XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

ANTÔNIO DE MOURA BORGES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772
Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Antônio de Moura Borges, Fabricio Bertini Pasquot Polido – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-207-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Transformações na ordem social. 3. Transformações na ordem econômica. 4. Regulação. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

No dia 7 de julho de 2016, por ocasião do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade de Brasília- UnB, estiveram reunidos os participantes do Grupo de Trabalho "Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação", sob a coordenação dos Professores Dr. Antônio de Moura Borges (UnB) e Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido. Em momento extremamente oportuno para um repensar crítico das questões interdisciplinares de pesquisa envolvendo direito econômico, direito financeiro, direito constitucional e teoria da regulação, os trabalhos foram conduzidos de modo a oferecer a todos perspectiva sistemática sobre os seguintes eixos principais:

i) macroestrutura da regulação normativa envolvendo as ordens econômica e social, com interfaces constitucionais e globais;

ii) regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços;

iii) ordem tributária, financeira e política fiscal; e

iv) ordem social, educação, ciência e tecnologia.

Os artigos submetidos, desse modo, representaram a possibilidade de discussão mais aprofundada sobre temas nestes eixos principais, que ora são introduzidos aos leitores. No primeiro bloco, o artigo "A RECONFIGURAÇÃO DO PODER NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS", de Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera Carvalho Salles, analisa o exercício do poder pelos atores estatais e não estatais na sociedade globalizada, tendo como referencial a emergência do projeto filosófico da modernidade e suas premissas teóricas, passando pela globalização como fenômeno histórico e suas principais características e a centralidade do Estado e concorrência de atores não-estatais no quadro das "governanças sem governo", que estruturam, segundo os autores, uma forma de "novo medievalismo" global. No artigo "LEX MERCATÓRIA: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL?", Fabiano Derussi discorre sobre os problemas conceituais da Lex Mercatória como espécie de pluralismo jurídico e de expressão do poder, vislumbrando ali uma vertente de poder conflitual e consensual ante a ordem jurídica estatal. Na sequência,

Taísa Regina Rodrigues e Higor da Silva Biana, em “A REGULAÇÃO DO MERCADO À LUZ DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, oferecem uma reflexão sobre os conceitos da Teoria de Justiça de John Rawls e expõem a concepção do mercado como um “fenômeno poliédrico”, determinante para a compreensão de como a regulação do mercado constitui um (ou o) dos principais instrumentos de atuação do Estado na concretização dos objetivos de um projeto de sociedade capitalista. No artigo “A LIBERDADE ECONÔMICA E AS EXTERNALIDADES DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: O TEUTO, OS STAKEHOLDERS, A DIGNIDADE HUMANA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, Edison Miguel Rodrigues examina o contexto do negócio de alienação do Laboratório Teuto para a Pfizer e o artificialismo resultante dos números de Ebtida sobre o aumento da produção e consequente redução da qualidade dos medicamento. Nesse sentido, o autor sustenta de que forma a liberdade econômica pode ser colidente com com preocupações de proteção da dignidade humana e do interesse da coletividade (stakeholders) para viabilizar investimentos nas áreas de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, por meio de políticas públicas. Giovani Clark e Maria Jocelia Nogueira Lima apresentam importante estudo crítico intitulado “PBH ATIVOS S.A.: UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ÀS AVESSAS?”, refletindo os excessos e inconsistências da constituição de empresas controladas pela Administração Pública direta, sob a forma de sociedade anônima, em vários entes federados (São Paulo, Minas Gerais, Município de Belo Horizonte), com o objetivo de realização de operações de cessão de direitos creditórios de natureza tributária ou não tributária, tendo como referencial o caso da “PBH Ativos S.A.” em Belo Horizonte, Minas Gerais. No trabalho “CORRUPÇÃO POLÍTICA E CRIMES ECONÔMICOS E A CONSEQUENTE INEFICIÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, Abimael Ortiz Barros e Fernando Gustavo Knoerr abrem espaço para a discussão sobre a criminalidade econômica, especificamente sobre os efeitos dos crimes econômicos e da corrupção na sociedade e Estado Democrático de Direito, buscando analisar se políticas estatais têm capturado a realidade examinada. Em instigante estudo de Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro, intitulado “A REGULAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE: NORMAS PROMOCIONAIS DE ACESSO E PERMANÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO MERCADO”, são oferecidos aportes teóricos a sustentar os mecanismos de intervenção do Estado na atividade econômica sob fundamentos e políticas promocionais, capazes de induzir ambientes de estímulo a micro e pequenos empresários, em suas iniciativas de ingresso e manutenção nos mercados. Entre os argumentos, encontram-se o de regularização dos ativos e redução da informalidade, a propósito de medidas adotadas pela Lei Complementar 123/2006, que originou um sistema federativo para inclusão e fomento de micro e pequenos empreendimentos.

No segundo eixo temático dedicado à questões sobre regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços, Gabriel Fliege de Lucena Stuckert, em seu artigo “A REGULAÇÃO À LUZ DO STF”, examina, a partir de pesquisa jurisprudencial associada às orientações do Supremo Tribunal Federal, as possíveis variáveis de análise do tema da regulação segundo a perspectiva dos tribunais brasileiros. O autor concentra sua análise m marcos conceituais sobre a teoria da regulação, os contextos de destaque do tema no Brasil, particularmente durante o processo de privatização e de criação de agências reguladoras no final da década de 1990 e anos 2000. No trabalho “ASPECTOS REGULATÓRIOS DO SETOR ELÉTRICO E OS IMPACTOS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO”, Daniel Monteiro sustenta a necessidade de análise dos aspectos regulatórios e dos impactos resultantes da implantação de sistemas de transmissão de energia elétrica, passando pelas estruturas e equipamentos destinados à prestação do serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica, além de constrições públicas relacionadas, como limitações no uso das propriedades e incidência de normas ambientais. Na sequência, no artigo “A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DA ANEEL: LIMITES DE ATUAÇÃO SOB A ÓTICA DO CASO DA RESOLUÇÃO 500/2012”, Larissa Urruth Pereira e Luciana Oliveira de Campos discutem os desdobramentos da Reforma do Estado, na década de 1990, quanto à adoção do modelo regulatório resultante para a gestão e normalização do setor elétrico brasileiro, estruturado, fundamentalmente, sob autarquias em regime especial, com competências normativas e técnicas sobre mercados ‘desestatizados’. Como proposta de estudo, as autoras voltam-se para a Resolução n. 500 /2012 da ANEEL, que estabelece os procedimentos para reembolso do custo de combustíveis de empreendimento que utilize carvão mineral nacional. No trabalho “A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ANATEL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO”, Gustavo Brasil Romão e Silva sustenta a demanda de maior atuação de órgãos públicos na tarefa de assegurar melhor prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil, e que seria de competência da ANATEL não apenas o poder de polícia e fiscalização das empresas concessionárias de serviço público de telecomunicações, mas também o poder regulatório estrito, com o que tanto práticas regulares quanto distorcidas deveriam estar sob o controle externo da agência pelo Tribunal de Contas da União. Rayana Pereira Sotão Arraes e Felipe Costa Camarão, no trabalho “PARA QUEM O MERCADO DEVE FUNCIONAR? UMA ANÁLISE DO CASO UBER NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”, debatem a polêmica quanto à necessidade de regulamentação da atividade de transporte individual de passageiros nos serviços oferecidos mundialmente pelo aplicativo Uber, refletindo sobre questões relativas à natureza do serviço, como objetivos de proteção dos consumidores. As autoras posicionam o leitor sobre a perspectiva de (i) legitimidade do cerceamento da liberdade de iniciativa da empresa, em defesa do serviço não regulado. Sobre esse mesmo tema, no artigo “O IMPACTO DA INOVAÇÃO

TECNOLÓGICA NO MERCADO REGULADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL", Marcelo Simões dos Reis analisa o contexto de entrada de diversos aplicativos de smartphone que conectam motoristas e usuários no mercado de transporte individual, observando a redução dos custos de transação no setor. Chama a atenção para o fato de que a popularização do Uber tem demonstrado como a tecnologia móvel veio desafiando e ameaçando o modelo tradicional. Em "UMA PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS", Bruno Henrique Taveira examina o surgimento e normas relativas às incorporações imobiliárias, concentrando-se na origem do instituto, na análise de sua disciplina legislativa no Brasil, com propostas de criação de uma autarquia ou agência reguladora federal para fiscalizar as incorporações imobiliárias no Brasil.

No terceiro eixo temático "ordem tributária, financeira e política fiscal", Fernanda Adams e Rafael Lima Torres oferecem seu artigo "A ANÁLISE DA POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DAS SOLUÇÕES KEYNESIANAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA CAPITALISTA". O trabalho busca demonstrar de que forma o pensamento keynesiano sobre políticas fiscais e suas soluções, no campo fiscal, são base para repensar o reequilíbrio econômico e diminuição dos efeitos da recessão, tendo em mente a proposta de análise sobre a realidade brasileira e os ajustes fiscais propostos pelo governo, para ao final concluirmos se as medidas propostas convergem com as soluções apresentadas por Keynes e se poderão atuar como anticíclicas, reequilibrando o sistema econômico. Em seguida, em "TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL E INCLUSÃO SOCIAL PELA EDUCAÇÃO: A SUBVENÇÃO EDUCACIONAL PREFERENCIAL DO CHILE", André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares observam a necessidade de uma tributação que atenda às necessidades do Estado Democrático de Direito, um Estado Extrafiscal, concebido sob uma perspectiva não puramente arrecadatória, mas que destine tributos como meio para consecução da justiça fiscal e distributiva. Em "O RECONHECIMENTO DO REGIME DE COMPETÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ACORDO COM AS NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE", Jeanne Marguerite Molina Moreira e Allyne Marie Molina Moreira debates os rumos da disciplina da Contabilidade Pública e das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, transformadas segundo internacionais. O estudo objetivou analisar a relevância da adoção do regime de competência para o reconhecimento dos créditos tributários na Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Por fim, os trabalhos conduziram ao último eixo "ordem social, educação, ciência e tecnologia", com importantes aportes dos participantes do GT. Em seu artigo "A AGENDA DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 13.019/2014", Verissimo Nascimento Ramos Dos Santos buscou

demonstrar as principais mudanças introduzidas pela Lei nº. 13.019/2014 e pela Lei n. 13.204 /2015, que instituíram o marco regulatório das organizações da sociedade civil. Segundo o autor, o processo de regulação que vinha historicamente esquecido, toma novos rumos a partir da edição da nova lei, com novos instrumentos jurídicos voltados para a contratualização com o Estado, em homenagem à segurança jurídica. Em "A "INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO" E SEUS LIMITES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.923/DF", Alessandra Matos de Araujo sustenta o objetivo de garantia da supremacia da Constituição pelo controle de constitucionalidade das leis, examinando o caso da ADI n. 1.923/DF no exame da Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, no domínio das Organizações Sociais e prestação de determinados serviços públicos. Bárbara Dias Cabral oferece o artigo intitulado "O EXERCÍCIO DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE MANAUS", de modo a explorar a legislação e programas governamentais vigentes referentes à alimentação escolar no município de Manaus e empreender uma resposta ao questionamento sobre os instrumentos de observância e respeito ao direito social à alimentação escolar no município de Manaus. Em "TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO", Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes e Danúbia Patrícia De Paiva discutem a necessidade de transformação da ordem social para adequação da administração pública aos parâmetros do Estado Gerencial com fundamento nas teorias sobre o "novo" Centro do Direito Administrativo, e a consecução da eficiência na prestação positiva do direito à saúde.

Prof. Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG)

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (UCB)

LEX MERCATÓRIA: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL?

LEX MERCATORIA: CONFLICTUAL POWER OR POWER CONSENSUS WITH STATE LAWS?

Fabiano Derussi

Resumo

Este trabalho explora a Lex Mercatória enquanto uma forma de pluralismo jurídico, bem como de poder. Inicialmente aborda-se da antiga à nova Lex Mercatória. Posteriormente, é analisada como poder conflitual ou consensual ante a ordem jurídica estatal, chegando-se ao objetivo de entender que forma de poder ela se caracteriza. Por meio do método de pesquisa bibliográfico chegou-se à conclusão de que a forma de poder que a Lex Mercatória assume, depende das particularidades de cada Estado e se dá de forma preponderantemente conflitual ou preponderantemente consensual, não existindo uma forma pura de poder.

Palavras-chave: Lex mercatória, Pluralismo jurídico, Poder

Abstract/Resumen/Résumé

This paper explores the Lex Mercatoria as a form of legal pluralism and power. Initially it addresses from the old to the new Lex Mercatoria. Subsequently, it is analyzed as conflictual or consensual power before the state law, reaching the goal of understanding how power it is characterized. Through bibliographical research method came to the conclusion that the form of power that Lex Mercatoria takes depends on the particularities of each country and gives predominantly conflictual way or predominantly consensual and there is not pure form of power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lex mercatoria, Legal pluralism, Power

1 INTRODUÇÃO.

O estudo que se apresenta traz uma discussão sobre o poder exercido pelos atores internacionais privados por meio da *Lex Mercatória* quando comparado com o poder estatal na produção normativa do Direito Econômico Internacional, com enfoque na classificação do poder conflitual e consensual.

Inicialmente, aborda-se a antiga *Lex Mercatória* desde as suas origens, fazendo-se um resgate histórico dos seus primórdios na civilização antiga, posteriormente adentrando-se à Idade Média, berço no qual se desenvolveu mais intensamente, indo até o surgimento do Estado Moderno, momento em que desaparece.

Posteriormente, é tratado do fenômeno da globalização do comércio e do capital, objetivando entender o fenômeno que propiciou o ressurgimento de um direito paraestatal o qual foi denominado de nova *Lex Mercatória*, já que as fronteiras dos estados estão cada vez mais esburacadas em razão da limitação do alcance de seu direito positivo tradicional.

Em seguida, fala-se sobre o pluralismo jurídico e suas facetas, já que este enfraquecimento dos estados acaba por permitir que tais ordenamentos paralelos surjam, bem como o próprio Estado é levado ao reconhecimento de alguns deles, seja de forma consensual ou não.

Por fim, a discussão gira em torno de qual categoria de poder a *Lex Mercatória* se enquadraria frente ao ordenamento estatal: Poder consensual ou poder conflitual? Assim, o problema de pesquisa proposto reside em saber quando a *Lex Mercatória* é um poder consensual e quando é um poder conflitual com a ordem jurídica estatal em geral.

Justifica-se o presente enfrentamento para fins metodológicos, na compreensão da posição que a *Lex Mercatória* ocupa em relação ao ordenamento estatal; para a melhor compreensão do fenômeno contemporâneo do pluralismo jurídico; de como se dá o entrosamento entre o poder dos diversos ordenamentos jurídicos e como o conflito pode ser afastado pelas partes.

O método investigativo foi o bibliográfico, com coleta de informações em obras doutrinárias e artigos científicos. O tipo da pesquisa e a básica, pois visa a produzir novos conhecimentos, sem uma aplicabilidade imediata prevista, mas, também, será do tipo qualitativa, comprometida apenas em explicar fenômenos jurídicos que ocorrem no mundo do comércio internacional.

2 *LEX MERCATÓRIA*: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL.

2.1 *LEX MERCATÓRIA* E SUAS ORIGENS.

Desde que o homem passou a viver em sociedade, os contratos passaram a existir. Logicamente não da forma que se apresentam atualmente, mas o consenso entre duas pessoas para o alcance de um objetivo comum, apresenta o núcleo do conceito de negócio jurídico encampado pelas modernas teorias civilistas.

O ponto interessante é que na antiguidade os contratos inicialmente ganhavam contornos locais, na própria aldeia ou comunidade. Mas, nas civilizações próximas a rios navegáveis, o homem desenvolvendo suas técnicas de navegação começa a comerciar com outras comunidades, incrementando assim a economia local com produtos de outras regiões.

A sistemática é a mesma da troca, contudo, agora as necessidades são supridas com bens de outras civilizações os quais por questões geográficas ou técnicas, não conseguem ser supridas pela produção local.

Strenger (1996) relata algumas civilizações antigas que comerciavam internacionalmente e que possuíam normatização para tais empreitadas. Os fenícios destacaram-se à sua época justamente por serem os percussores da navegação. Já naquela época aquela civilização desenvolveu o que se chamou de *Lex Rhodia de jactu*, regulando na alta antiguidade diversas questões ligadas ao comércio internacional, especialmente os contratos.

Na Grécia Antiga e Roma também já existia comércio internacional, embora ainda não recebesse esta denominação. Estas civilizações dominavam as águas do Mar Mediterrâneo com suas expedições marítimas e assim acabavam estabelecendo relações externas aos seus domínios, consequentemente, faziam contato com culturas diferentes das quais estavam habituados.

A civilização helenística foi tão avançada que segundo Strenger (1996) pode ser comparada com as revoluções comerciais e industriais da era moderna. Dentre as várias causas apontadas, estavam as conquistas alexandrinas que propiciaram uma área de comércio que ia do Rio Nilo à Índia; Com a abertura comercial, houve elevada entrada de ouro e prata do Império Romano, criando-se assim uma cadeia de investimentos e também de especulação;

E por fim, os governos da época passaram a incentivar o comércio e a produção, com o fito de incrementar suas receitas.

Todos estes fatores reunidos acabaram por acarretar uma série de consequências de cunho jurídico, especialmente em matéria de regulação do capital e do comércio, sendo que os governos tornaram-se um verdadeiro capitalista e também empresário. Já existia ali uma política monetária "internacional", baseada no ouro e na prata. Também existiam bancos, geralmente de propriedade dos governos, os quais financiavam as viagens dos mercadores.

O povo Ptolomeu também teve contribuições neste cenário de mercancia internacional na antiguidade, pois recorreram aos grandes geógrafos da época e assim conseguiram novas rotas marítimas, consequentemente, conquistaram importantes mercados.

Relata Strenger (1996, p. 56) que no porto de Alexandria circulavam bens de várias naturezas e diferentes localidades, como "especiarias da Arábia, cobre do Chipre, ouro da Abissínia e da Índia, estanho da Bretanha, elefantes e marfim da Núbia, prata do norte Egeu e da Espanha, finos tapetes da Ásia Menor e até seda da China."

O império Romano, por sua vez, era uma civilização que possuía um aparato jurídico extraordinário para sua época, inclusive com alguns institutos de Direito Civil presentes até os dias atuais em ordenamentos jurídicos de vários estados. Já disciplinava o comércio internacional por meio do *Jus Gentium* ou direito das gentes, um grande instituto jurídico que permitia estrangeiros invocar o Direito Romano especialmente na seara comercial, o que era um avanço para à época. Objetivava, assim, fomentar a circulação de riquezas para fora de suas fronteiras, fenômeno muito semelhante ao que ocorre na atualidade.

Mas, após as invasões bárbaras, o Império Romano entra em decadência e, de modo geral, a Europa passa por sérias instabilidades políticas e jurídicas, iniciando-se, assim, um período extremamente inseguro ao comércio. Dá-se o início do período histórico conhecido como Idade Média.

Com a queda do Império Romano, para resistir os bárbaros a organização social teve que modificar-se substancialmente. As cidades passaram a viver cada vez mais isoladas e organizadas em feudos, consequentemente, passando a ter um regramento próprio e descentralizado. Ressalta-se que apesar de inseguro, foi uma oportunidade ímpar para o comércio desvencilhar-se das amarras da burocracia romana. E isto foi um verdadeiro estopim para o surgimento de um novo direito, que acabou levando a denominação de *Lex Mercatória* ou, também, Lei Mercante.

Ocorre que apesar das mudanças dos paradigmas político e jurídico das cidades, mesmo intimidado o comércio não desapareceu. Pelo contrário, acabou intensificando-se, especialmente após acontecimentos como o das cruzadas. Contudo, agora revela-se sob nova roupagem jurídica.

Surge durante a Idade Média as corporações de classe, justamente para organizar e disciplinar as atividades indispensáveis à manutenção das cidades. Dentre estas corporações, surge a dos mercadores, que era segundo Strenger (1996), quase que um pequeno estado protetor da classe.

As corporações além de editar normas, também tinham a função judicante perante seus membros. Os julgamentos ocorriam entre os próprios pares inscritos para tal fim. Dentro destas corporações já existia o princípio do duplo grau de jurisdição, pois havia a possibilidade de recurso para novos juízes dentre os membros da corporação inscritos para tal fim.

Cordeiro (2008) relata que as corporações possuíam patrimônio próprio, composto por doações de seus sócios, tinham como objetivo proteger e dar assistência a seus membros e, posteriormente, passaram a dar, também, assistência jurisdicional. Tinham, assim, três funções: Primeiramente a função política, na defesa de seus membros, na defesa da honra da própria corporação e na manutenção da paz e segurança; Posteriormente, tinha função executiva na observância e cumprimento de seus estatutos, podendo, inclusive, aplicar multas aos infratores, excluir membros, etc.; E, por fim, tinham a função jurisdicional para solucionar controvérsias entre seus membros, conforme anteriormente relatado.

Percebe-se, assim, que naquilo que os governos das cidades eram omissos em regulamentar, as classes sociais organizadas o faziam, de modo que certos costumes e regras comerciais passaram a ser amplamente aceitos por mercadores de diversas cidades e, assim, surge um direito paralelo e descentralizado ao poder local, o qual ficou conhecido como *Lex Mercatória*.

Este novo direito, assim por dizer, cria uma então inédita integração jurídica do Direito Comercial, independente de espaços geográficos, como ocorreu com a disciplina do crédito e de alguns tipos sociais a exemplo da comenda (GLITZ, 2012).

Também, pode-se perceber que o poder durante a Idade Média estava bastante fragmentado, sendo que as corporações de ofício, como a dos mercadores, apesar de não dispor de espadas, tampouco de tanques, possuíam um poder ideacional muito forte sobre a

classe que representavam, fator que inclusive contribuiu para a formação da chamada classe burguesa, que se não foi o estopim, foi o próprio barril de pólvora para a implantação de um novo sistema, o qual dá início à chamada Idade Moderna.

Tratava-se de um modo de governança especial, o qual Mathias Koening-Archibugi *apud* Olsson (2007) trata em tempos atuais de "transnacionalismo global delegado", onde há uma mínima publicidade, ou seja, os estados ou os governos oficiais estão praticamente ausentes; Há uma máxima delegação, pois recebe um grande número de atribuições pelos membros que à compõe; E, por fim, há uma máxima inclusividade, pois difundia-se à todos os comerciantes e/ou mercadores.

Este período da Idade Média, conhecido como período negro da História, a bem da verdade não foi tão negro assim, pois apesar de longo e inseguro, foi terreno fértil para o surgimento de diversos fenômenos sociais e jurídicos como foi o caso da *Lex Mercatória.*

Ressalta-se que para fins didáticos, este direito horizontal que tratava do Direito Comercial compreendido durante a Idade Média, fica doravante denominado de antiga *Lex Mercatória*. Isso porque em determinado momento esta forma plural de ordenar a sociedade, praticamente desaparece.

2.2 NOVA *LEX MERCATÓRIA* E SUAS FONTES.

Contudo, com o fortalecimento econômico da classe burguesa, corroborado pelo aperfeiçoamento das técnicas de produção, acompanhado pelas novas descobertas científicas e desmistificação de alguns dogmas religiosos que impregnavam todo aquele período histórico, acabou por demonstrar que aquele sistema político baseado em feudos e monarquias privilegiadas, já não atendia os interesses do capital.

Inicialmente, o embrião do Estado Moderno passa pela centralização do poder em uma monarquia absolutista, vitalícia e hereditária, que também passa a se tornar territorial. Este processo deu-se lentamente durante a Idade Média, especialmente pela presença forte da religião na consciência das pessoas, o príncipe era um ser ungido por Deus, por isso merecia o respeito de seus súditos.

Mas, com acumulação primitiva do capital, seja na agricultura, indústria ou comércio, o ócio das elites monárquicas e eclesiásticas cai de moda (MONDAINI, 2005). Desta forma, somente uma revolução poderia libertar a mão de obra, o consumo, e

consequentemente, o capital. Este movimento revolucionário iniciou-se na Inglaterra e ficou conhecido como Revolução Inglesa, expandiu-se para os Estados Unidos da América, culminando com a revolução Americana, e finda na França com a Revolução Francesa.

Estas revoluções marcaram o fim do Estado de submissão Hobbesiano, e implantaram o início do Estado Liberal contratualista de Locke (MONDAINI, 2005). Dá-se o início, assim, dos fundamentos do Estado Moderno, marcado pela liberdade e igualdade, embora estas possam ser bastante relativizadas em cada momento histórico.

Contudo, embora o novo momento fosse emblemático para um novo sistema social e político predominantemente capitalista, nem tudo saiu perfeito. Conforme o mesmo autor, o poder instituído pelo estado moderno não tinha outra função a não ser preservar e proteger a propriedade privada. A união entre os homens por meio de um contrato social seria unicamente proporcionar a segurança desejada à propriedade e ao capital.

Mas para que isso ocorresse, foi necessário que se delegasse aos governos o monopólio normativo, bem como o monopólio da violência necessária à manutenção do sistema, fato que foi chamado de soberania – um poder amplo que não se submeteria a nenhum outro. Essa seria a marca dos Estados Nações.

Então, se neste novo cenário a propriedade e o capital restariam protegidos, por outro lado surgem outros inconvenientes o qual os contratualistas não previram. Embora há uma centralização do poder no Estado, esta ideologia liberal burguesa dissemina-se pelo mundo, fazendo surgir diversos Estados, cada um soberano por si e em seus territórios, culminando em grande diversidade de poderes, cada qual com sua cultura social e jurídica própria, tipicidades de cada povo.

Se há um ganho em termos de direitos de primeira, segunda e terceira gerações, proporcionando assim a manutenção do sistema de consumo do capitalismo, por outro, há diversidade de estados legiferantes sobre todas as matérias que entenderem ser de seu interesse, calcados em seu poder soberano de decidir o futuro de seu povo, acaba por trazer novas incertezas para o comércio internacional.

Neste período inicial do Estado moderno, há quem afirme que a antiga *Lex Mercatória* desaparece, e que de fato, a depender do ponto de vista da observação, aquilo que existia desde a época das corporações de ofício já não se identifica com os fenômenos sociais da modernidade.

Assim, encarrando como desaparecida a antiga *Lex Mercatória*, restam apenas os estados regulando o comércio internacional por meio de tratados e convenções internacionais, normas internas de Direito Internacional, etc. É o predomínio do que a doutrina chama de monismo jurídico, ou seja, somente o estado como fonte produtora do direito.

Bedin (2001, p. 176) explica que "articulada dessa forma, a sociedade internacional moderna vai-se definindo como uma sociedade tipicamente interestatal, em que estarão presentes, pelo menos inicialmente, apenas os Estados soberanos." E, dentre a classificação dos atores da sociedade internacional, os Estados seriam o principal deles. Ressalta-se que atualmente este quadro mudou significativamente.

Mas, nem por isso o comércio internacional desaparece. Isso porque ele parece ser um poder autônomo, como a mão invisível do mercado identificada por Adam Smith (1996) em sua célebre obra Riqueza das Nações. Embora com dificuldades, com incertezas quanto a normatividade a ser aplicada sobre os contratos celebrados, os mercadores continuam a comerciar, e com incentivos dos próprios estados, já que este tipo de atividade é de interesse comum.

Entretanto, a mais recente criação da modernidade, o Estado, já nos seus primeiros séculos de existência apresenta algumas patologias as quais não consegue diagnosticar. A maioria delas, decorrentes dos efeitos da globalização econômica, intensificada principalmente após a Segunda Guerra Mundial e acelerada com o fim da chamada Guerra Fria (IANNI, 1996).

A globalização enquanto fenômeno social e complexo é de difícil abordagem em todas as suas facetas. Desta forma, o presente estudo irá se restringir à globalização da economia, que teve contribuição direta e fundamental pelo avanço tecnológico da sociedade, especialmente das comunicações.

Com o fenômeno da globalização, surgiram também as empresas multinacionais as quais organizam-se em rede em diversos espaços sociais espalhados pelo globo. Desta forma, o capital se torna fluído, transitando pelas fronteiras nacionais quase que instantaneamente. Assim, os investimentos especulativos feitos em determinado Estado podem ser imediatamente retirados, deixando as economias nacionais vulneráveis as crises econômicas, que agora também tomam proporções globais.

Para Bedin (2001, p. 331), a globalização "produz uma surpreendente redefinição das noções de tempo e, especialmente, de espaço, conduzindo a uma diminuição das distâncias e tornando instantâneo qualquer acontecimento em qualquer lugar do planeta".

Diante de tais fenômenos, algumas teorias surgem para explicar o que acontece no mundo globalizado, entre elas, as teorias da dependência e da interdependência das nações. A teoria da dependência parte da ideia de que alguns Estados são extremamente dependentes de outros, ou seja, não conseguem manter seu equilíbrio econômico apenas com a economia interna. Já a teoria da interdependência, por outro lado, vê no mundo globalizado uma ausência de Estado autossuficientes de si, alheios as crises econômicas globais.

Da mesma forma que a globalização permitiu o fluxo do capital entre Estados, o comércio internacional também intensificou-se sensivelmente nos dois últimos séculos. Houve um intercâmbio de culturas sociais e jurídicas, que fez o monismo jurídico dos Estados ficarem fragilizados, surgindo sistemas jurídicos paralelos aos estatais para regulamentar setores muito específicos do comércio internacional.

Esta quebra de paradigmas dos Estados pela globalização tem como consequência um movimento de natureza privada, mas composta por diversos atores, que busca facilitar o comércio internacional, utilizando-se da uniformização e harmonização do direito aplicável aos contratos, bem como da criação de órgãos privados de julgamento, que atuam independentemente da estrutura estatal, já que esta mostra-se estanque e carregada de incertezas jurídicas ao comércio global.

A este fenômeno decorrente da globalização, foi denominado de nova *Lex Mercatória*, já que guarda certa semelhança com o comércio que ocorria durante a Idade Média, onde os mercadores, organizados em corporações, eram a fonte de seu próprio direito e os juízes de seus litígios comerciais, utilizando como base um direito marcado pelos usos e costumes do comércio.

Então, seria a nova *Lex Mercatória*, definida por Baptista (2010, p. 63) o "conjunto de princípios, instituições gerais e regras com origem em diversos focos, e que se caracterizam por serem inspiradas e voltadas aos relacionamentos dos operadores do comércio internacional."

Dentro da solução de problemas do comércio internacional, Strenger (1996, p. 147) a define como "um conceito definitivo e único para exprimir o que se passa no comércio

internacional e justificar as formulas peculiares que são ali aplicadas [...] sem necessidade de servir-se dos instrumentos legais oferecidos pelos regimes estatais."

Assim, a nova *Lex Mercatória* é um legítimo direito dos mercadores, não só por ser à eles destinado, mas, também, por ser por eles criado, de acordo com suas necessidades e costumes amplamente reconhecidos no meio em que fazem parte.

Dentre as organizações que estudam, preparam e editam normas e costumes internacionais, pode-se citar como exemplo o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT. Também, outra importante fonte das normas do comércio internacional, seria a jurisprudência arbitral internacional, especialmente a da Câmara Internacional de Comércio – ICC.

O UNIDROIT em verdade trata-se de uma organização intergovernamental internacional, composta por estados nações e também por grupos de juristas de diferentes nacionalidades escolhidos por méritos pessoais, e não por qualquer tipo de indicação governamental (GAMA JR., 2006). São estes juristas que promovem estudos sobre a solução de problemas que lhes são postos. Ao todo já forma editados mais de 70 trabalhos, dentre eles, leis modelos, princípios gerais aplicáveis aos comércio internacional e minutas de tratados e/ou convenções internacionais.

Já a ICC, é uma associação de empresários de todo o mundo, cujo objetivo é fomentar a abertura do comércio e da economia de mercado. Os fundadores desta organização internacional privada, denominavam-se à época de "mercadores da paz". Sua fundação ocorreu em 1919 e desde então, está sediada em Paris, na França.

A ICC conta atualmente com associações empresarias de 130 países, possui escritório regionais em outros 90 estados e possui cerca de 6,5 milhões de empresas integrantes de sua rede. Além da sua jurisprudência arbitral, é órgão consultivo da ONU.

2.3 PLURALISMO JURÍDICO NA ATUALIDADE

Como visto, apesar do Estado deter o monopólio da produção oficial do direito, não consegue regular tudo. Em razão dos efeitos da globalização, a rapidez das mudanças por ela trazidos acabam tornando o estado quase que obsoleto em sua função normativa, especialmente quando a regulação diz respeito à questões comerciais internacionais, criando-se, assim, terrenos propícios ao surgimento de sistemas jurídicos paralelos aos estatais.

O fato é que o estado enfraqueceu em sua função normativa, e em razão disso, Wolkmer (2001, p. 151) esclarece que “as fontes clássicas do monismo estatal determina o alargamento dos centros geradores de produção jurídica mediante outros meios normativos não convencionais”, pois a necessidade não espera o Estado.

Assim, a tradicional ideia monista de que somente o Estado é produtor de direito e que no interior de um Estado exista apenas um ordenamento jurídico, passa a ser contestada pela teoria do pluralismo jurídico, em que considera que o direito emana de diversas fontes, não se restringindo somente as estatais, sendo possível a existência de mais de um ordenamento jurídico no corpo de um mesmo Estado.

Realmente, na seara do comércio internacional, a *Lex Mercatória* seria um desses sistemas paralelos ao estatais, embora há quem afirme ser um sistema contrário ao estatal e há quem afirme que seja um sistema complementar ao estatal. Ainda há uma corrente que nega a própria existência deste direito horizontal, mas, no presente estudo tal hipótese não será objeto de análise.

Continuando o raciocínio, Coelho (2001, p. 61) expressa que “O direito positivo passa assim a conviver com um direito paralelo que também pode ser considerado positivo, eis que suas regras são dotadas de até maior efetividade que as dos estados nacionais.” Um exemplo do que o autor afirma, está calcado na arbitragem internacional, onde menos de dez por cento das sentenças arbitrais necessitam ser levadas à execução, a grande maioria delas são cumpridas voluntariamente.

Percebe-se, assim, que tais sistemas jurídicos paralelos aos estatais, possuem força normativa eficaz, logo, são fontes de poder. Assim, o velho paradigma de que apenas o Estado é fonte produtora do direito, resta claramente superada, e que negar ordenamentos paralelos aos estatais, seria negar o próprio sistema jurídico.

Acontece que àquela tradicional estrutura hierárquica e vertical de leis, cede lugar a uma “estrutura circular e articulada, uma estrutura horizontal de normas de conduta social emanadas de centros diferenciados de poder e decisão, além do Estado.” (COELHO, 2001, p. 74).

Arnaud (1999), complementa este raciocínio afirmando que o fenômeno da globalização contribuiu em muito para deslocamento das tradicionais fontes do direito para os poderes privados econômicos. Também percebe uma maior tomada de decisões com base em valores advindos do sistema econômico ou técnico científico. Sem contar ainda, com o

crescente uso de cartas de intenções, códigos de bom comportamento, etc., os quais são conhecidos como fontes “soft” do direito.

Contudo, acrescenta que o recuo do Estado demandou uma contrapartida, sendo ela a participação do setor público na criação privada do direito. Uma espécie de associação do setor público privado na criação normativa de interesse econômico, afinal, a economia é interesse comum.

Realmente, este fenômeno também pode ser verificado sobre a nova *Lex Mercatória*. Percebe-se que nas principais fontes privadas de normas de direito comercial internacional, o Estado está envolvido. O próprio UNIDROIT trata-se de uma organização intergovernamental. Da mesma forma acontece com a UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, que é um órgão subsidiário da Organização das Nações Unidas – ONU, que tem por objetivo promover a unificação e harmonização do Direito Comercial Internacional. Deste último, também são utilizados pelo comércio internacional muitos contratos modelos não obrigatórios.

Mas, dentro deste contexto de pluralismo jurídico, Arnaud (1999) considera que existam graus de intervenções que reduzam o poder dos estados. A estes graus, ele denomina de direito estatal substituído, suprido ou suplantado.

No direito estatal substituído considera que o direito estatal interno encontra substitutos tanto à montante como à jusante. Ou seja, tanto acima quanto abaixo de seu ponto tradicional. Acima tem-se os acordos regionais, como o NAFTA (Associação de Livre Comércio da América do Norte) e o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul). Abaixo, tem-se os movimentos de produção de direito privado, como ocorre com o caso da nova *Lex Mercatória*. Tanto uma forma quanto outra, importa em subtração do poder estatal e afeta a sua soberania.

Quanto ao direito estatal suprido, resta configurado quando as políticas públicas ou programas de ação tomam a frente do direito tradicional na regulação. Algumas destas políticas públicas não são regulação, mas possuem cunho distributivo, redistributivo e constitutivo. Há outras que sequer se ajustam às nomenclaturas tradicionais. Entre elas, tem-se as que tratam de clima, meio ambiente e relações econômicas internacionais. Todos estes assuntos não conseguem mais serem tratados isoladamente, mesmo pelos próprios Estados. (ARNAUD, 1999)

No direito estatal suplantado, o autor aponta o surgimento espontâneo de outras formas de regulação global, os quais fogem à regulação estatal. É o caso do surgimento de novos mercados financeiros sem regras de organização externamente fixadas, ou até mesmo pré-fixadas. Nesta espontaneidade, fora de alcance dos tentáculos do Leviatã, ele se torna superado ou suplantado. Outro exemplo que pode ser tomado, é o poder regulamentar das organizações criminosas, que verdadeiramente suplantam o Direito estatal.

Nesta classificação, verifica-se que em alguns casos não se trata sequer de gradação da participação dos estados, pois elas sequer existem, como no caso do direito estatal suplantado, que está completamente à margem do sistema tradicional de direito e regulação e se forma unicamente no meio privado.

No caso da *Lex Mercatória*, enquadra-se na classificação de direito estatal substituído, pois em parte de sua formação verifica-se a presença do Estado, mesmo que apenas na criação ou manutenção de algumas instituições intergovernamentais, como é o caso do UNIDROIT e UNCITRAL. Assim, não se poderia classifica-la como um direito suplantante, mas sim, substituto, alternativo.

Mas, também, não há como classificar a *Lex Mercatória* como um direito estatal, porque de fato puramente não é. Então, ao menos converge-se para um entendimento, que ela seja um ordenamento paralelo ao estatal, especialmente pelo cunho internacional que tem, e é um meio normativo não convencional, alternativo, sendo exercício de poder da classe mercante contra os entravados sistemas jurídicos estatais.

2.4 O PODER CONFLITUAL E CONSENSUAL DA NOVA *LEX MERCATÓRIA*.

Afinal de contas, o que os ordenamentos jurídicos representam? Normas de conduta? Fontes de direitos e obrigações? Estas e outras indicações resumem-se em apenas uma palavra: Poder.

Existe um ditado popular que diz que “manda quem pode e obedece quem quer”, mas ele está equivocado, pois, realmente, manda quem pode, mas obedece quem não tem poder. Ou manda quem tem poder e obedece quem tem menos poder.

Ressalta-se que o poder não está vinculado apenas à força militar ou a da economia, ele encontra várias configurações. Destaca Olsson (2014, p. 133) que “ao longo do tempo, diversos pensadores enfrentaram a questão do poder, sob óticas distintas, e tendo em conta

realidades muito singulares.” Desta forma, no presente estudo, também será abordado o poder em algumas de suas faces, no caso, o poder normativo.

Mas, quando se fala em poder normativo, também tem que se falar em governo e governança, já que o poder normativo, no mínimo advém de uma destas duas espécies de fenômenos sociais.

Foucault (1979), em uma passagem de sua obra afirma que as “leis, ordens, regulamentos, isto é, as armas tradicionais do soberano”, são os principais instrumentos utilizados para o alcance de seus objetivos. Ou seja, o poder de um Estado dirigido por um governo é exercido por meio do direito positivo, principalmente na era do Estado Moderno.

Contudo, o exercício deste poder, pode estar condicionado por outros contrapoderes, ou poderes de resistência. Nos dizeres de Olsson (2007, p. 362) “A relação de poder, por assim dizer, seria uma relação entre dois poderes, um ‘maior’ e outro ‘menor’”. Todo poder encontrará uma certa resistência, mas o que determina se o poder menor prevalecerá sobre o poder maior, muitas vezes é a própria conveniência do último.

E na seara do comércio internacional, estas afirmações ficam em evidência, como ocorre com a própria *Lex Mercatória*. Este direito nascido dentre os mercadores internacionais, pode perfeitamente ser classificado como um poder de resistência às ordens jurídicas estatais tradicionais. Contudo, seja por conveniência ou seja por verdadeira incapacidade, alguns estados nacionais a reconhecem perfeitamente, especialmente quando admitem à eleição da lei aplicável aos contratos; outros preferem rejeitá-la, mas admitem a executividade de laudos arbitrais, onde pode igualmente ter sido aplicada a lei mercante, logo, haveria uma aceitação indireta.

Desta forma, a governança com e sem governo encampada por Rosenau (2000) ganha relevo. Este autor esclarece que poder haver governo sem governança, bem como governança sem governo. Governança é algo mais amplo que governo. Enquanto o governo está apoiado em uma autoridade formal, possui um poder formal, a governança está apoiada em objetivos comuns, seja ela formal ou informal, e que não necessite necessariamente de um poder de polícia para ser aceita e respeitada.

Novamente, vê-se que a *Lex Mercatória* é o reflexo de um comércio internacional sem governo, mas não sem governança. Decorre, pois, de um poder não formal, não obrigatório, mas nem por isso deixa de ser reconhecido e respeitado por um segmento internacional de grande importância, o comércio internacional.

Contudo, esta governança do comércio internacional, o qual a *Lex Mercatória* é um reflexo, embora também seja um contrapoder ao monismo jurídico tradicional, seria conflitual ou consensual com a ordem jurídica estatal? Embora não haja uma linha bem definida entre as diferentes formas de poder, tampouco, poderes puros, esta classificação ajuda a elucidar o entrosamento entre os diversos atores no cenário internacional (OLSSON, 2014)

O autor acima explica que o poder conflitual, também chamado de "poder sobre", decorre da concepção weberiana de que dentro de um relacionamento social, existe a possibilidade de se realizar a vontade de um, em detrimento da vontade do outro, mesmo quando houver resistência, ou seja, mesmo contra sua vontade. Este poder pode ser exercido pelos sistemas repressivos estatais, como força militar e poder de polícia. Mas, pode ainda, ser exercido por meio da própria representação política, por meio de normas horizontais, hierarquizadas, de observância compulsória.

Já o poder consensual, também conhecido como "poder para", que já era indiretamente relatado por Aristóteles e foi retomado no Século XX por Parsons, tem como premissa o consenso, logicamente. O poder, assim, seria construído pelo diálogo até chegar-se a um consenso, sem a necessidade de "exclusão alternativa de atores. Nessa linha, é possível que o poder de um não signifique a falta de poder de outro." (OLSSON, 2014 p. 149).

Haugaard *apud* Olsson (2014), refere-se, ainda, que estas espécies de poder nem sempre são abertas, declaradas ou expressas, eles podem ser tácitas. E isso também ganha implicância conforme o modelo político e jurídico de cada Estado.

Considerando que há Estados que acatam a *Lex Mercatória* quando aceitam a eleição da lei aplicável ao contrato, aqui parece nítida a relação consensual entre o poder estatal e o poder privado, pois um não exclui o outro. Assim, em um contrato comercial internacional, poderiam as partes elegerem expressamente a aplicabilidade da *Lex Mercatória* em caso de solução de litígios.

Seria um contrassenso um poder admitir um direito se considerasse conflituoso consigo próprio. Desta forma, implicitamente fica evidenciado o caráter consensual e alternativo da *Lex Mercatória*. É claro que este caráter consensual trata-se de aspectos considerados preponderantes entre os diferentes sistemas, porque existe a questão da ordem pública estatal, que pode por alguns parênteses no consenso.

Quando houver coincidência a ordem pública estatal e as normas do ordenamento plural, não há que se falar em conflito, mas somente em consenso. Já o ponto sensível da

discussão reside na hipótese de haver conflito entre as normas do sistema privado e a ordem pública do sistema estatal. Nestes casos, tradicionalmente tem havido conflito entre os diversos poderes.

Mas, se o conflito acontecer, qual espécie normativa irá prevalecer? Aqui também há fatores a serem considerados, não podendo ser afirmado em princípio que é o sistema estatal ou o sistema privado. Se o litígio for posto sob análise de um poder estatal, obviamente que a tendência deste poder será refutar normas que o contrariem naquilo que considerado inderrogável. Exceto quando este conflito se apresentar igualmente na ordem interna, hipótese pela qual será solucionado pela ponderação de princípios.

Situação diversa e mais complexa se apresenta quando um Estado não admite a escolha do direito aplicável ao contrato. Neste caso, as partes contratantes ou fazem um malabarismo para inserirem o máximo possível de cláusulas contratuais correspondentes com o direito que gostariam ver aplicado, e, igualmente, ficam sujeitas a ordem pública do direito estatal, ou recorrem a um tribunal arbitral.

Na primeira hipótese, independentemente de qualquer coincidência normativa, a relação entre os diversos sistemas sempre será conflitivo, pois um ordenamento não admite o outro em seu interior de forma alguma. O mecanismo de superação deve ser dado com estribo na autonomia da vontade privada nas relações contratuais, mas, até o limite da ordem pública e em complexos e inseguros contratos.

Por outro lado, nesta relação conflitual ente os diversos ordenamentos, a admissão da homologação de laudos arbitrais por parte dos sistemas estatais assume uma posição *sui generis* nesta relação de poder. O ordenamento estatal não admite qualquer outro direito além do seu, contudo, também não rediscute o mérito de decisão dos lautos arbitrais, sendo que por meio deles pode estar dando executividade a decisões baseadas em um direito altamente conflitivo com o seu.

Obviamente que a situação posta aparenta ser contraditória. Há conflito ou á consenso entre estes poderes normativos? A resposta adequada ainda é que os poderes normativos assumem caráter preponderantemente conflituais ou minimamente consensuais. Neste sentido, o mínimo de consenso reside no fato de que respeita-se a autonomia da vontade das partes contratantes desde que ela opte não pelo ordenamento jurídico aplicável, mas sim pela especialidade do órgão judicante, já que as câmaras arbitrais são inatas ao comércio.

Observa-se que o respeito à autonomia da vontade, se deve em razão da especialidade do órgão jurisdicional, pois não é qualquer laudo ou julgado que é reconhecido pelo Estado, tem que ser necessariamente decorrente de um laudo de uma câmara arbitral devidamente reconhecida. Assim, mesmo que por consenso, vem à tona o poder de instituições privadas na criação normativa comercial.

Desta forma, percebe-se nitidamente que há uma quebra da teoria monista, pois o próprio Estado direta ou indiretamente reconhece poderes normativas diferentes ao seu. A conclusão que se chega é que o Direito estatal e o Direito da *Lex Mercatória* pode ser preponderantemente consensual ou preponderantemente conflitual a depender da política interna de cada Estado, porque mesmo em raros momentos haverá consenso ou haverá conflito entre eles.

A exceção fica por conta dos Estados que não admitem eleição do direito aplicável ao contrato, tampouco reconhecem qualquer sentença arbitral. Aqui o conflito é intenso, existindo uma forma pura de poder conflitual.

Contudo, nem por isso a *Lex Mercatória* pode ser ignorada pelos juristas destes países, pois nada impede que as partes contratantes optem por levar seus litígios aos tribunais arbitrais. E como a grande maioria dos laudos são cumpridos voluntariamente, a *Lex Mercatória* está produzindo efeitos no interior destes ordenamentos estatais, em uma verdadeira demonstração de poder.

3 CONCLUSÃO

Após o presente estudo sobre o poder dos sistemas estatais e o poder da *Lex Mercatória*, verifica-se que a complexidade envolvida na sociedade internacional permite uma diversidade de posicionamentos didáticos a depender das particularidades de cada Estado.

Assim, a *Lex Mercatória* estudada de fronte com o ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, pode ganhar aspectos distintos da *Lex Mercatória* analisada paralelamente ao ordenamento jurídico Norte Americano ou Chinês.

Neste estudo preferiu-se classificar a *Lex Mercatória* como um poder preponderantemente conflitual ou preponderantemente consensual, já que as formas puras de poder são à exceção à regra.

Também pode ser concluído que o pluralismo jurídico em tempos de globalização é algo inevitável, mesmo para os Estados mais conservadores. Verifica-se que, mesmo na posição de poder puramente conflitual, ainda assim, as partes contratantes terão uma segunda opção, sendo ela extraestatal. Mesmo que questionada a necessidade do Estado para a execução de um laudo arbitral, existem sanções também de cunho extraestatal, não tradicionais, pois não usam da violência legítima, mas que também surtem efeitos, tema que foge ao presente trabalho.

Finalmente, também pode ser concluído que existem mecanismos para as partes que protagonizam o comércio internacional alcançarem os fins jurídicos desejados, mesmo em uma situação conflitual entre diversos ordenamentos jurídicos, basta que se antecipem as precauções necessárias logo na formação do contrato.

4 REFERÊCIAS BIBLIOGRAFICAS.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: Lições de filosofia do direito e do estado.** Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade Internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do Futuro: Transmodernidade, direito e utopia.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

CORDEIRO, Douglas Alexander. **A Lex Mercatória e as novas tendências de codificação do Direito do Comércio Internacional.** Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

DIMITRUK, Hilda Beatriz (Org). **Cadernos Metodológicos: Diretrizes do trabalho científico.** Chapecó: Argos, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 14 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GAMA JR., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GLITZ, Frederico Eduardo Zedenin. **Contrato, globalização e Lex Mercatória: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais Unidroit (2010) e Inconterms (2010)**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S.; **Poder e independência: la política mundial en tansición.** Trad. Heber Cardoso Franco. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

MONDAINI, Marco. Revolução Inglesa: o respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

MUÑOS, Edgardo; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **À adesão do Brasil à CISG – Consequencias para o comércio da China e da América Latina.** 2012. Disponível em: <www.cisg-brasil.net/doutrina>. Acesso em: 04 jan. 2016.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais e suas revoluções: Impérios de poder e modos de produção.** v.2, Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLSSON, Giovani. **O poder Político no espaço global: o protagonismo dos atores estatais e não estatais.** In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). Relações Internacionais, direito e poder. Ijuí: Unijuí, 2014.

_____, Giovani. **Poder político e sociedade internacional: governança global com e sem governo e desafios e possibilidades**. Ijuí: Unijuí, 2007.

ROSENAU, James N. **Governança, ordem e transformação na política mundial.** In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Orgs.). Governança sem governo: Ordem e transformação na política mundial. Trad. Sergio Barth. Brasília: UNB, 2000.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção os Economistas.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatória**. São Paulo: LTr, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.