das normas. A natureza do homem compreende uma realidade sociológica e não se poderia deduzir da natureza real uma conduta ideal do homem. A esse respeito:

Se da natureza real do homem se concluem normas às quais esta natureza real corresponde, uma tal conclusão não só é logicamente falsa como conduz ainda a resultados praticamente impossíveis. Com efeito, as normas assim obtidas têm de se contradizer mutuamente e não podem, portanto representar sequer uma ordem normativa da conduta humana. É isto o que se torna bem patente sempre que tentamos fundamentar o direito natural nas tendências, nas inclinações, nos instintos inatos ao homem, em suma, nas suas pulsões (KELSEN, 1998, p.76).

Além disso, as pulsões dos homens seriam conflituosas dentro do próprio homem singular, como também nas relações entre os homens, portanto, satisfazer a pulsão de um indivíduo não significa necessariamente à satisfação da pulsão de outro, isto se deve a própria impulsividade do homem.

Nesse diapasão Kelsen (1998) assevera que uma doutrina que pretende deduzir o direito natural, isto é, o direito justo da natureza do homem, não pode ver esta “natureza” em todos os possíveis impulsos do homem mas apenas em determinados impulsos, entre impulsos que devem ser seguidos e impulsos que não devem ser seguidos, entre impulsos bons e maus.

Prossegue o autor fazendo a distinção entre impulsos “naturais” e “antinaturais”, que segundo afirma seriam indispensáveis a uma doutrina do direito natural fundada sobre a “natureza” do homem:

Pode o impulso para a autoconservação ser declarado natural e o impulso para a autodestruição antinatural, pode o impulso do amor ao próximo ser tido como natural e o impulso da agressão como antinatural. Como não pode ser negado que tanto o impulso da autodestruição como o da autoconservação, tanto o impulso da agressão como o do amor ao próximo apresentam na natureza como realidade fatural, cai-se na paradoxal distinção entre uma natureza “natural” e uma natureza “antinatural”. (KELSEN, 1998, p. 146).

E conclui o autor que o conceito de natureza altera o seu significado, porque no lugar da natureza real, da natureza tal como é, aparece uma

natureza ideal, a natureza como deve ser, em conformidade com o direito natural. Em linhas gerais, para Kelsen, a doutrina do direito natural deve ser deduzida de uma natureza ideal, ou seja, de uma natureza boa, justa, divina, do homem, para pressupor a existência de um direito ideal, chamado direito natural.

Ao abordar a questão da justiça Kelsen procurou manter o valor e a realidade em campos diametralmente distintos, tratando de forma não valorativa a questão da justiça, de modo a descrever todos os supostos valores de justiça, sem optar por um deles. Para tanto, Kelsen parte de uma concepção de justiça relativa, já que para ele a justiça absoluta é um ideal irracional (KELSEN, 2001), por entender que a razão humana só consegue compreender valores relativos.

3 A LEX MERCATORIA

3.1 A origem e o desenvolvimento da *lex mercatoria*

A *lex mercatoria* surge como um direito espontâneo desenvolvido pelos próprios comerciantes, em suas corporações de ofício, a partir do século XII, na Idade Média. Advinda de leis naturais do próprio mercado, cujos princípios norteadores foram: a razão, a espontaneidade, a autonomia da vontade, a boa-fé e a justiça.

É neste ambiente que surge a *lex mercatoria*, a partir de transações comerciais baseadas nos usos e costumes, nas práticas comerciais, nas decisões proferidas pelos cônsules das corporações, ou seja, com base num direito corporativista, subjetivo, voltado para a figura dos comerciantes, denominado de *statuto mercatorum*, ou *jus mercatorum*, nas palavras de (STRENGER, 1996).

A *lex mercatoria* é o resultado de um longo processo histórico, que se manifesta em várias fases, nesse sentido também é o entendimento de Strenger (1996, p. 151): “a *lex mercatoria* surge em decorrência de longo processo que se foi plasmando em múltiplas fases, as quais, naturalmente, foram assimilando os fatos e acontecimentos que identificaram as diferentes etapas do progresso” .

Este direito espontâneo, que encontra sua validade em usos e costumes e nas leis naturais do mercado, a que se denomina *lex mercatória*, aos

poucos, passa a ser adotado nas relações entre os diversos povos, principalmente nas relações internacionais do continente europeu.

Todavia, na época das Codificações que ocorreram nos séculos XVIII e XIX, a lei torna-se a principal fonte de direito e a *lex mercatoria* perde importância nas relações internacionais, já que os Estados passam a criar suas próprias leis nacionais amparados em ideais de soberania e nacionalidade. A partir deste pensamento nacionalista, todos os princípios, usos e práticas comerciais foram incorporados nos ordenamentos jurídicos internos, não havendo mais espaço para a aplicação de quaisquer outros direitos de caráter geral que não fossem emanados do próprio Estado.

3.2 A natureza da nova *lex mercatoria*

Com a globalização as relações econômicas se expandem e as legislações nacionais não conseguem resolver os impasses econômicos, trazidos pelos novos negócios e contratos celebrados. A partir destas relações ressurge no campo do direito internacional com maior força, a aplicação da *nova lex mercatoria* ou *lex mercatoria moderna* como um conjunto de princípios, usos e costumes e regras de direito não nacionais, que são utilizadas como fonte de direito informal e internacional (SILVA, 2002).

Para Strenger (1996) a *lex mercatoria* pode ser compreendida como “o conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma jurídica eficaz”. A *lex mercatoria* caracteriza-se por sua originalidade, na medida em que opera como uma reação às regras que foram criadas pelos diversos ordenamentos nacionais, que apesar dos seus esforços acabam por não atender todo o dinamismo e rapidez das relações econômicas internacionais.

Os contratos internacionais e a arbitragem são os principais condutores para a aplicação da *lex mercatoria*, por representarem a vontade e autonomia das partes contratantes na escolha das soluções que melhor atendam os seus interesses.

Ademais, a *lex mercatoria* está amparada no princípio da autonomia da vontade, segundo (STRENGER, 1996) prevalece o entendimento de que as sentenças justificam a aplicação da *lex mercatoria*, seja por escolha da partes ou do árbitro. Enfatiza ainda que:

As regras da *lex mercatoria* são aplicáveis, mesmo que ocorra ausência de qualquer referência a elas feita pelas partes contratantes, assim como na ausência de qualquer circunstância objetiva de natureza a constituir título de sua aplicação. Desde que a *lex mercatoria* tenha vocação para reger o fundo do litígio, mesmo que inexistam critérios objetivos comandando sua aplicação, o elemento de conexão não interfere, ao contrário do direito estatal, cuja “mise en cause” é sempre subordinada a tal fator. (STRENGER, 1996, p. 153).

Para a aplicação da *lex mercatoria* basta que as partes, no contrato, tenham elegido a cláusula arbitral e tenham firmado um compromisso no instrumento, que se coadune com certos princípios deste instituto. Percebe-se, portanto, que os contratos e a arbitragem são os dois principais mecanismos em que se aplica a *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* também tem aplicação no comércio eletrônico; nas operações internacionais por intermédio do crédito documentário; e nos *Incoterms*. Acerca da aplicação da *lex mercatoria* Cláudio Finkelstein assevera:

O crédito bancário é um típico exemplo de *lex mercatória*. Sua normatização ocorreu por meio da Câmara Internacional de Comércio, que elaborou as RUU (*Règles e Usages Uniformes relatives aux Crédits Documentaires*), regulação essa que decorreu dos usos e costumes internacionais. O mesmo se pode dizer dos chamados *Incoterms* (regras oficiais da Câmara Internacional de Comércio para a interpretação de termos comerciais), elaboradas em 1936 e atualizadas frequentemente. Trata-se de uma regulamentação das principais cláusulas utilizadas no comércio internacional, novamente resultante dos usos e costumes comerciais. Resta claro, portanto, que não há que se questionar a existência da *lex mercatória*. (FINKELSTEIN, 2005, p. 89).

Segundo Berthold Goldman, a *lex mercatoria* se origina de várias fontes e isto se deve: “aos princípios gerais do direito; aos provimentos contratuais, com cláusulas especiais e novos tipos convencionais; e às decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração de princípios do comércio internacional” (GOLDMAN apud STRENGER, 1996, p. 78). Todas estas fontes formam a *lex mercatoria*, que aplicada de forma reiterada, torna-se direito costumeiro.

O mesmo autor ainda enfatiza que as fontes que compõe a *lex mercatoria* formam um corpo autônomo de direito. E sua autoridade deriva da prática e o não cumprimento dessas regras resulta sanção “sui generis” (GOLDMAN apud STRENGER, 1996). A autoridade destas normas, com força de comandos e imposição de sanção deve-se ao fato de que usos de comércio

internacional ou princípios podem surgir a partir de organismos internacionais (nos contratos pré-formulados pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa), ou seja, novos operadores do direito internacional.

O Aspecto polêmico suscitado por Goldman refere-se ao caráter de ordem pública da *lex mercatoria*. O árbitro, na solução do conflito de direito internacional privado, deve considerar o caráter de ordem pública da *lex mercatoria*, pois haveria uma relação de hierarquia e, não concorrência, na aplicação entre a *lex mercatoria* e a legislação nacional, devendo prevalecer a primeira (GOLDMAN apud STRENGER, 1996).

3.3. O fundamento dos costumes como fonte ou aplicação da *lex mercatoria*

Conforme já analisado, os elementos que compõe a *lex mercatoria* atual são os princípios gerais do direito, os usos e costumes, inclusive contratuais e a jurisprudência arbitral.

Embora tenha ocorrido uma expansão do campo de aplicação da *lex mercatoria*, em especial, devido às regras oriundas da CCI, da UNCITRAL, da renovação dos INCOTERMS, da adoção dos créditos documentários e de outros operadores internacionais, não se pode perder de vista que a *lex mercatoria* se pauta, principalmente, nos usos e costumes, seja na sua formação ou, na aplicação de suas fontes de forma reiterada, tornando-se direito consuetudinário, de acordo com Goldman.

No direito romano, no período da realeza, o costume e a lei eram as duas fontes do direito. Nas palavras de Ulpiano “costumes são o consentimento tácito do povo, envelhecido por longo hábito” (*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*). (ULPIANO apud CRETELLA JÚNIOR, 2005, p. 153).

A partir de sua essência, Vicente Raó define o costume como “a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa de modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica” (RAO, 2013, p. 270).

Na aplicação do costume precisam ser observados dois requisitos fundamentais, para que possa ser admitida a sua obrigatoriedade, são eles: o uso contínuo, reiterado do costume e a convicção acerca da necessidade; que para França (2014), correspondem ao *uso inveterado* e a *opinio necessitatis* do costume.

Quanto ao fundamento do costume França (2014) chama a atenção para dois pronunciamentos sobre o assunto, a teoria da consciência popular e a teoria da sanção judicial. A primeira teoria foi explicitada por Savigny na concepção histórica do direito, por intermédio da existência de dois elementos um externo e outro interno, ou seja, um diz respeito ao uso e o outro a opinião da necessidade do costume. A respeito adverte o mesmo autor:

Quanto à teoria de Savigny, pensamos que ela não nos fornece o fundamento das regras que aparecem sob a forma de costume, limitando-se a descrever o modo pelo qual ele se torna atuante. Com efeito, o uso inveterado não é mais do que o aspecto visível do costume, e a *opinio necessitatis* o móvel psicológico da respectiva obediência. (FRANÇA, 2014, p.113).

A teoria da sanção judicial foi desenvolvida por Planiol e, no Brasil, foi difundida por João Franzen de Lima, segundo a qual o costume para ter força jurídica, dependeria de uma sentença judicial.

Pode-se afirmar com precisão que o fundamento do costume é o direito natural, tendo em vista que o costume se revela como uma forma de expressão do direito, assim como a lei, brotando da consciência coletiva e dos ideais de justiça que lhe são comuns. Nesse sentido também é o entendimento de Rubens Limongi França:

Os costumes devem ser respeitados, porque constituem a cristalização de regras de agir, ordenadas à noção prática do justo, cuja necessidade se impõe como condição do convívio social. Em outras palavras, o costume surge e deve ser respeitado não porque é antigo, e além disso porque as pessoas acham que isso é certo, mas porque, no âmago da natureza das instituições, há modos de proceder que, independentemente de lei, não podem ficar ao sabor dos particulares, sob pena de comprometimento dos fins da própria existência das mesmas instituições. Por isso, com o decorrer do tempo, esses modos de agir, por sua oportunidade, por sua constância, por sua utilidade, por sua coerência, vão se constituindo em preceito rígido, a ponto de adquirirem força de verdadeira lei. (FRANÇA, 2014, p. 114).

Outros autores também se preocuparam em estabelecer o fundamento do costume, mas sem uma abordagem direta com o direito natural. Para Beviláqua (1953, p. 30) “o fundamento da força obrigatória do costume está na conformidade reconhecida entre ele e as necessidades sociais que regula”. Prossegue o mesmo autor afirmando:

Este modo de compreender o direito consuetudinario não estabelece diferença entre o costume jurídico interno e o internacional, pois vê, em ambos, formações jurídicas extra-legaes, realizadas por diferentes órgãos e impondo-se ao respeito de todos, porque correspondem à necessidade sentida de normalizar relações da vida social e porque reflectem a concepção do direito e o sentimento de justiça dominantes. (BEVILAQUA, 1953, p. 31).

Nessa mesma linha de pensamento o costume também é considerado como forma espontânea da constituição do direito por Ruggiero (1957, p.98), ao passo que a lei é a sua forma reflexa.

Da leitura de tais autores e de outros, que mesmo sem explicitar de forma direta o fundamento dos costumes; revelaram a espontaneidade e a valoração das normas costumeiras; de tal modo que se pode admitir que o fundamento dos costumes não possa ser outro, a não ser o direito natural ou espontâneo de uma dada sociedade ou comunidade internacional, que se desenvolve a partir da consciência racional e dos valores ou ideais de justiça que lhe são perenes.

3.4 A *lex mercatoria* como direito pluralista transnacional

Para o sociólogo do direito alemão Teubner (2003) está ocorrendo um processo de formação de um direito mundial que deverá surgir não no bojo da política nacional ou internacional, mas sim da sociedade civil internacional. Para esse autor a *lex mercatoria*, provou ser até agora o mais exitoso caso de um “direito mundial” existente para além da política internacional. Mas ao lado da *lex mercatoria* existiriam outros ordenamentos jurídicos globais *sui generis* em formação, como os direitos humanos, a padronização técnica e o autocontrole profissional, o direito ambiental e o direito desportivo.

Portanto, uma gama de direitos transnacionais estariam surgindo, a mercê de ordens políticas nacionais ou internacionais. Esta reflexão é corroborada por Teubner (2003), que a defende com base em três teses sobre o direito global: a) a primeira é a teoria do pluralismo jurídico que deve se adequar as fontes do direito, para concentrar a sua atenção em processos espontâneos de formação do direito em diversas áreas da sociedade mundial, independente do direito instituído no plano dos Estados individuais ou interestaduais; b) a segunda sustenta que o direito global não é internacional, mas um ordenamento jurídico *sui generis*, distinto do direito

tradicional dos Estados-nações acoplado a processos sociais e econômicos que o impulsionam; e c) a terceira afirma que a relativa distância do novo direito mundial da política nacional e do direito internacional não torna o novo direito global apolítico, ao invés, permite a sua repolitização não por intermédio de instituições políticas tradicionais, mas por meio de discursos altamente especializados e isolados.

Ao sustentar a teoria pluralista, Teubner se baseia no pensamento do sociólogo do direito Eugen Ehrlich, que nasceu na Bucovina, na época província do Império Austro-Húngaro, atual Ucrânia. Ehrlich, em sua obra *Fundamentos da Sociologia do Direito*, publicada em 1913, procurou construir uma ciência social, a que chamou de “Direito Vivo”, desenvolvendo um pensamento crítico da dogmática jurídica, em especial, da jurisprudência. O que esse autor, pretendia era demonstrar que o direito não depende apenas do Estado quanto à sua origem e desenvolvimento, na medida em que é a própria sociedade o centro gravitacional do direito. E a sociedade humana abrangeria o conjunto de associações humanas que inter-relacionadas compreenderiam o próprio Estado, o povo, a comunidade supranacional regulada pelo direito internacional, as comunidades religiosas, as corporações, os partidos políticos e até a família.

A partir desta visão, pode-se sustentar um pluralismo jurídico, na medida em que o direito pode ser criado pelo Estado, como um dos grupos sociais existentes ou, emanar, de qualquer outra associação humana.

Na visão de Teubner:

Ehrlich, naturalmente, transfigura e idealiza aqui o papel criador do direito dos costumes, usos e práticas em sociedades rurais. No entanto, nos processos de globalização do presente, o seu direito vivo adquire um outro significado, bastante dramático. Baseia-se em processos sociais técnicos e frios, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária. Como não é a política, mas a própria sociedade civil que impulsiona uma globalização de seus diferentes discursos fragmentados, a globalização do direito também seguirá essas evoluções no caminho de um efeito de *spill over*. (TEUBNER, 2003, p. 14).

A globalização atual possui várias dimensões, dentre elas: a dimensão militar, econômica, política, sócio-cultural e do meio ambiente.

As dimensões militar e política podem ser perfeitamente exemplificadas pela atuação dos Estados Unidos, nas últimas décadas, na divisão internacional do poder ou por intermédio do modelo de *Pax Americana*

proposta pelo ex-presidente norte-americano Bill Clinton, que por intermédio da formação e participação dos Estados em blocos econômicos poderia resultar num ordenamento jurídico mundial.

Na fase atual da globalização, onde se desenvolve muito mais a dimensão econômica, embora de forma assimétrica entre os vários países, percebe-se que no campo da política, os Estados-nações perdem hegemonia para dar lugar às forças externas, ou seja, organizações multilaterais e corporações transnacionais. Tais instituições detêm poderes econômicos e políticos a ponto de sobreporem os seus interesses sobre os dos estados-nações. Sem falar de uma gama de direitos que, à margem do sistema adotado pelo estado-nação, são valorados a ponto de se tornarem universais, em virtude do papel que a mídia e a internet exercem na globalização.

Nas últimas décadas, verificou-se a universalização de alguns direitos naturais ou princípios como a democracia, os direitos humanos, o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, direito ao meio ambiente sadio e outros, que antes pouco ou nada significavam para alguns povos ou culturas diferentes.

No campo da política internacional, o que se percebe é que cada vez mais há uma descentralização de poder e a impossibilidade da criação de um direito global que possa compelir todos os Estados a aplicá-lo. O atual modelo de regulação jurídica é ineficaz em especial no âmbito econômico, não resolve desigualdades sociais e nem permite a produção de riquezas, tanto em nível nacional como internacional.

Nesse cenário globalizado, a *lex mercatoria* mostra-se como uma das novas áreas do direito mundial independentes do Estado, ao lado de outras, como o direito interno de empresas multinacionais, o direito trabalhista, o direito ambiental, os direitos humanos, o direito das organizações profissionais (TEUBNER, 2003).

Há uma tendência no campo das relações internacionais de que as regras transnacionais de natureza econômica, como é o caso da *lex mercatoria*, seja apta a proporcionar uma uniformização global do direito, tais normas, além de flexíveis, valorizam de sobremaneira os costumes e os princípios gerais do direito, como fonte do direito internacional, além de prestigiarem formas de solução de conflitos privadas no campo da arbitragem internacional.

Apesar da pluralidade de regras, da multiplicidade de ordenamentos e da existência de interesse antagônicos, a uniformização ou padronização

poderá ser conquistada ou aplicada, levando em conta a força obrigatória dos princípios ou os fundamentos de direito natural que podem ser encontrados no âmago destas regras transnacionais. A *lex mercatoria* representa antes de qualquer coisa “um direito de valores e princípios do que um direito de estruturas e formas” (TEUBNER, 2003, p. 26).

4 CONCLUSÃO

Nesse estudo, procurou-se demonstrar que a *lex mercatoria* pauta-se em uma série de princípios contratuais mais abertos como a autonomia da vontade, a boa-fé, a razão e os princípios gerais do direito, que se adaptam de acordo com o caso concreto. Portanto, essa flexibilidade e espontaneidade da *lex mercatoria* pode ser perfeitamente identificada com os princípios do direito natural, onde através da razão se busca um ideal de justiça, por intermédio de uma valoração dos próprios princípios que se encontram no âmago de qualquer direito.

Tal identificação, não é ingênua, a ponto de desconsiderar o fato de que a *lex mercatoria* regula interesses econômicos internacionais; mas uma tentativa de resignificar o direito natural como uma série de princípios valorativos; que são a base de vários sistemas jurídicos, cuja característica principal é sua espontaneidade.

A própria hermenêutica contemporânea para dar sentido ao texto jurídico, tem procurado verificar o direito e o fato numa relação de coexistência e interdependência, para tentar aproximar-se da verdade e da justiça social. Nessa tentativa, por que não buscar uma revalorização do direito natural?

São várias as situações pelas quais o ordenamento jurídico não apresenta respostas satisfatórias nem tampouco há previsão jurisprudencial a respeito. A complexidade dos fatos sociais e econômicos, no entanto, tem exigido soluções mais rápidas, justas e eficazes, tendo em vista que nem sempre as respostas oferecidas pela lei e, se encontradas, trazem uma decisão adequada para o caso concreto.

No plano das relações econômicas internacionais, há uma série de atores globais que influenciam tanto na política como na formação do próprio direito. Assim, no campo do direito internacional ou no próprio Estado, podem ser legitimadas diferentes ordens jurídicas, e como resultado a existência de um pluralismo jurídico quer no interior dos Estados ou fora deles.

A *lex mercatoria* é um caso emblemático de pluralismo jurídico transnacional, que “parte do direito econômico global que opera na periferia do sistema jurídico em “acoplamento estrutural” direto com empresas e transações econômicas globais” (TEUBNER, 2003, p. 15).

Embora a *lex mercatoria* seja um dos casos de pluralismo jurídico, já que neste trabalho, foram identificados outros, ela se mostra como um modelo mais adequado de uniformização, que poderá ocorrer pela ingerência da política econômica internacional, como forma de pressão para validar interesses econômicos de grandes corporações, de organismos internacionais ou de grandes potências mundiais ou, ainda como forma de padronização do direito, a partir da elaboração de convenções ou tratados internacionais entre os vários Estados.

Numa visão mais otimista da uniformização, talvez seja possível tanto na órbita interna dos Estados, como na órbita jurídica externa, uma valoração dos princípios que envolvem as leis de mercado ou *lex mercatoria*, a ponto de tornar possível a criação de um direito comum mais dinâmico e flexível, para ser aplicado nas relações internacionais.

Embora várias possam ser as críticas despertadas com a leitura deste trabalho, buscou-se revalorizar o próprio direito natural “Quem nunca se viu dominado pelo espanto perante as leis da civilização humana inerentes ao ser, nunca poderá entender a questão do direito natural” (KAUFMANN, 2002).

REFERÊNCIAS

- AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005, v. IV.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1953.
- CÁRNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil: introdução e parte geral – Direito das Pessoas**. trad. da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português por Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1957.v.1.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008

_____. **Estudos de Filosofia do Direito:** reflexos sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CÁRNIO, Garbellini Henrique. **Teoria da Ciência Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria Política do Direito:** a expansão política do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.2

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporânea.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano.** Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 7. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Legal philosophy**, in: E. W. Patterson (ed.), *The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin.* Harvard: Harvard University Press, p. 47-224, 1950, p. 119, apud BIX, Brian. Robert Alexy, a fórmula radbruchiana e a natureza da teoria do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. *Revista Panóptica*, Vitória, v. 1, n. 12, p. 70-79, mar. 2008. Acesso em: 23 jul. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.** Trad. Rolando Roque da Silva. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

SILVA, Luiz Roberto. **Direito Internacional Público.** 2. ed. ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas.** Piracicaba: UNIMEP. v. 14, nº 33, p. 9-31, jan.-abr., 2003.

