

A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*

THE GLOBAL BUKOWINA ON THE EMERGENCE OF A TRANSNATIONAL LEGAL PLURALISM

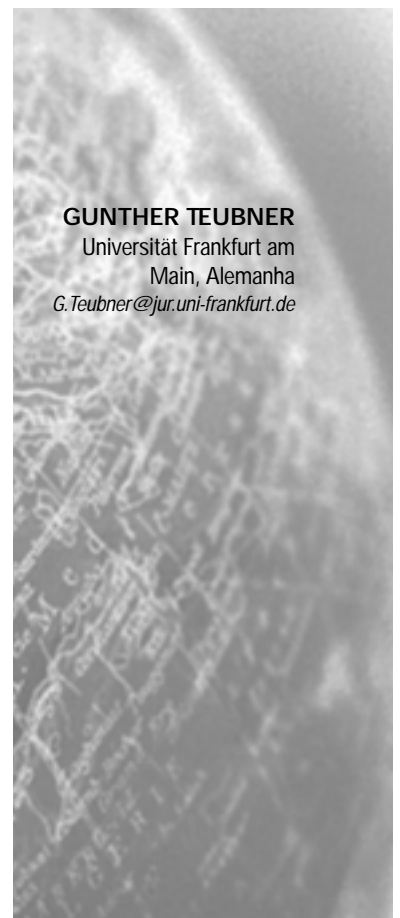
Resumo O presente ensaio trata de um ordenamento jurídico mundial que repousa sobre a sociedade civil internacional. Seu objeto principal são as feições de um direito mundial além dos ordens políticos nacional e internacional, apresentando, como base de suas reflexões jurídicas, demonstrações de que setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-nação, formando um ordenamento jurídico *sui generis*. A reflexão é feita com base em três teses sobre o direito global. A primeira versa sobre a teoria do pluralismo jurídico como teoria jurídica readequada às novas fontes do direito, levando em conta, assim, os processos espontâneos da formação de direito na sociedade mundial que se revelam independentes das esferas estatais e interestatais. A segunda afirma que direito global não é direito internacional, mas constitui, isso sim, um ordenamento jurídico distinto do Estado-nação acoplado a processos sociais e econômicos, dos quais recebe seus maiores impulsos. Finalmente, desenvolve-se a tese de que a distância desse novo direito mundial da política nacional e do direito internacional não significa a formação de um direito apolítico, alegando que o jeito de agir dos novos atores jurídicos globais contribui para a sua repolitização não por meio de políticas institucionais tradicionais, mas de processos pelos quais o direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados.

Palavras-chave SOCIEDADE CIVIL MUNDIAL – ORDENAMENTO JURÍDICO MUNDIAL – DIREITO E ESTADO-NAÇÃO – PLURALISMO JURÍDICO MUNDIAL – FONTES DE DIREITO MUNDIAL.

Abstract The present essay deals with a world juridical ordering that affects the international civil society. Its main object are the features of a world law beyond the national and international political orders, presenting, as the foundation of its juridical reflections, proofs that the social sectors produce norms with relative autonomy before the State-Nation, forming a *sui generis* juridical ordering. The reflection is based on three thesis on the global law. The first one consists of the theory of legal pluralism as a legal theory readjusted to the new law sources, thus considering the spontaneous processes of law development in the world society which are independent from the state and interstate spheres. The second affirms that the global law is not an international law, but it does constitute a juridical ordering which is distinct from the State-Nation attached to social and economical processes, from which it receives its higher impulses. Finally, the essay develops the thesis that the distance between this new world law and the national politics and the international law does not mean the creation of a non-political law, pleading that the way of acting of the new global legal actors contribute to its repolitization not through traditional institutional politics, but through processes by which the law is attached to highly specialized and politicized social discourses.

Keywords WORLD CIVIL SOCIETY – WORLD JURIDICAL ORDERING – LAW AND STATE-NATION – WORLD JURIDICAL PLURALISM – SOURCES OF WORLD LAW.

* Agradeço a Jens Kellerhoff, do *Europäisches Hochschulinstitut*, de Florença, pela crítica construtiva. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger.



GUNTHER TEUBNER
Universität Frankfurt am
Main, Alemanha
G.Taubner@jur.uni-frankfurt.de

Na nossa época como em todas as épocas, a ênfase do desenvolvimento do direito não recai nem sobre a legislação nem sobre a jurisprudência, mas sobre a própria sociedade.

EUGEN EHRLICH, 1913

I.



uem tem razão: Bill Clinton ou Eugen Ehrlich? Ambos acalentam a idéia utópica de um ordenamento jurídico mundial, o ex-presidente dos EUA tanto quanto o hoje em dia amplamente esquecido professor de direito da cidade de Czernowitz, da distante Bukowina, que desenvolveu nessa remota paragem da Monarquia austro-húngara a sua idéia do *direito vivo*.¹ Assim como a *Pax Americana*, a *Pax Bukowina* é a visão de uma ordem fundada na paz mundial e de um ordenamento jurídico mundial. Mas Clinton e Ehrlich discordam quanto ao caminho em direção ao novo direito mundial. Na nova ordem mundial de Bill Clinton, o novo direito comum para o mundo deverá vir no bojo da política internacional. O ordenamento jurídico mundial do ex-presidente dos EUA deverá assentar na gestão política de um sistema de blocos regionais.

Em contrapartida, na “Bukowina global”, de Eugen Ehrlich, justamente não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu *direito vivo* – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política. Embora Ehrlich tenha errado no seu prognóstico para o direito nacional austríaco, essa conjectura provará, na minha opinião, ser correta para o ordenamento jurídico mundial em via de formação, dos pontos de vista tanto descritivo quanto normativo. Descritivamente, Ehrlich tem razão, pois o complexo industrial-militar – como já se pode prever hoje em dia – não estará em condições de dominar as múltiplas forças centrífugas de uma sociedade civil mundial. Sob o aspecto normativo ele também tem razão, pois a democracia terá, de qualquer forma, maiores chances de consenso, se a política for definida, na medida do possível, no plano local.

Historicamente a *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um “direito mundial” além da ordem política internacional.² Mas o significado da “Bukowina global” ultrapassa em muito o mero direito do comércio. Nos dias de hoje estão se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional³ setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*. Os candidatos para um tal “direito mundial sem Estado” são inicialmente os ordenamentos juridi-

¹ EHRLICH, 1989.

² STEIN, 1995.

³ GIDDENS, 1990, p. 70.

cos de grupos empresariais multinacionais.⁴ Do mesmo modo, encontramos no direito do trabalho uma tal combinação de globalização e informalidade, quando a instituição do direito está nas mãos de empresas e sindicatos na condição de atores privados.⁵

Na área da padronização técnica e do autocontrole profissional existem ainda tendências a formas de coordenação em escala mundial, nas quais a política oficial interfere apenas minimamente. Mas também o discurso dos direitos humanos, atualmente conduzido em princípio em esfera global, exige um direito *sui generis*, cuja fonte de direito não depende apenas dos ordenamentos jurídicos nacionais, mas se dirige justamente contra práticas dos Estados-nações.⁶ No caso específico dos direitos humanos, podemos ver “quão insuportável seria abandonar o sistema jurídico ao arbítrio de processos políticos regionais”.⁷ Também na área da proteção ambiental é possível reconhecer tendências na direção de uma globalização do direito em relativa independência das instituições estatais. E mesmo no universo do esporte discute-se a emergência de uma *lex sportiva internationalis*.⁸

Vemos, portanto, uma série de formas não mais apenas rudimentares de um ordenamento jurídico mundial, que surge independentemente dos ordenamentos jurídicos nacionais e do clássico direito das gentes. Tendo em vista essas formas, quero defender aqui três teses.

1. O direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas. Somente há pouco tempo a teoria do pluralismo jurídico passou por uma transformação bem-sucedida, deslocando o seu foco do direito das sociedades coloniais para as formas jurídicas de diferentes comunidades étnicas, culturais e religiosas no âmbito do Estado-nação da

idade moderna. Hoje em dia ela deveria novamente ajustar o seu foco – do direito dos grupos para o direito dos discursos. Do mesmo modo, uma teoria jurídica das fontes do direito deveria concentrar a sua atenção em processos “espontâneos” de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial.

2. O direito global (não: “inter-nacional”!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado no seu desenvolvimento, apresentando ainda, em comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.

3. A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora.⁹ Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, *e.g.* de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados, isolados.

⁴ ROBÉ, 1996, cap. 3; e MUCHLINSKI, 1996, cap. 4.

⁵ BERCUSSON, 1996, cap. 6.

⁶ BIANCHI, 1996, cap. 7.

⁷ LUHMANN, 1993, p. 577.

⁸ SIMON, 1990; e SUMMERER, 1990.

⁹ WILDER, 1996, cap. 8; e SCHÜTZ, 1996, cap. 9.

II.

Um pensador indicou o caminho a Bill Clinton, que, com boas razões, invoca a sua autoridade: Immanuel Kant, cujo tratado *A Paz Perpétua* é o precursor legítimo da nova *Pax Americana*.¹⁰ Segundo Kant, a globalização do direito é tão-somente a consequência de uma codificação da política internacional. Se todos os Estados soberanos subscrevessem determinados princípios jurídicos num tratado internacionalmente vinculante, desenvolver-se-ia um novo e justo ordenamento jurídico para toda a humanidade.¹¹ E justamente nesses fundamentos a *Pax Americana* assenta a sua nova ordem mundial: a globalização do direito deve seguir a globalização da política, mais exatamente a política globalizada dos Estados Unidos, que, por sua vez, sabidamente se baseia no “*rule of law*”. Provavelmente Kant consideraria a metáfora do seu opúsculo bastante adequada para caracterizar o novo direito mundial: a tabuleta do estalajadeiro holandês, na qual estava pintado um cemitério com a inscrição “A paz perpétua”.

Ocorre que a história desautorizou os filósofos políticos Immanuel Kant e Bill Clinton, ao passo que já podemos ver atualmente como a Bukowina global de Eugen Ehrlich assume contornos cada vez mais nítidos. A globalização hoje em dia não é mais nenhuma utopia, mas a nossa realidade cotidiana.¹² Ela obedece, porém, a uma dinâmica inteiramente distinta da suspeitada por Kant e Clinton. Para Kant, uma precondição necessária de uma paz mundial consistia em que os Estados nacionais individuais se outorgassem uma Constituição republicana e formassem uma

espécie de confederação política.¹³ Uma globalização unitária de outros aspectos sociais seria, então, possível, assim *e.g.* um direito genérico de hospitalidade como um *ius cosmopoliticum*. Mas a nova experiência não é uma globalização unitária da sociedade sob a condução da política, e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência da política.

O que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade. Em que pesem toda a internacionalidade da política e todo o direito internacional, a ênfase da política e do direito ainda nos dias de hoje recai no Estado-nação. E mais: fazem-se sentir tendências nítidas, até dramáticas, a uma maior regionalização e localização da política. Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Já há muito tempo ela está a caminho das suas *global villages* respectivamente próprias. E essas *global villages* se preparam para defender tenazmente a sua autonomia diante das pretensões hegemônicas da política. Isso vale, em grau especial, para a globalização do direito.

De um lado, esse argumento endossa claramente a crítica de Wallerstein das *relações internacionais*; de outro, ele prefere, ao modelo das *world wide economies*, desse autor, a alternativa dos discursos fragmentados em escala mundial. Atualmente a globalização não-política não é mais exclusivamente o resultado da lógica própria da ordem econômica capitalista, mas decorre das dinâmicas próprias de uma multiplicidade de subsistemas sociais.¹⁴ “O capital nunca permitiu que os seus desejos fossem restringidos por fronteiri-

¹⁰ KANT, 1795, p. 346.

¹¹ *Ibid.*, p. 343ss.

¹² O conceito de *globalização* conduz a raciocínios falhos, na medida em que sugere que um grupo de sociedade nacionalmente organizado se move agora na direção de uma sociedade mundial (GIDDENS, 1990, p. 12). Seria mais adequado falar da existência de uma sociedade mundial a partir do momento em que a comunicação passa a abranger o globo. Por sua vez, os Estados-nações não “têm” sociedades autônomas, mas são formas da diferenciação territorial interna da sociedade mundial. Na sua forma atual, *globalização* é sinônimo de uma transformação do princípio fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial (LUHMANN, 1982 e 1993, p. 571ss; STICHWEH, 1995; e SCHÜTZ, 1996, cap. 9).

¹³ KANT, 1795, p. 357ss.

¹⁴ WALLERSTEIN, 1979; GIDDENS, 1990, p. 65ss.; e LUHMANN, 1983 e 1993, p. 571ss.

ras nacionais.” Esse chamamento à vigência global também parte de outras *províncias culturais*, como Karl Mannheim denominou as áreas autônomas da sociedade. Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – a ciência, a cultura, a técnica, o sistema de saúde, a previdência social, o transporte, os militares, a mídia e o turismo são *sistemas mundiais* auto-reprodutores, no sentido de Wallerstein, e concorrem, assim, com sucesso com a política internacional dos Estados-nações. Mais ainda: enquanto a política apenas atingiu, na forma das “relações inter-nacionais”, um estado de “proto-globalidade” – quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos –, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos.

Ora, que significado esse cenário da “globalização com velocidades distintas” possui para o direito? Para a atual sociedade mundial parece estar confirmada a opinião de Eugen Ehrlich, de que um direito político centralmente produzido é claramente marginal, em oposição ao *direito dos juristas*, da decisão prática de conflitos jurídicos, e sobretudo em oposição ao *direito vivo* da Bukowina.¹⁵ Assim, teorias “políticas” do direito seriam provavelmente de pouca serventia para interpretar a globalização do direito. Isso vale para as teorias positivistas com ênfase na unidade de Estado e direito, tanto como para as teorias críticas, na medida em que essas tendem a dissolver o direito na política. Enquanto elas ainda fitam, com os olhos arregalados, as lutas pelo poder no palco mundial da política internacional – no qual a globalização jurídica somente transcorre com abrangência limitada –, ignoram os processos dinâmicos, em outros setores da sociedade mundial, que produzem os fenômenos do direito global à distância da política. A razão decisiva dessa produção jurídica distante da política reside no fato “de que o acoplamento estrutural do sistema político e do

sistema jurídico por meio de constituições não conta com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial”.¹⁶

Se teorias políticas do direito não se revelam suficientes, o que dizer então das teorias do direito autônomo? Será que podemos divisar, no *direito dos juristas*, de Ehrlich,¹⁷ uma dinâmica da globalização? Será que estamos vivenciando algo parecido com a globalização do *direito autônomo*, no sentido de Nonet e Selznick,¹⁸ conforme poderíamos continuar as idéias de Wallerstein no âmbito de um modelo da diferenciação sistêmica global? Ocorre que a situação não é nada boa no tocante à documentação histórica. Há poucos indícios de um desenvolvimento forte, independente de instituições jurídicas autônomas em escala mundial. Um exemplo convincente seria um forte Judiciário internacional.¹⁹ Mas as experiências feitas até agora com Haia há muito não são promissoras. Tentativas mais recentes de retomar a tradição do Tribunal de Nürnbreg parecem estar predestinadas a terminar em desastres políticos e financeiros. E a legislação no plano mundial é um processo demorado, em virtude das restrições impostas pelo direito internacional e do regionalismo da política. Apesar da existência de numerosas organizações internacionais, praticamente não há como falar de uma administração internacional. Um fenômeno dinâmico do direito autônomo ainda pode ser percebido mais facilmente no surgimento de escritórios multinacionais de advocacia atuando em escala mundial e promovendo a solução de conflitos em perspectiva.²⁰

Se, por conseguinte, nem o direito estatal de Ehrlich nem o seu direito dos juristas apontam o caminho à *law's global village*, o seu *direito vivo* parece ser o candidato fadado ao sucesso. Para repetir a célebre citação: “Na nossa época como em todas as épocas, a ênfase do desenvolvimento do direito não recai nem sobre a legislação nem so-

¹⁵ EHRLICH, 1989.

¹⁶ LUHMANN, 1993, p. 582.

¹⁷ EHRLICH, 1989.

¹⁸ NONET & SELZNICK, 1978.

¹⁹ HIGGINS, 1994.

²⁰ Cf., a respeito, DEZALAY & GARTH, 1995; e FLOOD & SKORDAKI, 1996.

bre a jurisprudência, mas sobre a própria sociedade”.²¹

Ehrlich, naturalmente, transfigura e idealiza aqui o papel criador de direito dos costumes, usos e práticas em sociedades rurais. No entanto, nos processos de globalização do presente, o seu *direito vivo* adquire um outro significado, bastante dramático. Baseia-se em processos sociais técnicos e frios, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária. Como não é a política, mas a própria sociedade civil que impulsiona uma globalização de seus diferentes discursos fragmentados, a globalização do direito também seguirá essas evoluções no caminho de um efeito de *spill over*.²² Disso resulta a nossa tese principal: *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 global villages de áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo, de Eugen Ehrlich, ressurgue 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.*²³

Evidentemente há diferenças importantes em relação ao *direito vivo* da Bukowina, de Ehrlich. Novas teorias do pluralismo jurídico afastaram-se, como já foi dito, da análise do direito colonial e concentram-se, nos dias de hoje, nas relações entre o direito do Estado-nação e as diferentes formas jurídicas de comunidades étnicas, culturais ou religiosas.²⁴ Será necessária mais uma virada se as teorias quiserem estar à altura de um pluralismo jurídico mundial. O “direito vivo” global dos tempos atuais não extrai o seu vigor da coesão de comunidades étnicas, conforme se su-

pusera no antigo “direito vivo” ou se continua supondo, ainda nos dias de hoje, no direito do *patchwork of minorities*.²⁵

A fonte do direito mundial não jorra no “mundo vivido” de grupos e comunidades distintas. As teorias do pluralismo jurídico deverão reformular as suas concepções. Deverão reorientar-se, de grupos e comunidades para discursos e redes de comunicação.²⁶ A fonte social do direito mundial não pode ser encontrada em redes globalizadas de relações pessoais, mas no “proto-direito” de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, que criam uma identidade global, porém estritamente setorial. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica.

Pudemos partir da suposição de que o direito mundial se distingue do atualmente conhecido direito dos Estados-nações, no tocante a características essenciais:

1. *diferenciação interna*: o direito mundial não define as suas fronteiras internas sobre o fundamento territorial dos Estados-nações, preservado em meio ao simultâneo desenvolvimento gradativo de elementos federativos, como Kant já tinha percebido. Muito pelo contrário, o direito mundial diferencia-se internamente em “colégios invisíveis”, “mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis” e “redes sociais invisíveis”, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas. Forma-se um novo direito de regulamentação de conflitos, que deriva de conflitos “inter-sistêmicos”, em vez de conflitos “inter-nacionais”;²⁷

2. *fontes do direito*: no curso da globalização, órgãos legislativos gerais perderão em importância. O direito mundial se forma antes em

²¹ EHRlich, 1989, p. 390.

²² Nota do tradutor (NT): em inglês no original; o sentido é “efeito de difusão”.

²³ ROBÉ, 1996, cap. 3.

²⁴ SANTOS, 1984; FITZPATRICK, 1984; HENRY, 1983 e 1987; MACAULAY, 1986; GRIFFITHS, 1986; MERRY, 1988, p. 873ss.; e GOTSBACHNER, 1995.

²⁵ NT: “colcha de retalhos de minorias”.

²⁶ TEUBNER, 1995, p. 208ss.

²⁷ Idem, 1989b, cap. 5, e 1996a.

processos auto-organizados de “acoplamento estrutural” do direito a processos globalizados correntes de natureza altamente especializada e tecnicizada;²⁸

3. *independência*: ao passo que o direito desenvolveu, ao menos em alguns Estados-nações, um grau relativamente elevado de isolamento institucional, continuará existindo nos próximos tempos, no plano dos ordenamentos jurídicos globais, uma dependência difusa, mas estreita da sua respectiva área social especializada, com todos os problemáticos efeitos colaterais conexos dessa espécie de “corrupção”. Tais efeitos colaterais são *e.g.* uma forte dependência de interesses estrangeiros e uma relativa fraqueza das garantias do Estado de direito. Isso naturalmente enseja o surgimento de uma forte necessidade política de reformas do direito;

4. *unidade do direito*: para as formações estatais do passado, a unidade do direito era um dos bens políticos supremos, símbolo da identidade nacional e, simultaneamente, de justiça (quase) universal. Uma unidade do direito em escala mundial tenderia, porém, a ameaçar a cultura jurídica. O problema central da evolução do direito será assegurar, em um direito mundialmente unificado, uma variedade ainda suficiente de fontes do direito. Eventualmente, pode-se esperar até por tentativas políticas conscientes de instituir variações do direito, *e.g.* no plano regional.

III.

De momento, está sendo conduzida uma verdadeira guerra confessional na área do direito econômico internacional. Especialistas em direito econômico internacional combatem em uma Guerra de Trinta Anos, em torno da questão da independência da *lex mercatoria*, sem que, no entanto, possamos divisar no horizonte tratados de Münster ou Osnabrück.²⁹ Seria a *lex mercatoria* um ordenamento jurídico positivo independente? Ou se trata de um conjunto de normas sociais,

que só podem ser transformadas em direito por meio de uma decisão dos Estados-nações?

Evidentemente trata-se de uma guerra representativa. A controvérsia em questão tem um caráter paradigmático, pois remete, como já foi dito anteriormente, não apenas ao próprio direito do comércio mundial, mas também a outras áreas do direito mundial formadas em relativo isolamento da política internacional oficial – o direito interno de empresas multinacionais, o direito trabalhista, o direito ambiental, os direitos humanos, o direito das organizações profissionais. A *lex mercatoria* representa um caso paradigmático dessas novas áreas do direito mundial independentes do Estado. Na sua longa história, que remonta até o *merchant law* medieval, ela desenvolveu um rico acervo de experiências como configuração jurídica autônoma, não-nacional.³⁰ O que outras configurações jurídicas globais podem aprender com a *lex mercatoria*?

O debate em torno da *lex mercatoria* é simultaneamente um dos casos raros nos quais decisões jurídicas práticas dependem diretamente de encaminhamentos da teoria do direito. Tanto mais espanta constatar a fragilidade da constituição das construções teóricas aqui utilizadas. Toda essa discussão recorre a modelos bastante empoeirados da teoria jurídica, que parecem vir à memória dos agentes jurídicos quando eles lembram dos seus tempos de faculdade. Se os confrontarmos com conceitos-chave da teoria jurídica contemporânea, será possível fazer novas descobertas acerca da *lex mercatoria* e de outras formas de um direito mundial além do Estado?

Se passarmos em revista as ofertas das teorias dos agentes jurídicos, encontraremos por um lado juristas – especialmente franceses – que qualificam a nova *lex mercatoria* como um ordenamento jurídico global emergente. Na opinião deles, as fontes desse direito positivo estão nas práticas comerciais usuais no mundo inteiro, nas diretivas unitárias, nos contratos padronizados, nas atividades de associações econômicas globais, em

²⁸ Idem, 1991.

²⁹ NT: os tratados de Münster e Osnabrück, na Vestfália, na Alemanha, encerraram a Guerra dos 30 Anos (1618-1648) e trouxeram a *Pax Westfálica*.

³⁰ Cf. sobre a história da *lex mercatoria*: BAKER, 1979; BERMAN, 1983, p. 3ss.; e MEYER, 1994, p. 48ss.

códigos de conduta e nas decisões das cortes arbitrais internacionais. Eles afirmam que esse direito positivo seria independente de qualquer soberano estatal.³¹

No entanto, tais defensores da *lex mercatoria* desenvolveram argumentos teóricos cuja pobreza de idéias só é desafiada pela indigência das concepções dos seus oponentes. Um primeiro grupo empenha-se pela revitalização do direito consuetudinário.³² Porém, quais são os critérios com cuja ajuda eles querem comprovar uma *consuetudo lunga*? Além disso, eles também não fornecem uma concepção adequada de uma *opinio iuris* no plano do direito mundial, sem falar aqui do experimento ainda não realizado de comprovar a legitimidade do direito consuetudinário sob as condições gerais do direito positivado dos tempos modernos.³³ Um segundo grupo pretende mobilizar o institucionalismo de proveniência italiana e francesa do início do século XX,³⁴ sem, no entanto, atingir o seu nível conceitual. Seus membros postulam um *droit corporatif* de atores econômicos em escala mundial, lembrando de longe o *merchant law* medieval.³⁵ Essa versão institucionalizada quase compreende a sociedade mundial dos comerciantes – uma *societas mercatorum* que forma um denso tecido – como uma organização formal. Alguns chegam a compará-la a um Rotary Clube, outros, às velhas guildas comerciais, atribuindo-lhe um sentimento de solidariedade ou um direito associacionista interno, dotado de um código disciplinar e de sanções da associação como registros em uma lista negra ou exclusão do quadro de membros. Diante da dinâmica da concorrência nos mercados mundiais da atualidade, tal corporativismo de dimensões globais se afigura um pouco antiquado, para dizê-lo em termos suaves. Por fim, uma terceira corrente de opinião excogitou a construção algo temerária de um *contrat sans loi* que deveria basear-se em contratos auto-reguladores sem qual-

quer fundamento no direito nacional ou internacional. Essa construção está ao menos condenada ao fracasso assim que ela tenta seguir a tradicional teoria das fontes do direito: de acordo com essa opinião, ordenamentos jurídicos nacionais deveriam assegurar a liberdade de contratar para poder ser eleita como um direito global não-nacional.³⁶

A posição contrária é representada sobretudo por autores britânicos e norte-americanos que invocam a soberania dos Estados-nações para atacar a *lex mercatoria* como “ilusão de professores da Sorbonne, propensos a especulações”.³⁷ Seus argumentos assentam, em princípio, na representação da necessária unidade de direito e Estado, bastante limitada em termos históricos e de direito comparado. Um direito assim chamado “a-nacional” seria impensável (!). Todo e qualquer fenômeno jurídico no mundo, afirmam eles, deveria radicar necessariamente em um ordenamento jurídico nacional; teria, ao menos, de mostrar possuir um vínculo mínimo com o direito nacional. A *lex mercatoria* nunca poderia aceder à condição de ordenamento jurídico autônomo, pois não disporia de um território fechado com o correspondente monopólio do uso da força. Usos e costumes comerciais por si só não estariam em condições de criar direito; só poderiam ser transformados em direito por um ato formal do Estado-nação. O mesmo deveria valer para contratos padronizados, devendo estar sujeitos ao controle político do ordenamento jurídico nacional.

Por um lado, associações privadas poderiam criar o seu “simulacro de direito” (*Quasi-Recht*),³⁸ mas tais regras não possuiriam nenhum caráter juridicamente vinculante. Por fim, a arbitragem internacional também não poderia formar nenhum *case-law* autônomo com efeito de caso precedente. Isso seria em razão de que as senten-

³¹ GOLDMAN, 1964, 1979, 1986 e 1993; FOUCHARD, 1965 e 1983; KAHN, 1982 e 1992; e LOQUIN, 1986.

³² GOLDMAN, 1986, p. 114, e sua escola.

³³ Cf., a respeito, ESSER, 1967; FREITAG, 1976; e ZAMORA, 1989.

³⁴ ROMANO, 1918; e HAURIOU, 1933.

³⁵ GOLDMAN, 1964; FOUCHARD, 1965 e 1983; e KAHN, 1982.

³⁶ SCHMITTHOFF, 1964 e 1982; e CREMADES & PLEHN, 1984, p. 328ss.

³⁷ MANN, 1968 e 1984; KASSIS, 1984; MUSTILL, 1987; DELAUME, 1989; e HIGHET, 1989. Cf. também BAR, 1987, p. 76ss.; SANDROCK, 1989, p. 77ss.; e SPICKHOFF, 1992.

³⁸ NT: a tradução literal de *Quasi-Recht*, seguindo o sentido latino de *quasi*, seria “o seu por assim dizer direito”.

ças de cortes arbitrais internacionais sempre poderiam ser contestadas mediante a invocação dos tribunais nacionais e os procedimentos de *ex-aequo* no âmbito dos Estados-nações. As doutrinas tradicionais do direito internacional privado estariam em condições de solucionar adequadamente todo e qualquer conflito econômico envolvendo o direito internacional. Se a globalização jurídica fosse efetivamente necessária, os contratos e as convenções internacionais sob a autoridade do direito internacional conteriam a única fonte legítima.

O endurecimento das posições indica estarmos na proximidade de um tabu fortemente enraizado em práticas, doutrinas e teorias jurídicas. A profundidade do seu enraizamento é demonstrada pelo tom apocalíptico com o qual se apresenta a crítica da *lex mercatoria*: “*It is difficult to imagine a more dangerous, more undesirable and more ill-founded view which denies any measure of predictability and certainty and confers upon the parties to an international commercial contract or their arbitrators powers that non system of law permits and no court could exercise*”.³⁹

Isso permite pressentir a imensa resistência à qual se vê exposta a Bukowina global de Eugen Ehrlich num universo jurídico conceitualmente ainda dominado pela idéia do Estado-nação. E, com efeito, a *lex mercatoria* rompe com o tabu da unidade de Estado e direito duas vezes. A primeira quebra de um tabu está na sua afirmação de que só disposições de natureza jusprivatista (contratos e fusões) poderiam produzir direito vigente, sem autorização ou controle por parte do Estado. Desde Savigny foram negadas ao contrato as honras de fonte do direito; como mero fenômeno da realidade do direito, ele foi entregue à competência da sociologia do direito.⁴⁰ Como a *lex mercatoria* representa um contrato sem direito, trata-se de uma *lex illegitima* nesse sentido. Mas existe ainda uma segunda quebra de tabus: a *lex mercatoria* reivindica validade entre os Estados-nações e até além das relações “inter-nacio-

nais”. Como o direito válido pode se formar “espontaneamente” no plano transnacional, sem a autoridade do Estado, sem a sua capacidade de impor sanções, sem o seu controle político e sem a legitimidade de um processo democrático? Onde está a norma fundamental no plano global?⁴¹ Onde está a *rule of recognition* global?⁴²

IV.

Como a atual discussão sociológica do direito lidaria com a *lex mercatoria* e outras formas do direito global além do Estado? Obviamente, a teoria do direito não pode vincular as práticas jurídicas da *lex mercatoria* às suas definições de *direito* e *não-direito*.⁴³ Mas quem jamais afirmou isso? E naturalmente muitas teorias do direito operam com definições voluntaristas do conceito de *direito*.⁴⁴ No entanto, há modalidades da teoria do direito que partem explicitamente de autodescrições do direito e dessarte vinculam-se, por sua vez, às delimitações da própria práxis jurídica. Observam o direito como um processo que organiza a si mesmo, que define com autonomia os seus próprios limites.⁴⁵ Observam como as operações jurídicas, por sua vez, examinam o mundo. Tal teoria não define por iniciativa própria ou, como se diz, “analiticamente” o que está e o que não está nos limites do direito. Em vez disso, opera como observação de segundo grau. *Observing systems*: uma tal teoria do direito está envolvida nisso, no duplo sentido do termo. O direito é simultaneamente objeto e sujeito de observações. A teoria observa como a práxis jurídica identifica o mundo e a si mesma. Em contrapartida, a práxis jurídica poderia aprender alguma coisa, se fosse informada sobre esse modo da sua própria observação. Poderia redefinir os seus critérios de validade.

Tal teoria não condenaria sem mais nem menos a opinião positivista que coloca a *lex mercatoria* na dependência de atos jurídicos gerados

³⁹ MANN, 1984, p. 197.

⁴⁰ SAVIGNY, 1840, p. 12.

⁴¹ KELSEN, 1960.

⁴² HART, 1961, p. 92ss.

⁴³ MERTENS, 1996, cap. 2.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ LUHMANN, 1993, p. 61.

pelo Estado. A guerra confessional poderia chegar a um termo pacífico – sob a condição de que *global reach* do direito não fosse mais formulado como questão de definição dogmática, mas como empírica, admitindo variações. O nosso *experimentum crucis* seria o seguinte: onde ocorre efetivamente a produção de normas concretas? Na política nacional ou em relações internacionais? Diante de cortes nacionais ou internacionais? Ou em processos econômicos e outros processos sociais, num contexto a-nacional global? A experiência do direito parece admitir a hipótese de que o direito econômico global evolui em todas as três dimensões.⁴⁶ Isso, no entanto, pressupõe uma teoria pluralista da produção da norma, que reconheça a produção de direito por processos políticos, jurídicos e sociais de uma maneira igualitária.⁴⁷

Se, porém, incluirmos adicionalmente a globalização fragmentada por diferentes sistemas sociais na perspectiva de análise, fica simultaneamente claro que uma tal teoria deveria conceder um peso muito distinto aos diferentes tipos de produção da norma. Uma teoria pluralista do direito compreenderia o direito econômico global como um processo extremamente assimétrico de auto-reprodução jurídica. O direito econômico global é uma forma do direito com um centro subdesenvolvido, mas, ao mesmo tempo, uma periferia altamente desenvolvida. Mais precisamente, é uma forma jurídica cujo “centro” foi criado pelas “periferias” e permanece dependente delas.⁴⁸ A *lex mercatoria* representaria, nessa perspectiva, aquela parte do direito econômico global que opera na periferia do sistema jurídico em “acoplamento estrutural” direto com empresas e transações econômicas globais. Ela representa um ordenamento jurídico *paralegal*, criado *à margem* do direito, nas interfaces com os processos econômicos e sociais.⁴⁹

Isso nos colocaria na posição de identificar diversos fenômenos no direito econômico global que possuem – em consonância com as teorias positivistas tradicionais – um fundamento inequivocadamente nacional e internacional. Exemplo disso seria a harmonização do direito econômico por meio de tratados internacionais ou de atos de instituições e tribunais nacionais, que adaptem o seu ordenamento jurídico nacional às exigências globais. Mas qual é o *status* da própria *lex mercatoria*, o caso mais difícil de produção pluralista do direito em bases não-políticas e não-nacionais?

O que observamos aqui é um *discurso jurídico auto-reprodutor de dimensões globais que cerca as suas fronteiras mediante recurso ao código binário “direito/não-direito”* (Recht/Unrecht) e *reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global (não: nacional)*. O primeiro critério – codificação binária – distingue o *direito* global de processos econômicos e outros processos sociais. O segundo – vigência global – delimita o *direito global* de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais. Ambos os critérios são instrumentos da observação de segundo grau, conforme mencionado anteriormente. Assim, o direito observa as suas próprias observações em seus ambientes dos ordenamentos jurídicos nacionais e do sistema social global.

Com essa definição rendemos homenagem ao *linguistic turn* na sociologia e o aplicamos simultaneamente ao “direito no contexto”. Correspondentemente, conceitos-chave da sociologia clássica do direito, como *norma*, *sanção* e *controle social* passam para o segundo plano; seu lugar é assumido pelos conceitos-chave centrais das controvérsias contemporâneas, como *ato de fala*, *énoncé*, *codificação*, *gramática*, *transformação de diferenças* e *paradoxos*.⁵⁰ Elas prometem uma

⁴⁶ Cf. a sistematização do direito econômico internacional em SCHANZE, 1986, p. 34ss.

⁴⁷ LUHMANN, 1993, p. 100ss. e 320ss.; GOTSCHACHNER, 1995; TEUBNER, 1995; e ROBÉ, 1996, cap. 3.

⁴⁸ Sobre a diferenciação interna de centro e periferia, cf. LUHMANN, 1993, p. 320ss.

⁴⁹ BRAECKMANS, 1986.

⁵⁰ Apesar das diferenças entre diferentes teorias jurídicas pós-estruturalistas, causa espécie constatar o quanto os seus conjuntos de instrumentos analíticos se assemelham. Cf. com relação a teorias pós-modernas: LYOTARD, 1983; DERRIDA, 1990; ARNAUD, 1990; LADEUR, 1992; e DOUZINAS & WARRINGTON, 1994; sobre a teoria do discurso: JACKSON, 1988; sobre a teoria crítica: HABERMAS, 1992; WIETHÖLTER, 1989; e LENOBLE & BERTEN, 1990; sobre a teoria sistêmica: LUHMANN, 1993; e SCHÜTZ, 1994 e 1996; e sobre uma variante da teoria do jogo: KERCHOVE & OST, 1988 e 1992.

compreensão mais aprofundada da *lex mercatoria* e do pluralismo jurídico global, além daquela que as categorias da tradicional sociologia do direito podem oferecer.

A *sanção* perde o seu papel tradicional como concepção central para a definição do direito, para a delimitação entre as esferas jurídica e social, e as esferas global e nacional. Naturalmente, esse conceito fora importante para a tradição: na teoria do direito, de Austin (*commands backed by sanctions*), no conceito de *direito*, de Max Weber (administração por uma equipe jurídica profissionalizada), na distinção de Ehrlich entre normas jurídicas e normas não-jurídicas, e, finalmente, no behaviorismo da teoria jurídica de Geiger (alternativa obediência à norma/sanção).⁵¹

Porém, nos debates atuais, as sanções são percebidas mais no papel de um apoio *simbólico* da normatização.⁵² A realidade simbólica da vigência jurídica não é mais definida por intermédio de sanções. Também na discussão em torno da *lex mercatoria*, o fato de esse tipo de direito desconhecer sanções jurídicas autônomas, embora dependa das sanções impostas por tribunais nacionais, sempre foi usado como argumento contra o seu papel autonomamente global.⁵³ Esse argumento, entretanto, sobreestima em muito a relevância de sanções. De importância decisiva, é como o discurso jurídico concreto comunica a sua pretensão de vigência. Se um discurso jurídico especializado reivindica vigência mundial do mesmo modo que o discurso econômico, é irrelevante de onde vêm o apoio simbólico da sua pretensão de vigência como sanção, seja de instituições locais ou regionais seja de instituições nacionais.

De maneira bastante similar, as “normas” perdem a posição estratégica que outrora ocuparam como elementos-chave do direito.⁵⁴ Em vez de regras jurídicas, os elementos propriamente ditos do ordenamento jurídico passam a ser, no

curso da transformação da “estrutura” em “processo”, os *énoncés*, eventos comunicativos e atos jurídicos. Depois de longo debate, verificou-se que não faz sentido buscar um critério para a distinção entre normas sociais e normas jurídicas. A transformação decisiva não pode ser encontrada nas características inerentes às regras, mas na sua introdução constitutiva no contexto de diferentes discursos. As regras transformam-se em regras jurídicas assim que são referidas em atos comunicativos ao código binário direito/não-direito e produzem microvariações na estrutura jurídica.

Como já foi dito, o fato da relativa indeterminação por regras foi usado na discussão em torno da *lex mercatoria* como argumento contra a sua posição independente.⁵⁵ Mas a determinação por regras é um critério enganoso. Decisiva não é a existência de um corpo bem elaborado de regras; muito pelo contrário, está em pauta um processo auto-organizado de constituição recíproca de atos e estruturas jurídicas.⁵⁶

O conceito de *controle social* é igualmente um meio insuficiente, se quisermos identificar os elementos de um discurso jurídico autônomo. O atual pluralismo jurídico tende a substituir o fator propriamente jurídico pelo controle social.⁵⁷ De acordo com essa leitura, a *lex mercatoria* abrangeria, como forma de controle social, tanto usos e práticas comerciais mundiais quanto padrões de transações e a rotina organizacional de empresas multinacionais. Ela iria a ponto de incluir necessidades puramente econômicas e o mero exercício do poder em mercados internacionais. Mas se o pluralismo jurídico abrangesse tudo o que serve à função do controle social, ele seria idêntico a um pluralismo que compreende qualquer coação social.⁵⁸

Por que, no entanto, deveríamos definir o pluralismo jurídico exclusivamente segundo a função do controle social,⁵⁹ e não, conforme ar-

⁵¹ AUSTIN, 1954, p. 13ss.; WEBER, 1972; EHRLICH, 1989; e GEIGER, 1987, p. 68ss.

⁵² Cf. LUHMANN, 1983, cap. II.3, e 1993, p. 134ss.

⁵³ Cf. *e.g.* BAR, 1987, p. 80ss.

⁵⁴ KELSEN, 1960; e HART, 1961.

⁵⁵ LANGEN, 1973; BERMAN, 1983, p. 51; DAVID, 1977, p. 51; BAR, 1987, p. 79; MUSTILL, 1987; e SANDROCK, 1989, p. 77.

⁵⁶ Mais detalhes em TEUBNER, 1995.

⁵⁷ GRIFFITHS, 1986, p. 50, nota 41, e 1995.

⁵⁸ COHEN, 1983, p. 101.

⁵⁹ GRIFFITHS, 1986, p. 50.

gumentam as teorias da *private justice*,⁶⁰ consoante a função da solução de conflitos? Por que as funções da “coordenação da conduta”, “acumulação do poder” ou “regulação privada”, que ressaltam teorias do *private government*, não deveriam ser aduzidas para a definição do pluralismo jurídico? E por que não os critérios *disciplina* e *punição*, segundo os quais cada mecanismo, mesmo minúsculo, do poder de exercício da coação, que influi na vida social, estaria englobado?⁶¹ Cada um desses critérios de delimitação conduziria os diferentes mecanismos sociais em mercados globais e empresas multinacionais para dentro do âmbito de investigação do pluralismo jurídico. Uma análise funcional dessa espécie não se presta à distinção entre os fatores jurídico e não-jurídico no âmbito da *lex mercatoria*.

Se, no entanto, acompanharmos o *linguistic turn*, o centro da análise desloca-se não apenas da estrutura para o processo, da norma para a ação, da unidade para a diferença, e sim – com o maior significado para a identificação do fator especificamente jurídico – da função para o código.⁶² Essa mudança de foco não só ressalta o caráter dinâmico do pluralismo jurídico, mas simultaneamente delimita o fator jurídico nitidamente de outros tipos da ação social. O pluralismo jurídico, então, não estará mais definido por um grupo de normas sociais conflitantes num determinado campo social, mas como coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito.

As exigências à ação econômica racional estariam excluídas tanto quanto as normas da lógica política, o mesmo ocorrendo com as meras convenções com relação às normas morais, aos padrões de transações ou às rotinas organizacionais. Porém, assim que tais fenômenos não-jurídicos forem observados com ajuda da *distinction directrice* direito/não-direito, assim que forem ajuizados por via da invocação – implícita ou ex-

plícita – do código jurídico, eles serão constituídos como fenômenos jurídicos – em todo o espectro do pluralismo jurídico, desde o direito oficial do Estado até o direito não-oficial dos mercados mundiais.

Para evitar mal-entendidos, deveríamos acrescentar de imediato que o código binário direito/não-direito não deve ser compreendido como sinônimo do direito estatal. Esse modo de apreciação também não tem nada a ver com *legal centralism*,⁶³ pois rejeita categoricamente toda e qualquer exigência do direito oficial do Estado-nação, das Nações Unidas ou de instituições internacionais a uma posição hierarquicamente superior. Muito pelo contrário, ele parte de uma heteroarquia⁶⁴ de diferentes discursos jurídicos, cujo caráter genuinamente jurídico não deve ser reconhecido apenas pela sociologia ou pela teoria do direito, como também pela dogmática jurídica.

Um direito econômico global faria, assim, parte do conjunto de discursos jurídicos fragmentados que, na forma do direito estatal, das normas de direito internacional, mas também de regras da *private justice* ou de prescrições de *private government*, desempenham um papel no processo dinâmico da constituição recíproca de ações e estruturas na vida social global. E não é o direito dos Estados-nações, e sim a encarnação simbólica de pretensões de validade o que define a natureza local, nacional ou global de discursos jurídicos fragmentados. Os diversos sistemas de pluralismo jurídico produzem constantemente expectativas normativas, mas simultaneamente excluem meras convenções sociais ou normas morais como não fundamentadas no código direito/não-direito. Elas podem também servir a diferentes funções: controle social, regulação de conflitos, estabilização de expectativas, coordenação de conduta ou disciplinamento físico ou mental. A dimensão “especificamente jurídica” no pluralismo jurídico local ou global não reside

⁶⁰ HENRY, 1983.

⁶¹ FOUCAULT, 1975; e FITZPATRICK, 1992.

⁶² Cf. LADEUR, 1992; LUHMANN, 1993, cap. 2; TEUBNER, 1995.

⁶³ GRIFFITHS, 1986, p. 2ss.

⁶⁴ NT: o termo ainda não está dicionarizado, mas é corretamente formado (v. HOUAISS: “heteroagressão”, “heteroátomo”) e, conforme o leitor logo verá, antônimo de *autarquia*.

na estrutura nem na função das expectativas, mas na observação secundária sobre o código binário.

V.

Até agora vimos que uma teoria do pluralismo jurídico está em condições de identificar fenômenos jurídicos autônomos “apátridas” (*staatenlose Rechtsphänomene*) no plano global, mesmo sem o recurso legitimador ao direito estatal (ou interestatal). Mas com isso permanece ainda sem resposta a seguinte questão: como se pode conceber que, sem a existência de um sistema político global ou de instituições jurídicas globais, um discurso jurídico fundado na codificação binária e com pretensão de validade global se estabeleça sem fundamentação em um direito nacional? A resposta à pergunta sobre o *take-off* de um direito global sem um Estado é a seguinte: o direito econômico global é constituído de modo paradoxal. Fundamenta a sua validade no paradoxo da autovalidação do contrato. Se for possível “explicitar” esse paradoxo da auto-referencialidade contratual, um direito econômico global poderá ser colocado exitosamente em marcha.⁶⁵

No âmbito da *lex mercatoria*, a práxis contratual ultrapassa as fronteiras nacionais e transforma a produção jurídica puramente nacional em produção jurídica global: inúmeras transações internacionais individuais, contratos padronizados de associações profissionais internacionais, contratos pré-formulados de organizações internacionais e projetos de investimentos em países em desenvolvimento. Assim que tais contratos reivindicam vigência transnacional, eles não só estão separados das suas raízes no direito nacional, como também perdem toda sustentação em qualquer ordenamento jurídico. Isso poderia resultar em conseqüências funestas. Não só os juristas consideram impensáveis contratos sem fundamento jurídico. Não é apenas um axioma jurídico que cada contrato deve estar enraizado em um ordenamento jurídico previamente existente: também os sociólogos haverão de lançar, ao lado dos juristas, ataques contra um *contrat*

sans loi. Desde Émile Durckheim, a grande crítica sociológica de toda e qualquer autonomia contratual insistiu que a força vinculante do contrato assentasse num contexto social mais amplo.⁶⁶

Diante de uma *lex mercatoria* sem fundamentação num ordenamento jurídico, os representantes da sociologia do direito fariam a seguinte pergunta: em que consistem os “pressupostos não-contratuais” da celebração de contratos globais? Porventura nos próprios contratos? No entanto, esse parece ser um beco sem saída, pois cada autocolocação em vigor de um contrato conduz automaticamente a um paradoxo – o da auto-referência, versão contratualista do paradoxo do cretense mendaz.⁶⁷ Sua variante positiva (“Acordamos que o nosso acordo tem validade”) equivaleria a uma pura e simples tautologia. Já em sua variante negativa (“Acordamos que o nosso acordo não tem validade”), estamos diante do típico paradoxo auto-referencial que conduz tão somente à oscilação sem fim (válido – inválido – válido...) e ao bloqueio. O resultado é a impossibilidade de tomar uma decisão. Em virtude sobretudo desse paradoxo subjacente, os juristas e sociólogos declaram inconcebíveis os contratos que se autocolocam em vigor, operando, assim, a *reductio ad absurdum* da *lex mercatoria*.

Mas a práxis social é mais criativa do que os sonhos aos quais a dogmática jurídica e a teoria social se integram. Na condição de *kautelearjurisprudenz*,⁶⁸ a prática de contratos internacionais encontrou possibilidade de esconder de tal modo o paradoxo de contratos que colocam em vigor a si mesmos, que tais contratos tornam possível o aparentemente impossível, isto é, contratos globais criando para si mesmos os seus fundamentos não-contratuais. Essas práticas desenvolveram três métodos de dissolução do paradoxo – a temporalização, a hierarquização e a externalização –,

⁶⁶ DURCKHEIM, 1977, cap. 7.

⁶⁷ Cf. DUPUY & TEUBNER, 1990.

⁶⁸ NT: dicionários brasileiros e portugueses (Plácido e Silva, João Melo Franco & Herlander Antunes Martins, Ana Prata, Othon Moacir Sidou etc.) não explicam esse termo, sucintamente apresentado no clássico dicionário alemão *Rechtswörterbuch* (originalmente fundado por Carl Creifelds): “conceito do direito romano. Antes da Lei das Doze Tábuas, o estudo do direito, a sua configuração e a jurisprudência foram quase sempre da alçada dos sacerdotes, que desenvolveram

⁶⁵ TEUBNER, 1996b.

que se apóiam reciprocamente e permitem ao direito global da periferia construir o seu próprio centro, sem invocar a ajuda do Estado.

Empiricamente a dissolução perfeita do paradoxo pode ser comprovada com base em tais transações internacionais que constroem um assim chamado *closed circuit arbitration*.⁶⁹ Trata-se de um contrato auto-regulador que transcende a simples relação de intercâmbio econômico, na medida em que cria um ordenamento jurídico privado autônomo com pretensão de validade universal. Ao lado de regras substantivas, tais contratos contêm também prescrições que remetem a solução de conflitos a uma corte arbitral, simultaneamente idêntica ao grêmio que originariamente criou o contrato modelo. Nisso consiste o *closet circuit*.

Esses contratos erigem, num primeiro momento, uma *hierarquia* interna de regras contratuais. Ela não é feita somente de regras primárias, no sentido de Hart,⁷⁰ destinadas a regular a conduta futura das partes, mas contém também regras especiais, mediante as quais assegura o procedimento de identificação de regras primárias e controla a sua interpretação e os procedimentos de solução de conflitos. Assim, o paradoxo da autocolocação em vigor continua subsistindo, apesar de ser “explicitado” pela separação de planos hierárquicos, os planos das normas e das metanormas. As metaregras são autônomas diante das regras, embora ambas tenham a mesma origem contratual. Isso quer dizer que a hierarquia é perfeitamente *tangled*, no sentido de que os pla-

nos se entrelaçam, mas não impede as normas de grau superior de monitorar as de grau inferior.⁷¹

Em segundo lugar, tais contratos *temporalizam* o paradoxo e transformam a sua circularidade da autovalidação contratual em um processo contínuo de atos jurídicos, uma seqüência da constituição recorrente recíproca de atos jurídicos e estruturas jurídicas. Cada contrato possui um componente prospectivo e um componente retrospectivo. Na medida em que remete, retrospectivamente, a um conjunto de regras já existentes e, prospectivamente, a soluções de conflitos futuros, ele mesmo se torna um elemento de um processo em continuação permanente, auto-reprodutor, no qual a rede reproduz continuamente novos elementos sistêmicos.

Em terceiro lugar, e esse é o ponto mais importante, o contrato auto-referencial vale-se da técnica da dissolução de paradoxos mediante a *externalização*. Ele externaliza a inevitável autovalidação do contrato, uma vez que atribui o ajuizamento das condições de validade e a solução de conflitos futuros a instituições externas, não-contratuais, que no entanto são “contratuais”, pois meros produtos internos do próprio contrato. Uma dessas instituições autocriadas são os tribunais de arbitragem, aos quais compete o ajuizamento da validade de contratos, apesar de a sua própria legitimação assentar justamente nos mesmos contratos cuja validade eles devem ajuizar. Nesse ponto, o círculo vicioso da autocolocação em vigor do contrato revela-se o círculo estável da dirimção contratual de litígios. Uma relação interna circular é transformada, dessa maneira, em relação externa. Descobrimos, na relação circular entre os dois pólos institucionais do contrato e da corte arbitral, *mecanismos reflexivos*⁷² como base de um sistema jurídico autônomo.

Elementos nucleares do emergente discurso jurídico global são o uso de um código binário especializado, a distinção entre direito e não-direito e o processamento de um símbolo de validade não-nacional, até mesmo internacional, jus-

nas esferas sacra bem como secular formulários para negócios e processos, prestavam informações e elaboravam pareceres sobre matérias de direito. No tocante aos negócios jurídicos privados, juristas laicos oriundos do patriciado passaram mais tarde a assumir essa atividade, nomeadamente no tocante à formulação das condições dos contratos (cautelas); por meio dessa assim chamada jurisprudência cautelar, eles deram início à primeira época do direito romano. Hoje o conceito é usado freqüentemente para designar a configuração de relações jurídicas mediante o uso de acordos pré-formulados ou de “condições gerais de contratação”, genericamente também para designar a atividade previdente, planejadora, configuradora de contratos, desenvolvida pelos operadores do direito (especialmente pelos tabeliães, advogados, juristas especializados em matérias econômicas), em oposição à atividade forense” (KAUFFMANN, H. [ed.]. *Rechtswörterbuch*. 11. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, p. 639).

⁶⁹ CREMADES & PLEHN, 1984, com documentação comprobatória adicional.

⁷⁰ HART, 1961, p. 77ss.

⁷¹ HOFSTADTER, 1979, p. 648ss., e 1985, p. 70ss.; e SUBER, 1990.

⁷² STEIN 1995, p. 164ss.

tamente global. Uma outra externalização, ao lado dessa constituição contratual de instâncias com aparência de tribunais (*Quasi-Gerichte*), consiste na qualificação contratual como instituições por assim dizer legislativas (*quasi-legislative Institutionen*), como a Câmara de Comércio Internacional, em Paris, a associação jurídica internacional, em Londres, a Comissão Marítima Internacional, em Antuérpia, ou outros tipos de associações comerciais internacionais. Desse modo, celebrações de contratos transnacionais criam *ex nihilo* um triângulo institucional de *jurisprudência, legislação e contrato*, funcionando de modo circular simultaneamente como fundamento não-contratual do contrato global.

Por que justamente a externalização pela via de mecanismos reflexivos⁷³ é tão importante para a criação de um direito global autônomo? Ela não desconstitui o paradoxo da autovalidação contratual, mas gera simultaneamente uma dinâmica interativa entre as versões *oficial e não-oficial* do direito global, característica do direito moderno, pois introduz uma diferenciação interna entre a produção jurídica organizada e espontânea que produz o equivalente funcional da separação do direito contratual-judicial e do ordenamento contratual com autonomia privada.⁷⁴ Desse modo, as cortes de arbitragem e a legislação privada alteram dramaticamente o papel do próprio contrato internacional, uma vez que tanto a corte arbitral quanto as cláusulas gerais do contrato baseiam-se, elas mesmas, no contrato, por transformarem os direitos e deveres contratuais em “direito não-oficial”, posteriormente controlado e disciplinado pelo “direito oficial” das cortes de arbitragem. Cortes arbitrais privadas e legislação privada tornam-se, assim, o centro de um sistema decisório que começa a erigir uma hierarquia de normas e instâncias decisórias. Isso possibilita a reflexividade da *lex mercatoria*.⁷⁵

O discurso jurídico global fundamenta-se, dessa maneira, no paradoxo da autovalidação contratual e diferencia-se em um ordenamento

jurídico oficial e em um ordenamento jurídico não-oficial. No entanto, contrariamente à afirmação dos defensores de uma *lex mercatoria*, isso não tem nada a ver com o direito consuetudinário, pois, em termos já meramente empíricos, o discurso jurídico global não assenta em práticas nobilitadas por uma *opinio iuris*.⁷⁶ Como outras formas jurídicas, não-consuetudinárias, ele assenta em decisões de instituição “positiva” do direito nas formas de *legislação privada, jurisprudência e contrato*. À guisa de segurança, acrescentemos o seguinte: existem evidentemente usos e costumes introduzidos como “práticas comerciais” nos contratos. Mas essa espécie de direito consuetudinário só desempenha um papel bastante limitado diante do direito positivado da *lex mercatoria*.

Também deveria ter ficado claro que a *lex mercatoria* não pode ser equiparada a um *droit corporatif*. No mercado mundial não existe nada semelhante a uma corporação abrangente a controlar os seus membros. Naturalmente há organizações formalmente estruturadas, profissionais em áreas parciais, mas não existe nenhuma instituição comercial estruturada de modo abrangentemente que possa regulamentar um direito organizacional interno sobre os mecanismos da filiação, do ingresso e do desligamento. Fontes formais da validade jurídica são as transações individuais do mercado mundial não constituído como organização formal.

Por fim, a *lex mercatoria* também não apresenta muitos traços comuns com o *contrat sans loi* concebido por alguns representantes do direito internacional.⁷⁷ Certamente o contrato, e não o direito nacional, é o mecanismo decisivo da transferência de validade, dos usos e costumes comerciais ou qualquer forma de corporativismo global. Por outro lado, esses autores continuam ainda procurando a legitimação do contrato autorregulador no direito nacional: “É apenas lógico [!] que se os ordenamentos jurídicos nacionais permitem às partes de um contrato internacional optar pelo direito aplicável a esse contrato, eles

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Cf. LUHMANN, 1993, p. 320ss.

⁷⁵ STEIN, 1995, p. 164ss.

⁷⁶ BERMAN, 1983, p. 50ss.

⁷⁷ SCHMITTHOFF, 1964 e 1982; CREMADES & PLEHN, 1984, p. 328ss.; e MERTENS, 1996, cap. 2.

também devem admitir que as partes configurem as suas determinações contratuais em si mesmas de forma tão completa que praticamente não reste mais nenhum espaço para a aplicação do direito nacional”.⁷⁸

Salta aos olhos que isso não é “lógico”. A concessão de um direito à opção pelo direito aplicável de modo nenhum significa simultaneamente também a licença para a criação de um novo direito anacional fora do ordenamento jurídico nacional. A *comitas* de Estados-nações soberanos remete outros ordenamentos jurídicos nacionais, mas não ordenamentos jurídicos não-nacionais. Em oposição a uma tal petição de princípio, o nosso conceito de *pluralismo jurídico global* assenta no fundamento de duas hipóteses muito mais radicais do que uma delegação implícita de poder estatal.

A primeira delas diz respeito à tradicional doutrina da fonte do direito. O contexto global, no qual nenhum ordenamento jurídico já existente constitui uma fonte de validade de contratos globais, força-nos a reconhecer o próprio contrato como fonte de direito, em grau hierárquico igual ao lado do direito judicial e da legislação. Já a segunda hipótese refere-se à legitimidade do direito. “Regras de reconhecimento” não necessariamente devem ser produzidas de modo hetero-referencial por um ordenamento jurídico independente, de caráter público, e depois aplicadas a arranjos contratuais privados. Vivenciamos aqui uma situação “autolegitimadora”, só comparável à de revoluções autênticas, nas quais também a violência da primeira diferenciação produz efeitos de criação de direito. “*In ogni violenza vi è un carattere di creazione giuridica.*”⁷⁹ Evidentemente essa revolução silenciosa da *lex mercatoria* – como todo e qualquer direito que tem por base num ato revolucionário – depende do reconhecimento por outros ordenamentos jurídicos. No entanto, tendo em vista a questão da validade, isso é tão-somente um problema secundário. O

reconhecimento não é constitutivo da existência de um ordenamento jurídico.

VI.

Equivaleria a um mal-entendido prenehe de conseqüências chegar, na comparação entre a *lex mercatoria* e um ordenamento jurídico nacional, ao resultado de caracterizar as diferenças entre ambos como “fraquezas” inerentes à *lex mercatoria*, com o resultado de que ela seria um ordenamento jurídico ainda subdesenvolvido no plano global.⁸⁰ A assimetria de um centro institucional fraco, dependente de uma periferia econômica forte, é mais do que um assunto apenas transitório: deve ser retro-referido a mercados e empresas globais, por um lado, e a políticas regionais com uma rede apenas internacional, por outro. Em razão disso, podemos esperar que o discurso de um direito econômico global atinja, por si só, uma estabilidade dinâmica, desenvolvendo uma lógica interna específica, nitidamente distinta dos ordenamentos jurídicos nacionais:

1. *Acoplamento estrutural com processos econômicos globais*: eis o principal traço distintivo da *lex mercatoria*. Trata-se de uma área do direito que cresce e se transforma em correspondência com as transações econômicas globais.⁸¹ Por isso, é extremamente vulnerável à inunção dos interesses e ao exercício do poder por parte dos atores econômicos. Com base no isolamento apenas reduzido da sua paraleglação e parajurisprudência aparentes (*Quasi-Gesetzgebung und Quasi-Rechtsprechung*), a autonomia e a independência relativas alcançadas no passado pelos ordenamentos jurídicos nacionais provavelmente não serão atingidas aqui. Também no futuro, a *lex mercatoria* continuará sendo, nesse sentido, um direito corrupto. Ao mesmo tempo, a falta de autonomia torna esse ordenamento jurídico vulnerável a ataques políticos à sua legitimidade política.⁸²

2. *Caráter episódica*: sistemas auto-reprodutores consistem de episódios interagentes liga-

⁷⁸ SCHMITTHOFF, 1964, p. 69.

⁷⁹ RESTA, 1984, p. 10, e 1985, p. 59ss.

⁸⁰ VIRALLY, 1982, p. 385; SIEHR, 1985, p. 117.

⁸¹ BRAECKMANS, 1986.

⁸² JOERGES, 1974, p. 41; e BONELL, 1978.

dos entre si por um segundo círculo comunicativo (prejulgados, dogmática, codificação), representando o mecanismo evolutivo da estabilização.⁸³ Esse é o tendão de Aquiles da *lex mercatoria*. Ela consiste de episódios concatenados de modo relativamente tênue. Encontramos uma multiplicidade de regimes contratuais, cuidadosamente elaborados, que – como nos projetos de investimentos em países em desenvolvimento⁸⁴ – podem ganhar extrema importância para a economia e a política de uma região inteira. Entretanto, os vínculos entre esses regimes feudais contratuais são relativamente tênues, de modo que o Império global do direito se assemelha um pouco à colcha de retalhos do Sacro Império Romano de Nação Germânica, um conjunto não-coordenado de muitos pequenos domínios. Os vínculos principais entre eles sempre se produzem por organizações privadas responsáveis pela formulação de contratos-tipo.⁸⁵

Cortes arbitrais também são fortes na produção de episódios e relativamente fracas na sua interligação. Há certos indícios da formação de um sistema em matérias arbitrais, começando com a publicação de sentenças arbitrais fundamentadas, primeiros sinais de um sistema de prejulgados.⁸⁶ “O fluxo permanente de decisões arbitrais nutre um novo ordenamento jurídico que descende dos negócios internacionais e está dimensionado especificamente às suas necessidades. Costumes e regras profissionais são juridificadas na medida em que se tornam fundamento de decisões arbitrais.”⁸⁷

Existem, por outro lado, obstáculos estruturais para o desenvolvimento de um *case-law*, bem como para a formação de uma hierarquia de cortes arbitrais que possam produzir uma coerência no interior do segundo círculo comunicativo. Por esse motivo, as perspectivas de uma evolução jurídica independente da *lex mercatoria* são bastante ruins, pois tal evolução teria como

pressuposto a independência de mecanismos jurídicos de variação e seleção. Ocorre que a variação e a seleção autônomas da *lex mercatoria* são tão subdesenvolvidas que o detalhamento desse direito deverá ficar a reboque da evolução externa do sistema econômico, sem, contudo, engendrar uma evolução autônoma.⁸⁸

A longo prazo, as concatenações de episódios da *lex mercatoria* se reforçarão onde for possível, de modo a permitir o início de uma evolução jurídica autônoma, dependente do caminho. Mas podemos prognosticar desde já que tais concatenações de episódios distinguir-se-ão nitidamente dos seus correspondentes nacionais – hierarquias de tribunais, legislação parlamentar. Como foi dito anteriormente, delinea-se nos dias atuais uma tendência ao sistema de prejulgados e *stare decisis* das sentenças arbitrais internacionais. E é digno de nota como a falta de uma hierarquia judiciária “vertical” institucionalizada fica compensada pela observação “horizontal” recíproca das cortes arbitrais e pela crescente dominância dos *Big Three* da arbitragem internacional – a *Chambre de Commerce International*, *United States Claims Tribunal* e o *International Center for Settlement of Investment Disputes*.⁸⁹ O que isso significa? Hierarquias organizacionais tradicionais dos tribunais são substituídas por redes heteroárquicas e hierarquias de reputações.

Tampouco as concatenações tipicamente político-parlamentares de episódios judiciais, próprias do direito nacional, se repetirão no plano global. Uma concatenação de episódios no plano global será realizada antes pelos regimes dos *private governments*, por organizações associativistas econômicas e profissionais e por toda uma rede amplamente ramificada de organizações internacionais de natureza privada ou pública. No futuro, uma multiplicação desses tipos específicos de concatenações de episódios poderá levar a uma situação na qual a diferenciação interna da *lex mercatoria* será mais uma vez nitidamente potenciada, ensejando, por força da estabiliza-

⁸³ TEUBNER, 1987 e 1989b, cap. 3.

⁸⁴ Cf. SCHANZE, 1986.

⁸⁵ SCHMITTHOFF, 1982; e STEIN, 1995, cap. 3.

⁸⁶ CARBONNEAU, 1985; PAULSSON, 1990; BERGER, 1992; e STEIN, 1995, p. 165ss.

⁸⁷ CREMADES, 1983, p. 533.

⁸⁸ Sobre a evolução interna e externa do direito, cf. TEUBNER, 1989b, cap. 4.

⁸⁹ STEIN, 1995, p. 167

ção e separação de mecanismos de variações de normas, seleção de decisões e retenção de dogmas, uma evolução jurídica autônoma com relação ao seu entorno econômico.

3. *Soft Law*: a substância normativa da *lex mercatoria* é extremamente indeterminada. Em vez de normas jusprivatistas concretas, ela produz uma série de princípios abertos cuja aplicação se altera segundo o caso.⁹⁰ Essa é uma das razões pelas quais alguns juristas negam-se a atribuir-lhe a qualidade de um ordenamento jurídico.⁹¹ Porém, os argumentos precedentes deverão ter mostrado onde se localiza o erro categorial: procura-se um corpo de regras como essência de um ordenamento jurídico autônomo, em vez de observar o processo de comunicação que processa o símbolo de validade em conformidade com o código jurídico binário. Não obstante todas as tentativas de codificar as normas jurídicas do direito econômico global,⁹² justamente a flexibilidade da *lex mercatoria* é digna de nota: trata-se antes de um direito de valores e princípios do que de um direito de estruturas e formas.⁹³ Será a flexibilidade sinal de força ou de fraqueza? Uma vez mais, não deveríamos vê-la como uma desvantagem, e sim como uma característica do direito mundial. Ela é a compensação pela impossibilidade de implementar o direito mundial. Torna esse ordenamento jurídico mais maleável e adaptável a condições gerais em via de transformação, e a *lex mercatoria* mais adequada a uma uniformização global do direito. E a deixa relativamente resistente à destruição simbólica, no caso do desvio da norma. A estabilidade é o resultado da sua disposição a ceder. A *lex mercatoria* é *soft law*, mas não um direito fraco.

VII.

No entanto, a sua origem e o seu caráter apolíticos não podem preservar a *lex mercatoria* de uma repolitização no longo prazo. Muito pelo contrário: a juridificação das relações econômicas

representa um inequívoco desafio à ingerência da política. Embora seja extremamente difícil para a política, nos planos nacional e internacional, “dirigir” processos econômicos globais ou empresas multinacionais, as coisas mudam drasticamente com o ingresso da juridificação formal. Tão logo o mecanismo contratual tiver produzido o acoplamento estrutural do direito e da economia, a política tenderá a servir-se desse acoplamento para os seus próprios fins. Isso pode ser observado no caso da *lex mercatoria*, que não logrou subtrair-se à ingerência da política internacional. No futuro, essa ingerência provavelmente será mais dura.⁹⁴

Por duas razões a *lex mercatoria* não poderá permanecer no seu estatuto idílico de sistema jurídico criado em regime privado. Em primeiro lugar, por causa da renacionalização: quanto mais o problema da competitividade de economias nacionais ou de blocos regionais ocupar o primeiro plano da política internacional, tanto mais a *lex mercatoria* também se verá pressionada a adaptar-se às políticas econômicas nacionais. Um bom exemplo é a evolução do direito internacional de propriedade intelectual. Em cada caso, a *lex mercatoria* se tornará uma esfera abertamente politizada, na qual o papel político de organizações internacionais passará a ocupar o primeiro plano. A segunda razão é o conflito Norte-Sul: a discussão sobre a “nova ordem econômica mundial” produziu efeitos sobre o direito econômico global. Isso se pode ver *e.g.* nas codificações da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o direito de compra e venda (*Kaufrecht*) ou nos contratos pré-formulados pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa.

Contudo, trata-se sempre de mecanismos de repolitização que são, para a *lex mercatoria*, o “entorno”. Ocorre que a política da *lex mercatoria* somente experimentará uma transformação substancial se também os mecanismos internos desse mecanismo global de criação de direito forem politizados: se também as estruturas e os

⁹⁰ HOFFMANN, 1987, p. 22ss.; e MUSTILL, 1987.

⁹¹ BAR, 1987, p. 79.

⁹² UNIDROIT, 1994.

⁹³ MEYER, 1994, p. 128ss.

⁹⁴ Cf., a respeito, JOERGES, 1974, p. 41; BONELL, 1978; KARNELL, 1985; BÉGUIN, 1985; e STEIN, 1995, p. 247ss.

processos internos da geração do direito – as instâncias instituidoras de direito nas organizações internacionais privadas e a composição e os pro-

cedimentos dos tribunais de arbitragem – entram mais no campo visual do debate e controle públicos.

Referências Bibliográficas

- ARNAUD, A.-J. "Legal interpretation and sociology of law at the beginning of the post-modern era". *Oñati-Proceedings*, 2: 173-192, 1990.
- AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence*. London: Weidenfels & Nicholson, 1954.
- BAKER, J.H. "The law merchant and the common law before 1700". *Cambridge Law Journal*, (38): 295-322, 1979.
- BAR, C. *Internationales Privatrecht I*. Munique: Beck, 1987.
- BÉGUIN, J. "Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international?". *McGill Law Journal*, 30: 478-538, 1985.
- BERCUSSON, B. "Globalizing labor law: transnational private regulation and countervailing actors". In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996.
- BERGER, K.-P. "The international arbitrator's applications of precedents". *Journal of International Arbitration*, 9: 4-22, 1992.
- BERMAN, H.J. "The law of international commercial transactions (*lex mercatoria*)". In: SURREY, W.S. & WALLACE JR., D. (eds.). *Lawyer's Guide to International Business Transactions: the law of international commercial transactions (lex mercatoria)*. Philadelphia: American Law Institute/American Bar Association, 1983.
- BIANCHI, A. "Globalization of human rights: the role of non state actors". In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, cap. 7, 1996.
- BONELL, M.J. "Das Autonome Recht des Welthandels. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte". *Rabels Zeitschrift*, 42: 485-506, 1978.
- BRAECKMANS, H. "Paralegale normen en *lex mercatoria*". *Tijdschrift voor Privatrecht*, 23: 1-70, 1986.
- CARBONNEAU, T.E. "Rendering arbitral awards with reasons: the elaboration of a common law of international transactions". *Columbia Journal of Transnational Law*, 23: 579-614, 1985.
- COHEN, S. "Social-control talk: telling stories about correctional change". In: GARLAND, D. & YOUNG, P. (eds.). *The Power to Punish*. London: Heinemann, 1983.
- CREMADES, B.M. "The impact of international arbitration on the development of business law". *American Journal of Comparative Law*, 31: 526, 1983.
- CREMADES, B.M. & PLEHN, S.L. "The new *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions". *Boston University International Law Journal*, 2: 317-348, 1984.
- DAVID, R. "Le droit du commerce international: une nouvelle tache pour les législateurs ou une nouvelle '*lex mercatoria*'". *New Directions in International Trade Law* [atas]. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit). Nova York: Oceana, 1977.
- DELAUME, G.R. "Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the *lex mercatoria*". *Tulane Law Review*, 63: 575-611, 1989.
- DERRIDA, J. "Force of law: the mystical foundation of authority". *Cardozo Law Review*, 11: 919-1.046, 1990.
- DEZALAY, Y. & GARTH, B. "Merchants of law as moral entrepreneurs". *Law & Society Review*, 29: 12-27, 1995.
- DOUZINAS, C. & WARRINGTON, R. *Justice Miscarried: ethics and aesthetics in law*. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.
- DUPUY, J.-P. & TEUBNER, G. (eds.). *Paradoxes of Self-Reference in the Humanities, Law and the Social Sciences*. Stanford: Anma Libri, 1990.
- DURKHEIM, E. *Über die Teilung der sozialen Arbeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977.
- EHRlich, E. [1913]. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* 4. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

- ESSER, J. *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. Festschrift für Fritz von Hippel*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1967.
- FERMAN, L.A., HENRY, S. & HOYMAN, M. *The Informal Economy*. Beverly Hills/Londres/Nova Déli: Sage Publications, 1987.
- FITZPATRICK, P. "The impossibility of popular justice." *Social and Legal Justice*, 1: 199-215, 1992.
- _____. Law and societies. *Osgoode Hall Law Journal*, 22: 115-138, 1984.
- FLOOD, J. & SKORDAKI, E. "Mega-insolvencies: informal rule-making by accountants and lawyers." In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996.
- FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir: la naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- FOUCHARD, P. "La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français." In: KLEIN, F. & VISCHER, F. (eds.). *Colloque de Bâle sur la Loi Régissant les Obligations Contractuelles*. Basileia, 1983.
- _____. *L'arbitrage Commercial International*. Paris: Dalloz, 1965.
- FREITAG, H.O. *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- GEIGER, T. [1964]. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 4. ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand/Duncker & Humblot, 1987.
- GESSNER, V. "Global approach in the sociology of law: problems and challenges." *Journal of Law and Society*, Oxford, 22, 1995.
- GIDDENS, A. *The Consequences of Modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- GOLDMAN, B. "Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*." *Festschrift Pierre Lalive*, Basel/Frankfurt, 241-255, 1993.
- _____. "The applicable law: general principles of law – the *lex mercatoria*." In: LEW, J.D.M. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: The Eastern Press, 1986.
- _____. "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives." *Journal du Droit International (Clunet)*, (106): 475-505, 1979.
- _____. "Frontières du droit et 'lex mercatoria'." *Archives de Philosophie du Droit*, 9: 177-192, 1964.
- GOTSBACHNER, E. *Informelles Recht: politik und konflikt normativer ordnungen*. Frankfurt: Lang, 1995.
- GRIFFITHS, J. "Legal pluralism and the theory of legislation – with special reference to the regulation of euthanasia." In: PETERSEN, H. & ZAHLE, H. (eds.). *Legal Polycentricity: consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth, 1995.
- _____. "What is legal pluralism?." *Journal of Legal Pluralism*, 24: 1-55, 1986.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961.
- HAURIOU, M.E. *À la Source du Droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris: Blond et Gay, 1933.
- HENRY, S. *Private Justice*. Boston: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- HIGGINS, R. *Problems & Process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon, 1994.
- HIGHET, K. "The enigma of the *lex mercatoria*." *Tulane Law Review*, 63: 613-628, 1989.
- HOFFMANN, B. von. "Grundsätzliches zur Anwendung der 'lex mercatoria' Durch Internationale Schiedsgerichte." In: SCHURIG, K. & MUSIELAK, H.-J. von (eds.). *Festschrift für Gerhard Keigel*. Stuttgart: Kohlhammer, 1987.
- HOFSTADTER, D.R. "Nomic: a self-modifying game based on reflexivity in law." In: HOFSTADTER, D.R. (ed.). *Metamagical Themas: questing for the essence of mind and pattern*. Nova York: Bantam, 1985.
- _____. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. Nova York: Basic Books, 1979.
- JACKSON, B.J. *Law, Fact and Normative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles, 1988.
- JOERGES, C. "Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit." *Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht*, (138): 549-568, 1974.

- KAHN, P. "La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses" *McGill Law Journal*, 37: 413-427, 1992.
- _____. "Droit international économique, droit du développement, mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?": In: GOLDMAN, B. (ed.). *Le Droit des Relations Économiques Internationales* Paris: Librairies Techniques, 1982.
- KANT, I. *Zum Ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*. Königsberg: Nicolovius, 1795.
- KARNELL, G. "Will the consumer law field be the Waterloo of the new *lex mercatoria*?": *Svensk Juristtidning*, 427-437, 1985.
- KASSIS, A. *Théorie Générale Desusages du Commerce*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 2. ed., Viena: Denticke, 1960.
- KERCHOVE, M. van der & OST, F. *Le Droit ou Les Paradoxes du Jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- _____. *Le Système Juridique entre Ordre et Désordre*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- LADEUR, K.-H. *Postmoderne Rechtstheorie: selbstreferenz – selbstorganisation – prozeduralisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- LANGEN, E. *Transnational Commercial Law*. Leiden: Sijthoff, 1973.
- LENOBLE, J. & BERTEN, A. *Dire la Norme: droit, politique et énonciation*. Bruxelles: Story-scientia, 1990.
- LOQUIN, E. "L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international": In: DERAIS, Y. et al. *L'Apport de la Jurisprudence Arbitrale*. Paris: ICC Publishing, 67-122, 1986.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- _____. "Die Weltgesellschaft": In: LUHMANN, N. (ed.). *Soziologische Aufklärung: aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986, v.2.
- _____. *Rechtssoziologie*. 2. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983, 2 v.
- _____. "The world society as a social system": *International Journal of General Systems*, 8: 131-138, 1982.
- LYOTARD, J.-F. [1983]. *Le Différend*. 2. ed., Paris: Minuit, 1989.
- MACAULAY, S. "Private government": In: LIPSON, L. & WHEELER, S. (eds.). *Law and the Social Sciences*. Nova York: Russell Sage, 1986.
- MANN, F.A. "England rejects 'delocalized' contracts and arbitration": *International and Comparative Law Quarterly*, 33: 193-198, 1984.
- _____. "Internationale Schiedsgerichte und Nationale Rechtsordnung": *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 130: 97-129, 1968.
- MERRY, S.E. "Legal pluralism": *Law & Society Review*, 22: 869-901, 1988.
- MERTENS, H.-J. "*Lex mercatoria*: a self-applying system beyond national law?": In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996, cap. 2.
- MEYER, R. *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*. Göttingen: Wallstein 1994.
- MUCHLINSKI, P. "'Global Bukowina' examined: viewing the multinational enterprise as a transnational law-making community": In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996, cap. 4.
- MUSTILL, M.J. "The new *lex mercatoria*: the first twenty-five years": *Arbitration International*, 86-119, 1987.
- NONET, P. & SELZNICK, P. *Law and Society in Transition: toward responsive law*. Nova York: Harper & Row, 1978.
- OSMAN, F. *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*. Paris: LGDJ, 1992.
- PAULSSON, J. "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI": *Recht der Arbeit*, 55-100, 1990.
- RESTA, E. "La struttura autopoietica del diritto moderno": *Democrazia e Diritto*, 25 (5): 59-74, 1985.
- _____. *L'ambiguo Diritto*. Milão: Franco Angeli, 1984.

- ROBÉ, J.-P. "Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order." In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996, cap. 3.
- ROMANO, S. *L'Ordinamento Giuridico*. 2. ed., Florença: Sansoni, 1918.
- SANDROCK, O. "Die Fortbildung des Materiellen Rechts Durch Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit." In: BOCKSTIEGEL, K.H. (ed.). *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*. Köln: Heymann, 1989.
- SANTOS, B. de S. "Modes of production of law and social power." *International Journal of the Sociology of Law*, 13: 299-336, 1984.
- SAVIGNY, F.C. von. *System des Heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 1.
- SCHANZE, E. "Potential and limits of economic analysis: the constitution of the firm." In: DAINTITH, T. & TEUBNER, G. (eds.). *Contract and Organisation: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: de Gruyter, 1986.
- SCHLOSSER, P. *Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1989.
- SCHMITTHOFF, C.M. "Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions." In: HORN, N. & SCHMITTHOFF, C.M. (eds.). *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Deventer: Kluwer, 1982.
- _____. "Das Neue Recht des Welthandels." *Rabels Zeitschrift*, 47-77, 1964.
- SCHÜTZ, A. "The twilight of the global polis: on losing paradigms, environing systems, and observing world society." In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 1996, cap. 9.
- _____. "Desiring society: autopoiesis beyond the paradigm of mastership." *Law and Critique*, 2: 149-164, 1994.
- SIEHR, K. "Sachrecht im IPR, Transnationales Recht und *lex mercatoria*." In: HOLL, W. & KLINKE, U. (eds.). *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*. Köln: Heymann, 1985.
- SIMON, G. *Puissance Sportive et Ordre Juridique Étatique*. Paris: Editions LGDJ, 1990.
- SPICKHOFF, A. "Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und Staatlichen Gerichten." *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 56: 116-141, 1992.
- STEIN, U. *Lex Mercatoria: realität und theorie*. Frankfurt: Klostermann, 1995.
- STICHWEH, R. "Zur Theorie der Weltgesellschaft." *Soziale Systeme*, 1: 29-45, 1995.
- SUBER, P. *The Paradox of Self-amendment: a study of logic, law, omnipotence and change*. New York: Peter Lang, 1990.
- SUMMERER, T. *Internationales Sportrecht vor dem Staatlichen Richter in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, USA und England*. München: Florentz, 1990.
- TEUBNER, G. "Altera pars Audiatur: das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche." *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft, 1996a.
- _____. "Breaking Frames: the global inter-'play' of legal and social 'systems'." *American Journal of Comparative Law* (no prelo), 1996b.
- _____. "Die Zwei Gesichter des Janus: rechtspluralismus in der spätmoderne." In: SCHMIDT, E. & WEYERS, H.L. (eds.). *Liber Amicorum Josef Esser*. Heidelberg: Müller, 1995.
- _____. "Steuerung Durch Plurales Recht Oder: wie die politik den normativen mehrwert der geldzirkulation abschöpft." In: ZAPF, W. (ed.). *Die Modernisierung Moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus, 1991.
- _____. "Episodenverknüpfung: zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht." In: BAECKER, D. et al. *Theorie als Passion*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989a.
- _____. *Recht als Autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989b.
- _____. (ed.) *Juridification of Social Sphres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin: de Gruyter, 1987.
- UNIDROIT. *Principles of Internation Comercial Contracts*. Roma: Unidroit, 1994.
- VIRALLY, M. "Un tiers droit? Réflexions théoriques." In: GOLDMAN, B. (ed.). *Le Droit des Relations Économiques Internationales*. Paris: Librairies Techniques, 1982.
- WALLERSTEIN, I. *The Capitalist World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

- WEBER, M. [1921]. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 2. ed. ampl. 1925; 5. ed., 1972. Tübingen: Mohr & Siebeck.
- WIETHÖLTER, R. "Proceduralization of the category of law". In: JOERGES, C. & TRUBEK, D. (eds.). *Critical Legal Thought: an American-German debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989.
- WILDER, C., GÄRTNER, H.-M. & BIERWISCH, M. (ed.). *The Role of Economy Principles in Linguistic Theory*. Berlin: Akademie, 1996.
- ZAMORA, S. "Is there customary international economic law?". *German Yearbook of International Law*, 32: 9-42, 1989.

Dados do autor

Sociólogo do direito, professor na Universidade de Frankfurt am Main, doutor em sociologia do direito pela Universidade de Tübingen e membro da Academia Européia em Londres.

Recebimento do artigo: 22/jan./02

Consultoria: 14/fev./02 a 27/maio/02

Aprovado: 1.º/nov./02

