

A LEX MERCATORIA COMO EXPRESSÃO DE PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Gabriela Monteiro¹

RESUMO: Este artigo examina a *Lex Mercatoria* como uma manifestação atual do pluralismo jurídico transnacional. Parte-se do reconhecimento de que o direito estatal já não possui o monopólio da criação de normas, especialmente no âmbito das relações comerciais internacionais, em que instrumentos de *soft law*, decisões arbitrais e normas contratuais adquirem cada vez mais importância. Com base em uma abordagem teórica fundamentada nas contribuições de Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Ramon de Vasconcelos Negócio e Peer Zumbansen, a pesquisa examina a historicidade da *Lex Mercatoria*, suas origens normativas e a forma como se relaciona com o direito estatal por meio da arbitragem internacional. Apesar de a *Lex Mercatoria* introduzir inovações relevantes para a eficácia e flexibilidade das relações comerciais, ela apresenta desafios consideráveis à segurança jurídica, legitimidade democrática e coerência normativa. Esses desafios podem ser abordados por meio de mecanismos de integração e controle institucional.

2866

Palavras-chave: *Lex Mercatoria*. Pluralismo no Direito. Direito Transnacional. Arbitragem. Direito suave.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe uma discussão sobre a *Lex Mercatoria* como expressão de um sistema jurídico não estatal no âmbito do pluralismo jurídico global. O foco está em sua função como sistema normativo no comércio internacional, examinando sua legitimidade, aplicabilidade prática e relações com o direito estatal e internacional.

Dentro do pluralismo jurídico transnacional, a *Lex Mercatoria* pode ser vista como um ordenamento jurídico autônomo, particularmente quando se considera as teorias dos sistemas autopoiéticos e das ordens normativas funcionais. Nesse contexto, este estudo procura entender como esse sistema funciona de maneira autônoma em relação aos Estados, interagindo com diversos sistemas jurídicos e destacando as tensões com as noções tradicionais de soberania, legalidade e monopólio estatal na produção do direito.

¹ Mestranda em Direito Comercial - PUC-SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A metodologia empregada baseia-se em uma análise crítica da doutrina e da jurisprudência, tanto nacional quanto internacional. Os estudos de Gunther Teubner, Peer Zumbansen, Niklas Luhmann e William Twining servem como referencial teórico. O objetivo é proporcionar uma análise organizada do funcionamento da *Lex Mercatoria* como manifestação do pluralismo jurídico, examinando seu efeito na prática contratual, nas decisões de arbitragem e na criação de normas transnacionais.

O objetivo deste estudo é traçar de maneira sistemática os objetivos específicos que orientam a pesquisa acadêmica sobre a *Lex Mercatoria* como um fenômeno jurídico transnacional. Primeiramente, busca-se traçar o mapeamento dos princípios conceituais e do desenvolvimento histórico da *Lex Mercatoria*, inserindo-a no cenário das práticas comerciais globais e de sua constituição independente em relação aos sistemas estatais.

Em seguida, procura-se examinar os mecanismos específicos de implementação da *Lex Mercatoria*, com foco especial em seu impacto em cláusulas contratuais, processos de arbitragem e na criação de normas de *soft law*, como princípios, práticas habituais e códigos de conduta.

Outro aspecto fundamental é o contraste entre a *Lex Mercatoria* e as noções tradicionais de soberania estatal, bem como os paradigmas do positivismo jurídico, a fim de identificar os conflitos resultantes da presença de uma ordem normativa que surge à margem — e, em alguns casos, sobrepuja — aos sistemas jurídicos nacionais. 2867

Além disso, propõe-se analisar como os diferentes sistemas jurídicos nacionais respondem à presença da *Lex Mercatoria*, examinando tanto os mecanismos de recepção quanto os sinais de resistência, especialmente nas áreas da jurisdição estatal e da legislação contratual.

Por fim, busca-se empregar as contribuições teóricas de Gunther Teubner e Peer Zumbansen em relação ao pluralismo jurídico transnacional, a fim de entender como essa perspectiva esclarece as dinâmicas normativas da *Lex Mercatoria* e possibilita sua inclusão analítica no debate atual sobre ordens jurídicas não estatais.

I. A LEX MERCATORIA: ORIGEM, EVOLUÇÃO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

I.I. Da Idade Média à nova *Lex Mercatoria*

A *Lex Mercatoria* tem suas raízes na Idade Média, período em que comerciantes europeus criaram um conjunto de normas específicas para regular suas transações comerciais. Este direito consuetudinário, estabelecido pelos próprios mercadores, era utilizado em feiras, portos e rotas comerciais, fundamentado em princípios como a boa-fé, a celeridade e a equidade. Não havia

submissão da *Lex Mercatoria* medieval ao direito estatal, pois era administrada por tribunais comerciais formados por integrantes da comunidade mercantil.

A fragmentação política da Europa, caracterizada por feudos e soberanias locais, no período medieval, favoreceu a independência das corporações de ofício e das feiras internacionais. A falta de um poder estatal centralizado possibilitou que os comerciantes criassem suas próprias normas, ajustadas às demandas da atividade comercial. Com o fortalecimento do Estado moderno e o surgimento do positivismo jurídico, que marginalizou a *Lex Mercatoria*, esse sistema foi gradualmente integrado aos ordenamentos nacionais.

Porém, no século XX, há um ressurgimento da *Lex Mercatoria*, conhecido como "nova *Lex Mercatoria*". Esse fenômeno está relacionado ao aumento do comércio global, à globalização econômica e à demanda por soluções normativas rápidas, eficazes e transnacionais. A nova *Lex Mercatoria* emerge como um conjunto de regras, princípios e práticas reconhecidas pela comunidade empresarial mundial, funcionando como um sistema jurídico autônomo, desvinculado dos ordenamentos estatais.

Marlon Tomazette e Gunther Teubner enfatizam que esse renascimento não é apenas uma repetição do passado, mas sim uma expressão de pluralismo jurídico transnacional, conforme trechos a seguir dispostos:

2868

A característica principal da nova *Lex Mercatoria* é sua formação espontânea, resultante da prática dos próprios operadores econômicos internacionais, com grande valorização da autonomia da vontade.²

The normative validity of such transnational legal regimes is no longer based on state sovereignty, but on their functional performance and social legitimacy within their respective global subsystems.³

Assim, denota-se que a nova *Lex Mercatoria* é caracterizada por fontes como contratos padrão, cláusulas comuns, sentenças arbitrais e *soft law*, destacando-se pela autorregulação e pela autonomia da vontade.

1.2. Fontes normativas: usos, contratos, arbitragem, soft law

As fontes da nova *Lex Mercatoria* são distintas das fontes do direito estatal tradicional. Refere-se a regras derivadas das práticas comerciais globais, frequentemente fundamentadas na repetição de comportamentos aceitos pelas partes, em padrões contratuais estabelecidos e em sentenças de cortes de arbitragem privados.

² TOMAZETTE, Marlon, 2012, p. 92.

³ TEUBNER, Gunther, 2019, p. 226.

Os usos e costumes têm um papel fundamental. No comércio internacional, práticas que são repetidas e aceitas pelas partes envolvidas são consideradas vinculantes, desde que estejam de acordo com os princípios gerais da ordem pública internacional. Instrumentos como os Incoterms ou os Princípios UNIDROIT costumam codificar esses usos.

Os contratos internacionais também constituem uma fonte normativa da *Lex Mercatoria*. Cláusulas padrão de uso comum, como hardship, force majeure e cláusulas escalonadas de solução de controvérsias, atuam como regras autorregulatórias. A formação de um direito comum dos negócios é favorecida pela prática contratual, que se caracteriza por sua constância e previsibilidade.

A *Lex Mercatoria* é aplicada principalmente por meio da arbitragem. Normas transnacionais, princípios gerais do comércio internacional e práticas comerciais consolidadas são frequentemente invocadas por tribunais arbitrais internacionais. Frequentemente, os árbitros têm permissão para decidir *ex aequo et bono* ou com base nos costumes e princípios gerais do comércio, dispensando a aplicação direta de uma lei estatal.

Por outro lado, a *soft law* inclui normas que não são formalmente vinculantes, mas que possuem uma eficácia prática significativa, como os Princípios do UNIDROIT, regras da ICC, códigos de conduta empresarial e manuais de boas práticas. Embora não sejam obrigatórios, 2869 esses instrumentos influenciam comportamentos e decisões no contexto transnacional.

Essa diversidade de fontes evidencia a natureza flexível e dinâmica da *Lex Mercatoria*, cuja legitimidade provém da adesão voluntária dos agentes econômicos e de sua eficácia no âmbito do comércio globalizado.

2. LEX MERCATORIA E PLURALISMO JURÍDICO

2.1. Teoria de sistemas de Luhmann/Negócio/Teubner

A teoria dos sistemas sociais, elaborada por Niklas Luhmann e utilizada no campo jurídico por Gunther Teubner, proporciona uma base teórica robusta para a compreensão da *Lex Mercatoria* enquanto um sistema jurídico independente. Conforme Luhmann, o direito configura-se como um sistema autopoietico, isto é, um sistema que se autorreproduz mediante sua própria lógica interna, a qual se fundamenta na distinção entre o lícito e o ilícito.

Teubner utiliza essa concepção no âmbito transnacional, sustentando que existem diversos sistemas jurídicos autônomos que funcionam independentemente da estrutura estatal. A *Lex Mercatoria* pode ser considerada, nesse contexto, um modelo de sistema jurídico funcionalmente distinto, que satisfaz as exigências do comércio global de maneira autônoma.

Com base nesse paradigma, o pluralismo jurídico transcende a mera coexistência de normas estatais e não estatais, configurando-se como a presença de diversos sistemas autopoieticos de elaboração do direito.

A *Lex Mercatoria* se apresenta como um dos exemplos mais emblemáticos do surgimento de ordens jurídicas transnacionais independentes, moldando um contexto de pluralismo jurídico que transcende a atuação estatal. Conforme Gunther Teubner, a ascensão de regimes normativos, como a nova *Lex Mercatoria*, evidencia a habilidade de subsistemas funcionais — como o comércio internacional — para gerar normas que almejam reconhecimento jurídico, sem a necessidade da mediação do aparato estatal convencional. Conforme suas próprias palavras, refere-se a um “direito sem Estado”, baseado na autorreferência e na efetividade prática das normas dentro de uma comunidade global especializada

2870

The new Lex Mercatoria, in particular, appears to be developing its own rules, procedures, and institutions independent of nation-states and their legal systems.⁴

Esse fenômeno é entendido à luz da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, elaborada por Niklas Luhmann, na qual o direito se configura como um sistema comunicacional apto a gerar seus próprios critérios de validade e aplicação. Dessa forma, a *Lex Mercatoria* não se configura apenas como uma compilação de práticas contratuais ou de arbitragem privada, mas como um sistema normativo distintivamente funcional, dotado de regras específicas para a produção, interpretação e aplicação das normas.

O pluralismo jurídico global sugerido por Teubner requer, desse modo, uma nova conceituação da legitimidade jurídica. A legitimidade normativa da *Lex Mercatoria* não se fundamenta mais na soberania do Estado, mas na eficácia funcional e na aceitação social no âmbito do sistema econômico global. Essa visão contesta os princípios do positivismo jurídico tradicional, transferindo o foco da elaboração normativa do Estado para ambientes transnacionais moldados por agentes privados.

Entretanto, o autor também alerta sobre os perigos dessa autonomização normativa, principalmente no que diz respeito à falta de mecanismos institucionais que assegurem o controle e a proteção dos direitos fundamentais. A carência de transparência, a falta de clareza nos procedimentos arbitrais e a desigualdade entre os agentes econômicos requerem soluções alternativas para a constitucionalização dessas ordens transnacionais, visando garantir sua conformidade com valores democráticos e princípios de justiça.

⁴ TEUBNER, Gunther, 2019, p. 220.

Já o jurista Ramon de Vasconcelos Negócio adota uma visão que reconhece a ascensão de ordens jurídicas transnacionais como manifestações válidas de pluralismo jurídico, desvinculadas do modelo estatal convencional. Ao examinar a *Lex Sportiva*, porém com argumentos que também se aplicam à *Lex Mercatoria*. O autor defende que tais normativas são compostas por práticas recorrentes e autorreguladas por participantes privados no contexto global, afastando-se dos métodos tradicionais de elaboração do direito estatal. Conforme expõe Negócio (2014, p. 134), “essas ordens normativas evidenciam um sistema jurídico que não se manifesta no modelo estatal tradicional, mas que resulta da prática social reiterada e da autorregulação de agentes privados em contextos transnacionais”.

Essa perspectiva ressalta que a eficácia das normas não está condicionada à validação estatal, mas à sua habilidade de regular de maneira eficiente setores sociais específicos, como exemplifica o autor ao argumentar que “o reconhecimento da eficácia jurídica da norma transnacional não pressupõe a chancela do Estado, mas sim a sua capacidade de regular de forma eficiente relações sociais específicas no plano global”⁵. Essa leitura sustenta a ideia de pluralismo jurídico funcional, conforme exposto por Gunther Teubner, ao transferir o parâmetro de validade normativa para a eficácia funcional e a legitimação social dentro dos sistemas especializados.

2871

Dessa forma, a *Lex Mercatoria* se destaca, no cenário atual, como uma manifestação concreta de pluralismo jurídico transnacional que, ao mesmo tempo em que expande a eficácia normativa para além das fronteiras estatais, apresenta o desafio da legitimação e da integração com o ordenamento jurídico nacional.

2.2. Autopoiese jurídica e direito global

A concepção de autopoiese jurídica sugere que um sistema jurídico não necessita de uma autoridade central para legitimar suas normas, mas sim de sua própria habilidade de reprodução normativa. Na *Lex Mercatoria*, tal fenômeno se manifesta por meio da repetição de práticas comerciais, pela utilização frequente de cláusulas contratuais padronizadas e pelo reconhecimento, por parte da arbitragem, de princípios do comércio internacional.

Dentro desse contexto, o direito global não se configura como um direito de um Estado global que não existe, mas como uma rede de sistemas jurídicos transnacionais, incluindo a *Lex Mercatoria*, a *Lex Sportiva* e outras ordens normativas funcionais. Esses sistemas estabelecem

⁵ NEGÓCIO, 2014, p. 139.

interações com a legislação estatal, entretanto, preservam sua lógica normativa distintiva. A *Lex Mercatoria* não se configura, portanto, como um sistema informal ou em fase inicial, mas, sim, como um ordenamento jurídico efetivo e solidificado na prática transnacional.

2.3. A perspectiva da multiplicidade normativa fora do Estado

A teoria do pluralismo jurídico transnacional defende que o direito deixou de ser uma exclusividade do Estado. De acordo com autores como William Twining e Peer Zumbansen, existe uma diversidade de ordens normativas que coexistem e se influenciam em contextos globais. A *Lex Mercatoria* se posiciona neste contexto como uma das manifestações mais relevantes de normatividade não estatal, possuindo uma efetiva capacidade regulatória.

Zumbansen enfatiza que o pluralismo jurídico atual não deve ser visto apenas como uma justaposição de sistemas, mas sim como uma teia de interações normativas. A *Lex Mercatoria*, nesse contexto, constitui um modelo paradigmático de produção normativa descentralizada e funcional, cuja legitimidade emana da adesão dos envolvidos e da eficácia regulatória no âmbito do comércio internacional.

3. O CONFLITO E A COMPLEMENTARIDADE ENTRE LEX MERCATORIA E O DIREITO ESTATAL

2872

3.1. O papel da arbitragem como espaço de interação

A arbitragem internacional constitui o principal mecanismo institucional para a interligação entre a *Lex Mercatoria* e os sistemas jurídicos dos Estados. Devido à sua flexibilidade e à habilidade de se ajustar à complexidade das relações comerciais internacionais, os procedimentos arbitrais possibilitam a aplicação legítima e eficaz de normas não estatais. Os árbitros, ao resolverem disputas, muitas vezes utilizam princípios gerais do comércio internacional, assim como usos, costumes e normas consuetudinárias que constituem a fundamentação da *Lex Mercatoria*.

Adicionalmente, as instituições de arbitragem — como a Câmara de Comércio Internacional (ICC), a London Court of International Arbitration (LCIA) e o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) — atuam como plataformas normativas que não somente utilizam normas existentes, mas também colaboram na elaboração de novas normas. As suas escolhas, apesar de não representarem precedentes formais, impactam as práticas comerciais subsequentes, solidificando a concepção de um direito consuetudinário de caráter transnacional.

Assim sendo, esse meio de resolução de conflitos configura uma área de convergência entre distintas ordens normativas. Simultaneamente à utilização da *Lex Mercatoria*, faz uso dos mecanismos de reconhecimento, execução e homologação dos Estados nacionais, destacando-se, em especial, a Convenção de Nova York de 1958, a qual assegura a eficácia mundial das sentenças arbitrais.

3.2. Jurisprudência brasileira e estrangeira

No Brasil, a jurisprudência tem, ainda de maneira discreta, admitido a implementação de princípios da *Lex Mercatoria*, principalmente em processos de arbitragem internacional. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por exemplo, quanto à legitimidade da adoção dos Princípios do UNIDROIT e da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias em contratos internacionais que não faziam referência explícita a uma legislação nacional.

No caso do REsp 1.231.554/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou que, mesmo quando a *Lex Mercatoria* não é mencionada de forma explícita, é possível que os árbitros baseiem suas decisões em normas transnacionais, contanto que haja concordância entre as partes ou que não haja uma indicação clara sobre a legislação a ser aplicada. Essa compreensão permite o fortalecimento da *Lex Mercatoria* enquanto um parâmetro normativo reconhecido judicialmente. 2873

No âmbito internacional, várias cortes arbitrais e até tribunais estatais aceitam a aplicação da *Lex Mercatoria*. O Tribunal Arbitral da ICC, por exemplo, tem consistentemente ratificado disposições contratuais que fazem referência a princípios do comércio internacional, uma vez que essas normas são consideradas compatíveis com os critérios de segurança jurídica, boa-fé e razoabilidade.

Essa aceitação jurisprudencial indica uma convivência crescente entre o direito estatal e a *Lex Mercatoria*, na qual os sistemas se interagem e se complementam reciprocamente. A validação judicial de normas transnacionais fortalece a concepção de pluralismo jurídico funcional e solidifica a efetividade da *Lex Mercatoria* na prática.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

4.1. Riscos à segurança jurídica

Embora a *Lex Mercatoria* apresente benefícios práticos e flexibilidade, vários autores ressaltam a dificuldade que sua implementação pode acarretar para a segurança jurídica. Um dos principais obstáculos é a falta de uma codificação sistemática e de uma autoridade central, o que propicia incertezas em relação à previsibilidade das normas aplicáveis e das decisões arbitrais.

Ademais, a diversidade de fontes normativas — incluindo usos, cláusulas contratuais e *soft law* — pode resultar em interpretações distintas e dificultar a harmonização do direito vigente. Para os críticos, a ausência de transparência nos processos arbitrais e a natureza confidencial das decisões comprometem princípios basilares, como o contraditório, a fundamentação das sentenças e o controle judicial.

Pesquisadores como Paolo Grossi e Norberto reiteram os perigos associados à fragmentação e à privatização do direito, evidenciando que a autoridade normativa deve ser reconhecida por meio de processos democráticos. A *Lex Mercatoria*, ao se desvincular do controle governamental, pode transformar-se em um mecanismo de dominação econômica, especialmente quando sua aplicação ocorre de forma assimétrica entre partes que apresentam desigualdade de poder negocial.

2874

4.2. Alternativas regulatórias

Com o intuito de enfrentar tais riscos, diversas opções regulatórias têm sido sugeridas, as quais almejam incorporar a *Lex Mercatoria* aos princípios essenciais do direito estatal e ao controle democrático. Um dos aspectos é o fortalecimento dos princípios do devido processo e da transparência nos procedimentos de arbitragem, por meio da exigência de publicação de laudos e da institucionalização de práticas que motivem as decisões.

Uma opção alternativa consiste na adoção de princípios da *Lex Mercatoria* no sistema jurídico estatal, proporcionando assim maior legitimidade e previsibilidade. Entre os exemplos, destacam-se a incorporação dos Princípios do UNIDROIT por legislações nacionais e a implementação de cláusulas contratuais uniformizadas em convenções internacionais.

Autores como Gregory Shaffer e Mark Pollack também sugerem a integração de hard law e *soft law* como um meio de conciliar flexibilidade e segurança jurídica. Nesse sistema

híbrido, seria possível aos Estados reconhecerem as normas transnacionais, desde que estas estejam em conformidade com princípios fundamentais como equidade, boa-fé e garantia de acesso à justiça.

Finalmente, a criação de espaços institucionais multilaterais destinados ao diálogo e à elaboração de normas transnacionais — como é o caso da UNCITRAL ou do UNIDROIT — constitui uma via alentadora para garantir que a *Lex Mercatoria* funcione de forma coerente com os princípios do Estado de Direito e com a salvaguarda das partes mais vulneráveis nas relações comerciais internacionais.

CONCLUSÃO

A análise executada revela que a *Lex Mercatoria* se configura como uma ordem normativa transnacional, caracterizada por autonomia, funcionalidade e eficácia no âmbito do comércio internacional. Sua proveniência histórica, sua diversidade de fontes e sua inter-relação com mecanismos como a arbitragem configuram-na como uma manifestação exemplificativa do pluralismo jurídico atual.

Considerando as teorias de Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Ramon de Vasconcelos Negócio e Peer Zumbansen, é viável interpretar a *Lex Mercatoria* como um sistema jurídico autopoietico que atua à parte do Estado, todavia interage com o direito estatal em contextos de complementariedade normativa. Esse fenômeno requer uma reconsideração das categorias tradicionais do positivismo jurídico, bem como da soberania do Estado.

Entretanto, não se pode desconsiderar os desafios vinculados à legitimidade, à previsibilidade e ao controle democrático da *Lex Mercatoria*. A análise crítica desses elementos possibilita perceber direções para a integração normativa que harmonizem a eficácia do direito transnacional com os princípios basilares do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1999.
- GROSSI, Paolo. *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos. *Lex Sportiva: da eficácia jurídica aos problemas transconstitucionais*. Revista Direito.UnB, Brasília, v. 1, n. 2, p. 133–159, 2014.
- SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark. Hard vs. Soft law: alternatives, complements and antagonists in international governance. *Minnesota Law Review*, v. 94, p. 706, 2009.

TAMANAHA, Brian Z. *Understanding Legal Pluralism: past to present, local to global. In: Legal theory and the social sciences.* Routledge, 2017.

TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther. Critical theory and legal autopoesis.* Manchester: Manchester University Press, 2019. p. 213–236.

TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *Lex Mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012.

TWINING, William. Legal Pluralism 101. In: *Legal Pluralism and Development: scholars and practitioners in dialogue.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZUMBANSEN, Peer. *Transnational Legal Pluralism. Transnational Legal Theory*, v. 1, n. 2, p. 141–189, 2010.