

***Lex mercatoria* e Governança:  
A Policontextualidade entre Direito e Estado**

Leonel Severo Rocha<sup>1</sup>  
Cícero Krupp da Luz<sup>2</sup>

**Sumário:** Introdução 1. Policontextualidade e Hipercomplexidade. 1.1 Defasagem Temporal, Globalização e Hipercomplexidade. 1.2 Paradoxos A u t o -fundantes. 1.3 Policontextualidade Social. 2. Governança e *Lex Mercatoria*. 2.1 Tanto Estado quanto Direito. 2.2 Governança. 2.3 *Lex Mercatoria*. Considerações Finais. Referências.

**Resumo:** A hipercomplexidade de uma sociedade funcionalmente diferenciada coloca os sistemas da sociedade em irritações mais freqüentes com o seu ambiente, principalmente dentro de um processo emergente de globalização. A *lex mercatoria* acaba firmando relações com todos os sistemas sociais e principalmente com o sistema econômico para auto-regular-se, enquanto a governança assume parcialmente a relação de poder deixada de lado pelo Estado, ao mesmo tempo que procura estabelecer novos parâmetros para atuais governos. O paradoxo reaparece e só será enfrentado através de policontextualidade.

**Palavras-chave:** paradoxos, globalização, sociedade, Direito e *lex mercatoria*.

**Abstract:** The hipercomplexity of a functionally differentiated society places the systems in more frequent irritations with its environment, mainly inside of an emergent process of globalization. The *Lex mercatoria* ends up connecting relations with all the social systems and very tied with the economic system, while the governance partially assumes the relation of power being left of side from the State, at the same time that it looks for to establish new parameters for current governments. The paradox reappears and only it will be faced through polycontextuality.

**Key-words:** paradoxes, globalization, society, Law and *lex mercatoria*.

### **Introdução**

A teoria da relatividade transformou o conceito de tempo absoluto para um conceito que leva em consideração o observador que está medindo<sup>3</sup>. Deste

---

<sup>1</sup> Doutor pela EHESS-Paris. Professor Colaborador do programa de pós-graduação – Mestrado em Direito da URI

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, com bolsa CNPq. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Unisinos, onde foi bolsista de Iniciação Científica do CNPq. “O presente trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – Brasil”.

<sup>3</sup> HAWKING, Stephen. *A Brief History of the time*. New York: Bantam Books, 1988. p.143.

modo, o tempo é um problema da sociedade. Isto gera a hipercomplexidade. O tempo para adquirir sentido nos diferentes sistemas sociais necessita de operações referencialmente mais redundantes. Assim, a globalização desempenha um importante papel na remontagem do tempo e na reprodução de informações, altamente dinâmicas, fazendo com que as tradicionais formas de construir o mundo não possam ser aplicadas sem ressalvas.

Isto acarreta a exigência de que as comunicações sejam auto-referenciadas e os sistemas mais indeterminados autopoieticamente. A autopoiese constrói uma possibilidade de autoreferência que explica o Direito ao reintroduzir o paradoxo de sua fundamentação lógica. O Direito é auto-observação, autodescrição, e por fim, autopoiese. A reentrada (re-entry) do código jurídico permite o sistema se estruturar de forma autônoma, permitindo um processamento da complexidade visando à sua redução, mas com a compensação de estar mais isolado e indeterminado. Só o Direito pode dizer o que é o Direito. Nasce o paradoxo.

Nesse contexto, verifica-se a emergência de uma *lex mercatoria* e de governança. A *lex mercatoria* se constrói sem a fundamentação da estrutura dogmática tradicional voltada a uma estrutura hierárquica com uma Constituição no topo. A governança aparece como um novo modelo político dirigido a dar conta das necessidades da hipercomplexidade. A insuficiência da efetividade do Direito está refletida na impossibilidade de o Estado conseguir acompanhar todas as novas esferas sociais de maneira presente, fazendo com que a sociedade civil deva participar a partir de esferas políticas, pressionando e remontando o modelo de administração que contemple novos acoplamentos com outros sistemas da sociedade.

Logo, para essa redução da crescente complexidade da sociedade como um todo, é necessário a introdução de novos conceitos, como o de policontexturalidade. A policontexturalidade é a introdução da pluralidade a partir da contextura, isto é, possibilidades que transcendem a binariedade, por exemplo, entre privado/público e Estado/nação, proporcionando surgimento de formas “imprevistas” que complementam determinada função social. A distinção hierárquica tradicional da legislação (política) e a aplicação (jurídica) cederia lugar a uma multiplicidade hierárquica de ordens jurídicas estruturalmente atreladas a outros subsistemas sociais.

## 1. Policontextualidade e hipercomplexidade

### 1.1 Defasagem temporal, globalização e hipercomplexidade

Para uma sociedade diferenciada funcionalmente, o tempo torna-se uma síntese de sentido simbólica, muito importante, já que a hipercomplexidade está vinculada fortemente com o conceito de globalização. Essa, por sua vez, se caracteriza principalmente pela alta dinamicidade de informações e tecnologia, vislumbrando a necessidade de respostas epistemológicas condizentes com a sua própria temporalidade e devida sofisticação. “As mudanças que afetam a operação de determinação do tempo tomam uma direção específica quando as sociedades incorporam um número cada vez maior de indivíduos e quando se orientam para uma crescente diferenciação funcional”.<sup>4</sup> Para essa orientação, são utilizados referenciais de sentido, próprios de cada sistema social, que se dão exclusivamente dentro do tempo.

A teoria da relatividade de Albert Einstein utiliza-se do princípio de tempo e espaço proporcionais de Isaac Newton. Isto revela que onde há uma concentração de matéria muito alta, um corpo ao passar por perto com uma velocidade incrivelmente grande, como a velocidade da luz, o espaço irá se curvar. Mas para o espaço se curvar é preciso que o tempo se curve também. Portanto, percebe que o tempo pode ser dilatado em contraponto com o espaço contraído. Sempre que um corpo está mais rápido que o outro, o tempo para o primeiro irá passar mais devagar - quanto mais rápido se anda menos tempo passa.<sup>5</sup>

Essa concepção de tempo permite fazer percepções quanto a diferentes níveis de tempo que se desenvolvem em cada sistema social. Isto é, o sistema social da economia realiza suas próprias operações numa velocidade incrível: as principais bolsas de valores adquirem reações praticamente físico-psíquicas em relação a, por exemplo, escândalos de corrupção na política ou faturamentos falsos de megainvestimentos internacionais. Enquanto isso, o sistema social da religião, com uma abertura cognitiva muito menor, isto é, bem mais voltada para a operação própria (repetição) já estabelecida, por exemplo, pela Bíblia, leva muito tempo a produzir diferença.

O Direito é um mecanismo de controle do tempo, tendo sua existência vinculada ao tempo. O tempo constrói a sociedade. A sociedade, por sua vez, constrói o tempo. E, contudo, o Direito é operacionalizado de maneira predominante por uma racionalidade analítica, entendendo-se como fato social, isto é, regulando

-----  
<sup>4</sup> ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998. p. 75.

<sup>5</sup> HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001.

toda decisão futura com o passado.<sup>6</sup> A cada tomada de decisão, o Direito, entendido dessa forma, superestima o horizonte temporal do passado. Essa superestima do passado é a consulta imediata em toda tomada de decisão preponderantemente a legislações, jurisprudências, doutrina, ou melhor, a decisões que já de alguma forma foram tomadas anteriormente, isto é, fontes do passado.

Na pós-modernidade, a sociedade passa a ter uma noção de tempo instantânea, uma noção de tempo rápida, uma noção de tempo manifestada pelos meios de comunicação, pela informática e pela internet, e os juristas continuam no texto escrito, no Código, na Constituição. Ou seja, há uma defasagem intensa entre a noção de tempo, a noção de sociedade na dogmática jurídica e o que é sociedade hoje. Assim, há um terrível paralelismo temporal, pois os juristas programam normas para durarem anos, e elas não duram, às vezes, dias.<sup>7</sup>

Ao regular decisões futuras com o passado, não se produz diferença, e portanto, passado e futuro serão uma linha contínua de repetições. Destarte, tomando decisões que não produzem diferença, não se produz tempo, produzindo entre o Direito e a sociedade uma defasagem temporal. Essa defasagem caracteriza, por conseqüência, uma crise institucional que não tem como encaminhar decisões para questões centrais da sociedade: danos ambientais futuros, clonagem, transgênicos e internet e gerar “novos Direitos”.

Portanto, o Direito não vem observando sua defasagem temporal, não conseguindo corresponder efetivamente às demandas sociais, isto é, aos problemas relacionados ao tempo e, conseqüentemente, incapaz de superar os atuais desafios propostos pela sociedade, portanto estará fadado à progressiva diminuição de efetividade e poder, colocando em risco a sua sobrevivência.<sup>8</sup> Desse modo, na globalização as decisões têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a idéia do questionamento, que tem que ligar o passado, e, ao mesmo tempo, desligar o passado, de ligar o futuro e, ao mesmo tempo, desligar o futuro, tentando com que o Direito ainda ocupe esse papel.<sup>9</sup>

A hipercomplexidade da sociedade surge justamente nessa dinâmica entre sociedade e globalização, com os reflexos temporais, na tentativa de uma observação sobre algum sistema social. E por isso a defasagem temporal é tão importante para

-----  
<sup>6</sup> ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário de pós-graduação em direito da UNISINOS*. p. 309-321. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 317.

<sup>7</sup> ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. In: *Epistemologia jurídica e decisão*. 2 ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 197.

<sup>8</sup> LUZ, Cicero Krupp da. Direito, Sociedade e Defasagem Temporal. In: *Anais do V Salão de Iniciação Científica da PUCRS*. PUCRS: Porto Alegre, 2005.

<sup>9</sup> ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. *Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. p. 309-321. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 318.

a explicação da hipercomplexidade, pois a observação sobre o observador, sobre o sistema não se dá de forma simétrica, dificultando as racionalidades e funcionalidades de convergirem operativamente.

Podemos compreender que esse problema se dá justamente entre o binômio operação-observação, onde a observação da sociedade se dá de forma hipercomplexa. Só é possível observar o Direito em relação à Política ou à Economia, de um outro plano, preferencialmente nem o econômico, nem o político ou tampouco o jurídico, precisa ser de um plano sociológico. Esse movimento para “fora” duplica a complexidade. A hipercomplexidade da sociedade é consequência da tentativa de convergir novamente horizontes que se perderam, como o Direito e a Política, através da sociedade, pois assim se pode perceber o porquê das imensas dificuldades desses sistemas ao continuar sua trajetória autopoietica.

O outro lado da observação é a operação. “Puesto que toda observación sólo se puede realizar en la forma del operar fáctico (aquí: del comunicar), es en este nivel donde acontece la clausura operativa del sistema de la sociedad con la posibilidad de formaciones estructurales evolutivamente divergentes.”<sup>10</sup> Sendo a observação hipercomplexa, qual seria a operação comunicativa? Como os sistemas podem se comunicar com dupla complexidade? A resposta da pergunta precisa necessariamente passar pelos paradoxos para chegarmos à policontextualidade. Apenas compreenderemos a dificuldade de encontrarmos a diferença se questionarmos onde está o Direito e o Estado, ou melhor, como podemos entender um Direito e um Estado numa hipercomplexidade que não confere validade recíproca tradicionalmente aceita.

## 1.2 Paradoxos Autofundantes

A literatura, assim como outros ramos das artes, tem essa nobreza de poder dizer o que não se diz e, por isso, ser tantas vezes inacessível a quem não se lança como observador de segunda ordem. O paradoxo não existe em si mesmo, ele é a forma que possibilita a distinção da sociedade. E desde sua primeira distinção entre sistema e ambiente, resta nesse momento um paradoxo: ora apenas o sistema determina seu próprio sistema e diferenciação com o ambiente. A negação dos paradoxos se reflete, talvez, pelo fato de termos essa tradição de buscarmos por fundamentos, principalmente os juristas. E o paradoxo não dá essa possibilidade, ou então ele é toda a fundamentação que se poderá alcançar.

Existem paradoxos em todos os lugares, sempre que procuramos por fundamentos. O problema fundamental encontrado no Direito, então,

---

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.p. 424.

não é encontrar e identificar o motivo máximo ou razão que justifique sua existência. O problema é como suprimir ou atenuar o paradoxo no qual um observador com tendências lógicas ou com um grau suficiente de insatisfação poderia ver e articular a qualquer hora.<sup>11</sup>

É importante que uma teoria jurídica que tenha o objetivo de enfrentar os novos desafios da sociedade não tenha medo de paradoxos. Ao que tudo parece, eles não são assustadores, não são erros lógicos e estarão presentes sempre que uma evolução jurídica estiver disposta a tentar compreender o fundamento lógico, ou melhor, sempre que a justificativa metafísica do Direito for realmente enfrentada na evolução jurídica. “O aceitável sobre a teoria dos sistemas é, então, o desafio fundamental dos paradoxos reais que inevitavelmente ocorrem periodicamente nas mudanças estruturais e pedem a construção de identidades sociais novas”.<sup>12</sup>

Os subsistemas sociais interagem de alguma forma, por interferência, por acoplamentos estruturais ou meios simbolicamente generalizados. Contudo, todos esses mecanismos só são possíveis através de um fechamento operativo ainda mais conciso. A decisão se torna possível pela introdução de um “device” cogitativo. Esse “device” se traduz no movimento que traz à decisão porque ‘desdobra-explica’ o caso de outra maneira; ele o libera da intensidade e da estreiteza de sua intuitividade original; ele introduz um componente virtual, o qual possibilita a decisão mediante a expansão da disposição original do caso<sup>13</sup>.

Não apenas mundos de sentidos necessariamente despertam paradoxos, mas paradoxos despertam novos mundos de sentido. Não apenas conflitos de leis produzem inconsistências, mas estas produzem conflitos novos. Paradoxos não são erros lógicos que tem que de ser extirpados se alguém quer avançar.<sup>14</sup>

Como sabemos, a transposição para a modernidade criou o conceito de Estado e Direito. A formação dos Estados nacionais e mais tarde das repúblicas democráticas, possibilitou a distinção entre legislação e administração da justiça, conseguindo se distanciar do Direito natural. “Essas sociedades poderiam ver a sua ordem como ordem natural, podendo por esse motivo caracterizar alternativas

---

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. In: *Journal of law and society*. Oxford, v. 15, n. 2, p. 153-65, 1988. p.154.

<sup>12</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003. p. 10.

<sup>13</sup> CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma teoria da sociedade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, p. 107.

<sup>14</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003. p. 05.

como desordem”.<sup>15</sup> Por isso, a evolução jurídica está intimamente ligada ao fato de usar criativamente os paradoxos e forma a criar princípios para suprir eventuais injustiças autogeradas temporalmente pela terceira questão.<sup>16</sup>

É fato notável que os ‘dois corpos do Rei’ ficção cristológica grandiosa do soberano imortal acima do homem mortal protegeram o Direito da desconstrução dos seus alicerces e da sua identidade. O paradoxo da fundação do Direito e a multiplicidade por essência contraditória das suas significações podiam permanecer ocultos por trás da fachada da sua hierarquia das normas, ocupando os dois corpos do Rei, os andares superiores. Com a construção constitucional do soberano político como órgão legislativo supremo da hierarquia das normas, o Direito podia externalizar o seu paradoxo ameaçador e entregá-lo à política, a fim de o <resolver> pela legitimação política democrática já não dinástica.<sup>17</sup>

De fato, o Direito, ao decidir os conflitos sociais, os aliena, fazendo repousar sobre as ficções por ele mesmo produzidas assim a aplicação a si mesmo do código binário do Direito (distinção Direito/ não-Direito) paralisa o observador, provocando uma oscilação sem fim. E a chave para a compreensão dessa alienação está no fenômeno do *re-entry*, transmitindo o símbolo da validade jurídica de uma norma a uma outra<sup>18</sup>. O *re-entry* é a re-entrada da fórmula do código do Direito nele mesmo. O Direito, a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, é um sistema que se apresenta como um jogo infinito de diferenças normativas e cognitivas, como uma transformação em variação contínua de normas e de princípios inenarráveis no seu conjunto, como uma iteração de atos jurídicos recursivos, cujas mudanças dependem de ambientes variáveis<sup>19</sup>. Ademais, está configurado dentro de uma estrutura de diferenças binárias que encontra na codificação binária de Direito e não-Direito sua primeira diferenciação com a realidade.

Dessa forma, esse código define a primeira seleção do sistema jurídico, que no mesmo momento, estará definindo tudo o que não é Direito, nesse caso o ambiente é a sociedade “menos” o Direito. Esse código é muito importante porque permite ao Direito desenvolver toda a sua autonomia, necessária para uma contínua evolução complexa de acordo com a sociedade.

-----  
<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 160.

<sup>17</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do Direito e Direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60. p. 341.

<sup>18</sup> TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais valia social do décimo segundo camelo. p. 149-150. In: ARNAUD, André Jean; LOPES Jr., Dalmir.(orgs.) *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 110.

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60. p. 430.

O caminho que estamos trilhando é em direção a algum tipo de transformação radical do Direito. Isto é, as formas paradoxais atuais transformam-se de forma a autodesconstruir-se. A desconstrução do Direito encontrou no paradoxo seu exílio. É através da descoberta do paradoxo que o desconstrutivismo assombra o Direito novamente em busca de seu fundamento. “A desconstrução é um método universal pelo qual cada distinção, cada conceito ou cada sistema se dissolve em paradoxos e identidades múltiplas e se associa correntemente à questão das suas condições de fracasso e de sucesso”.<sup>20</sup>

E a questão que o desconstrutivismo<sup>21</sup> está preocupado é justamente a fundamentação do Direito. Assim, percebe que o Direito para ser Direito e se diferenciar dos outros tipos de discurso tem a necessidade de ser imposto (enforced), isto é, precisa ter um comando de força no seu discurso. Essa premissa de força parte do enfoque que Pascal concebe primeiramente em relação à justiça: “Es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido”.<sup>22</sup> Pois a justiça sem a força é impotente, e a força não justa é tirânica.<sup>23</sup>

Assim sendo, o conceito de justiça tem na sua gênese uma forte compreensão de força. Essa força é imposta por alguém, por um soberano, sendo que ainda não soluciona o motivo pelo qual as pessoas obedecem a essa autoridade, isto é, porque se atribui validade a algum tipo de normas e não a outras. O desconstrutivismo de Derrida irá então responder com o ‘fundamento místico da autoridade’.

No se obedecen porque sean justas sino porque tienen autoridad. La palabra <crédito> soporta todo el peso de la proposición y justifica la alusión al carácter <místico> de la autoridad. La autoridad de las leyes sólo reposa sobre el crédito que se les da. Se cree en ellas, ése es su único fundamento<sup>24</sup>.

Derrida introduz uma concepção de justiça que propõe uma distinção radical com o Direito neopositivo, aliás que persiste assim. O Direito e a justiça não se confundem. Enquanto o Direito é desconstruível, a desconstrução é a justiça.<sup>25</sup> O fundamento do Direito não existe, “el derecho es esencialmente desconstruible, ya sea porque está fundado, construído sobre capas textuales interpretables y

-----  
<sup>20</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do Direito e Direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60. p. 345.

<sup>21</sup> Estaremos representando o desconstrutivismo através do pensamento de Jacques Derrida.

<sup>22</sup> DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traduzido por Adolfo Barberá; Patricio Peñalver Gómez. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

<sup>23</sup> DERRIDA, Jacques. Op. Cit.

<sup>24</sup> DERRIDA, Jacques. Op. cit.

<sup>25</sup> DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traduzido por Adolfo Barberá; Patricio Peñalver Gómez. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya se porque su último fundamento por definición no está fundado”.

Essa desconstrutibilidade do Direito é, segundo Derrida, o que faz a desconstrução da justiça possível. Entretanto, parece que a inclusão do fundamento místico da justiça faz com que novamente se parta do paradoxo do Direito para uma ocultação, agora novamente sagrada:

A teoria jurídica desconstrutora caracteriza-se pela sua re-introdução original da dimensão do sagrado no pensamento jurídico, que se seculariza hoje cada vez mais. Com efeito, o seu conceito de justiça não é uma medida normativa intrajurídica, nem um padrão extrajurídico específico a um subsistema como a política, nem um princípio de crítica do Direito da sociedade em geral. A justiça desconstrutora roça o transcendente do Direito.<sup>26</sup>

Contudo, o desconstrutivismo, ao contrário da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, problematiza essa violência como um paradoxo paralizante. “Paradoxos reais são altamente ambivalentes. Eles contêm potencial destrutivo e paralisante, mas ao mesmo tempo são possibilidades produtivas, criativas”.<sup>27</sup> A força do paradoxo é impossibilitar a continuação do sistema jurídico, fazendo com que seja possível somente a desconstrução. “A justiça em si mesma, se alguma coisa de tal existe, fora ou além do Direito, não é desconstrutível. Tal como sucede com a própria desconstrução, se tal coisa também existe. A desconstrução é a justiça<sup>28</sup>”.

Para a desconstrução na natureza da dupla desconstrução, isso significa antes de tudo o paradoxo da decisão: não há significado determinável do Direito, mas tão-somente *différance*, transformação contínua e adiamento do significado do Direito, e depois, o fundamento do Direito sobre a força arbitrária<sup>29</sup>. Assim sendo, Derrida propõe como a única saída algo como uma alteridade transcendente. Mas será que é possível acreditar que essa proposta desconstrutivista pode ser capaz de enfrentar uma sociedade hipercomplexa?

-----  
<sup>26</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60. p. 349.

<sup>27</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003.

<sup>28</sup> DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traduzido por Adolfo Barberá; Patricio Peñalver Gómez. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

<sup>29</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003.

Essa não pode ser a resposta porque a globalização é ainda mais forte que a própria força (do Direito). E isso faz com que a própria lógica do sistema seja alterada. Normalmente, o sistema opera em dois planos lógicos. A prática da desparadoxização torna-se simples e perfeita através da política, isto é, a modificação do antigo como contingência é absorvido, por um sistema funcional da política. O paradoxo da constituição do Direito é afastado apenas na união intersistêmica entre Direito e política – que fica numa terra de ninguém<sup>30</sup>.

Entretanto, dentro de uma hipercomplexidade, a saída lógica através da política tem dificuldades de ser operacionalizada porque o sistema político tem amplas desvantagens ao sistema econômico e ainda a outros sistemas da sociedade, como a ciência ou até mesmo a religião. Incrivelmente, até mesmo o Direito irá criar auto-organizações responsáveis pela decisão jurídica dentro da globalização, quebrando sistemas hierárquicos e até mesmo sistemas autopoieticos. Resta apenas uma policontextualidade de sistemas que permutam códigos e estruturas para que sua operacionalização seja concluída com sucesso. Tanto o Direito quanto a política, necessitam rever suas organizações, programações e, enfim, serem revistos dentro dessa perspectiva onde os paradoxos autofundantes começam novamente a emergir. Esse é o sinal que novas distinções precisam ser feitas para ocultá-lo novamente e voltarmos a operacionalizar a política e o Direito.

### 1.3. Policontextualidade Social

A lógica policontextual foi desenvolvida inicialmente por Gotthard Günther<sup>31</sup> a partir de estudos sobre lógica clássica e contemporânea, conseguindo evoluir num ponto extremamente complexo das três leis da lógica clássica. Adicionando uma quarta lei, originária de Leibniz, mudou as condições, principalmente sobre as quais duas leis clássicas eram regidas: do *tertium non datur* - da lei da rejeição do terceiro excluído (LEM) e da lei da não contradição. Assim, conseguiu perceber que existe algo que não está no 0 nem tampouco no 1, isto é, que transcende, que vai além, mas que permanece entre.<sup>32</sup>

Para qualquer designação (aceitação, afirmação) ou não-designação (rejeição, negação) da LEM em um ponto de designação – um lugar lógico – tem que existir do qual a designação ou não-designação da

-----  
<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. in: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

<sup>31</sup> GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. In: ders. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, pp. 283-306. 1973.

<sup>32</sup> GOLDAMMER, Eberhar von. PAUL, Joachim. *Gotthard Günther Annotations 2004/1*. Vordender. Sommer-Eddition 2004. p.02.

situação total com dado por LEM ocorre. Um lugar lógico como esse *ground* tem que estar indicado por um número – um terceiro valor. Esse valor não pode estar localizado entre o verdadeiro e o falso, v. g. entre 1 e o 0 (devido a lei do terceiro excluído) mas além do 1 e do 0, além do falso e do verdadeiro<sup>33</sup>.

No caso, se nós definirmos um domínio lógico – uma contextura – somente para a característica considerada “vermelha” ou “não-vermelha”, então, de acordo com as regras de definição analítica, o *genus proximum* do atributo considerado é “cor”, o qual representaria o *apex* na pirâmide de dados pelo *diareisis* (divisão platônica). A diferença de contexto, que tem como referência o ambiente, a contextura se refere à complexidade do sistema. Se referir à complexidade do sistema, implica a quantidade de possibilidades que obriga a proceder seletivamente. A manutenção da multiplicidade de possibilidades diz que o sentido está sempre vinculado ao plural pela redução de possibilidades, nunca podendo se formular binariamente, senão ao menos ternariamente.

Mas na teoria da policontexturalidade existem não somente muitos *grounds* (ou lugares lógicos que definem as contexturas) mas *grounds*, ou lugares lógicos, ou contexturas são mediadas. Os *grounds* (lugares lógicos, contexturas) tem que ser considerados como um interjogador, como um intercâmbio entre o que é conhecido e o conhecimento, v.g. o conhecimento troca para o conhecer troca com o conhecedor e o conhecedor muda para o conhecer e assim em diante. Em outras palavras, as contexturas não são simplesmente isoladas mas elas são mediadas por novos operadores lógicos. Esses operadores agem nas contexturas, v.g. esses são operações inter-contexturais entre contexturas ou valores locais correspondentes.<sup>34</sup>

Essa perspectiva faz desaparecer a posição privilegiada de um único observador e enfrenta a realidade sem mitos ou revelações místicas, mas como paradoxo. O Direito internacional nunca se mostrou adepto de hierarquias, tampouco o Direito privado internacional. A hipercomplexidade é uma característica da sociedade que traz a essas relações ainda mais força para instituírem novas relações de garantias através de contratos, de relações técnicas, de leis do comércio internacional – *lex mercatoria* – leis desportivas – *lex sportiva internationalis* – padronização técnica e leis do trabalho internacionais. “Os Direitos policontexturais já não conseguem prevalecer sobre o mito político da vontade legislativa e inventam em seu lugar uma ficção, permitindo-lhes fazer passar seus paradoxos nos discursos sociais estruturalmente atrelados aos seus”.<sup>35</sup>

-----  
<sup>33</sup> GOLDAMMER, Eberhar von. PAUL, Joachim. op. cit. p.08

<sup>34</sup> GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contexturality. In: ders. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, pp. 283-306. 1973.

<sup>35</sup> TEUBNER, Gunther. op. cit. p. 355.

Ao contrário dos fenômenos similares do contexto do Estado nacional, trata-se de situações históricas em que um Direito policontextual pode nascer sem se apoiar no Direito positivo existente nem na legislação política, baseando as suas recursões em precedentes fictícios para ocultar o seu paradoxo em discursos não jurídicos.<sup>36</sup>

O que a policontextualidade rompe é a unidade de contexto dos discursos. Não exista mais uma única textura, modernamente legado ao soberano, ao Estado, mas policontexturas. Não se trata de se referir simplesmente à falta de centro, ou a levantar uma policentralidade, a policontextualidade é mais radical. “Policontextualidade é uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas as quais são constituídas por operações entre sistema/ambiente e as quais não compartilham um com a outra”.<sup>37</sup>

Portanto, o Direito deixa de ser texto e passa a ser comunicação. Deixa de ser um discurso com pretensões de univocidade e passa a percorrer diferentes códigos de validação dentro do contexto da globalização. É o paradoxo se reintroduzindo em outras esferas. Assim sendo, se forma um Direito mundial a partir das periferias sociais, de zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições nacionais. Esse novo Direito não se nutre de estoques de tradições e sim da autoprodução contínua de redes globais especializadas muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica.<sup>38</sup>

O Direito policontextual se forma a partir da introdução de uma ruptura histórica da sociedade hipercomplexa e sua reestruturação espaço-temporal pela globalização da sociedade. A policontextualidade se mostra como o lado operativo, da própria observação hipercomplexa. Esse lado operativo se realiza pelas organizações que são compostas as estruturas do sociedade. Por isso é impossível definir um objeto da policontextualidade sem incluir a sociedade, seus sistemas sociais e sua historicidade. Portanto, sua autodescrição será a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, e mais do que isso, dos hiperciclos e da nova indeterminação que a autopoiese provoca. A parte auto-referencial se dá através do próprio Direito policontextual que irá determinar e é determinado pelas suas características iniciais já desenvolvidas e a desenvolver: ruptura com o esquema binário e introdução do multi; ruptura com lógica clássica e modelo moderno de Estado.

---

<sup>36</sup> TEUBNER, Gunther. op. cit. p. 356

<sup>37</sup> TEUBNER, Gunther. *Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. In: RAWLINGS, Richard (ed.) *Law, Society and Economy*. Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

<sup>38</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. In: *Impulso*. 14 (33) Piracicaba. 2003. p.14.

## 2. Governança e *Lex Mercatoria*

### 2.1 Estado e Direito na forma de sociedade globalizada

A sociedade contemporânea tem como seu principal centro de tomadas de decisão o Estado e o Direito. Eles não deixam de existir. O que acontece é uma transformação conjunta dos atores, pois existem mais organizações tomando decisões com funções já definidas pela sociedade diferenciadamente complexa. Isto é, a sociedade, ao menos alguns sistemas, como o Direito e o Estado, sofrem de uma crise autopoiética. Essa crise é uma impossibilidade de se fazer presentes os próprios pressupostos modernos de Estado e Direito. E essa mudança se dá em torno da observação em torno da hipercomplexidade e da globalização. A globalização como processo de aceleração social é fascista: obriga a sociedade a inter-relacionar-se comunicativamente. “O aceitável sobre a teoria dos sistemas é, então, o desafio fundamental dos paradoxos reais que inevitavelmente ocorrem periodicamente nas mudanças estruturais e pedem a construção de identidades sociais novas”.<sup>39</sup> Então, há comunicação, isto é, os subsistemas sociais interagem de alguma forma, por interferência, por acoplamentos estruturais ou meios simbolicamente generalizados. Contudo, todos esses mecanismos só são possíveis através de um fechamento operativo ainda mais conciso. O Direito, apesar de o Estado perder soberania, nunca foi tão exigido, o Estado, apesar de o Direito perder monopólio da justiça, precisa estar presente e conter os pressupostos modernos.

Dentro desse momento histórico, seguindo o padrão moderno dos grupos sociais divididos a partir de seu Estado-nação, observaremos muitas transformações em todos os seus sistemas sociais, de maneiras próprias e não necessariamente simultâneas, principalmente em elementos de sua soberania: a relatividade de suas fronteiras com blocos econômicos, movimentos de imigração, choques culturais tecnológicos ocidentais:

A interação e a divisão, a globalização e a territorialização, são processo mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade.<sup>40</sup>

Ainda assim, é importante observar que a própria noção de soberania deve ser desmistificada de uma idéia construída simbolicamente a partir de 1648, com a Paz de Westphalia, onde o Estado deteve soberania dentro de seu território,

-----  
<sup>39</sup> TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003. p. 10.

<sup>40</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 77.

com exclusiva autoridade dentro das linhas de suas fronteiras geográficas<sup>41</sup>. “A noção de uma era dourada da soberania no qual os Estados continham ‘suas’ sociedades dentro de fronteiras territoriais é um mito. É incrivelmente surpreendente que, na base dessa dicotomia, tantos teóricos heterodoxos tendem a associar soberania e ‘globalidade’ com duas fases diferentes do desenvolvimento histórico.”<sup>42</sup>

O corpo soberano do Estado talvez nunca tenha existido, mas de alguma maneira justificava ações de Estados, principalmente relacionados a guerras e a movimentos colonizadores. Ou mais precisamente a soberania do Estado-nação e o seu relacionamento proporcional ao território e a formação do povo tiveram desenvolvimentos diferentes, em diferentes partes países do mundo, irão inevitavelmente mudar com a globalização.

Portanto, o Estado-nação soberano da modernidade entra em colapso, ou ao menos seu conceito é transformado. O desenvolvimento de regimes e organizações internacionais provocou importantes mudanças na estrutura da elaboração de decisões na política mundial. Emergiram novas formas de política multilateral e multinacional e, com elas, estilos distintos de adoção de decisões coletivas que envolvem governos, organizações intergovernamentais e uma grande variedade de grupos de pressão transnacionais e organizações não-governamentais internacionais.<sup>43</sup>

Com efeito, o processo de decisão do Estado fica globalizado. É necessário uma cooperação com outras instituições. Ninguém mais está isolado. Organizações internacionais como ONU, Corte Interamericana de Direitos Humanos, OMC, G20, Conselho de Direitos Humanos da ONU e Anistia Internacional institucionalizam conexões mais profundas entre si: propostas e discussões são realizadas em reuniões mundiais para se tornar possível à tomada de decisão tanto econômica quanto política. Isso se dá pelo fato de um novo conceito de relação entre outras partes do mundo é estabelecido, não é simplesmente internacional, é um surgimento global de inter-relações diferentes, entrelaçadas de maneiras distintas, como na internet.

A globalização não leva em consideração o internacional em sentido estrito, como no caso da internet – facilitação de redes de informações e dados, como no caso de bibliotecas, de conferências e também como uma ferramenta para

---

<sup>41</sup> KRASNER, Stephen D. Rethinking the sovereign state model. *Review of International Studies*. Volume 27, n. 05, Dec 2001. p.17.

<sup>42</sup> LACHER, Hannes. Putting the State in its place: the critique of State-centrism and its limits. *Review of international Studies*. 2003, 29. p.521-541. p. 529.

<sup>43</sup> HELD, David. *La democracia y el orden global*. Barcelona: Ediciones Piados Ibérica, 1997. p. 139

o comércio, inclusive de produtos ilegais, isto é, tráfico. Assim, surgem problemas do comércio eletrônico e aplicação de regras internacionais de comércio, principalmente em matéria de prova, controle de sites, redes de organizações de práticas ilícitas<sup>44</sup>.

Assim, falar de globalização é mais do que simplesmente falar de internacionalização. A realidade que se passa com a nação nesse processo de intercâmbios pode ser chamada de 'transnacionalização', mas de fato essas diferenciações são tênues. O importante é entender que a maioria das transações comerciais não se submetem as leis nacionais, nem mesmo as leis internacionais que os estados promulgam e que eles se encarregam de respeitar, isto é, eles pouco se preocupam com essas leis<sup>45</sup>.

Globalização, por assim dizer, é uma tomada de consciência de que muitos problemas nesse fim de século não podem ser mais tratados através da simples referência aos Estados sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as diferentes partes do globo terrestre, ultrapassando questões de meio ambiente, comunicações, mas englobando também uma melhor compreensão dos fenômenos que ocorrem no intercâmbio monetário e econômico.<sup>46</sup>

No que se refere ao Direito, mesmo depois do fim da bipolaridade geopolítica e da guerra fria, não se chegou a um regime de Direito internacional, derivado do estabelecimento de um Direito global sob uma autoridade única e tendo o poder de coerção ou de um sólido consenso dos Estados-nação.<sup>47</sup> Isso se verifica devido a uma grande complexidade que envolve não só a sociedade, mas também o próprio sistema político que mal consegue convergir em alguns poucos pontos sobre segurança internacional e direitos humanos.

A *lex mercatoria* do mercado mundial e outras práticas jurídicas 'isentas de Estado' fizeram explodir as dúvidas de princípio até então tão bem reduzidas ao silêncio: produzem um Direito global sem Estado, tanto para lá das ordens jurídicas nacionais como além do Direito tradicional dos povos, que se baseia em convenções entre Estados. A globalização do Direito despoleta uma massa de fenômenos jurídicos, impondo-se à prática do Direito, que não pode incluí-los ou excluí-los da sua hierarquia normativa.<sup>48</sup>

-----  
<sup>44</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7.

<sup>45</sup> Op. Cit. p. 11.

<sup>46</sup> Op. Cit. p. 13.

<sup>47</sup> ARNAUD, André-Jean. Globalização. In: ARNAUD, André-Jean; Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 221-225. p. 224.

<sup>48</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60. p. 344

Portanto, o fenômeno da globalização deve ser observado em seu rompimento prático e teórico e principalmente considerando seus elementos que rompem com certos ideais modernos. Não é mais possível fechar os olhos para essa transformação, pois o barulho nos faz lembrar de que estamos vivendo num outro modelo de sociedade. Nesse modelo é preciso observar o Direito dentro da sociedade globalizada. “No começo da era moderna era o colapso do Direito natural, e hoje é o efeito da globalização que adiciona para uma real ameaça para as operações do sistema jurídico.”<sup>49</sup>

Portanto, verificamos que tanto Estado quanto Direito sofrem grandes transformações ao mergulharem na era globalizada. A hipercomplexidade das relações estabelecidas nos mostra que outras formas policontexturais surgem, emergindo da aparente desordem, fornecendo espaço para o surgimento de Governança, no sistema político, e da *lex mercatoria* no sistema do Direito.

## 2.2 Governança – Sociedade e Estado

O paradoxo criado na hipercomplexidade, como explicamos anteriormente, coloca a questão de um novo modelo político, ou uma distinta forma de Estado para conseguir avançar sobre sua paralização. “Entonces, para la cuestión que nos ocupa resulta decisivo que la globalización de lo político, en comparación con otros subsistemas, se encuentra relativamente estancada y probablemente seguirá estándolo en los próximos tiempos.”<sup>50</sup>

A hipótese que mais se desenvolve, dentro de uma perspectiva policontextural, é a construção do conceito governança, isto é, não de um governo ou de um Estado, não pode nem mesmo ser definido como modelo de tais, mas algo mais como uma estrutura e com características de programação do sistema político. Essa política se estrutura de modo policontextural, tendo em vista que emerge não apenas do sistema político, mas de outros sistemas onde exerce ainda assim uma função política, ou pode/deve seguir uma estruturação democrática.

A governança é a tentativa de um sistema de múltiplos níveis e formas de regulação no qual micros e macros regiões, assim como diferentes modalidades de associações, organizações e redes de cidadãos que emergem como novas unidades políticas possam contribuir para a reconstituição da política global em

---

<sup>49</sup> TEUBNER, Gunther. Economics of Gift - Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Derrida and Luhmann. *Theory, Culture and Society*. 18(1): 29-47. SAGE: London, Thousand Oaks and New Delhi, 2001. p. 38.

<sup>50</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 87.

termos mais democráticos e socialmente menos excludentes<sup>51</sup>. O desenvolvimento da capacidade econômica com investimentos e políticas públicas eficazes são necessários para que os ganhos da globalização sejam de todos por serem pontos estratégicos para a governança.<sup>52</sup>

Com efeito, a noção de governança partiu de uma análise da crise de governabilidade, nos planos local e internacional, inscrevendo-se na problemática da perda de credibilidade da instância estatal e da diminuição de eficiência e eficácia da ação pública. Num mundo de crescente complexidade, de crescente diferenciação e subsistemas, o Estado é impotente para prever a consequência de suas ações e, portanto, para ditar normas e aplicá-las, tornando-se incapaz de responder às demandas da sociedade<sup>53</sup>.

O regime de governança não se trata apenas de resultado das estratégias de privatização de partidos e governos neoliberais, mas de um deslocamento secular do equilíbrio entre o sistema político e o sistema econômico, sendo “que suas normas representam um Direito genuíno, que não pode mais ser ocultado, cumprindo tarefas legislativas, administrativas, regulatórias e de soluções de conflitos do Direito clássico em novas formas e em novos contextos”.<sup>54</sup>

De fato, governança vai mais além do que o conceito de ‘governo’ porque engloba mecanismos de controle que se encontram fora da jurisdição e da esfera regulatória do governo; ela vai mas além da democracia porque implica noções de eficiência que servem a democracia e o desenvolvimento concomitantemente.<sup>55</sup> O Estado perde parte da vigência internacional, cedendo espaço às organizações não-governamentais e à iniciativa privada, o que leva à substituição do conceito de governo pelo de governança. “Parler de gouvernance, c’est admettre qu’il a d’une part, des gouvernants, e d’autre part, des gouvernés, sans que les relations entre les deux soient nécessairement des relations d’autorité ou des relations de hiérarchie”.<sup>56</sup>

51 CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? In: *Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. n. 16. São Paulo: 1999.p. 13.

52 WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION. *A fair globalization: creating opportunities for All*, 2004. p. 63.

53 CAMARGO, Sonia de. Op. cit. p. 11.

54 TEUNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 277.

55 MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. In: *Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. No 16. São Paulo: 1999.p. 107

56 ZOLLER, Elisabeth. *Gouvernance internationale et organisations intergouvernementales*. In: *Le Droit des Organisations Internationales*. Bruxelles: Bruylant, 1997. p. 148

A governança global abrange todos os domínios da atividade humana (indústria, comércio, meio ambiente, moral, Direito, comunicação e informação, etc.) e pode se desenvolver e conquistar todo o planeta graças às tecnologias de informação e de comunicação. Esse conceito não se confunde com boa governança do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional ou do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.<sup>57</sup> Embora o Banco Mundial tenha sido o primeiro a utilizar esse termo,<sup>58</sup> caracterizando como ‘boa governança’ aqueles governos que conseguissem manter um nível de Direitos humanos e outras características ambientais como desenvolvimento sustentável e reforma do Estado (privatizações), chegando ao que seria chamado Consenso de Washington.

Portanto, a governança tem possibilidades de seleção operativas mais consistentes num mundo hipercomplexo, pois não necessita que o sistema político forme um acoplamento estrutural com outro sistema em questão. A governança é uma programação estrutural que é construída ao mesmo tempo que paralelamente a autopoiese de outros sistemas, por isso pode ser descrito da maneira que é: como um “modelo” democrático de administração dos setores da sociedade, inclusive o político, onde a participação da sociedade civil com o objetivo funcional de fazer as instituições cumprirem os papéis a que são destinados, isto é, tornando as organizações da sociedade mais eficientes e democráticas.

### 2.3 *Lex Mercatoria*

No que se refere ao Direito, e mais precisamente dentro do Direito comercial-empresarial, o sistema do Direito e o econômico acabam por estabelecer relações de acoplamentos estruturais muito importantes. Assim, a economia e o desenvolvimento tecnológico adquirem avanços importantes para que o projeto político de uma crescente troca de bens e consumo fosse concretizada. Entretanto, muitas vezes essa conexão deu tão certo que os próprios Estados não tiveram agilidade suficiente para propor limites ou normas que regulassem esse comércio. Ainda que o Estado tenha um papel fundamental, ele não está presente em todos os momentos em que ocorrem transações internacionais. E pelo que nos conta a história, esse processo de construção de um Direito sem a presença atuante dos

---

<sup>57</sup> ARNAUD, André-Jean. *Tomada de decisão*. In: Dicionário da Globalização. ARNAUD, André-Jean;

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

<sup>58</sup> O Banco Mundial utilizou esse termo no seu relatório de 1989 *Sub-Saharan África: From Crisis to Sustainable Growth*. MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. In: *Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. Nº 16. São Paulo: 1999. p. 104.

Estados é mais antiga que os próprios Estados e teria tido início na Era Medieval, sendo chamado de *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* tem início na Europa medieval, quando essa expressão foi utilizada por comerciantes a fim de regular suas próprias relações, e formando, através dos estatutos e corporações, seu ordenamento que seria consultado para deferir decisões em jurisdições mercantis competentes quando as partes pertencessem à classe dos comerciantes.<sup>59</sup>

La *lex mercatoria* no sólo había sido esto porque regulaba las relaciones mercantiles, sino también y sobre todo porque era un derecho creado por los mercantes. Sus fuentes habían sido los estatutos de las corporaciones mercantiles, la jurisprudencia de las *curie mercatorum*, porque en ellas tenían sus sesiones los mercantes. Hoy se entiende de la misma forma, por *lex mercatoria*, un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados.<sup>60</sup>

Essa expressão é atualmente utilizada, principalmente com o surgimento da globalização para delimitar o conjunto de normas não elaboradas por meio da mediação política dos Estados, sendo ainda destinada a regular as relações comerciais do mercado global<sup>61</sup>. Assim, a gênese da *lex mercatoria* está justamente na circunstância de ser ela numa reação ao *status quo* criado pelos sistemas nacionais que demonstram inaptidão para reger as relações econômicas internacionais, tornando-se grande fonte a *contrario sensu* da *lex mercatoria*.<sup>62</sup>

A *lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular ou lei nacional. São desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade.<sup>63</sup>

A *lex mercatoria* não tem fundamentação no ordenamento jurídico. Ou existe uma norma fundamental global? Ou existe uma regra secundária global? O discurso desconstrutivista de fundamentação mística tem dificuldades em encontrar a violência, então o que fazer? A *lex mercatoria*, não ficando paralisada pelo

-----  
<sup>59</sup>CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290.

<sup>60</sup> GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 65.

<sup>61</sup> CAROCCIA, Francesca. op. cit. p. 290.

<sup>62</sup> STRENGER, Irineu. *Direito comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 148.

<sup>63</sup> CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290. p. 289.

paradoxo, fundamenta-se na sua autovalidação, sendo operacionalizada a partir da policontextualidade, isto é, um Direito originário e concretizado a partir do sistema econômico, mas é Direito, não economia.

Assim, a *lex mercatoria* rompe com dois tabus: o primeiro de que sua afirmação só se dá através de disposições jusprivatistas (contratos e fusões); e o segundo, reivindicando validade entre os Estados-nações e até além das relações “inter-nacionais”, formando-se 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.<sup>64</sup>

É possível observar inclusive que, muitas vezes, o conflito entre Direito Estatal e não-Estatal é deixado de lado, permitindo o desenvolvimento de aspectos importantes na instrumentalização da *lex mercatoria*, onde à arbitragem é atribuída força de decisão de conflitos jurídicos de bens disponíveis. “A arbitragem internacional e os famosos “códigos de conduta” elaborados por várias organizações internacionais representam passos no sentido da resolução do conflito entre a *lex mercatoria* internacional e o Direito nacional dos estados individuais”.<sup>65</sup>

A formação atual da *lex mercatoria*, como temos reforçado, não tem uma fonte única nem tampouco originária. Contudo se pode apontar grandes formadores de princípios e costumes dessa rede de decisões. O mais tradicional órgão de regulação do comércio é a Câmara de Comércio Internacional de Paris (International Chamber of Commerce - ICC), que foi fundada em 1919 e se autodenomina “A Organização Mundial dos Negócios”. Essa organização é formada exclusivamente por grandes corporações privadas de todos os ramos e de qualquer país do mundo. Entre seus principais objetivos está a promoção do comércio, serviços e investimento, eliminando obstáculos e distorções do comércio internacional e a promoção da construção e configuração de regras, padrões e desenvolvimento de políticas globais de comércio<sup>66</sup>.

Outros dois organismos internacionais com o objetivo de unificar as leis globais privadas chamam-se UNCITRAL<sup>67</sup> e UNIDROIT<sup>68</sup>. Enquanto a UNIDROIT

-----  
<sup>64</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. In: *Impulso*. 14 (33) Piracicaba. 2003. p.17.

<sup>65</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. p. 225.

<sup>66</sup> INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Constitution of ICC*. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/>> acesso em 26/10/2006.

<sup>67</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. Disponível em <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)> acesso em 31/10/2006.

<sup>68</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – UNIDROIT. Disponível em <[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)> acesso em 31/10/2006.

tem uma formação mista intergovernamental e comercial, a UNCITRAL é verdadeiramente o braço Estatal que ainda resiste dentro desse tema.

Como podemos verificar, praticamente todo o desenvolvimento da *lex mercatoria* ficou paralelo ao Estado, restando seu crescente papel de formador de blocos regionais que ainda parecem mais uma tendência do que uma realidade, tendo em vista que com exceção da União Européia, os outros blocos mundiais andam de forma muito lenta para qualquer tipo de acordo. Portanto, outras organizações que têm grande interesse nesse desenvolvimento tiveram uma maior saliência. O estabelecimento de normas e padrões do comércio tem um sentido de adaptação do Direito nacional ao Direito mundial e não o contrário. As constituições federais dos Estados envolvidos pouco ou nada têm influência no estabelecimento dessas normatizações.

### Considerações Finais

A construção da sociedade contemporânea é fundada em redundâncias operativas que são modificadas através de diferenciações, para tanto, é necessário o tempo, fazendo com que se construa o tempo. Mas só se pode mudar o que é possível, assim tudo aquilo que ainda não é e pode ser, só será porque assim pode e não há nada além disso – nada de misterioso ou metafísico – por isso há paradoxo. O paradoxo será sempre o fim e o começo de toda a possibilidade de surgimento de sentido novo e o é em decorrência do seu próprio fim anterior, ou até mesmo simultâneo, como sua condição de possibilidade. Logo, a autonomia do sistema jurídico encontra sua fundamentação na autovalidade. Por isso, o desconstrutivismo não serve, pois a fundamentação mística não precisa obrigatoriamente incluir a força e a violência.

A policontextualidade não pretende ser uma construção ideológica ou futurista da sociedade hipercomplexa. A intenção é uma construção dessas diferenças sistêmicas dentro do contexto de globalização. Pois alguns sistemas obtiveram vantagens operacionais com a introdução do paradigma moderno, como o sistema da economia que tem anos-luz de diferença em comparação com o sistema do Direito. E outras muitas dificuldades, como o sistema da política, que ao mesmo tempo que os Estados diluíram sua soberania, não conseguiram estabelecer outras conexões sistêmicas entre outros sistemas.

Dessa forma, se forma de um lado a governança, no sistema político, e a *lex mercatoria*, no sistema do Direito. Essa é uma das possibilidades de explicação de uma emergência ainda esparsa, porém sólida de um lado da *lex mercatoria* e do outro da programação política da governança. Enquanto a governança tenta reagir operativamente à hipercomplexidade com operações dentre outros sistemas, a *lex*

*mercatoria* é, propriamente, esse novo tipo de Direito que esboça formas de auto-regulação que exemplifica a ruptura de conceitos dogmáticos de Estado, governo, soberania, legislação e Direito. As normas regulatórias não passam pelo Estado, não têm qualquer controle de constitucionalidade e são utilizadas e julgadas por cortes arbitrais e o Direito não é mais “duro” e passa a ser *soft*.

Ademais, é notório o aparecimento de tantas outras “lex” em outros sistemas da sociedade: *lex sportiva*, *lex laboris*, *standards técnicos*. Um Direito que emerge das periferias da sociedade e questiona as mais contemporâneas formas de observação da teoria jurídica. O Direito policontextual é o início de um desenvolvimento de um Direito que está sincronizado com a sociedade, um Direito que provoca a participação de novas esferas da sociedade para sua estabilização e futura evolução.

### Referências

ARNAUD, André-Jean. Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AXTMANN, Roland. The State of the State: the model of the modern State and its contemporary transformation. *International political science review*, 2004, vol 25, p.259-279.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999

CAROCCIA, Francesca. *Lex Mercatoria*. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? In: *Governança global: Reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. n. 16. São Paulo: 1999.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traduzido por Adolfo Barberá; Patricio Peñalver Gómez. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Trad. Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

GOLDAMMER, Eberhar von. PAUL, Joachim. *Gotthard Günther Annotations 2004/ I*. Vordender. Sommer-Eddition 2004.

GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. In: ders. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2. Hamburg: Meiner 1979, pp. 283-306. 1973.

HAWKING, Stephen. *A Brief History of the time*. New York: Bantam Books, 1988.

\_\_\_\_\_. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001.

HELD, David. *La democracia y el orden global*. Barcelona: Ediciones Piados Ibérica, 1997.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – UNIDROIT. Disponível em <[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)> acesso em 31/10/2006.

INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Constitution of ICC*. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/>> acesso em 26/10/2006

KRASNER, Stephen D. Rethinking the sovereign state model. *Review of international studies*. Volume 27, n. 05, Dec 2001.

LACHER, Hannes. Putting the State in its place: the critique of State-centrism and its limits. *Review of international studies*. 2003, 29. p.521-541

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. in: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. In: *Journal of law and society*. Oxford, v. 15, n. 2, p. 153-65, 1988.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUZ, Cicero Krupp da. Direito, Sociedade e Defasagem Temporal. In: *Anais do V salão de iniciação científica da PUCRS*. PUCRS: Porto Alegre, 2005.

MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. In: *Governança Global: reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung. No 16. São Paulo: 1999.

ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário de pós-graduação em direito da UNISINOS*. p. 309-321. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 317.

ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. In: *Epistemologia jurídica e decisão*. 2 ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 197.

STRENGER, Irineu. *Direito comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.) *On paradoxes and self-reference in law*. London: Hart, 2003.

\_\_\_\_\_. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-60.

\_\_\_\_\_. As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais valia social do décimo segundo camelo. p. 149-150. In: ARNAUD, André Jean; LOPES Jr., Dalmir.(orgs.) *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses. In: RAWLINGS, Richard (ed.) *Law, society and economy*. Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. In: *Impulso*. 14 (33) Piracicaba. 2003. p.14.

\_\_\_\_\_. Economics of Gift - Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Derrida and Luhmann. *Theory, culture and society*. 18(1):. 29-47. SAGE: London, Thousand Oaks and New Delhi, 2001.

\_\_\_\_\_. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedade global*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - *UNCITRAL*. Disponível em <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)> acesso em 31/10/2006.

WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION. *A fair globalization: creating opportunities for all*, 2004.

ZOLLER, Elisabeth. Gouvernance Internationale et Organisations Intergouvernementales. *In: Le droit des organisations internationales*. Bruxelas: Bruylant, 1997.

