

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO INTERNACIONAL II**

**LUIS RENATO VEDOVATO**

**TATIANA DE ALMEIDA FREITAS RODRIGUES CARDOSO SQUEFF**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luis Renato Vedovato; Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-713-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## DIREITO INTERNACIONAL II

---

### **Apresentação**

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Internacional II, do XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Porto Alegre entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos).

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados para este Grupo de Trabalho dezoito (18) artigos, tendo sido apresentados quatorze (14) relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso teve como pano de fundo a temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”. A escolha pode ser tida como bastante adequada por conta do cenário global construído nessas primeiras décadas do Século XXI, com toda a sensível marca do progresso científico, novas maneiras de comunicação uma abundante inovação no mundo do direito, em especial, impondo uma série de novos desafios ao Direito, que tem que lidar constantemente com as questões atinentes à afirmação da cidadania e aos desafios para a construção e alcance do desenvolvimento sustentável.

Novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente neste Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da ciência do direito é que é possível desenvolver as bases para a concretização do direito internacional à luz das novas tecnologias, da comunicação e da inovação que estruturam a sociedade globalizada hodierna.

Ressalta-se a ementa do GT, com o seguinte conteúdo:

EMENTA:

DIREITO INTERNACIONAL II – Refletir sobre: Direito Internacional Público. Direito Internacional Privado. Direito Internacional do Comércio e Blocos Econômicos. Relações Internacionais e Direito. Aspectos Transnacionais e Transnormativos do Direito. Teoria do Direito Internacional. Cooperação Jurídica Internacional. América Latina entre a cooperação e a integração. Direito dos Tratados; aspectos da negociação e contração internacionais.

Direito Internacional Processual. O Direito Internacional entre a fragmentação e o pluralismo jurídico. Tribunais Internacionais e sua jurisdição. Sujeitos e novos atores do Direito Internacional. Aspectos sobre os princípios e fontes do Direito Internacional em suas mais variadas ramificações. Direito Internacional do Meio Ambiente. Direito Penal Internacional e sua construção jurisprudencial. Direito comunitário e da integração do Mercosul. Análise jurisprudencial dos tribunais superiores em matéria de Direito Internacional.

Os trabalhos apresentados se relacionam, de forma bastante direta, com a ementa apresentada, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida em dois blocos, sendo todos relativos ao Direito Internacional. O primeiro grupo tratou de temas variados e conexos às novas visões do Direito Internacional tradicional, particularmente no campo do Direito Econômico Internacional e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Já o segundo, trabalhou na mesma linha, em que pese trazerem uma reflexão mais crítica às regras e categorias hoje existentes no plano normativo internacional, inovando, por conseguinte, na indicação da forma em que os desafios cotidianos mundiais devem ser abordados, isto é, para além da dogmática jurídica elucubrada na modernidade, com vistas à oferecer outras respostas para cada situação debatida na contemporaneidade.

Para o primeiro bloco, numa análise específica de cada artigo, é possível fazer as seguintes considerações, a começar pelo primeiro apresentado que tem o título de OS FENÔMENOS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE: OS DESAFIOS DE EFICIENTE REGULAMENTAÇÃO AO DESEMPENHO DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS COMO ATORES NÃO ESTATAIS, apresentado por ISADORA E SÁ GIACHIN, tendo sido escrito em conjunto com ODETE MARIA DE OLIVEIRA, nele, buscou-se demonstrar que “as corporações transnacionais ostentam o papel de agentes não estatais impulsionados pelo advento da globalização e da transnacionalidade, os quais estão ocasionando inúmeras mudanças no cenário internacional e em seus mais diversos âmbitos”.

Em seguida, veio, com igual brilhantismo, o trabalho O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O NOVO CONTEXTO MUNDIAL: O PROTAGONISMO DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS E O PAPEL DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL NO ÂMBITO JURÍDICO, de Gabriela Wentz Vieira e Braulio Cavalcanti Ferreira, tendo sido apresentada pela primeira, que buscou expor “o fenômeno da globalização econômica e o seu impacto no âmbito jurídico,

especialmente em relação ao comércio internacional. Para tanto analisa-se o protagonismo das CTN's e os mecanismos criados para solução de disputas no Comércio Internacional, em especial a CCI. Por meio do método de abordagem dedutivo e do procedimento de análise bibliográfico, analisa-se num primeiro momento o fenômeno da globalização econômica e o novo contexto mundial, para então adentrar-se ao objeto específico do estudo: o protagonismo das corporações transnacionais e o papel da CCI no âmbito jurídico das relações de comércio”.

Na sequência, de forma esmerada e com conteúdo relevante, foram apresentados artigos instigantes e muito bem desenvolvidos com os títulos assim elencados: **NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, de Natalia Mascarenhas Simões Bentes, que cuidou de analisar as normas jus cogens e as reflexões desenvolvidas sobre estas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; seguiu-se a apresentação do trabalho intitulado **DA MODERNA LEX MERCATORIA COMO UM COSTUME JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE SUBSUNÇÃO**, de Adriano Fábio Cordeiro Da Silva e Adelgício De Barros Correia Sobrinho, que refletiram sobre “a crescente relevância da moderna Lex Mercatoria como espécie dos Costumes Jurídicos e enquanto conjunto de normas que os Estados e atores do Comércio Internacional progressivamente adotam buscando regular, fomentar e disciplinar o uso das estruturas tecnológicas da Economia digital a exemplo das moedas virtuais, da uberização e do Blockchain”.

Também foi apresentado na sequência, por evidente pertinência, o trabalho **INTEGRAÇÃO NO COMBATE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA: POSSIBILIDADES E COMPARAÇÃO COM MODELO BRASILEIRO**, de Viviane Duarte Couto de Cristo, no qual se assume que a “corrupção é um mal enfrentado por todos os países”, nesse sentido, o “estudo objetiva a análise do sistema de combate à corrupção realizado na União Europeia através do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), numa abordagem comparativa com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), em funcionamento no Brasil desde 2003”.

Na sequência desse conjunto foi apresentado o trabalho intitulado **A PARTICIPAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA GLOBAL AMBIENTAL E SUAS FERRAMENTAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL. ÊNFASE NO ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO (OMC) E NO TRANSPACIFIC PARTNERSHIP**, de Rodrigo Luiz Zanethi e Francisco Campos da Costa, que discorreu sobre o “comércio internacional e o meio ambiente são temas que, aparentemente, são contraditórios e distantes.

Assim, eventuais embates entre meio ambiente e acordos internacionais econômicas e comerciais devem ser resolvidas, surgindo como meio de resolução de eventuais conflitos a utilização da governança global”.

Também foi apresentado texto com o título DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS SOB NOVA PERSPECTIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO: O ART. 26 DA CADH EM FACE DO CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU, de Milton Guilherme De Almeida Pfitscher, que fez a apresentação, e Valéria Ribas Do Nascimento, que exploraram de forma bastante interessante “regime jurídico dos direitos sociais, econômicos e culturais no sistema interamericano. Busca-se compreender de que forma a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Lagos del Campo vs. Peru é paradigmática na proteção de tais direitos”.

Como continuidade, foi apresentado o trabalho intitulado PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO SUPRANACIONAIS À CORRUPÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ORGANISMO EUROPEU DE LUTA ANTIFRAUDE, de Roberto Carvalho Veloso de Heron De Jesus Garcez Pinheiro, que fizeram a análise da “atuação supranacional do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) no âmbito da União Européia, através de revisão bibliográfica e estudo do direito comunitário. Discorre-se sobre a compreensão científica da corrupção a partir das teorias que a referenciam, apontando-se os instrumentos convencionais de prevenção e enfrentamento”.

O trabalho A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS: A EVOLUÇÃO DA TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA NOS SISTEMAS ONU E OEA, escrito por Igor Davi da Silva Boaventura, que fez a apresentação, e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro, trazendo reflexões sobre “a evolução dos direitos da criança no âmbito internacional e seu reconhecimento como sujeito de direitos”.

As apresentações foram brindadas com excelente debate e reflexões sobre elas, com efetiva participação de todos e de todas, além de falas dos coordenadores do grupo de trabalho Direito Internacional II. Dessa forma, foi destacado que os artigos olham para além da chamada ortodoxia do Direito, ressaltando a necessidade de discutir as bases do Direito Internacional moderno à luz da contemporaneidade e dos desafios trazidos por essa nova realidade, a qual impõe questionamentos ímpares para a sociedade internacional e que são merecedoras de novos olhares para uma possível reconstrução deste campo normativo.

Na segunda parte das apresentações, houve uma complementação das reflexões de direito internacional abordadas na primeira sessão, sendo trazidas reflexões sobre temas igualmente

pontuais, com profundidade equivalentes às encontradas na maioria dos casos desenvolvidos no cotidiano da pesquisa científica.

E, assim, avançam os debates com os seguintes textos: REFLEXOS DO PODER DAS CORPORações TRANSNACIONAIS E O MONOPóLIO MIdIÁTICO, de Lucas Dalmora Bonissoni e Bettina Ferreira Goulart, destacando que “o poder das corporações transnacionais ou empresas multinacionais e os reflexos de seu poder nos Estados”, nesse sentido, tal poder seria “usado em prol dos detentores do capital, visando seus interesses e interferindo nas políticas de Estado, bem como nas relações internacionais”, sendo certo que a “liberdade de imprensa é necessária para que se tenha a pluralidade de ideias dentro de uma sociedade democrática, entretanto, quando ocorre monopólio midiático, esse mostra-se como o principal meio de obtenção do poder dessas corporações transnacionais”.

Ato contínuo, veio a apresentação do artigo O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A INFÂNCIA MIGRANTE NO DIREITO INTERNACIONAL, exposto por Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith e Karime Ferreira Mouta, que apresentou o trabalho e que visou analisar o aumento das “notícias de pessoas que atravessam fronteiras nacionais em busca de uma vida melhor ou fugindo de situações de extrema pobreza, perseguições, violações generalizadas de direitos humanos ou profundos conflitos em seus países”.

Também veio à apresentação no Grupo de Trabalho o artigo PESSOAS DO DIREITO INTERNACIONAL E ATORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: CRÍTICA AO ESTATOCENTRISMO, escrito e apresentado pelo Professor Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo, que demonstrou “o anacronismo de uma ótica “estatocêntrica” dos estudos do sujeito de Direito Internacional”. Nesse contexto, a “partir da noção de “atores” da disciplina de Teoria das Relações Internacionais, este texto busca mostrar o impacto que essas entidades não-estatais promovem no cenário internacional contemporâneo”.

Nessa mesma esteira, destaca-se a exposição do trabalho O ACESSO À JUSTIÇA EM FOROS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO INDIVÍDUO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, de Gabriel Moura Aguiar e Mayra Karla Correia Fagundes, que fez a apresentação do trabalho e buscou explicar o “locus standi na atual configuração do Direito Internacional em dois grandes foros internacionais: a Organização Mundial do Comércio, através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e a Corte Internacional de Justiça”.

Imediatamente na sequência, iniciou-se a apresentação do trabalho CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS, de Antonella Portillo Fiorini, que abordou “as vertigens do crime de desaparecimento forçado de pessoas, da necessidade de tipificação do mesmo ao direito interno brasileiro, considerando ser de maior importância para a devida implementação do Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil”.

Em finalização do bloco e do GT, foi apresentado o trabalho SUPERANDO A COLONIALIDADE DO SABER NO DIREITO INTERNACIONAL: O EXEMPLO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS, da Professora Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, que reflete, nas suas palavras, “a necessidade de reconhecer-se mais uma categoria de refugiados – a dos refugiados ambientais. Isso, pois, as mudanças climáticas fomentam o deslocamento crescente de indivíduos para além das fronteiras nacionais. Contudo, essas pessoas não se encaixam nas tradicionais formas de refúgio prescritas pelo Direito Internacional. Assim, defende-se que isso decorre de uma limitação existente no Direito Internacional de quem pode efetivamente ‘dizer o direito’ – isto é, sugerir/criar as regras jurídicas nesse plano, sendo essa uma expressão da ‘colonialidade do saber’ ainda existente, sendo o seu reconhecimento uma forma de “libertação” do Sul Global”.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições desses dois blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos. A grande amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo.

Posto isso, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas a partir das inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Coordenadores:

Profa. Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff – UFRGS

Prof. Dr. Luis Renato Vedovato – UNIMEP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.





## **DA MODERNA LEX MERCATORIA COMO UM COSTUME JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE SUBSUNÇÃO.**

### **THE MODERN LEX MERCATORIA AS A LEGAL FACT: AN ATTEMPT AT SUBSUMPTION.**

**Adriano Fábio Cordeiro Da Silva <sup>1</sup>  
Adelgício De Barros Correia Sobrinho**

#### **Resumo**

O artigo analisa a crescente relevância da moderna Lex Mercatoria como espécie dos Costumes Jurídicos e enquanto conjunto de normas que os Estados e atores do Comércio Internacional progressivamente adotam buscando regular, fomentar e disciplinar o uso das estruturas tecnológicas da Economia digital a exemplo das moedas virtuais, da uberização e do Blockchain. A abordagem teórica abrange os escritos de Teuber, de Michaels e de Schwab e continua com uma análise das espécies de costumes jurídicos, seus reflexos sobre a dinamicidade do Comércio Internacional e os desafios globalizados à eficiente regulação pelos Estados através do Direito.

**Palavras-chave:** Comércio internacional, Lex mercatoria, Costume jurídico, Bitcoins, Blockchain

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article analyzes the growing relevance of the modern Lex Mercatoria as a kind of Legal Customs and as a set of rules that States and actors of International Trade progressively adopt seeking to regulate, foment and discipline the use of the technological structures of the Digital Economy such as virtual currencies, uberization and Blockchain. The theoretical approach covers the writings of Teuber, Michaels and Schwab and continues with an analysis of the species of legal customs, their reflections on the dynamicity of International Trade and the globalized challenges to the efficient regulation by States through Law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International trade, Lex mercatoria, Legal costume, Bitcoins, Blockchain

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela PUC-PR. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco - UPE e FDG - Faculdade de Direito de Garanhuns.

## 1 INTRODUÇÃO

A regulamentação do comércio internacional sempre se mostrou como atividade de extrema dificuldade dentro do Direito, pois, principalmente após o nascimento do Estado Moderno, as discussões sobre a formação de normas comerciais uniformes sempre esbarravam na soberania e, por decorrência, na diversidade de restrições e normas impostas por cada país à atividade empresarial, com grande restrição da autonomia da vontade.

No século XX, entretanto, houve a criação de um “conjunto de princípios de instituições e de regras com origem em diversos focos, e que se caracterizam por serem inspiradas e voltadas aos relacionamentos dos operadores do comércio internacional” (BAPTISTA, 2011, p. 63) que se convencionou denominar de *Lex Mercatoria*, em menção às antigas normas medievais que eram baseadas nos usos do comércio internacional.

A *Lex Mercatoria* na idade contemporânea deteria, assim, “princípios gerais do Direito em matéria obrigacional, similares na maior parte dos países, usos e costumes, cláusulas e contratos típicos do comércio internacional”, além de decisões arbitrais que lançam as bases interpretativas para os profissionais da área empresarial internacional (BAPTISTA, 2011, p. 63) e de entidades internacionais que trabalham na tentativa da elaboração de tratados e normas uniformes para estas relações, como é o caso da Unidroit .

Basso (2009, p. 93) ao tratar sobre a nova *Lex Mercatoria* expõe que:

[...] a complexidade da nova *Lex Mercatoria* determina a renovação da parte mais dinâmica e economicista do direito internacional privado, sobretudo em sua interface com o direito do comércio internacional. As soluções oferecidas pela nova *Lex Mercatoria* normalmente são reconhecidas e endossadas pelos ordenamentos estatais, o que ocorre justamente com a recepção de textos e documentos produzidos em organizações internacionais e tantas instituições de vocação internacional, consolidando a prática e as tendências de regulamentação de determinado setor do comércio internacional. Esse dado se constata tanto nas negociações de tratados e convenções entre Estados como na elaboração de leis-modelos, recomendações, diretrizes e guias de aplicação de princípios por organizações internacionais em matéria de contratos internacionais, pagamentos e transferências, operações de crédito, garantias bancárias, franchising, e comércio eletrônico, etc.

Com o reconhecimento desta nova formação comercial mundial, restou clara uma tentativa de redução dos poderes de controle dos países, uma vez que, para se manter dentro do Mercado Internacional, necessária seria a adesão às estes princípios e regras comerciais supranacionais, o que tem resultado num verdadeiro “desempoderamento” da soberania estatal nesta relação com a autonomia da vontade dos comerciantes. Entretanto houve problemas em

sua análise enquanto fonte do direito, existindo diversos doutrinadores a considerá-la apenas em seu um aspecto econômico (uma lei de economia), excluindo sua juridicidade.

No momento de transição em que nos encontramos, com a denominada Revolução 4.0 ou Quarta Revolução industrial, nasce novo momento para se estudar a *Lex Mercatoria*, pois diversos usos e costumes das estruturas tecnológicas têm afetado o Estado e o Direito Estatal de forma única, como são os casos dos fenômenos das Uberização e da formação dos novos sistemas de pagamento como o *Blockchain*.

Partindo disso, e seguindo a linha dos estudiosos que a descrevem como jurídica, importante é o seu enquadramento dentro das fontes do Direito, o que a aproximaria de um verdadeiro reconhecimento estatal, como uma fonte formal.

Pensando no sistema brasileiro e nas fontes reconhecidas pelo Estado, principalmente na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, reconhece-se que as bases da *Lex Mercatoria* a aproximam do formato do Costume Jurídico, instituto aplicável, com certa limitação, nos mais diversos ramos, principalmente do Direito Privado.

As características do Direito Consuetudinário estão voltadas à sua formação espontânea, a aceitação popular de sua validade e obrigatoriedade, após repetição quotidiana, mas sem a presença de uma norma escrita, exceto quando elas são compiladas.

O Costume Jurídico é aceito pelo direito brasileiro como fonte, constando textualmente na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileira, mas como elemento integrador do sistema, uma vez que o *Civil law* é baseado no primado da norma escrita estatal.

Assim, o presente artigo detém por base a avaliação das teorias modernas sobre a *Lex Mercatoria*, adicionando os efeitos das Quarta Revolução Industrial, e a avaliação do seu possível enquadramento enquanto Costume Jurídico, com o objetivo de buscar a juridicidade da norma consuetudinária internacional, fortalecendo a sua aplicação dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

## **2 DA LEX MERCATORIA**

A fundamentação do presente artigo baseia-se nos conceitos de *Lex Mercatoria* de Teubner (2002) e Michaels (2008), em sua visão conjunta, no momento que procura o enquadramento dele enquanto parte do Costume Jurídico, assim cada uma destas teorias será abordada nos tópicos que se seguem.

## 2.1 Da Teoria de *Lex Mercatoria* de Teubner

Nos seus artigos “A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional”<sup>1</sup> (1996) e “Quadros de ruptura: globalização econômica e o surgimento da *Lex mercatoria*”<sup>2</sup>(2002), Gunther Teubner faz interessantes análises sobre um modelo jurídico da *Lex Mercatoria*.

Num primeiro momento, baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e no Direito Vivo de Eugen Ehrlich (LEITE, 2015, p.78), Gunther Teubner (1998, p. 3) diz que:

O direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais. As globais villages de áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo, de Eugen Ehrlich, ressurgiu nos nossos tempos. Aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas nem as teorias institucionais do direito, mas tão somente uma teoria – renovada – do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito.

Partindo disso, deixa clara a sua visão de que o Direito, enquanto um dos diversos subsistemas sociais, detém abertura cognitiva com a Economia quando trata das questões voltadas à globalização, ao passo que demanda uma quebra com a visão das molduras de Kelsen e Hart (COSTA, 2011, p. 28).

Quando Teubner, em seu segundo artigo (2002), mostra a “ruptura de quadros” com a globalização no título do artigo, o rompimento com as teorias das molduras é indiscutível e, neste caso, o autor parte da decisão de uma Corte Arbitral que utiliza apenas a *Lex Mercatoria* para embasar a sua decisão e o trabalho da Suprema Corte francesa para a internalização da decisão em sua jurisdição.

Ao avaliar o mesmo artigo, Costa (2011, p. 69) demonstra que, além da Teoria dos Sistemas, o autor utiliza a Teoria dos Jogos de Kerchove & Ost ao lembrar que:

Para ele, assim como para qualquer outro mito acerca da criação das coisas, esses fundamentos míticos do Positivismo moderno não fazem nada além de esconder a circularidade básica do Direito. Nesse sentido o autor se utiliza da teoria desenvolvida por Kerchove & Ost, cuja visão é conhecida pela aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito e pelas influências da autopoiese de Niklas Luhmann”.

---

<sup>1</sup> Global Bukowina: legal pluralism in the world-society

<sup>2</sup> Breaking frames: economic globalization and the emergence of *Lex mercatoria*.

A partir deste ponto o autor (TEUBNER, 2002) faz os seguintes questionamentos: “(i) a *lex mercatoria* é um modelo aceitável de ordem jurídica?; (ii) Como identificar normas jurídicas válidas e aplicáveis na estrutura da *lex mercatoria*?; E (iii) qual a origem da *lex mercatoria*?” (LEITE, 2015, p. 78).

Como resposta aos questionamentos e baseado no conceito de “reentrada” da Teoria dos Sistema, Teubner (2002) afirma que, com o sistema globalizado, houve uma ruptura dos quadros que separavam o “Direito” do “Não-Direito” e que questões como a economia global e a formação de sistemas uniformes internacionais estariam fora do alcance dos antigos regimes jurídicos na estreita via do processo parlamentar, chegando-se a uma heterarquia da produção de normas periféricas, onde o contrato começa a ser visto com um conceito institucional e não individual. Nas palavras de Costa (2011, p. 77):

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

A teoria de Teubner não apenas apresenta uma nova visão sobre a *Lex Mercatoria*, como demonstra a sua evolução e necessidade a partir do sistema globalizado, onde o *contrat sans loi*<sup>3</sup> (GAILLARD, 1995) é substituído por uma visão do contrato como instituição do Direito.

## 2.2 Da Teoria de *Lex Mercatoria* de Michaels

Utilizando conceitos da teoria de Teubner, Ralph Michaels escreveu o artigo “A verdadeira *Lex Mercatoria*: Direito Privado Além do Estado”<sup>4-5</sup>(2008), onde, além de outros assuntos, expõe que a visão de um Direito Comercial Global não sobrevive sem a existência do ator “Estado”, onde ele diminui a importância da divisão “Direito Estatal” e “Direito a-Estatal”, demonstrando que este quadro de diferença foi importante para a formação das primeiras teorias modernas acerca da *Lex Mercatoria*, mas que hoje já se consegue entender este instituto detendo o ente estatal como um dos confirmadores do sistema.

---

<sup>3</sup> Tradução livre: Contrato sem lei.

<sup>4</sup> The True *Lex Mercatoria*: Private Law Beyond the State

<sup>5</sup> Este autor também escreveu o artigo “The Re- Statement of Non- State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism” (2005), onde também trata do assunto.

Tomazette (2012, pp. 110-111) ao tratar da relação entre a *Lex Mercatoria* e o Estado, baseado na teoria de Michaels (2008), demonstra o seguinte:

Alguns autores, porém, destacam que não há uma total ausência do Estado nessa disciplina. Para eles, haveria uma conjugação de regras e procedimentos decorrentes da atuação privada e da atuação estatal, que estão unidas pelo objetivo comum que seria a disciplina dos negócios internacionais.<sup>154</sup> Assim, não sealaria em um direito sem o Estado, mas além do Estado. De fato, não há como negar que os estados continuam participando também da produção normativa atinente aos negócios internacionais. Além do que os próprios estados ajudam no processo de internacionalização. Entretanto, é inegável que não há mais um protagonismo estatal de produção normativa, vale dizer, outros atores também participam dessa tarefa. Nessa abertura é que se insere a *Lex Mercatoria* que se mantém como um direito além do Estado.

Assim fica clara a participação do Estado na elaboração do Direito Global, entretanto, ao mesmo passo, ressalta-se a sua perda na primariedade enquanto centro da feitura das normas.

Costa (2011, p. 112) conclui esta questão da visão de Michaels (2008) da seguinte forma:

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

Assim, para Michaels (2008) a *Lex Mercatoria* seria uma Direito Global, onde há uma participação dos Estados e das Fontes não estatais de forma colaborativa, com todos os atores interagindo para que o sistema possa funcionar, enquanto um “Pós-Direito”.

### **2.3 A Quarta Revolução Industrial como parte de *Lex Mercatoria* Moderna**

Pois bem, a já exposta discussão entre a *Lex Mercatoria* e a regulamentação estatal do comércio internacional ganhou um novo capítulo quando o Fórum Econômico Mundial reconheceu a existência da Quarta Revolução Industrial<sup>6</sup> (SCHWAB, 2016).

---

<sup>6</sup> Fórum de Davos/2016. Relatório de Tecnologia da Informação.

A denominada Quarta Revolução Industrial é baseada no desenvolvimento do mundo virtual e da capacidade de agrupamento de pessoas à distância, mudando a forma com que o ser humano enxerga o mundo em sua volta, causando uma verdadeira fusão entre o digital, o físico e o biológico com uma velocidade, amplitude e profundidade nunca antes vistas (SCHWAB, 2016).

O novo cisma entre o comércio mundial e a regulamentação estatal ocorreu no momento em que o Fórum Econômico Mundial anteviu os efeitos econômicos de vários novos institutos, que já alteram e alterarão a própria noção de produto, de serviço e de troca, como são os casos da economia compartilhada e do Blockchain.

Quando se fala em economia compartilhada ou inovação disruptiva, observa-se a criação de verdadeiras nuvens de demandas e ofertas de serviços, ainda alheios (no Brasil e em muitos países) à regulamentação estatal, como são os casos do UBER e do AIRBNB, baseados no *crowdsourcing*<sup>7</sup> e que os teóricos denominam de uberização<sup>8</sup>.

A uberização cria, de forma virtual, um ambiente propício ao oferecimento de demandas e ofertas, normalmente a partir de aplicativos, onde as empresas transnacionais que oferecem o serviço de intermediação não mais carecem de instalações físicas ou mesmo de ativos, o que diminui seus custos dentro do conceito de nuvem, deslocando o contrato diretamente para o mercado de consumo com avaliação instantânea e retirando do Estado o controle das relações contratuais. Nas palavras de Abílio (apud MACHADO, 2017, p. 22):

O motorista se sabe permanentemente avaliado, é disto que depende seu acesso às “tarefas” oferecidas; o consumidor, ao mesmo tempo em que avalia, também se fia na avaliação da multidão de consumidores. Isto é muito interessante, porque a certificação sobre o trabalho sai da mão do Estado e de procedimentos publicamente estabelecidos e passa a se dar na relação entre gerenciamento da multidão de consumidores e o cultivo da força da marca.

Aqui fica claro o primeiro cisma que se propõe, ou seja, contratos internacionais (economia sob demanda) em elaboração e execução dentro do ordenamento interno dos países, nascidos de aplicativos que, muitas vezes, independem da presença material das empresas transnacionais nas nações, mas que desregulam a forma de contratação interna e os próprios sistemas regulamentados pelo Estado, escapando, por vezes não só do controle de suas normas de contratação internacional, como da tributação imposta pelo Estado em virtude do formato online da intermediação (SCHWAB, 2016, p. 76).

---

<sup>7</sup> Terceirização da colaboração do público em geral (SIEGEL, 2017, p. 156)

<sup>8</sup> SLEE, 2017; TEBUOL, PICARD, WARGNIER, 2015.



Apenas para sublinhar, a diferença da contratação sob demanda online dos contratos digitais internacionais já conhecidos é a não participação direta da empresa transnacional na sua relação com o consumidor, utiliza-se a nuvem para aproximar as pessoas, sem maior vinculação ou gasto por parte do intermediário estrangeiro.

Quando o assunto sai da economia compartilhada e passa ao *Blockchain*, nota-se uma verdadeira revolução na plataforma (meio) de contratação internacional e, por decorrência, da forma que se entende o comércio global.

De forma simples, Schwab (2016, p. 27) diz que o *Blockchain* é “um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos” criado em 2008 por um programador com o pseudônimo Satoshi Nakamoto. Esta visão pode ser complementada pela análise de Vilela (2016), ao demonstrar que:

Um Blockchain pode ser entendido como uma base de dados distribuída, peer-to-peer (não tem um nó central), que só aceita operações append (inserção no final) de blocos (daí o nome Blockchain) de informações criptografadas de transações, sendo que cada bloco contém também um hash (operação sobre um conjunto de dados que retorna um valor conciso) do bloco anterior, e que cada operação de append só é confirmada após o consenso entre determinados nós participantes.

Por mais que se vincule o *Blockchain* à sistemática Bitcoin<sup>9</sup>, uma vez que nasceu como um programa para a criação de uma moeda virtual, esta é apenas uma visão reducionista, já que, enquanto meio de contratação e pagamentos globais, o *Blockchain* tende a substituir as plataformas tradicionais pela sua segurança<sup>10</sup>, simplicidade e desconcentração, convolvendo-se em verdadeira mudança de paradigma para o Comércio Internacional.

O mercado já está em passos largos aderindo à nova tecnologia<sup>11-12</sup> e estima-se que até 2025 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) mundial esteja armazenado em tecnologia *Blockchain* e que, no mesmo período, ocorra a primeira arrecadação de impostos com a utilização da plataforma (SCHWAB, 2016, pp. 145-148).

---

<sup>9</sup> O Bitcoin foi criado pelo programador não identificado conhecido apenas pelo nome Satoshi Nakamoto como uma verdadeira moeda virtual e como uma solução aos sistemas de pagamento, baseados no primeiro nó do livro-razão virtual denominado Blockchain em 2008 (ULRICH, 2014, p. 17-22).

<sup>10</sup> Apenas para se ter ideia, a Receita Federal Brasileira para controle do programa CNPJ/CPF usa 02 (dois) dígitos verificadores, enquanto o sistema Blockchain utiliza 77 (setenta e sete) dígitos para a verificação das operações.

<sup>11</sup> Maior Exchange do Japão Lança Cartão Pré-Pago Visa de Bitcoin (GUIADOBITCOIN, 2016).

<sup>12</sup> Banco Bradesco se une a consórcio R3 e vai fazer uso da tecnologia Blockchain (GUIADOBITCOIN, 2016).

Os Estados, por sua vez, também estão implantando esse novo meio, como é o caso da Estônia (SCHWAB, 2016, p. 148), onde foi lançado o *Estcoin*, uma moeda para captação de investimentos no país e com tendência a se transformar em plataforma de fornecimento de contratos inteligentes, serviços cartorários e pagamento a empresas. Na Suécia (LAGO, 2017), Honduras (COLLINDRES; REGAN; PENA, 2017) e Geórgia (SPIELMAN, 2016) há utilização do Blockchain para o controle de registro de títulos de terras.

No Brasil ainda não se tem uma adesão estatal ou mesmo uma regulação sobre o *Blockchain* ou sobre o *Bitcoin*, exceto o Comunicado nº 25.306/2014 do Banco Central do Brasil, onde se deixa claro que o *Bitcoin* é uma moeda virtual não aceita como meio de pagamento “e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais” (BRASIL, 2014). Menciona-se ainda o PL 2303/2015 que está em tramitação acerca do assunto.

### 3 DO COSTUME JURÍDICO

O Costume jurídico, dentro dos sistemas de *Civil law* tende a ser utilizado como fonte formal complementar, uma vez que a lei é a fonte por natureza dos sistemas codificados, restando sua utilização apenas para momentos em que a espécie legal não se apresenta viável ao caso.

Sidou (2001) destacando a relação entre o direito estatal e o consuetudinário demonstra o seguinte:

No concerto da ordem jurídica, lei e costume sinonimizam, porém divergem quando se cuida exclusivamente de direito legal. Neste, por ser atividade exclusiva do Estado, o costume não se integra, embora com a lei coexista, tanto que, nas regras de interpretação jurídica, é chamado para suprir a lei omissa em qualquer grau hierárquico (SIDOU, 2001, p. 87).

E arremata com um conceito: “Direito costumeiro, ou consuetudinário, é o conjunto de preceitos não escritos, formados instintivamente por um grupo social e cuja obediência faz-se obrigatória para todos os indivíduos daquele grupo” (SIDOU, 2001, p. 87).

Por sua vez, Bobbio (1995) expõe que:

Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo costume. Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhida num segundo momento como normas jurídicas. (BOBBIO, 1995, p. 164)

E o mesmo Bobbio (1995) continua, ao avaliar o Direito Consuetudinário em sua aplicação social:

O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é uma fonte ativa de direito (BOBBIO, 1995, p. 120).

Gomes (2001), por outro lado, demonstra certa revolta com a necessidade do Estado em normatizar e transmudar a norma costumeira em norma escrita, pois considera que há exagero na necessidade de monopólio estatal na produção das normas ao passo que considera a norma costumeira adequada e viável por si só:

A tese da confirmação legislativa é inadmissível na sua fundamentação e em suas conseqüências, não passando de intolerável exageração do papel do legislador para lhe reservar o monopólio da produção normativa, que eliminaria o costume como fonte formal do direito (GOMES, 2001, p. 43).

A observação de que o Direito Consuetudinário detém grande importância no Ordenamento, uma vez que é uma norma jurídica gerada da vontade e dos costumes da população, fez Hart (2009) escrever que:

Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos foram tratadas como já pertencentes ao direito. E isto porque representam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela, como, por exemplo, a comunidade empresarial (HART, 2009, p. 57).

Neste contexto, resta clara que a formação da fonte costumeira é capaz de criar norma jurídica independente do Estado, entretanto que a sua validade dentro dos sistemas jurídicos de *Civil Law* depende da efetiva adequação e aceitação por parte do Estado, o que demonstra certo receio na mudança da norma a partir do contexto social, ou seja, chega-se à conclusão, contrariando Reale (2001), que, na busca pela estabilidade, a norma tenta determinar o valor social e não o contrário. Este é o caso do Ordenamento brasileiro.

Importante tratar neste momento das relações das normas costumeiras em complemento ou conflito com a norma estatal escrita, ou seja, a existência e costumes jurídicos *secundum legem, praeter legem e contra legem*.

### **3.1 Do Costume Secundum Legem**

O Costume *secundum legem* estaria voltado aquele em que a norma advinda da sociedade está de acordo com a norma legislada, não havendo qualquer conflito, “seria para alguns o costume já transformado em lei, ou por ela aproveitado, de que esta não se cria do nada” (SIDOU, 2001, p. 93). Importante mencionar que o autor citado, em seu artigo, conclui pela inexistência deste costume.

Para Tércio Sampaio Ferraz o costume *secundum legem* são “aqueles que estão em perfeita concordância com o texto legal. Vale dizer, são os costumes que ratificam o valor da lei enquanto instrumento normativo principal” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 209).

Assim, pode-se chegar à conclusão que o *costume secundum legem* nada mais é que a afirmação da norma em relação a uma prática social repetida que ganhou juridicidade, ou seja, uma estatização dos usos e costumes sociais.

### **3.2 Do Costume Praeter Legem**

Na mesma linha, a versão *praeter legem* do direito costumeiro segue no sentido de complementariedade da lei, ou seja, como forma de integração interpretativa da norma escrita ou de aplicação direta quando da sua inexistência. É, “de fato, a única modalidade de costume aceita pela generalidade das legislações que ao direito consuetudinário rendem apreço como fonte jurígena” (SIDOU, 2001, p. 96).

Quando se cuida deste uso jurígeno complementar, na verdade se está diante de ausência de regulamentação da norma estatal, restando como forma de decisão ao caso apelar à forma como aquele ato é interpretado nos usos contínuos regionais ou mundiais.

A complementariedade sempre ocorre em vazios normativos advindos da evolução social e da impossibilidade material do legislador prever aquele ato diretamente, uma vez que nunca aconteceu.

Então, observa-se o Costume Jurídico *praeter legem* como meio complementar do direito estatal, que tem sua utilização concebida em momentos de vazio legal, sempre com função supletiva das lacunas, mantendo, assim, o sistema auto integrativo.

### 3.3 Do Costume *Contra Legem*

Por fim, trata-se do Costume *Contra Legem*, ou seja, a norma não escrita e não estatal contrária à norma escrita vigente, onde se poderia tratar de ab-rogação da lei pelo Costume, ou seja, da retirada de norma escrita do ordenamento a partir de usos e costumes de natureza jurídica.

Neste caso, elaborando um pensamento direto e legalista, ter-se-ia por inviável a possibilidade, uma vez que há primado da norma escrita e que a questão da eficácia da norma seria uma questão para estudos de sociologia jurídica, “sem embargo, há no mundo hodierno uma corrente de juristas propensos a admitir a consuetudo ab-rogatória, assentando sua tese na vontade do Estado, como principal velador da lei, em renunciar tacitamente ao seu cumprimento” (SIDOU, 2001, p. 95).

Serpa Lopes (1959) assim definiu essa espécie de Direito Consuetudinário:

Uma lei pode impor tudo menos a sua irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos, e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que, excepcionalmente, pode-se converter num mero artifício, respeitada, à semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter a tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência (LOPES, 1959, p. 80).

Assim, chega-se a visão de que a aceitação do Costume *contra legem* está mais adstrita a uma versão de Direito onde não se cultua de forma definitiva a lei como regra de controle coercitivo social, o que, por muitas vezes, compõe-se de uma realidade fática não acompanhada pela legislação formal, mas imposta no dia a dia das pessoas que participam daquele grupo social.

Na verdade, apesar de tanta produção legislativa, parece que o direito positivo foi esgotando, neste começo de século, sua função regulamentar, sem ter produzido a paz e o bem-estar entre os homens. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do nosso tempo, pois os problemas são complexos e globais, exigindo que seja ultrapassada a mera racionalidade lógico-formal, que vem caracterizando o direito posto objetivamente. Com certeza, o ser humano também tem um inconsciente, desejos subjetivos e emoções que não se reduzem à pura racionalidade. Assim, se a lei, de um lado, reduz a complexidade, através da regulamentação, de outro se torna simplista, mutilando a realidade, sempre mais ampla do que a lei (BUIIONI, 2006, p. 109).

O Costume *contra legem* se configura como a realidade dos fatos se opondo à legislação imposta pelo Estado.

Importante notar que as principais correntes doutrinárias brasileiras seguem a linha da impossibilidade do Costume *Contra Legem*, partindo do primado da lei escrita e legislada dentro do sistema Românico-Germânico adotado pelo Brasil, afastando assim a sua aplicação como fonte primária, quando da existência de lei escrita.

#### **4 DA SUBSUNÇÃO DA *LEX MERCATORIA* AO COSTUME JURÍDICO**

Nos tópicos anteriores buscou-se chegar a conceitos do que se poderia considerar *Lex Mercatoria* e de Costume Jurídico, além de demonstrar sua forma de avaliação no Brasil, seguindo a linha de busca de subsunção destes conceitos e a busca da juridicidade da lei uniforme do comércio internacional.

Quando se trata de subsunção, na verdade se está tentando enquadrar um fato a uma norma, numa visão quase que matemática (silogística). Atienza (2006, p. 129) trata da subsunção ao dizer que: “uma série de normas, ou uma norma, é coerente se pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que configurem – quando tomados conjuntamente – uma forma de vida satisfatória”.

Assim, quando se trata de subsunção, tenta-se um enquadramento entre conceito e fato, onde, no presente texto, tenta-se subsumir um grupo de operações de fato (*Lex Mercatoria*) a um conceito de fonte do direito (Costume Jurídico).

Para a operação, levar-se-á o conceito de *Lex Mercatoria* como um conjunto de normas comerciais transnacionais, circulares e colaborativas, onde os organismos internacionais, os Tribunais Arbitrais, os operadores do Comércio e até os Estados agiriam na sua formação e internalização (COSTA, 2011, p. 111-112).

Por outro lado, para a base da análise, considerar-se-á como Costume Jurídico “o conjunto de preceitos não escritos, formados instintivamente por um grupo social e cuja obediência faz-se obrigatória para todos os indivíduos daquele grupo” (SIDOU, 2001, p. 87).

Ora, em análise dentro do método da subsunção, fica claro que o conceito mais amplo (Costume Jurídico), engloba as normas advindas da *Lex Mercatoria*, uma vez que, nascidas da praxe comercial, são consideradas válidas e obrigatórias por um grupo social transnacional.

Ocorre, contudo, que há um movimento mundial, como descrito no tópico sobre a *Lex Mercatoria*, da transformação das normas de experiência comercial pelos Estados, seja via

Tratados Internacionais, seja por norma interna direta, o que termina por afastar estas normas do costume ou, ao menos, aproximá-lo do conceito de *Costume Secundum Legem*.

Importante mencionar neste momento que, aplicada a juridicidade ao conceito de *Lex Mercatoria* em sua adequação ao conceito de Costume Jurídico, nasce a possibilidade análise da formação de *Costumes Contra Legem* no caso das novas plataformas (Quarta Revolução Industrial, nas palavras de SCHWAB (2016)), pois, com as tecnologias disruptivas, está ocorrendo verdadeira desregulamentação estatal, o que nos aproximará do conceito de *ab-rogação da lei pelo Costume*, pois, com a uberização, diversos setores da economia têm se tornado desregulamentados, como a hotelaria, o setor de comunicações e transporte e, com o *Blockchain*, o próprio sistema de moedas e de pagamentos tem se tornado privado e afastado da estrutura estatal.

Num momento como estes, seria leviano afirmar que o *Costume Internacional Contra Legem* advindo da revolução das estruturas efetivamente está ocorrendo, entretanto, enquanto hipótese de pesquisa, a sua presença se mostra bastante forte.

Do exposto, resta clara a plena possibilidade de subsunção dos conceitos propostos aos fatos formativos da *Lex Mercatoria*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto tratou da possibilidade de subsunção da *praxe* da moderna *Lex Mercatoria* como um Costume Jurídico, buscando a sua juridicidade com o objetivo de aumentar a sua força no mundo, rechaçando, assim, sua visão meramente econômica.

Para tentar responder a hipótese foram pesquisadas algumas teses sobre a moderna lei dos comerciantes, onde, a partir das teorias de Michaels (2008) e Teubner (1998; 2002), chegou-se a visão de que a *Lex Mercatoria* seria um conjunto de normas comerciais transnacionais, circulares e colaborativas, onde os organismos internacionais, os Tribunais Arbitrais, os operadores do Comércio e até os Estados agiriam na sua formação e internalização (COSTA, 2011, p. 111-112).

Neste momento, partiu-se para a Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016) como fato relevante dentro da formação e atualização desta nova lei do comércio internacional.

A partir disso, decidiu-se tratar da questão do Costume Jurídico, buscando um conceito onde se pudesse enquadrar a situação de fato do conceito do parágrafo anterior, momento em que se abordou a teoria de Sidou (2001) e se adotou que o Direito Consuetudinário seria “o conjunto de preceitos não escritos, formados instintivamente por um grupo social e cuja

obediência faz-se obrigatória para todos os indivíduos daquele grupo” (SIDOU, 2001, p. 87). Da análise, trabalhou-se os costumes *secundum legem, praeter legem e contra legem*, inclusive demonstrando a inexistência do primeiro e do último para parte da doutrina.

Assim, restou fazer a análise a partir da subsunção em sua visão dada por Atienza (2006, p. 129), já que, para ele, este método ocorre quando há a adequação de um fato/norma por princípios/valores, o que estaria na linha da adequação *Lex Mercatoria/Costume jurídico*.

Concluiu-se, a partir deste ponto, que a *Lex Mercatoria* moderna está subsumida à fonte do Direito denominada Direito Consuetudinário, principalmente em sua visão complementar (vácuo legislativo), mas que seria importante tratar num momento futuro da sua visão dentro das novas tecnologias (economia disruptiva), pois tais plataformas têm desregulamentado relações jurídicas já positivadas, o que poderia se aproximar do conceito de “ab-rogação da lei pelo Costume”, ou seja, um costume *contra legem*.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica** – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros (trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BUITONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação**. *Revista do Advogado, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo* – Setembro/2006 - n° 87 – p. 109.

COLLINDRES, Jorge Constantino; REGAN, Matt; PANTING, Guillermo Pena. **Using Blockchain to Secure Honduran Land Titles**. Disponível em <[https://s3.amazonaws.com/ipri2016/casestudy\\_collindres.pdf](https://s3.amazonaws.com/ipri2016/casestudy_collindres.pdf)> Acesso em: 11 nov. 2017.

COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira lex mercatoria: o direito além do estado: um estudo sobre as antigas e novas teorias da lex mercatória**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife: o autor, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.



GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Forense, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAGO, Lucas. **Blockchain: confiança através de algoritmos**. CEST USP. v. 2, n. 4, Out/2017. Disponível em: [http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2017/10/V2N4\\_Blockchain-ptBR.pdf](http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2017/10/V2N4_Blockchain-ptBR.pdf) . Acesso em: 11 nov. 2017.

LEITE, Guilherme Cardoso. **Lex mercatoria, arbitragem internacional e democracia: reflexões acerca da utilização dos usos do comércio transnacional enquanto fundamento válido e democrático para a resolução de conflitos por meio da arbitragem internacional**. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, pp. 77-88, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3492>. Acesso em: 21 jul. 2018.

LOPES, Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1959.

MACHADO, Ricardo. **Uberização traz ao debate a relação entre precarização do trabalho e tecnologia**. Revista do instituto humanitas Unisinos - IHU online. n. 503, ano XVII, 24/04/2017, pp. 20-27.

MICHAELS, Ralf. **The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State**. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 14, n.2, 2007, pp. 447-468.

\_\_\_\_\_. The Re- Statement of Non- State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism. *The Wayne Law Review*. Vol. 51, 2005, pp. 1209-1259.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2001.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SIDOU, Othon J.M. **Direito Instintivo – o costume**. *Revista da Academia Brasileira de Letras jurídicas*. Edição 30. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista30/revista30%20J.M.%20OTHON%20SIDOU%20-%20Direito%20instintivo%20-%20O%20costume.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2018.

SPIELMAN, Avi. **Blockchain: Digitally Rebuilding the Real Estate Industry**. Dissertação (Master of Science) Massachusetts Institute of Technology. Setembro/2016.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2013. Disponível em:

<http://biblat.unam.mx/pt/revista/impulso-piracicaba/articulo/a-bukowina-global-sobre-a-emergencia-de-um-pluralismo-juridico-transnacional> . Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. *Breaking frames: economic globalization and the emergence of Lex mercatoria*. *European Journal of Social teory*, Liverpool, v. 5, n. 2, p. 199-217. May, 2002. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=893143](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893143). Acesso em: 21 jul. 2018.

VILELA, Agostinho. Blockchain. **A internet dos negócios**. Acesso em: 28 abr 2016.  
Disponível em:  
<https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/tlcbr/entry/mp259?lang=en>. Acesso em: 11 nov. 2017 .