

A AUTONOMIA DA NOVA LEX MERCATORIA E A ESTABILIZAÇÃO DE RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

José Augusto Fontoura Costa

So that is plainely appeareth, that the Law Merchant, may well be as ancient as any humane Law, and more ancient than any written Law. The very morall Law it selfe, as written by Moses, was long after the customary Law of Merchants.
(Gerard Malynes, 1622)¹

1. TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS



Em 1964 foi publicado nos *Archives de Philosophie du Droit* o artigo resultante de uma comunicação em um seminário de filosofia do direito e denominado *Frontieres du droit et lex mercatoria*, da autoria do Prof. Berthold Goldman. Embora seja possível identificar publicações anteriores que já acenavam para a internacionalização do Direito como uma tendência importante, há integral consenso doutrinário no sentido de que o nome “nova *lex mercatoria*” aplicado a um regime jurídico do comércio internacional contemporâneo remonta à feliz denominação empregada pela primeira vez, há quase 50 anos, pelo professor da Universidade de Paris II (Panthéon-Assaz).

Com efeito, a aplicação da terminologia correntemente utilizada para se referir a um sistema de normas e instâncias de

¹ MALYNES, Gerard. *Lex Mercatoria or the ancient law merchant: a reference book for all trades and professions engaged in domestic and international commerce*. Fênix: Metheglin Press, 1996 [1622].

solução de controvérsias aplicadas pelos comerciantes antes do predomínio dos direitos estatais contemporâneos, particularmente associado ao comércio marítimo e ao renascimento de fluxos e rotas comerciais no norte da Itália a partir do século XII, à nova realidade, caracterizada por uma crescente fragmentação dos espaços jurídicos derivada da acelerada descolônização e da separação entre países capitalistas e comunistas, foi de rara felicidade. Desde então, Berthold Goldman vem sendo reconhecido, com toda justiça, como fundador da nova *lex mercatoria*.

Não obstante, é razoável perguntar de que maneira em com que extensão as transformações políticas, econômicas, culturais e jurídicas que tiveram lugar desde então impactaram sobre a *lex mercatoria* e sua elaboração teórica. Decerto, o mundo deixou de ser marcado pelas tensões entre Estados Unidos e União Soviética para assumir, caído em 1989 o Muro de Berlim, um caráter multi ou apolar, ao mesmo tempo em que as teses estruturalistas mais apocalípticas, que apregoavam o alargamento da distância entre mundo industrializado e subdesenvolvido, se viram sobrepujadas por uma realidade em que a diversidade de graus e categorias de desenvolvimento já não permitem prever um acirramento de contradições e tensões entre duas categorias de países radicalmente separadas.

Além disso, o aperfeiçoamento das tecnologias de informação e transportes, associadas a aberturas econômicas e políticas que se seguiram ao fim das tensões leste-oeste, possibilitou o que se convencionou chamar de globalização, consubstanciada em um crescente fluxo de ativos econômicos e midiáticos que, entre vantagens e desvanagens, deu azo tanto ao temor da perda das identidades culturais locais, quanto ao enfraquecimento da influência do estado, na medida em que identidades e sentidos locais e transnacionais passaram a rivalizar com o nacionalismo socialmente reorçado desde, pelo menos, o século XIX.

Em termos jurídicos, a relativa perda de poder dos Estados, quase sempre identificado com a força para por e impor o Direito, pode haver tornado outros âmbitos de oferta de segurança e previsibilidade, bem como de sistemáticas de solução de controvérsias, capazes de ganhar proeminência, sobretudo na medida em que a transnacionalização da economia desloca os campos de eventuais litígios para áreas transnacionais. Deste ponto de vista, é de se esperar que, mesmo em face de um vigoroso refluxo de uma utopia neoliberal, um direito tipicamente transnacional e independente dos Estados viva seu melhor momento.

É legítima, portanto, a questão referente à aplicabilidade do discurso da *lex mercatoria* – compreendido como o discurso jurídico voltado a discutir sua existência e utilidade – às condições atuais e, neste sentido, o foco na questão da sua autonomia em relação aos Direitos estatais se afigura de central importância.

Para tanto, é preciso trilhar um percurso em que, depois de se explicar a origem e o sentido da nova *lex mercatoria* e apresentar suas características e principais formas de expressão, se avalia a importância de sua autonomia como elemento de estabilização de relações econômicas internacionais, ou seja, como meio para incrementar a segurança e a previsibilidade de tais relações ao mesmo tempo em que proporcionam um sistema de solução de litígios capaz de produzir resultados consistentes e coerentes com o sistema normativo pressuposto e as necessidades das partes.

Observa-se, em seguida, como e por que a autonomia se tornou um elemento central no discurso da *lex mercatoria* e o seu sentido e importância, reavaliando a sua aplicabilidade às necessidades jurídicas e econômicas do mundo atual, bem como identificando itens centrais para uma agenda de pesquisa voltada a expandir as fronteiras do estado da arte do Direito do Comércio Internacional e lidar de modo pragmático e consistente

com os temas e exigências mais atuais.

2. *LEX MERCATORIA* E A ESTABILIZAÇÃO DE TRANSAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

A noção primária de *lex mercatoria* se refere a um universo mais ou menos definido de estruturas regulatórias capazes de incrementar a segurança jurídica, particularmente em matéria contratual e da circulação de mercadorias e outros atos, mediante a criação de instrumentos jurídicos de estabilização de relações comerciais, que se utilizou na Baixa Idade Média e boa parte da Idade Moderna por comerciantes marítimos e terrestres. Tal Direito internacional dos comerciantes se caracterizava pela existência de regras costumeiras e práticas diuturnas, muitas vezes consolidadas por escrito em documentos que datam do século XI, como os *Consuetudines* de Gênova, os *Consuetudines usus* de Pisa e a *Tabula Amalfitana*.² Essas normas, escritas ou não, seriam aplicadas por tribunais arbitrais independentes das unidades políticas e cumpridas espontaneamente pelos mercadores.

Assim, normalmente tal sistema é apontado como um importante fator de estabilização de relações econômicas privadas entre particulares, capaz de se estruturar a partir de princípios e regras próprios, instituições não estatais de aplicação de tais normas e formas de sanção reputacional. Apesar dos interessantíssimos elementos que a compõem e a variedade de cortes históricos e geográficos que possibilitam uma compreensão aprofundada do fenômeno, o que importa, no âmbito deste artigo, é ressaltar que, apesar de ser difícil de sustentar historicamente³, é geralmente aceita pelos juristas a idéia de que tal Direito dos mercadores existiu efetivamente como um

² MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*, v. 1, 3ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

³ SACHS, Stephen. From St. Ives to cyberspace: the moder distortion of the medieval law merchant. *In American University International Law Review*, n. 21. 2006.

precursor do Direito Comercial moderno e contemporâneo, para o qual exportou princípios e institutos.

A recuperação do termo para designar um novo Direito dos comerciantes é, decerto, idéia prolífica e enenhosa. Parte-se da constatação de que a existência de relações econômicas que vão além das fronteiras nacionais e, por conseguinte, impõem aos comerciantes riscos maiores do que os enfrentados em um único sistema jurídico para a afirmação de que, em face da necessidade de estabilizar tais relações, uma comunidade internacional de profissionais do comércio estabelece padrões e instituições capazes de reduzir a exposição às intempéries jurídicas e institucionais. Particularmente, as inovações em tecnologias de comunicação e transporte que se seguiram à Segunda Guerra Mundial de maneira a, dada a redução de custos, adensou e complexificou o comércio internacional, impossibilitando aos Direitos estatais codificados condições suficientes para acompanhar as rápidas transformações e a elevada tecnicidade das relações comerciais – e jurídicas – que extrapolam os limites estatais.

No que se refere especificamente à segurança, decerto, quando submetidas a um único ordenamento, relações econômicas que tomam a forma de direitos de propriedade e obrigacionais, especialmente de origem contratual, gozam dos benefícios de (1) estarem sujeitos a órgãos jurisdicionais oficiais claramente instituídos, (2) serem regulados por normas claramente estabelecidas e coerentemente concatenadas em um sistema normativo positivo e (3) contarem com o uso da força estatal sempre que seja necessário recorrer à execução forçada. Se forem dois ou mais os espaços territoriais regulados pelos quais se espraia uma relação econômica, há indefinições que podem aflorar: problemas de estabelecimento de jurisdição e competência internacionais que podem levar à falta de um foro competente ou à submissão concomitante a dois sistemas judiciários estatais; conflitos entre normas jurídicas com distintos

significados e consequências práticas e problemas de reconhecimento de sentenças como pressuposto da execução *manu militari*.

Ainda que seja possível, para além da aplicação dos Direitos estatais, encontrar outras estruturas de robustecimento da estabilidade de tais relações, como o fortalecimento de redes informais e a atuação de escritórios internacionais de advocacia,⁴ a referência a um Direito transnacional nascido, espontaneamente, dos costumes comerciais e que se utiliza da arbitragem, bem como das sanções reputacionais, para garantir sua aplicação e cumprimento vem se constituindo em um dos mais populares discursos a respeito da transnacionalização de formas jurídicas como suporte para a estabilização de relações comerciais.

Assim, a afirmação de que há normas, tribunais e sanções que são utilizadas por uma categoria profissional internacional, independentemente tanto da ação estatal quanto do Direito internacional, de maneira a promover maior estabilidade e segurança, da azo à assertiva de que existe uma ordem jurídica autônoma. Tal noção surge em dois sentidos diversos: pode ser definida como a ausência de vínculos com os ordenamentos estatais, sendo, destarte, definida negativamente, como aparece na definição de Berthold Goldman do Direito inenacional dos comerciantes como “um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras espontaneamente relativas a ou elaboradas no âmbito do comércio internacional *sem referência a um sistema jurídico nacional em particular*”.⁵ O outro sentido, positivo, identifica a criação de um Direito a partir da afirmação da exis-

⁴ GESSNER, Volkmar, APPELBAUM, Richard P. e FELSTINER, William L. F. (2001) Introduction: the legal culture of global business transactions. In GESSNER, APPELBAUM e FELSTINER (Eds.) *Rules and Networks – The Legal Culture of Legal Business Transactions*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

⁵ GOLDMAN, Berthold. The applicable law: the general principles of law: the *lex mercatoria*. In LEW, Julian (Ed.) *Contemporary problems in international arbitration*. 1986. Pág. 116. Itálico adicionado.

tência de uma sociedade internacional de comerciantes – denominada *societas mercatorum* – que produz uma Ordem autônoma para regular suas próprias relações, como em outra definição de Berthold Goldman, para a qual a nova *lex mercatoria* é “um regime para o comércio internacional produzido, espontânea e progressivamente, pela *societas mercatorum*”⁶ a qual, para Eric Loquin é “uma comunidade internacional composta de homens de negócios e de comerciantes suficientemente homogênea e solidária para suscitar a criação destas normas homogêneas e assegurar sua aplicação.”⁷

Decerto, o discurso da nova *lex mercatoria* é bastante favorável a uma percepção autonomista, mesmo que a adoção de versões negativas ou positivas seja comum e nenhuma pareça predominar. Isso, talvez, se deva à compatibilidade entre ambas, já que a *societas mercatorum* pode ser entendida como a origem da ausência de referência a qualquer sistema nacional, seu efeito. Como é mais difícil comprovar a existência de tal sociedade – e, decerto, não existe estudo empírico que corrobore amplamente sua existência – é mais fácil afirmar apenas a autonomia como uma característica.

Isso não quer dizer que a noção de *societas mercatorum* seja inútil: ela possibilita uma imunização argumentativa de grande importância, pois seus efeitos (a ausência de vínculo com sistemas jurídicos estatais) deixam de ser o objeto imediato dos argumentos contrários de ordem pragmática e política, já que repousa sobre um alicerce social e, por conseguinte, os esforços em negar a autonomia passam a se concentrar na negação da existência de uma sociedade de mercadores e não na exigência de provas de quel tal sistema existe como tal independentemente da aceitação por sistemas nacionais.

⁶ GOLDMAN, Berthold. Introduction. In CARBONNEAU, Thomas (Ed.), *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. Nova Iorque: Juris Publisher, 1998. Pág. xviii.

⁷ LOQUIN, Eric. *L'amiable composition em droit compare et international*. Paris: Litec, 1980. Págs. 308-09.

Apesar de a autonomia nunca haver deixado de ser polêmica, é fato que o discurso predominante da *lex mercatoria* constantemente a reafirma, o que inclui o trabalho de Phillippe Fouchard⁸ e Phillippe Kahn, além de Irineu Strenger,⁹ seu principal difusor no Brasil.

Entretanto, é a autonomia realmente fundamental para garantir a segurança e estabilidade das relações econômicas internacionais? Tal questão deve ser avaliada mais de perto.

3. AUTONOMIA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

Embora críticas importantes tenham sido, entre outras, apontadas por Antoine Kassis,¹⁰ que denuncia o caráter de incompletude resultante da necessidade de utilizar sistemas estatais, Paul Lagarde, que ressalta a falta de coesão da *societas mercatorum* como fundamento fiável para um Direito autônomo e de Marcelo Huck,¹¹ que aponta o viés ideológico resistente a políticas desenvolvimentistas, pode-se considerar que a explicação padrão da *lex mercatoria* ressalta sua autonomia como característica fundamental.

Já se observou que relações econômicas internacionais se desenvolvem em ambitos menos seguros que os internos em virtude do contato entre sistemas jurídicos. Assim, o discurso da *lex mercatoria* se apropria desta percepção de elevados ris-

⁸ FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, E. e GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

⁹ STRENGER, Irineu (1991) "La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Volume 227, n, 2, p. 207-355. STRENGER, Irineu. (1996) *Direito Internacional do Comércio e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr.

¹⁰ KASSIS, Antoine. *Theorie generale des usages du commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984.

¹¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

cos para afirmar seu espaço de atuação e a existência de suas normas e instituições como importantes instrumentos de estabilização. Além disso, é muito freqüente a menção a uma relativa paralisia dos Direitos estatais em se adaptar a relações constantemente adaptadas ao progresso da economia e do comércio, as quais teriam eco imediato nas continuas transformações, atualizações e criações do Direito dos mercadores. Não obstante, é legítimo perguntar se, tanto em termos de incremento da segurança e estabilidade das relações comerciais quanto nos da adaptação ao progresso comercial, a autonomia é realmente necessária.

Com efeito, a idéia de que o desenvolvimento das normas e padrões internacionais deva ser autônomo encontra seu mais vigoroso fundamento na noção de uniformidade. Decerto, à medida que os princípios e institutos comerciais foram sendo incorporados por sistemas jurídicos nacionais, houve uma crescente diferenciação entre os tratamentos específicos de questões jurídicas análogas em cada um dos Ordenamentos. A afirmação da autonomia, portanto, seria um instrumento de inoculação contra a perda de unidade e, conseqüentemente, de uniformidade: a melhor maneira de se manter coeso e consistente, para o direito dos mercadores, é sua separação dos direitos internos e seu livre desenvolvimento, sustentado pela *societas mercatorum*.

Ora, se as diferenças entre os institutos jurídicos de cada ordenamento estatal são uma das raízes da maior insegurança das relações comerciais internacionais, garantir sua coerência e coesão é importante para incrementar a previsibilidade. Não obstante, a integral *autonomia* em relação a Direitos estatais não é uma condição necessária para o desenvolvimento de costumes próprios e normas espontaneamente afloradas da *praxis* contínua daqueles que se envolvem diuturnamente nas atividades comerciais.

Grande parte dos Direitos estatais aceita, sem maiores

problemas, as peculiaridades dos princípios e normas espontâneas comerciais e não chega a ser incomum, como no caso do Artigo 2º da Lei de Arbitragem brasileira, a aceitação explícita de costumes internacionais. Não parece haver uma ojeriza, uma contraposição baseada em princípios do fortalecimento da nacionalidade que se consubstancie em algum anti-internacionalismo. Pelo contrário, o Direito comercial é particularmente permeável aos costumes e, dado seu caráter privado, à ampla aceitação da autonomia da vontade; assim, as práticas dos comerciantes e suas consolidações privadas tendem a ser integrados às Ordens internas, seja mediante a aceitação de fontes costumeiras, seja pela inclusão em negócios jurídicos de caráter comercial.

O problema, destarte, não é que os Direitos estatais se neguem a reconhecer normas comerciais transnacionais, mas que o processo de positivação legislativa do Direito comercial produziria cristalizações capazes de obstruir o seu desenvolvimento e, o que seria talvez mais grave, afastar cada sistema nacional da uniformidade própria da *lex mercatoria*. Neste sentido, o esforço de manter as aberturas dos diversos sistemas jurídicos à dinamicidade dos costumes e padronizações comerciais internacionais seria mais importante do que reafirmar constantemente a autonomia de tal sistema normativo transnacional. Em outras palavras, sem negar a importância da arbitragem e das sanções reputacionais, poder-se-ia reconhecer que a nova *lex mercatoria* depende dos Direitos estatais para garantir sua efetividade, uma vez que carece de meios e legitimidade para o uso da força, mas apesar de não ser autônoma, desenvolve princípios e regras próprios cuja aceitação pelos sistemas internos favorece o melhor trânsito internacional de riquezas, reduzindo riscos e custos transacionais. O argumento da adaptação, que na formulação de Philippe Kahn apresenta os sistemas jurídicos normalmente competentes como “não adaptados, tanto no que concerne ao seu conteúdo quanto por seu âmbito

de aplicação”¹², não conduz logicamente à autonomia como solução única.

Pelo contrário, há verdadeira miríade de instrumentos vinculados aos Direitos estatais e internacional sem os quais a própria nova *lex mercatoria* compreendida em seu sentido mais estrito estaria comprometida. Neste sentido, a importância das Organizações Internacionais, das leis-modelo e das convenções internacionais é, se não mais, pelo menos tão marcante quanto a das fontes espontâneas, tão caras aos autonomistas. Com efeito, instrumentos como a Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o cumprimento de laudos e sentenças arbitrais, a Convenção de Viena de 1980, sobre os contratos de compra e venda de mercadorias, a Convenção de Roma de 1980, sobre o direito aplicável à compra e venda, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, sobre diversas matérias, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional e mesmo os Princípios da UNIDROIT, sobre contratos comerciais, apresentam-se como de central importância, mesmo que (1) não sejam espontaneamente originados das práticas dos comerciantes, mas negociados por representantes estatais e (2), pelo menos no caso das convenções, dependam de assinatura e ratificação para lograrem vigor internacional e interno.

Além disso, quando se põe a questão das instituições de aplicação, embora o papel da arbitragem internacional e, particularmente, àquela realizada pelas associações profissionais e setoriais e pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), deve-se, desde logo, aceitar a proeminência do método arbitral de solução de controvérsias. Não obstante, há alguns cuidados que se deve tomar em aceitar como dada a caracterização dos juízos arbitrais como assemelhados a verdadeiros

¹² KAHN, Philippe. La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses. In *McGill Law Journal*, v. 37. Montreal: McGill University. 1992. Pág. 416.

órgãos de aplicação da *lex mercatoria*.

Em primeiro lugar, há a questão da execução forçada, para a qual é necessário lançar mão dos sistemas jurídicos estatais. Ainda que o cumprimento voluntário seja a regra e, particularmente no âmbito das associações internacionais, as sanções de publicidade e exclusão sejam robustas, o fato é que, sobretudo na arbitragem internacional fora de âmbitos setoriais estritos, o recurso à força do Estado é, muitas vezes, necessário¹³. Em segundo lugar, é muito freqüente a indicação de Direitos estatais – e não de princípios e regras da *lex mercatoria* – como lei aplicável ao fundo das questões arbitradas, que, conforme dados da própria CCI, estão ao redor de 80% das cláusulas arbitrais. Por fim, é certo que a arbitragem concorre tanto com a litigância estatal e, particularmente, com a propositura de ações em juízos de estados terceiros, conhecida genericamente como *offshore litigation*, para a qual vem perdendo espaço, já que, nas palavras de Bryant Garth,

Um novo grupo de tecnocratas autoconscientes que, comumente, obtiveram graus jurídicos nos Estados Unidos, conduzem a transição da *lex mercatoria* e uma arbitragem relativamente informal para a *offshore litigation*, tipicamente regulada não pela *lex mercatoria* européia, mas pelo Direito comercial de Nova Iorque e da Inglaterra.¹⁴

Este movimento que se afasta de algumas formas jurídicas consideradas essenciais pelo discurso da *lex mercatoria* – árbitros independentes e especializados em perfeita consonância com regras espontaneamente afloradas da *societas mercatorum* – é consistente com a busca de maior estabilidade das relações econômicas como derivadas de uma maior certeza jurí-

¹³ DRAHOZAL, Christopher R. Private ordering and international commercial arbitration. In *Penn State Law Review*, n. 113. 2009.

¹⁴ GARTH, Bryant. The globalization of the law. In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Orgs.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pág. 253.

dica, tanto a respeito dos resultados, quanto da exequibilidade dos títulos judiciais, o que se apóia, inclusive, em políticas locais ativas para o aumento da especialização de judiciários voltados a prestar tais serviços.¹⁵

Decerto, não se pode subestimar o caráter de redução de riscos que a opção pelo juízo arbitral é capaz de oferecer. E isso decorre não apenas pela possibilidade prática de limitar, no compromisso arbitral, o objeto e mesmo os possíveis valores da sentença. Há, conforme o interessante argumento de Posner, incentivos para que os árbitros evitem dar soluções radicais, o que pode ser visto positivamente pelas partes na controvérsia:

Os árbitros são selecionados pelos litigantes, ou com seu consentimento. Um árbitro que adquire a reputação de favorecer um lado ou um tipo de alegações (...) será inaceitável para uma das partes em uma futura controvérsia, de modo que a fonte de demanda por seus serviços secaria. Pode-se, portanto, esperar que os árbitros tendam a “dividir o bolo” em seus laudos – ou seja, tentar dar a cada lado uma vitória parcial (junto com uma derrota parcial). Isso faz com que as partes não possam inferir um padrão de favoritismo. Contendores com aversão ao risco gostam da abordagem de divisão do bolo, pois esta mitiga os riscos, para cima e para baixo, do processo de solução de litígios e, portanto, ajuda a diferenciar a arbitragem da adjudicação.¹⁶

Esta forma peculiar de segurança, resultado de estratégias de gerenciamento de riscos, tem muito pouco a ver com a autonomia de um eventual Direito dos mercadores. A opção pela arbitragem internacional – principalmente aquela que se realiza

¹⁵ DAMANN, Jens and HANSMANN, Henry. Globalizing commercial litigation. *In Cornell Law Review*, n. 94. 2008.

¹⁶ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2008. Pág. 127-28.

fora do âmbito de associações setoriais – parece ter mais relação com expectativas de levar o caso ao julgamento de profissionais altamente especializados e comprometidos com o comércio internacional, os quais participam de uma comunidade reduzida e se preocupam com a oferta de resultados de qualidade, a qual significa (1) uma sentença que se importe, para além do *fiat justitia*, com o equilíbrio dos resultados, (2) que possibilite, se necessária, a execução em judiciários estatais e (3) oferte a máxima previsibilidade possível, o que é compatível com a aplicação ao fundo da controvérsia de Direitos escritos e conhecidos que, a despeito de se estatais ou não, sejam muito mais claros do que princípios e costumes.

Assim, também no que se refere ao uso da arbitragem, a alegação de que a nova *lex mercatoria* é autônoma não parece contribuir de forma substancial ao incremento da segurança e previsibilidade e, portanto, à estabilização das relações comerciais internacionais.

Depois, portanto, de tratadas as questões referentes à dinâmica e harmonia das regras aplicáveis e das instituições da aplicação do Direito, cabe fazer referência às sanções possíveis sem que se utilizem os meios oficiais. Decerto, não é de se esperar – pelo menos fora de mercados ilegais, como o dos cartéis da droga – que os comerciantes internacionais lancem mão do uso de sua própria força para compelir o cumprimento de obrigações ou sentenças. De fato, o discurso da *lex mercatoria* jamais contesta que seja do Estado o monopólio do uso legítimo da força, embora faça menção a outros meios, genericamente denominados reputacionais, de incentivar o cumprimento.

Há uma ampla literatura empírica sobre as sanções promovidas no âmbito das associações comerciais setoriais, com notável destaque para o trabalho de Lisa Bernstein. Desde seu trabalho sobre o comércio de diamantes¹⁷ a autora vem ampli-

¹⁷ BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual rela-

ando o leque de setores analisados, de modo a tornar razoável a conclusão de que “um direito comercial de origem privada existe em mais de 50 setores, inclusive o de diamantes, grãos, ração, filmes independentes, impressão, encadernação e gráfica, amendoim, arroz, algodão, borracha, forragem e chá”.¹⁸ Constata-se, em setores organizados em torno de associações, que existe uma prática consistente de uniformização de contratos e cláusulas, além da oferta de serviços de solução de controvérsias pelas próprias organizações setoriais e, por fim, penalidades referentes à publicidade de laudos e falta de cumprimento e, até mesmo, exclusão dos membros faltosos.

Embora muitos dos estudos se refiram a associações estadunidenses e, portanto, não tenham exatamente o papel de incrementar a segurança de relações comerciais internacionais, o fato é que, dadas a limitação do universo de participantes e a importância de pertencer à associação para a inclusão em redes de relacionamento, há fácil identificação dos atores, pronta comunicação e perdas elevadas decorrentes da baixa reputação ou banimento. Deste modo, não chega a ser difícil compreender a eficácia de sanções privadas que, salvo um punhado de exceções, garantem a estabilidade no setor. Neste sentido, é possível e adequado falar de formas jurídicas autônomas quanto à criação de normas, institucionalização da solução de controvérsias e aplicação de sanções eficientes. Há maiores dúvidas, porém, de se tais características podem ser prontamente importadas por uma *lex mercatoria* geral e, particularmente, se a constatação de inúmeras redes de agentes econômicos setorialmente confinados corrobora a hipótese de que existe *uma única* sociedade de mercadores internacionais que tem *ethos* próprio e compartilha sentidos e identidades.

É certo que, por exemplo, os INCOTERMS, compilados

tions in the diamond industry. In *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1. 1992.
¹⁸ BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law. In NEWMAN, Peter (Org.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nova Iorque: Palgrave, 1998. Pág. 108.

pela CCI desde 1936 e cuja atualização mais recente data de 2000, são freqüentemente adotados como padrão de distribuição de riscos, responsabilidades e obrigações. Ao consolidar e clarificar o sentido de termos de origem costumeira, reduzem sobremaneira custos de negociação, particularmente nos contratos de complexidade relativamente baixa, como o de compra e venda internacional. Isso tem uma utilidade inegável. Trata-se, decerto, de incorporação de um padrão estabelecido em conformidade com a vontade das partes e raramente limitado por regras de ordem dispositiva, o que é perfeitamente compatível com a aplicação dos Direitos estatais. Da abrangência do uso dos termos comerciais privadamente codificados, entretanto, não se pode deduzir a existência de uma sociedade de comerciantes, como não se a pode demonstrar a existência de uma sociedade internacional dos engenheiros eletricitas a partir da constatação de que as tensões e freqüências da rede elétrica são similares nos mais diversos países.

Ademais, como já se mencionou, o recurso aos Direitos estatais é predominante nos contratos arbitrados internacionalmente, o que não ocorre nas avenças limitadas a setores organizados. Além disso, se as sanções reputacionais são de grande valia no âmbito das associações, é freqüente na arbitragem internacional geral a busca da execução estatal.¹⁹ Isso provavelmente decorre da menor intensidade dos relacionamentos dos agentes não organizados institucionalmente, mas também se esteia no sigilo arbitral, comum a quase todas as cláusulas e compromissos.

O que se constata, portanto, é a autonomia de algumas formas jurídicas setorializadas que, por características especiais, são capazes de manter coesão suficiente para garantir estabilidade e eficiência. Nestes casos, que devem ser diferenciados de uma nova *lex mercatoria* internacional e geral, a segurança não é um resultado da autonomia, ou seja, da inoculação

¹⁹ DRAHOZAL, Christopher R. 2009.

em face dos Direitos estatais. Deriva da existência de redes sociais concretamente institucionalizadas e que, para utilizar as variáveis identificadas por Robert Axelrod²⁰ para explicar a cooperação, se mostram na forma de organização de um reduzido número de atores, claramente identificados, com elevada probabilidade de reiteração de relacionamentos e com expectativa da continuidade dos relacionamentos por longos períodos.

Deste modo, é razoável afirmar que o incremento da estabilidade das relações comerciais internacionais não é uma função direta do grau de autonomia da nova *lex mercatoria*. Muitas e muitas vezes, aliás, a segurança aumenta na medida em que se produzem aproximações aos Direitos estatais, tanto normativas quanto institucionais. Qual seria, então, a razão pela qual se lhe dá tão elevada importância no discurso jurídico?

4. CIVILIZAÇÃO E BARBÁRIE

Iniciou-se este artigo aclarando que a denominação *lex mercatoria* para este novo direito transnacional dos comerciantes foi estabelecida por Berthold Goldman em 1964. Já a partir dos anos 50, porém, as teses de doutoramento de Jean Stoufflet²¹ (garantias bancárias), Philippe Kahn²² (compra e venda internacional) e Philippe Fouchard²³ (arbitragem internacional); o artigo de Alfred Verdross²⁴ sobre os contratos quase-internacionais, os colóquios de Helsinque (1960) e Londres (1962) da Associação Internacional de Ciências Jurídicas, com

²⁰ AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1984.

²¹ STOUFFLET, Jean. *Le crédit documentaire: étude juridique d'un instrument financier du commerce international*. Paris: Librairies Techniques, 1957.

²² KAHN, Philippe. *La vente commerciale internationale*. Paris: Sirey, 1961.

²³ FOUCHARD. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.

²⁴ VERDROSS, Alfred. The status of foreign private interests stemming from economic development agreements with arbitration clauses. In *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. Viena. 1958-1959.

a ativa participação de Clive Schmitthoff, e a aula de Kegel²⁵ na Academia de Direito Internacional da Haia sobre a crise da técnica conflitualista do Direito Internacional Privado já anunciavam tendências significativas de uma nova visão das relações jurídicas internacionais, a qual apontava para uma crescente transnacionalização.

Não obstante, é impossível deixar de destacar o artigo “La Compagnie de Suez: société internationale” publicado por Berthold Goldman na terceira página do *Le Monde* de quatro de outubro de 1956, no qual apresentava sua opinião sobre a nacionalização pelo Egito do canal controlado anteriormente pela mencionada empresa. Isso se faz necessário não apenas em virtude das idéias nascentes a respeito da *lex mercatoria* e sua autonomia, mas para possibilitar uma contextualização mais adequada.

Como é sabido, Goldman nasceu em Bucareste no ano de 1913, mas migrou ainda jovem para a França, onde se formou em Filosofia e, depois, em Direito. Foi professor na Indochina, em Dijon – na época em que publicou a opinião ora analisada – e, por fim, na Universidade de Paris II – Panthéon-Assas. Sua experiência de um deslocamento internacional ainda muito jovem e, mais tarde, do ocaso do colonialismo francês no Oriente possivelmente marcaram suas percepções sociais e políticas, as quais, certamente, pouco diferiam das de seu tempo. Decerto, não se pode atribuir ao autor uma postura reacionária em face da descolonização, mas é difícil desvincular sua defesa das companhias multinacionais contra direitos soberanos de uma visão de mundo sincera e profundamente arraigada.

Como em um bom artigo de jornal, as opiniões de Goldman são bastante claras e concatenadas. Argumenta que o serviço prestado pela Companhia de Suez é de natureza pública e internacional. A natureza privada da empresa, incorporada em

²⁵ KEGEL, G. The crisis of conflict of laws. In: *Recueil des Cours*, n. 112. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1964.

Paris e com sede efetiva na França, não permitia considerar que esta pudesse ser integralmente submetida à soberania egípcia. Lembra que a “lei egípcia de 29 de julho de 1947 (...) sobre as sociedades anônimas nunca foi aplicada à Companhia e foi um convênio posterior, livremente discutido entre esta e o governo real” que foi concretamente aplicado ao negócio. Por fim, conclui que “ela é, pela composição de seu capital e de seus órgãos de gestão, bem como pelo objeto e as repercussões de sua atividade, uma *sociedade internacional, derivada diretamente da ordem jurídica internacional.*” (itálico no original). Tal caráter seria suficiente para barrar a soberania egípcia, negando-lhe o condão de expropriar. Embora seja apenas mais tarde que se desenvolverá a idéia de que tal ordem internacional não é o Direito internacional público, mas um direito dos mercadores diferenciado deste, a noção de autonomia já se apresenta como componente do argumento central do artigo.

A criatividade da solução encontrada, mesmo que como parte de um movimento mais amplo de discussão dos pressupostos jurídicos tradicionais do Direito Internacional Privado, deve ser lida em seu contexto específico. Embora tal análise não seja comum no discurso da *lex mercatoria*, não chega a ser difícil encontrar os indícios que conduzem a considerações críticas a respeito das alegadas autonomias, seja a de uma empresa que busca se esquivar de arroubos nacionalistas, seja a de toda uma ordem jurídica.

Na mesma terceira página do *Le Monde* em que se imprimiu o seminal artigo de Goldman está, nas primeiras colunas da esquerda, matéria que discute a ambigüidade de Foster Dulles, Secretário de Estado do governo Eisenhower, entre a solidariedade ocidental e a tradição anti-colonial americana, favorável aos novos países. De fato, embora uma política ativa de desmantelamento das estruturas imperiais francesa e inglesa, voltada a ampliar o campo comercial para a indústria americana, mais eficiente, possa ser traçado até o governo Roosevelt e

explique muitos dos posicionamentos estratégicos dos Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial, a afirmação de uma solidariedade ocidental, reforçada pela tensão com a União Soviética, estava muito em voga naqueles anos e, decerto, nunca houve qualquer forma de apoio às nacionalizações. Porém, o risco de realinhamento dos novos países, que poderiam atender a apelos soviéticos, era muito elevado para que se pudessem apoiar medidas drásticas para a devolução de ativos expropriados ou, sequer, a exigência de indenizações prontas, adequadas e efetivas.

Com efeito, muitas nacionalizações se apoiavam, então, nas peculiares condições do rescaldo da guerra, que deixou as potências coloniais exauridas, armou e organizou contingentes militares de regiões sob o jugo imperial, incrementou o risco de aproximação dos soviéticos e tornou possível a criação de uma solidariedade terceiro-mundista. Apenas para mencionar os exemplos mais marcantes, a Companhia Petrolífera Anglo-Iraniana (1951), a United Fruit Company da Guatemala (1953), a própria Companhia do Canal de Suez (1956) e, um pouco mais tarde, a das propriedades de holandeses na Indonésia (1958) elevaram as preocupações de empresários e governos ocidentais. Depois, a nacionalização da International Petroleum Company e da Gulf Oil Company pelas juntas militares peruana e boliviana, respectivamente, em 1969, seguidas pela nacionalização do cobre do Chile de Allende, do petróleo da Líbia de Kadhafi mantiveram a ansiedade em graus bastante elevados.²⁶

Ora, não deixa de ser curioso que a fundação da nova *lex mercatoria* tenha se dado precisamente no contexto em que se buscava a internacionalização e deslocalização de contratos

²⁶ COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. SCHRJIVER, Nico. *Sovereignty over Natural Resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. WESLEY, Roger C. Expropriation challenge in Latin America: prospects for accords on standards and procedures. *In Tulane Law Review*, n. 46, 1971.

com Estados, que não são, por óbvio, membros da *societas mercatorum*. A necessidade da autonomia, como pressuposto da segurança, não está vinculada à estabilização de relações privadas, ou mesmo à necessidade de contínua atualização em face do dinamismo progressista dos mercadores: a autonomia é, sim, fundamental para negar a submissão de empresas ao poder soberano dos Estados nos quais exercem atividades mediante concessões, autorizações ou permissões, ou seja, relações com forte teor administrativo. É exatamente esse tema que Berthold Goldman trata em seu artigo – claramente autonomista – do *Le Monde*.

Não é o atraso do Direito estatal ou a falta de segurança entre agentes econômicos privados que se combatem mediante a autonomia, mas as políticas estatais de nacionalização e socialização de empresas e setores econômicos. Se a metodologia de inoculação professada por Alfred Verdross²⁷ e Prosper Weil²⁸ – a de contratos que apóiam sua validade na regra *pacta sunt servanda* e não se vinculam a nenhum ordenamento jurídico, estatal ou internacional – pode parecer demasiadamente ousada, a interposição de uma *societas mercatorum*, de um sistema jurídico autônomo existente desde tempos imemoriais, de princípios e regras consagrados pelo costume e de uma capacidade de atualização necessária para dar espaço ao desenvolvimento do comércio oferecem uma narrativa mais crível e defensável como fundamento da imunização contra novos soberanos que, como hunos fascinados pelo fácil botim, usavam a força para extorquir legítimos proprietários.

Como própria de uma sociedade de comerciantes, a nova *lex mercatoria* não se colore com as tintas do ocidentalismo imperialista, mas de uma universalidade que aparenta haver sido construída historicamente. Voltada a finalidades práticas –

²⁷ VERDROSS, Alfred. 1957-58.

²⁸ WEIL, Prosper. Problèmes relatifs aus contrats passés entre un état et un particulier. In: *Recueil des Cours*, n. 128, 1969.

segurança e atualização – redireciona os argumentos do campo da justiça para o da eficiência. Com efeito, tal discurso tem se mostrado extremamente sedutor ao longo de tantas décadas, mas deve ser revisto, pelo menos no que concerne à afirmação da autonomia.

5. AS FACES DA *LEX MERCATORIA*

Um nome tão bem atribuído – nova *lex mercatoria* – não poderia deixar de atrair atenções e esforços dos mais diversos juristas. A idéia de uma ordem autônoma não deixou incólume sequer o renomado teórico da sociologia sistêmica e autopoietica do Direito, Gunther Teubner,²⁹ que a toma como exemplo de sistema autônomo. O que importa, no entanto, é identificar algumas das noções e idéias, às vezes difíceis de conciliar, que se acotovelam baixo a mesma denominação, particularmente entre a posição teórica e autonomista de Berthold Goldman e a pragmática de Clive Schmitthoff.³⁰

Em primeiro lugar, como já se observou, está a corrente central, comandada por Berthold Goldman e que conta com seguidores ilustres, do porte de Philippe Kahn, Philippe Fouchard, Jean Stoufflet e, como não se poderia deixar de mencionar, Irineu Strenger, que lecionou na Academia de Direito Internacional da Haia sobre a *lex mercatoria*.³¹ Tratam-se de posições claramente autonomistas, que ressaltam o papel da *societas mercatorum* e o caráter *espontâneo* das regras, o que lhe naturaliza, ou seja, equipara a um fato da vida.

Por outro lado, a postura de Clive Schmitthoff tem um

²⁹ TEUBNER, Gunther. Economic globalization and the emergence of *lex mercatoria*. In *European Journal of Social Theory*, vol. 5, n. 2. 2002.

³⁰ LY, Filip de. *Lex mercatoria* (new law merchant): globalisation and international self-regulation. In GESSNER, APPELBAUM e FELSTINER (Eds.) *Rules and Networks – The Legal Culture of Legal Business Transactions*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

³¹ STRENGER, Irineu. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international. In *RCDI*, v. 227. 1991.

viés muito mais pragmático. Com mais foco na questão da uniformização do Direito como instrumento para o estabelecimento de laços comerciais com os países socialistas, procura formas capazes de generalizar princípios e normas tanto mediante a aceitação de compilações e consolidações privadas, como da atuação de Organizações Internacionais, como a UNCITRAL, de cuja formação participou ativamente, a UNIDO e a UNIDROIT.

Embora existam semelhanças significativas entre estas abordagens e muito da literatura mais prática não chegue a se posicionar sobre o tema da autonomia, é possível identificar, conforme Nikitas Hatzimihail,³² articulações bastante diversas das narrativas fundacionais, entendidas, aqui, como discursos tendentes à legitimação construídos a partir de simplificações históricas com caráter moralizante. Neste sentido, o autor lembra que:

A evocação de uma genealogia da *lex mercatoria* pode ser mais poderosa que a sua própria concepção presente, pois enseja menos controvérsias entre doutrinadores do direito na corrente central do discurso. A “História” agrega capital simbólico à *lex mercatoria* e confere a esta (e a seus defensores) um pedigree venerável. Ela também oferece um esboço de futuro, do modo como a *lex mercatoria* é apresentada nas narrativas genealógicas como ou uma reencarnação (renascimento) do antigo direito dos mercadores ou o resultado de sua evolução.

Trata-se, destarte, de mitos de origem, mediante os quais se falsifica a historicidade como resultado de um fazer humano concretamente situado no tempo e em suas circunstâncias soci-

³² HATZIMIHAİL, Nikitas. The many lives – and faces – of *lex mercatoria*: history as genealogy in international business law. In *Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Durham: Duke Law School, 2008.

ais, culturais, políticas e econômicas. O passado se confunde com o *in illo tempore* religioso e, assim, se põe fora do tempo histórico e inocula os princípios do *ethos* fundacional fora do alcance da crítica; sacralizam-se tempos e morais.³³

A percepção autonomista considera a *lex mercatoria* como imanente, apesar de sua episódica perda de âmbitos de aplicação em virtude da alegada hiperestasia estatal. Como a ave fênix, porém, renasce das suas próprias cinzas e volta a entoar seus cantos ancestrais. Assim é a narrativa goldmaniana, que aponta para o *jus gentium* romano e os direitos dos mercados medievais como um estado natural das coisas, que, após um hiato, retorna com vigor, para informar a atividade dos comerciantes, de cuja natureza a não-estatalidade é característica central. Daí, o Direito dos mercados se torna inevitável, já que, para usar as palavras de Irineu Strenger:

[I]nevitavelmente o desempenho do comércio internacional levaria – como ocorreu – à formação de um direito material transnacional, acima dos regimes jurídicos estatais respondendo às exigências de um direito verdadeiramente internacional para as relações econômicas oriundas desse contingente de atividades e que acabarão por edificar um corpo de regras fundamentais a cuja obediência se submetem todos aqueles que atuam nesse plano.³⁴

O incrementalismo de Schmitthoff, por seu turno, ressalta a importância da integração das normas nascidas na prática comercial aos Direitos estatais e, particularmente, ao Direito internacional em seu sentido estrito, a partir do trabalho das Organizações Internacionais. Embora exista alguma mistificação em torno da idéia de progresso comercial – o que falseia a complexidade da história política e econômica do desenrolar

³³ ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência da história das religiões*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

³⁴ STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. Pág. 24.

das relações pós-coloniais – a teoria traz consigo um pragmatismo que não se fascina com os mitos do passado. A preocupação com a estabilização das relações comerciais é muito mais clara e o objetivo de imunizar o comércio contra as soberanias estatais aparece como resultado de um cálculo de utilidade, não como uma petição de princípio.

6. DA *LEX MERCATORIA* À ESTABILIZAÇÃO DE RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

O modelo teórico de uma nova *lex mercatoria* como autônoma em relação a quaisquer outros sistemas jurídicos é, como se observou, incapaz de se sustentar a partir da avaliação como instrumento para aumentar a segurança e a previsibilidade de relações comerciais que se dêem para além do âmbito jurídico de um único Estado. Uma vez esclarecida a insistência na autonomia como instrumento para a inoculação ideológica contra as políticas de nacionalização e socialização dos países em desenvolvimento, é possível direcionar com maior clareza os esforços de pesquisa para uma agenda voltada com maior clareza para a temática da estabilização de relações econômicas privadas.

Em nenhum momento as críticas ao autonomismo reduzem a importância dos costumes comerciais, de sua codificação, da arbitragem internacional ou das sanções reputacionais. Pelo contrário, ao propor uma nova posição para o eixo das discussões e das análises, que deixam de se dedicar a encontrar ou negar indícios de autonomia para avaliar pragmaticamente os meios jurídicos para tornar as transações comerciais mais seguras, tais posicionamentos teóricos ampliam e diversificam a agenda de pesquisa do Direito do Comércio Internacional.

Em primeiro lugar, ao invés de ser pressuposta como Ordem jurídica privilegiada, a nova *lex mercatoria* deve ser percebida como uma *alternativa* a outros instrumentos de estabili-

zação de relações comerciais. Não se pode pressupor sua precedência natural em face dos Direitos estatais, os quais, com efeito, são os mais utilizados como fonte normativa preferencial, mesmo quando da indicação voluntária das normas de um país terceiro. É importante dar mais segurança, mas esta não resulta do aferrar-se à autonomia mas, ao contrário, da percepção de que se deve estudar – e quando for o caso, promover – a permeabilidade dos sistemas jurídicos estatais aos costumes e consolidações escritas, a qual se pode incrementar unilateralmente ou multilateralmente, o que depende de uma atitude aberta às necessidades dos comerciantes e aos benefícios públicos que podem resultar de processos de uniformização do Direito, respectivamente. Assim, os trabalhos de Direito Comparado voltados a compreender aspectos como, por exemplo, (1) a utilização de fontes costumeiras, internas e internacionais; (2) a extensão da autonomia da vontade no Direito Comercial; (3) a extensão desta mesma autonomia em âmbitos mais regulados, como o do Direito do Consumidor ou dos contratos com o Estado; (4) as regras de competência jurisdicional internacional e (5) os procedimentos e limites para a execução de sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras.

Além de estudos eminentemente dogmáticos, porém, é necessário realizar pesquisas que incluam levantamentos primários a respeito, entre outros, (1) da efetiva indicação de fontes estatais e internacionais nos contratos e na arbitragem; (2) dos critérios que levam advogados e comerciantes a optarem pelo judiciário nacional, um judiciário terceiro ou a arbitragem internacional; (3) do papel de outras formas de estabilização e sua comparação com os instrumentos especificamente jurídicos; (4) das práticas setoriais e sua comparação; (5) das práticas contratuais e, particularmente, da estrutura dos contratos relacionais³⁵; (6) das diferenças entre a estandarização privada

³⁵ Veja-se, por exemplo, CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In *CDAMS discussion paper*, 04/1E. Kobe: Center for Legal Dynamics

internacional em setores que utilizam contratos simples (como o de compra e venda) e complexos (como construção e *turn key*, entre outros) e (7) da prática da arbitragem e advocacia internacionais.

A incorporação de tais temas a uma agenda de pesquisa de Direito do Comércio Internacional, por seu turno, leva à necessidade de superar o âmbito clássico da dogmática jurídica e lançar mão de instrumentos próprios de outros campos do conhecimento, como, particularmente, a Sociologia, a Economia e a Ciência Política. Formas de diálogo multidisciplinar e o estabelecimento de redes de cooperação entre acadêmicos de distintas áreas, então, se mostram como o instrumentos necessários para uma pesquisa jurídica que busque superar os estreitos limites da análise dogmática e adote uma postura crítica, ativa e corajosa. Embora não caiba, aqui, delinear os marcos teóricos relevantes para ensejar tais estudos, deve-se ressaltar que o trabalho dos estudiosos do Direito não pode se resumir a dar suporte às práticas de despolitização e tecnicização mediante a opacidade,³⁶ nem de garantir posições de centralidade nos embates por poder nos campos jurídicos,³⁷ mas pode ajudar a revelar novos caminhos para a prática jurídica interna e internacional.

of Advanced Market Societies, 2004; MACAULAY, Stewart. Relational contract theory: unanswered questions: a symposium in honor of Ian R. Macneil: relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*, n. 94. 2000; MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of longterm economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. *In Northwestern University Law Review*, n. 72. 1978; e MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know," in *Wisconsin Law Review*, V. 1985, N. 3. Wisconsin: 1985.

³⁶ CÁRCOVA, Carlos M. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTr, 1996.

³⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. 4ª Ed.

