

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**SUÉLEN FARENZENA**

**AUTORREGULAÇÃO E COMÉRCIO INTERNACIONAL:  
DO PERCURSO TEÓRICO À DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA**

São Leopoldo

2013

SUÉLEN FARENZENA

**AUTORREGULAÇÃO E COMÉRCIO INTERNACIONAL:  
DO PERCURSO TEÓRICO À DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

São Leopoldo

2013

F222a Farenzena, Suélen

Autorregulação e comércio internacional: do percurso teórico à demonstração empírica / por Suélen Farenzena. -- 2013.

233 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientadora: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm.

1. Direito - Globalização policêntrica. 2. Pluralismo jurídico. 3. Organização setorial. 4. Comércio internacional I. Título. II. Timm, Luciano Benetti.

.CDU 34:339.9

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Autorregulação setorial: do percurso teórico à demonstração Empírica – Uma observação do *International Commerce* a partir da perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoieticos**”, elaborado pela mestranda **Suélen Farenzena**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de maio de 2013.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

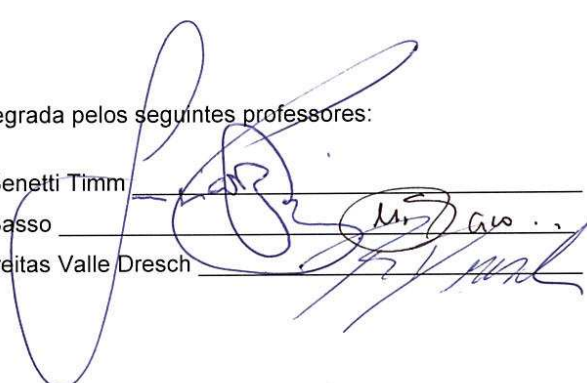
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Luciano Benetti Timm

Membro: Dra. Maristela Basso

Membro: Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch



## AGRADECIMENTOS

Nestes dois anos muitas coisas foram desconstruídas para outras poderem tomar forma. A trajetória não foi fácil. Entretanto, a presença, companhia, palavras, inspirações e exemplos de algumas pessoas, tanto do meio acadêmico, quanto do pessoal, tiveram um papel fundamental neste caminho para o trabalho que hoje se apresenta.

Em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer à **Deus**. Foi ele quem, atuando sobre a minha vida, trouxe-me até aqui e me acompanhou nessa jornada, concedendo-me forças e energia para prosseguir. Senhor, só tu sabe quão difícil isso foi, obrigada!

**Meus pais** tiveram um papel mais que fundamental. Embora no início não tenham compreendido minha escolha e questionado-a, com o passar do tempo tomaram-na como sua. Sou grata pelas preces, carinho, conforto e paciência. Vocês são a minha vida!

**Éden, meus amigos e demais familiares**, essa foi uma fase de extrema ausência. Por isso tenho que lhes agradecer pela compreensão (apesar das constantes cobranças) e por terem torcido por mim, embora distantes ou perto, em silêncio.

Ao meu orientador, **Prof. Luciano Timm**, tenho que agradecer pelas oportunidades, visões propiciadas e condução deste trabalho. Obrigada pela inspiração, profissional e acadêmica! Foi uma honra ter sido conduzida neste estudo por alguém tão admirável.

**Ricardo de Macedo Menna Barreto e Luis Gustavo Gomes Flores** foram duas pessoas, em especial, que tiveram papel fundamental neste estudo. Esses dois amigos, em momentos-chave, acreditaram no meu trabalho e confiaram em mim, propiciando-me a segurança, de que tanto necessitava, para continuar. Nunca esquecerei!

Não tenho como deixar de fazer um agradecimento ainda **aos colegas** que percorreram comigo essa trajetória. Sem sombra de dúvidas há uma contribuição de cada um de vocês aqui. Em particular, não poderia deixar de nominar quem dividiu comigo muitas angústias e

inquietações, teóricas e individuais: **Gabrielle Tesser Gugel, Franciele Wasem, Gustavo André Olsson e Paulo Júnior Trindade dos Santos.**

Também tenho que registrar o meu agradecimento aos **mestres do PPGD**. Suas contribuições, nas disciplinas realizadas ou nas falas dos eventos, foram basilares para o desenvolvido do pensamento crítico e reflexivo que hoje se apresenta. Muito obrigada pela inspiração e exemplo!

Preciso ainda tecer minha gratidão a três pessoas:

**Melissa Demari**, que tanto me encantou com suas construções, despertando em mim a ânsia de fazer parte deste mundo, ainda na graduação, quando essa possibilidade sequer era noticiada ou levantada na academia. Obrigada por tudo e, especialmente, por acreditar em mim e no meu trabalho!

**Leonel Severo Rocha**, que logo no início do curso, nas duas disciplinas cursadas, apresentou-me a importância de um substrato teórico para condução adequada de uma pesquisa. A epígrafe do último capítulo representa seus ensinamentos: *“Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram no navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino”* – Leonardo da Vinci. Sou grata!

**Délton Winter de Carvalho**, que embora não tenha tido contato através de disciplina curricular, participou da qualificação do meu projeto, confiando e acreditando no meu trabalho. Suas palavras após a leitura apurada de cada ponto, avaliando o caminho escolhido, foram essenciais para eu poder prosseguir, muito obrigada!

Tenho que agradecer também ao **Prof. Rafael de Freitas Valle Dresch** pela leitura atenta deste trabalho, com suas considerações pontuais. Sua análise prévia certamente contribuiu de maneira fundamental para dar precisão ao estudo, abrindo perspectivas para continuidade da pesquisa nesse campo.

Preciso consignar aqui ainda a importância para todos do âmbito do PPGD das profissionais, ao longo desses dois anos: **Vera Loebens, Heloísa Rodrigues, Lisiane Schumann e Magdaline Macedo**. Grande parte da excelência acadêmica deve-se ao trabalho que vocês desenvolvem. Deixo publicamente meu reconhecimento.

Agradeço à **UNISINOS** também pelo apoio financeiro a este estudo. Foi a realização de um sonho e uma honra ter integrado o Corpo Discente desta instituição amplamente reconhecida pelo trabalho sério, com pesquisas sofisticadas, que vem realizando ao longo destes anos, formando profissionais altamente qualificados para o mercado.

Por fim, tenho que agradecer aos **participantes da pesquisa** empírica realizada, que concordaram em conversar comigo em uma época extremamente complicada, dedicando-me mesmo o tempo livre do final de semana e após o expediente. Extremamente acolhedores, os mesmos abriram-me uma perspectiva, uma visão, que dificilmente, de outro modo, poderia ter tido. Infelizmente não posso aqui nomeá-los pelo caráter sigiloso, mas sou extremamente grata pelas contribuições e receptividades, do fundo do coração!

São muitos os agradecimentos.

Mas, de fato, me sinto no dever de fazê-los.

Sem vocês não teria chegado até aqui.

Obrigada por tudo!



(Ovo Cómico - Salvador Dalí)



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral evidenciar a autonomia e capacidade de autorregulação cada vez maior de segmentos sociais, partindo da hipótese que, embora o direito oriundo do Estado permaneça como referência básica para os cidadãos comuns, na prática ele passa a sofrer a concorrência de outras orientações que, enquanto tais, devem ser reconhecidas e respeitadas. Por isso, o mesmo busca analisar, no primeiro capítulo, a questão atinente à globalização, partindo da concepção de paradoxo e autopoiese para, com subsídio nessas, considerar o policentrismo, enquanto superação dos limites regionais e constituição de setores globais autônomos. Nessa linha, o tópico seguinte observa a necessidade de ser lançado um novo olhar por sobre o pluralismo jurídico, trabalhando com a ideia de hipercomplexidade e policontexturalidade, no intuito de reconstruir o percurso evolutivo desse instituto até o signo da governança. Prudencialmente, com o desvelamento da trajetória teórica da autonomia social, a segunda parte do estudo, em seu primeiro item, delinea, então, a problemática da regulação jurídica, demonstrando a imprescindibilidade de uma estruturação do direito que respeite a própria capacidade da sociedade, representada pela questão das organizações e Constituições civis. Como ilustração paradigmática desse contexto e do papel reflexivo que cabe ao direito nessa conjuntura, resta apresentado, por fim, no último capítulo, através de entrevistas com profissionais de grandes companhias, estudiosos e membros de Câmaras, o comércio internacional, com destaque ao papel dos contratos internacionais enquanto elementos de interação advindos da estruturação da ordem, que remetem à solução dos conflitos pelo próprio setor.

**Palavras-chave:** Globalização policêntrica. Pluralismo jurídico transnacional. Organização setorial. Comércio internacional.

## ABSTRACT

This assignment aims to highlight the autonomy and capacity for self-regulation more and more social segments, assuming the hypothesis that, although the law from the state remains as a basic reference for ordinary citizens, in practice it suffers from competition other guidelines, as such, should be recognized and respected. Therefore, it seeks to analyze, in the first chapter, the issue concerning globalization, starting from the conception of paradox and to autopoiesis, with these subsidies, consider polycentrism, while overcoming regional limitations and global constitution of autonomus sectors . In this line, the next topic notes the necessity to be launched by a new look on legal pluralism, working with the idea of hypercomplexity and contextualizations diversity on intention to reconstruct the evolutionary course of this institute until the sign of governance. Prudentially, with the unveiling of the theoretical trajectory of social autonomy, the second part of the study, in it's first item, delineates, then, the question of legal regulation, demonstrating the ndispensability of a structure of law that respects the very capacity of society, represented by issue of civil constitutions and organizations. As a paradigmatic illustration of this context and reflective role that fits right in at this juncture, it remains stated,by withering, in the last chapter, per interviews with professionals from large companies, scholars and members of assembly, the international commerce, with emphasis on the role of international contracts while elements of interaction arising from the order structuring, which refer to conflicts denouement by the proper sector.

**Keywords:** Polycentric globalization. Transnational legal pluralism. Sector organization. International commerce.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 O PLURALISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA GLOBALIZADA: O PERCURSO TEÓRICO DE DESVELAMENTO DA AUTONOMIA SOCIAL</b>	
<b>2.1 GLOBALIZAÇÃO POLICÊNTRICA</b>	
<b>2.1.1 PARADOXO E AUTOPOIESE:</b> premissas para observação da diferença na era da sociedade policêntrica global .....	17
<b>2.1.2 GLOBALIZAÇÃO:</b> a marcha do processo comunicativo rumo à transformação da produção normativa e decisão centralizada .....	27
<b>2.1.3 POLICENTRISMO:</b> a dispersão das fontes da produção normativa e os vários núcleos de decisão/direção .....	37
<b>2.2 PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL</b>	
<b>2.2.1 POLICONTEXTURALIDADE:</b> a complexidade e multiplicidade de perspectivas no cenário da globalização contemporânea .....	49
<b>2.2.2 PLURALISMO JURÍDICO:</b> uma (re)visita à idéia a partir das bases da diferenciação territorial e setorial .....	59
<b>2.2.3 GOVERNANÇA GLOBAL:</b> a crise da governabilidade e o arranjo do eixo político com a aquisição, por diversos setores sociais, de sua própria autonomia .....	69
<b>3 A REGULAÇÃO SOCIAL E JURÍDICA NA ERA SETORIAL: UMA PROPOSTA EMPÍRICA DO PARADIGMA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL</b>	
<b>3.1 ORGANIZAÇÃO SETORIAL</b>	

<b>3.1.1 CIRCULARIDADE e DUPLA AUTONOMIA:</b> a problemática da regulação jurídica enquanto heterorregulação .....	81
<b>3.1.2 ORGANIZAÇÕES COMPLEXAS:</b> a conjunção da regulação social emergente no processo de diferenciação funcional .....	92
<b>3.1.3 CONSTITUIÇÕES CIVIS:</b> o contorno da organização da sociedade civil na dimensão própria de seus elementos .....	102
<b>3.2 COMÉRCIO INTERNACIONAL</b>	
<b>3.2.1 CONTRATOS INTERNACIONAIS:</b> a especificidade do comércio internacional observada desde seu elemento de interação .....	116
<b>3.2.2 ARBITRAGEM:</b> a estruturação da ordem e resolução dos conflitos da perspectiva própria dos negócios internacionais .....	128
<b>3.2.3 LEX MERCATORIA:</b> a manifestação do mundo técnico oriundo da conjuntura contemporânea de uma sociedade organizacional .....	141
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	153
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	163
<b>APÊNDICE A – PESQUISA EMPÍRICA</b> .....	173

## 1 INTRODUÇÃO

A questão atinente ao fato de que o Estado não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, com o rompimento da concepção de monopólio na produção das normas jurídicas e com a observação acerca da produção de outras formas de regulamentação por setores sociais com certo grau de autonomia e identidade própria, passou a ganhar destaque com a reação ao absolutismo monárquico e ao processo de racionalização do poder e de centralização burocrática, oriundos do século XVI e XVII. Com manifestações, ainda rudimentares, já na sociedade romana antiga, na demonstração de que os romanos não impuseram total e rigidamente seu direito às populações conquistadas, permitindo certa liberdade para as jurisdições locais, é, de fato, a partir do século XX, que o instituto adquire efetivamente força, culminando com uma nova formulação de seu sentido, tendo em vista o alto grau de organização que passou a ser adquirido.

Nesse sentido, assiste-se na atualidade a regimes privados globais criando, cada vez com maior frequência, seu próprio direito e instâncias de regulação e resolução de conflitos. Vive-se, pois, uma diferenciação acelerada da sociedade, em que esferas evoluem ao ponto de ter sua própria clausura operativa, onde são livres para intensificar sua própria racionalidade, tornando-se cada vez mais especializadas, fato que está culminando com a formação de vários subsistemas sociais autônomos. Isso fica clarividente, porquanto, no cenário da globalização contemporânea, em que as corporações transnacionais, por intermédio de organizações financeiras internacionais, formam complexas redes de acordos, estabelecendo suas próprias regras, seus procedimentos de autorresolução de conflitos e até mesmo seus critérios de legitimação, definindo sua identidade e regulando suas operações.

O tema do presente trabalho, em face dessa conjuntura, centra-se exatamente na regulação social e no conseqüente papel do direito. O fato é que o mesmo, tendo em vista sua própria autonomia e a social, só pode regular a sociedade regulando-se a si mesmo, razão pela qual o estudo pretende lançar luzes a essa investigação de formas de regulação jurídica mais indiretas e reflexivas, que respeitem a própria autorregulação social, diante da manifesta insuficiência de um direito padronizador para fazer frente à solução de todos os problemas jurídicos, como, de modo apropriado, vem ocorrendo com o segmento do Comércio Internacional através da arbitragem.

Essa temática ganha importância, precisamente, em face do rompimento de paradigmas que acarreta e da consequente necessidade de um olhar de segundo nível. No atual cenário, assiste-se um notável aumento de organização da sociedade civil, passando o direito estatal, orientando suas operações, a ter de rever suas fórmulas tradicionais, no que respeita ao tratamento normativo e jurisdicional. Para observação desta realidade, a dogmática jurídica tradicional, como explicação lógico-dedutiva das normas jurídicas postas pelo Estado, não parece suficiente. Isso é o que motiva o presente estudo, já que o pluralismo jurídico e o direito reflexivo surgem como uma nova maneira de pensar (criativamente) os problemas (paradoxos) não resolvidos pela dupla paradigmática vigente Estado-Nação e direito positivo.

As notícias que cotidianamente circulam em rede nacional e internacional, que vão desde organização de tráfico internacional de drogas pela internet<sup>1</sup>, passando por excesso de normas que travam projetos ambientais<sup>2</sup> e os gastos públicos com a engrenagem estatal que reduzem a competitividade do país<sup>3</sup>, demonstram um cenário que impõe aos juristas um olhar sob outro nível. Tais conformações ilustram, pois, a questão atinente à mudança do perfil e da escala de conflitos, que tornam crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los, redefinindo o tamanho, o peso e o alcance das próprias funções e papéis do Estado, com a emergência de novas unidades políticas e novos modelos de legalidade, de mecanismos de controle que se encontram fora da jurisdição e da esfera regulatória do governo.

---

<sup>1</sup> As autoridades dos Estados Unidos anunciaram a descoberta de um sofisticado mercado de drogas ilegais pela internet, no qual consumidores em todo o mundo podiam comprar substâncias como LSD e ecstasy. A rede secreta, conhecida como "mercado da fazenda", operava por meio de um sistema que permitia que os usuários se comunicassem anonimamente. Mais de uma dezena de pessoas foram detidas nos Estados Unidos, na Holanda e na Colômbia, após dois anos de investigações (EUA desmontam rede de tráfico internacional de drogas pela internet. **BBC Brasil**, 17 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/04/120417\\_eua\\_trafico\\_internet\\_rede\\_rn.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120417_eua_trafico_internet_rede_rn.shtml)>. Acesso em: 20 abr. 2012).

<sup>2</sup> A demora do governo em registrar projetos de energia renovável num mecanismo da ONU ameaça causar prejuízo de até US\$ 1,6 bilhão ao setor. Os 156 projetos, entre eles 69 usinas eólicas, correm o risco de ficar de fora do chamado Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). Isso porque o mercado de carbono europeu, praticamente o único provedor de verba do MDL, anunciou que não comprará créditos de empreendimentos registrados após a data estimulada (EXCESSO de normas trava projeto ambiental. **Folha.com**, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1076009-excesso-de-normas-trava-projeto-ambiental.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2012).

<sup>3</sup> A análise dos gastos da União, quando se excluem o serviço da dívida e as transferências constitucionais, revela o peso do Estado na drenagem das riquezas do país. Dados da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal mostram que, a cada ano, 25% destes recursos são destinados ao pagamento de pessoal – entre ativos e inativos. Outra parcela substancial, de 67%, está relacionada ao custeio da máquina, isto é, tudo o que, grosso modo, se relaciona ao exercício da atividade pública, salvo as despesas com funcionários e aposentados. Entram nessa conta, portanto, desembolsos para as mais diferentes finalidades, indo desde o cafezinho servido nas repartições públicas até a gasolina que move os veículos de autoridades. Para investimentos em geral (infraestrutura, saúde, ciência, etc), sobram apenas 8% (PESO do Estado reduz a competitividade do país. **Revista Veja**, 27 jul. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/estado-gastador-reduz-a-competitividade-do-pais>>. Acesso em: 20 abr. 2012).

É nesses termos que o estudo, realizado sob uma perspectiva transdisciplinar e ligado à noção de complexidade, investiga as transformações ocorridas com influxo do fenômeno da globalização, privilegiando a noção de sociedade, acompanhando a Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. A reflexão acerca da organização própria de setores sociais e de uma estruturação adequada do direito para fazer frente a essa realidade ora observada, justifica-se, prudencialmente, na medida em que não há a possibilidade na globalização de se fazer, como propõe o normativismo, um processo de tomada de decisões com certa racionalidade, simplesmente seguindo critérios normativos de validade<sup>4</sup>, ou abrindo o sistema para uma maior participação do Estado, como condição de efetividade.

A questão central que isso envolve é saber, então, qual deve ser a postura adotada pelo direito diante desse quadro de organização própria de setores sociais, impulsionada pelo fenômeno contemporâneo da globalização. Essa problemática visa averiguar como organizar juridicamente (se é que se deve) o funcionamento dos subsistemas econômicos e sociais<sup>5</sup>, para os quais as instituições de direito concebidas mostram-se excessivamente simples. Através da mesma busca-se apurar o modo de proceder do direito diante de estruturas e processos normativos, formas transterritoriais de poder e multiplicação de atores constituintes - empresas mundiais, grandes fundações e organismos multilaterais.

Trata-se de uma preocupação que gira em torno da maneira de atuação diante das decorrências desse quadro gerado pela evolução da sociedade, que o direito, enquanto redutor de complexidade, deve acompanhar. O questionamento debruça-se sobre o que está ocorrendo com a regulação jurídica, se a mesma está perdendo seu caráter estatal, está sendo “privatizada” e como pensar o direito neste novo contexto histórico marcado por diferentes estruturas de poder, estratégias decisórias e padrões normativos. Em outras palavras, em uma perspectiva sistêmica da realidade, a busca reside no papel do Poder Judiciário nesse quadro de instâncias próprias de resolução de conflitos, de demandas coordenadas setorialmente. A mesma representa uma inquietação quanto a manifestações sociais normativas, colocando à prova a eficácia do resguardo do poderio estatal através de embaraços, que fazem com que as partes achem vias indiretas de fazer prevalecer sua vontade, mostrando ser o momento de repensar esse modelo de maneira a torná-lo condizente com essa realidade.

---

<sup>4</sup> ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Revista Direitos Culturais**, n.6, v.4, 2009, p. 6.

<sup>5</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9.

Atento a toda essa problemática, o presente estudo, de cariz jus-sociológico, trabalha com o direito reflexivo, na perspectiva da autonomia regulada, como caminho. No atual cenário de policentrismo mundial, de relativização do princípio da soberania, de dispersão do poder normativo entre governos, organismos multilaterais e instituições financeiras internacionais, o direito positivo estatal já não dispõe mais de condições para se organizar sob a forma de atos unilaterais, transmitindo de modo imperativo os comandos do legislador. O caminho, nesse sentido, apresenta-se em deixar de lado a perspectiva de regulação direta das condutas, limitando-se o Estado a atuar numa perspectiva indireta.

Sucedem que, ainda que continue permanecendo como referência básica para os cidadãos comuns, na prática ele passa a sofrer a concorrência de outras orientações, identidades, determinações e formas de gestão. Com isso, deixa de ser o eixo de um sistema normativo único, com feições basicamente piramidais, assentado num conjunto hierarquizado de regras subordinantes, para se tornar parte de um polissistema<sup>6</sup>, com formas e categorias públicas, privadas e híbridas. Logo, o desafio diz respeito à possibilidade de integração desses sistemas normativos altamente diferenciados, da promoção de uma articulação, de um entrelaçamento, de uma acoplagem ou de um engate estrutural dessas distintas ordens jurídicas, para o qual a chave-mestre seria o desenvolvimento de normas procedimentais<sup>7</sup>, cujo papel não seria promover uma regulação, mas balizar a interação e assegurar o equilíbrio entre as diferentes organizações complexas, mediante a coordenação de seus processos decisórios, de suas formas de participação e de suas respectivas racionalidades normativas.

Ou seja, o direito da produção seria gerado no âmbito dos conglomerados empresariais transnacionais e do sistema financeiro internacional, ao passo que a norma procedimental, originando-se no âmbito do Estado-Nação, estabeleceria premissas para decisões, facilitando entendimentos, estimulando negociações e, de tal modo, viabilizando soluções adaptáveis para cada situação específica, não estabelecendo, *a priori*, a regra do jogo, nem, muito menos, impondo a consecução de resultados com base numa racionalidade substantiva. Enfatizando um cálculo positivo de combinação de interesses, tal sistemática possuiria o condão de estimular as partes a se conscientizar dos ganhos da substituição das posturas conflitivas por posturas cooperativas, tal como se vislumbra na figura arbitral utilizada no âmbito dos negócios internacionais.

---

<sup>6</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

<sup>7</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 65.



Visando testar essa hipótese, então, num primeiro momento é feito um resgate do percurso teórico. O método de abordagem adotado para tanto é, assim, o da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, que permite uma reflexão acerca de como se observa o mundo e como é elaborada essa compreensão, a partir da apreensão da realidade. A matriz pragmático-sistêmica resta privilegiada como referencial de base, de tal modo, na medida em que dota o observador de uma percepção sociológica para além da dogmática jurídica, permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência. Com seu nascedouro remontado aos estudos realizados por Humberto Maturana e Francisco Varela, passando pela perspectiva luhmanniana que trouxe, inicialmente, a importância da observação da diferença entre sistema e ambiente, destacando, na continuidade de tais ideários, a abertura do sistema através de seu fechamento, chega-se ao novo olhar possibilitado por Teubner.

O mesmo, defendendo a existência de sucessivos graus de autonomia, concebe a perspectiva da reflexividade do direito, segundo a qual o sistema jurídico passa a reconhecer os limites de sua capacidade de regulação dos outros sistemas sociais, tendo em vista ser propriamente um sistema dentro de um ambiente. Por isso, a produção e imposição do sentido são extremamente difíceis, com o que se constata a importância desta epistemologia para o presente estudo, servindo de subsídio à análise das fontes materiais (fatos sociais, econômicos e políticos) e formais, de caráter estatal e espontâneo (desde leis e decisões judiciais até *soft law* e laudos arbitrais), possibilitando um pensamento novo acerca da realidade.

Com efeito, no segundo momento, em que se visa observar e propor empiricamente o quanto referenciado e descrito no plano teórico, adota-se como técnica a pesquisa de campo de natureza qualitativa, com questionários semiestruturados aplicados a agentes operadores do mercado e acadêmicos do setor (seguindo a metodologia do *stake holders and share holders analysis*). No intuito de conhecer as peculiaridades das práticas comerciais internacionais e do instituto da arbitragem, que permitem ilustrar a organização própria do segmento do comércio internacional, foram realizadas 15 (quinze) entrevistas, cuja degravação literal do relato encontra-se junto ao apêndice. O critério de escolha seguiu o tamanho das empresas, seu grau de globalização e de facilidade de acesso. As empresas e os profissionais tiveram seus nomes omitidos no texto a fim de preservar o sigilo. Nesse passo, a partir do levantamento de parâmetros como satisfação, interesses e opinião de pessoas envolvidas com a elaboração dos contratos e gestão de conflitos empresariais, visou-se apurar, em linhas gerais, a utilização da arbitragem nos contratos e a experiência frente a essa organização.

Partindo, por fenecimento, desse método de abordagem até a pesquisa de campo como técnica, o presente tem como objetivo de trabalho, em linhas gerais, verificar uma estruturação do direito adequada à sociedade globalizada, a partir de formas de regulação jurídica mais indiretas, que respeitem a própria autorregulação social. Não se propondo, pois, a apontar uma solução, mas sim a indicar um caminho, sem pretensão alguma de realizar uma revisão acabada de cada tópico, tendo em vista a amplitude de informações relativas, mas de propiciar uma visão geral da dimensão que o trabalho envolve, o mesmo visa verificar a trajetória teórica de consolidação da autonomia social, revelando, no segundo momento, o sucesso de posturas reflexivas, tal como se assiste no cenário arbitral. Para tanto, o estudo “Autorregulação e Comércio Internacional: do percurso teórico à demonstração empírica” encontra-se dividido em duas partes:

A primeira parte, intitulada “*O Pluralismo Jurídico na Perspectiva Globalizada: o percurso teórico de desvelamento da autonomia social*”, subdivide-se em dois capítulos – Globalização Policêntrica e Pluralismo Jurídico Transnacional – que tem por intuito, partindo da concepção de paradoxo e autopoiese (2.1.1), analisar a questão atinente à globalização (2.1.2), para, com subsídio nessas, considerar o policentrismo (2.1.3), enquanto superação dos limites regionais e constituição de setores globais autônomos, demonstrando-se, assim, a necessidade de ser lançado um novo olhar por sobre o pluralismo jurídico (2.2.2), trabalhando com a idéia de hipercomplexidade e policontextualidade (2.2.1), no intuito de reconstruir o percurso evolutivo desse instituto até o signo da governança (2.2.3).

A etapa seguinte do trabalho, nominada, por sua vez, “*A Regulação Social e Jurídica na Era Setorial: uma proposta empírica do paradigma do comércio internacional*”, ramifica-se, também, em outros dois capítulos. O primeiro, que trata da Organização Setorial, delinea a problemática da regulação jurídica (3.1.1), evidenciando a imprescindibilidade de uma estruturação do direito que respeite a autonomia social, representada pela questão das organizações (3.1.2) e pelas Constituições civis (3.1.3). Por derradeiro, como ilustração paradigmática desse contexto e do papel reflexivo que cabe ao direito nessa conjuntura, apresenta-se, então, a partir de pesquisa empírica desenvolvida, o Comércio Internacional. No último tópico, restam, assim, exibidos os contratos internacionais (3.2.1), que remetem à solução dos conflitos pelo próprio setor, através da arbitragem (3.2.2) e que buscam inspiração igualmente em normas criadas por organizações desse setor (3.2.3).

## 2 O PLURALISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA GLOBALIZADA: O PERCURSO TEÓRICO DE DESVELAMENTO DA AUTONOMIA SOCIAL

### 2.1 GLOBALIZAÇÃO POLICÊNTRICA

*Estamos na situação de uma criancinha que entra em uma imensa biblioteca, repleta de livros em muitas línguas. A criança sabe que alguém deve ter escrito aqueles livros, mas não sabe como. Não compreende as línguas em que foram escritos. Tem uma pálida suspeita de que a disposição dos livros obedece a uma ordem misteriosa, mas não sabe qual ela é - Albert Einstein.*

A marcha da história fez da globalização um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos superam seus limites regionais e constituem setores globais autônomos. O resultado é uma multiplicidade de aldeias globais, que apresentam separadamente, enquanto âmbitos de função autônomos, uma dinâmica própria à escala mundial, que não resulta plenamente controlável do plano externo<sup>8</sup>. É a realização em escala mundial da diferenciação funcional.

E isso porque cada vez que um sistema autorreferencial observa a si mesmo há o nascimento de um paradoxo capaz de desenvolver a função de irritação no observador, posto que esse estará obrigado a escolher entre deixar as coisas como estão ou resolver criativamente, inventando alguma forma de assimetria. A teoria da sociedade vista como autopoiese, ocupa-se, porquanto, desses paradoxos, com a finalidade de autoirritar a si mesma, no intuito de buscar formas novas de estruturação de suas próprias operações. Na presente sociedade altamente complexa e contingente, com muitas possibilidades diferentes de manifestação, onde tudo que se pode imaginar e observar pode acontecer<sup>9</sup>, a observação autopoietica, nessa medida, dota o observador de uma percepção mais aguçada, possibilitando uma nova visão das formas como o direito manifesta-se no século XXI.

<sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 86.

<sup>9</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

Sucedem que, com o desenvolvimento da globalização, com a superação do espaço pela minimização das limitações de tempo, emerge a problemática da fragilização da autoridade do Estado e, conseqüentemente, (a) da coerência das decisões através do tempo, (b) da eficácia de suas políticas públicas, encarada na perspectiva da consecução de resultados em conformidade com objetivos previamente definidos, e (c) da efetividade das medidas, em termos de aceitação social. Com efeito, a inflação legislativa, a juridificação e o trilema regulatório, acabam sendo os desdobramentos especificamente jurídicos desta ingovernabilidade sistêmica<sup>10</sup>, que carrega em seu bojo a questão atinente à crescente inefetividade das instituições de direito tradicionalmente concebidas.

Logo, quanto maior a velocidade e a intensidade desse processo, mais as instituições legislativas tradicionais vão cedendo lugar, por desiderato, a novas fontes de produção normativa. E, quanto mais o direito positivo e os tribunais se revelam incapazes de superar seus déficits de desempenho funcional, em matéria de estabilização das expectativas normativas e de resolução de litígios, mais tendem a ser atravessados no seu papel por justiça paralelas e normatividades justapostas.

Recursivamente, em face do policentrismo decisório que caracteriza a sociedade globalizada, com suas hierarquias altamente flexíveis, entidades nacionais ou supranacionais híbridas e estruturas de comando cada vez mais diferenciadas e diversificadas, os Estados tendem a perder a posição de poder exclusivo na coordenação das ações coletivas. Se, por um lado, são cada vez mais pressionados por mercados globalizados que não conseguem controlar, por outro, ficam expostos a pressões e reivindicações internas que não podem ou não conseguem acolher. Foi-se o tempo das sociedades relativamente homogêneas, com proletariado, campesinato e burguesia, e uma visão de luta de classes relativamente clara. A sociedade atual é constituída por um tecido complexo e extremamente diferenciado de atores. Assim, políticas amplas tornam-se desajustadas<sup>11</sup> e, como a intensidade das mudanças exige também ajustes freqüentes das políticas, o conceito da grande estrutura central de poder se vê posto em xeque.

---

<sup>10</sup> Independentemente das injunções teóricas e do alcance analítico de cada um desses três conceitos, todos eles têm sido amplamente utilizados para traduzir, descrever e analisar um mesmo fenômeno: a crescente inefetividade das instituições de direito, da qual os reflexos mais visíveis são, por um lado, o crescente rompimento da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos, e, por outro lado, a multiplicação de leis especiais editadas casuística ou pragmaticamente em resposta às contingências e problemas surgidos com a eclosão das crises de governabilidade. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 121-2.

<sup>11</sup> DOWBOR, Ladislau. **A Reprodução Social**. Vol. I – Tecnologia, Globalização e Governabilidade. São Paulo: Vozes, 2001, p. 19.

### 2.1.1 PARADOXO E AUTOPOIESE: premissas para observação da diferença na era da sociedade policêntrica global

O desenvolvimento da sociedade global faz com que, nesse diapasão, cada vez mais os olhares se voltem para a diferença. A diferença consolida-se, pois, como a engrenagem condutora da observação do mundo, que possui o condão de conduzir à unidade – dizendo que determinado objeto é uma caneta, gera-se a sua unidade ao identificá-lo e diferenciá-lo dos demais: se é uma caneta, não é um lápis, por exemplo. É o paradoxo da unidade da diferença. O sistema obtém a unidade a partir da diferença marcada pelos seus limites, da redução da complexidade pela diferenciação do ambiente.

A diferenciação sistêmica não é, então, outra coisa que não uma construção recursiva de um sistema, a aplicação da construção sistêmica a seu próprio resultado. Ou seja, o sistema dentro do qual se formam outros sistemas se reconstrói através de uma ulterior distinção entre sistema-parcial e entorno. Visto desde o sistema-parcial, o resto do sistema-total é agora entorno. Em outras palavras, a diferenciação sistêmica gera entornos internos no sistema. Contudo, a diferenciação não é decomposição de um todo em partes, como se poderia olvidar, nem, em consequência, que este consista somente de partes e de suas relações<sup>12</sup>. Mas que, cada sistema-parcial, reconstrói o sistema-total (a que pertence e corealiza) através de uma diferença própria (específica do sistema-parcial) de sistema/entorno.

Com efeito, toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o meio ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido<sup>13</sup>, sendo que ambiente é apenas uma complexidade bruta<sup>14</sup>, que ao ser reduzida já faz parte de um sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. O fato é que os sistemas parciais emergem do ambiente social, desenvolvendo suas comunicações específicas, passando a gerar sentido na medida em que estabelecem seus próprios limites em relação ao ambiente.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Univerdad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 473.

<sup>13</sup> PINEAU, Gaston. O Sentido do Sentido. CETRANS (Coord.). **Educação e Transdisciplinaridade I**. Brasília: UNESCO/São Paulo: TRIOM, 2000, p. 51, defende a matriz ressaltando que ao invés de cortar o nó górdio, seria melhor tentar desposá-lo, tentar estabelecer uma nova aliança com ele, para fazer dele um espaço de trabalho, de exploração e de construção de sentido. Brincar com a auto e a trans, compreendendo os sistemas autopoieticos.

<sup>14</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

Isso não significa, contudo, que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele pode ser reconhecido. Nesse desiderato, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem relação com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social<sup>15</sup> e estaria como que solto no ar; mas, tão-só, que agora o direito está mais adequado a sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.

A teoria dos sistemas trabalha, nessa perspectiva, com a ideia de que a diferenciação trata-se de um mecanismo redutor de complexidade e que na mesma base da vida social estão as condições catalisadoras<sup>16</sup> que fazem emergir novas diferenciações no interior das sociedades. Sob este ponto de vista, a diferenciação social se fundamenta em uma perspectiva global das relações entre sistema e entorno, aplicadas à sociedade. Os processos de diferenciação social se concebem como uma reduplicação de novas relações sistema/entorno no interior da mesma sociedade, gerando a evolução sócio-cultural, por mútua ativação, a aparição de novos sistemas no interior da sociedade.

Assim sendo, a partir deste circuito comunicativo geral e no seio do sistema social, novos e específicos circuitos comunicativos vão gerando e desenvolvendo-se: logo que estes circuitos emergentes atinjam um determinado grau de complexidade na sua própria organização autorreprodutiva - o que pressupõe a emergência de um código binário específico que guie as operações autorreprodutivas sistêmicas -, eles se autonomizam do sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. O sistema jurídico, a economia e a política tornaram-se, nessa esteira, subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos. Por isso que nenhum dos vários subsistemas pode reivindicar supremacia sobre os restantes<sup>17</sup> ou pretender substituir-lhes nas respectivas funções específicas - apenas o sistema econômico pode definir e mudar a economia, apenas o sistema jurídico pode definir e mudar o direito.

---

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 19.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991, p. 135-6.

<sup>17</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. XIII e XIV.

A teoria dos sistemas, pontualmente, além de permitir a distinção entre relações sistema/entorno, possibilita, então, a distinção sistema-a-sistema. Mediante a distinção sistema/entorno, o sistema compreende a unidade do mundo. Com as relações sistema-a-sistema, o sistema compreende os fragmentos do mundo ou da sociedade. Esta fragmentação permite observar respectivamente ao outro sistema como sistema-em-um-entorno-próprio<sup>18</sup>, o que permite reconstruir o mundo desde a perspectiva de observar observações, de uma observação de segunda ordem.

É exatamente, nesse passo, que ganha destaque o fato que para se observar o direito, não se pode observá-lo somente como direito, tem-se que vê-lo imbricado com as outras áreas do conhecimento. Porém é preciso observar-se isso não como numa situação caótica, onde não se sabe bem os limites do que seja direito, biologia ou política. Precisa-se realizar uma observação com certos critérios. É preciso observar-se o direito dentro de uma sociedade complexa, já que, caso contrário, não se observará nada. Por isso, a autopoiese se preocupa com essa diferença, com esse traço que vai marcar a separação entre fechado e o aberto - na medida em que não é o fechado e não é aberto, porque não existe o aberto e o fechado<sup>19</sup>, somente existe a diferença. E, por conseguinte, com essa passagem, que tem uma forma determinada; essa forma é a unidade que vai surgir nessa passagem, a unidade da diferença.

Com efeito, o sistema opera voltado ao seu interior, sendo capaz de produzir novos elementos a partir dos seus próprios elementos, gerando unidade e qualidade autopoietica, na medida em que resta simultaneamente aberto à cognição do ambiente – o que não acarreta sua corrupção, já que o observado resta processado de acordo com os elementos internos. É, porquanto, nessa linha, que a globalização demanda essa observação, na medida em que, diante da grande necessidade de abertura dos sistemas ao novo, existe, em contrapartida, o imperativo que não percam seu elemento caracterizador, o que resta possível, exatamente, através da diferenciação, responsável por auxiliar nesta decodificação de tamanha quantidade de informações. Quando o sistema consegue, pois, colher as informações (observar) e manter seu elemento (código) diz-se, então, autopoietico.

---

<sup>18</sup> Isso é possibilitado exatamente pela diferença, na medida em que dota o observador de uma capacidade de observação (de uma observação da observação do sistema) do que constitui o sistema e do que é seu entorno, engrenagem essa, pois, que possibilita a observação da complexidade. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 475.

<sup>19</sup> ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 189.

Com efeito, Luhmann concebe que o conceito de produção ou de *poiesis* sempre designa somente uma parte, que pode obter-se mediante o entrosamento interno de operações do sistema, aquela parte com a qual o sistema determina seu próprio estado. Segundo a concepção tradicional, reprodução significa produção a partir de produtos, determinação de estados do sistema como ponto de partida de toda determinação posterior de estados do sistema. E, dado que esta produção/reprodução exige distinguir entre condições internas e externas, com ela o sistema também efetua a permanente reprodução de seus limites, de sua unidade, com o que autopoiese significa a produção do sistema<sup>20</sup> por si mesmo.

É o sistema que reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva por meio de seus próprios elementos. Neste sentido, o direito não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social, tampouco pode dar normas a este ambiente. A normatividade é o modo interno de trabalhar do direito e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do direito para a sociedade. Por isso que toda orientação do direito com relação ao seu ambiente utiliza a cognição. O sistema jurídico, assim, opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas<sup>21</sup>; está disposto a prender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto.

E isso porque os sistemas ditos autopoieticos se caracterizam pela clausura operativa, que indica o fato de que as operações que levam a produção de elementos novos de um sistema dependem das operações anteriores do mesmo sistema e constituem o pressuposto para as operações ulteriores: esta clausura constitui, pois, a base da autonomia do sistema em questão e permite distingui-lo de seu entorno. A existência de um sistema coincide, então, com sua capacidade de manter um limite nas relações com o ambiente. A reprodução autopoietica das operações gera, assim, ao mesmo tempo, a unidade dos elementos, do sistema ao qual pertencem e o limite entre o mesmo sistema e o entorno. A radicalidade do conceito, nesta acepção, exclui a idéia de autonomia relativa: ou um sistema é autopoietico ou não é<sup>22</sup> e, neste sentido, não se pode nem sequer falar de sistema.

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 69-70.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão et all. **Revista Sequência**, n. 28, jun. 94, p. 20-1.

<sup>22</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 32-3.



Teubner revê essa concepção luhmanniana. Não contestando o fato de que um sistema pode reproduzir a si próprio, defende que a autonomia constitui uma realidade gradativa, sendo útil conceber essa como a emergência cumulativa de relações autorreferenciais que, sob certas condições, possibilita ao sistema como um todo a sua própria auto-reprodução. Conforme concebe, o aumento cumulativo de relações circulares faz da autopoiese um processo gradativo, para cuja compreensão resta necessário distinguir de modo preciso auto-observação, autoconstituição e autorreprodução. Uma coisa seria um subsistema social observar os seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites, identidade e meio envolvente) através de comunicação reflexiva; outra diferente, um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos; ainda, uma outra coisa diferente, seria a capacidade de um sistema para reproduzir a si mesmo, através da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir dos seus próprios elementos<sup>23</sup>. Com o que adverte que auto-observação não implica necessariamente autoconstituição, nem autoconstituição implica necessariamente autorreprodução.

Para o autor, a realidade social do direito é feita de um grande número de relações circulares, com o que irá propor uma idéia de autopoiese em evolução permanente, onde o direito teria vários estágios, gerando um hiperciclo<sup>24</sup>: numa fase inicial, dita de *direito socialmente difuso*, elementos, processos e limites do discurso jurídico seriam idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Um *direito parcialmente autônomo* constituiria uma segunda fase, tendo lugar no momento em que o discurso jurídico começasse a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito, então, apenas entraria numa terceira e última fase, tornando-se *autopoiético*, quando os componentes do sistema fossem articulados entre si num hiperciclo. O sentido, em Teubner, assim, termina se configurando em uma construção evolutiva da comunicação social que, gradativamente<sup>25</sup>, transforma-se em comunicação jurídica.

---

<sup>23</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 67-8.

<sup>24</sup> A teoria dos hiperciclos, que originariamente debruçou-se sobre a origem da vida, foi proposta por Manfred Eigen, prêmio Nobel de química, durante a década de 70. Sua concepção teórica trazia que a vida teria surgido a partir de um processo de organização contínua em sistemas químicos fora de equilíbrio, envolvendo hiperciclos de realimentação, formados por uma rede de reações cíclicas: cada elemento replicador auxiliaria a replicação do seguinte, até chegar ao último que, então, auxiliaria a replicação do primeiro, fechando-se o ciclo. Esse ideário partiu, porquanto, da concepção de sistemas abertos que captam energia e componentes do meio a fim manterem os ciclos em funcionamento e se reproduzirem. CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 85.

<sup>25</sup> ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoiética do sentido do direito. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2009, p. 20.

É de restar claro, entretanto, que essa conjuntura autopoiética de reprodução recursiva sucessiva somente resta implementada, pois, mediante a clausura operativa do sistema. Graças a essa característica, o sistema resta capaz de, diferenciando-se de seu entorno, evoluir constituindo sua unidade, no interior da qual a racionalidade própria é intensificada, tornando-se o circuito comunicativo cada vez mais especializado. Sucede que, para que o sistema construa sua própria complexidade, resta necessária a clausura operativa. Contudo, isso não quer dizer que não existam relações causais entre o sistema e o entorno e que as interdependências causais sejam estruturalmente desnecessárias para o sistema. A teoria dos sistemas tem clara a idéia de que a abertura (dependência do entorno) sobre a base da matéria ou da energia<sup>26</sup> não contradiz a tese do fechamento.

Essa tradicional oposição entre sistema fechado e sistema aberto é completamente pulverizada pelo paradoxo autopoiético da clausula autorreprodutiva. A abertura sistêmica ao meio envolvente é justamente assegurada pela clausula operativa do próprio sistema; um sistema demonstrar-se tanto mais aberto e adaptável ao seu meio envolvente quanto mais suceder em manter intacta sua própria autorreferencialidade<sup>27</sup>. A visão dominante dos sistemas sociais como realidade aberta, operando segundo uma lógica de *inputs-outputs* diretos com o respectivo meio envolvente, alimentara a falsa convicção<sup>28</sup> de que a manutenção da respectiva identidade requeria uma regulação exógena direta capaz de garantir uma adaptabilidade constante a um meio envolvente em permanente mutação. A teoria autopoiética assenta-se, porquanto, justamente na idéia de que a unidade e identidade de qualquer sistema deriva da autorreferência<sup>29</sup> das suas operações, acentuando que a sobrevivência e estabilidade dos mesmos pressupõe antes, bem pelo contrário, que se mantenha a salvo a sua capacidade de autorregulação.

---

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 98-9.

<sup>27</sup> Na medida em que o sistema se refere a si mesmo em cada uma de suas operações, podendo observar a realidade somente mediante o autocontato. Um sistema social, assim, pode produzir somente comunicação e é capaz de considerar a realidade somente comunicando. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 35.

<sup>28</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. XV e XVI.

<sup>29</sup> Assim distingue-se autorreferência e heterorreferência. Autorreferência é operação de observação interna do sistema em si mesmo – o sistema se observa operando produção e reprodução interna de seus elementos. Heterorreferência é operação de observação do sistema em relação ao seu ambiente – o sistema observa (se deixa irritar) por informações do ambiente, as quais são processadas no interior do sistema, quando simultaneamente ocorre fixação e mudança de sua estrutura. SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. SCHWARTZ, Germano A. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

Por isso que o sistema autopoietico é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores direito vão usar como critério para tomar decisões. É um sistema, por seu turno, que não é fechado, nem aberto, já que um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se autorreproduza somente nele mesmo. E, um sistema aberto, seria só para manter a ideia de sistema, vez que ao se falar em sistema aberto, já nem se fala mais em sistema, mas de outra coisa<sup>30</sup>. Então, o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Um sistema diferenciado deve ser, porquanto, simultaneamente, operativamente fechado, para manter a sua unidade e cognitivamente aberto, para poder observar a sua diferença constitutiva, já que a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações.

A questão central é o fechamento do sistema não no sentido de um isolamento com relação ao ambiente, mas como pressuposto para sua abertura, ou seja, como condição para interrogar-se sobre relações do sistema com o seu ambiente. A assertiva paradoxal, consequência da impositação autopoética<sup>31</sup>, de que um sistema é aberto porque é fechado, significa que apenas quando o sistema é capaz de traçar o limite que o separa, como âmbito autônomo, do seu ambiente, é que é possível observar as irritações entre eles.

Toda abertura baseia-se, assim, no fechamento. Essa combinação, pois, pode ser tratada sob duas perspectivas<sup>32</sup>: (1) embora um sistema construtor e construído de sentido exerça o controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre o sim e o não do respectivo código sistêmico (abertura); (2) o controle das possibilidades de negação proporciona uma relação seletiva continua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada).

---

<sup>30</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38 e 36.

<sup>31</sup> NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 226-7.

<sup>32</sup> A concepção luhmanniana do fechamento autorreferencial dos sistemas baseados no sentido, especialmente dos sistemas sociais, afasta-se claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos. Nesse sentido, afirma-se: fechamento não significa agora falta de ambiente, nem determinação integral por si mesmo. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia, nem de isolamento (causal). O fechamento operativo é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63.

Isso resta importante porque somente com a condição de dispor de uma autonomia própria, o sistema é capaz de marcar um limite que o separe do entorno e de distinguir-se dele. Somente enquanto delimita um âmbito em que são válidas condições específicas e que não está sujeito à adequação imediata aos estados do mundo, pode reelaborar materiais externos para constituir seus próprios elementos e pode relacionar em suas próprias formas as irritações provenientes do entorno. Desta maneira, o sistema pode introduzir diferenças próprias e tratar com base nelas os eventos do entorno externo<sup>33</sup> que podem assim gerar informação.

É nesse desiderato que resta adequada a observação da sociedade sob a ótica da globalização, um processo de comunicação que evolui em sua complexidade de maneira não planejada, ocasionando a quebra de paradigmas. A clausura operativa possibilita o sistema tornar-se autopoietico e, assim, a partir dos paradoxos emergentes, buscar novas soluções, meios mais eficazes de lidar com o contexto insurgente. Esse artifício propicia que os paradoxos da globalização sejam desvelados e utilizados para criar novas acepções, já que o fenômeno apresentar-se como o mais antagônico e, em face disso, requer uma insurgência diferenciada por parte do direito, para além das concepções tradicionalmente concebidas.

O fato é que toda produção de sentido depende da observação. Não há, no mundo de hoje, uma noção de espaço e tempo, onde e quando se possa dizer: *Estou no presente, aquilo é passado e aquilo é futuro*<sup>34</sup>, principalmente na sociedade complexa, transnacionalizada em que se vive. Assim, quando se questiona acerca do fenômeno da globalização, se é positiva ou negativa, não há uma resposta uníssona. Depende de onde se está observando. Na ótica de Luhmann, o tempo é, para os sistemas de sentido, a interpretação da realidade em relação à diferença entre passado e futuro. Cada sistema existe sempre somente no presente e simultaneamente com o próprio entorno: nesse sentido, passado e futuro não são pontos de partida ou de chegada, senão horizontes de possibilidades.

---

<sup>33</sup> Por oportuno, a distinção entre sistema e entorno pressupõe um observador que ponha em relação os processos internos com um âmbito externo. Somente o observador pode captar a existência de relações causais entre entorno e o sistema. A observação representa, pois, um modo específico de operação, que utiliza uma distinção para indicar um lado ou o outro de uma distinção mesma. Assim, ocorre uma observação cada vez que um sistema opera com base em distinções, obtendo e transformando informações. Observar é operação, enquanto observador é um sistema que utiliza as operações da observação de maneira recursiva, como seqüências para obter uma diferença em relação ao meio. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 33-4 e 118.

<sup>34</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34-5.

Tanto o passado, como o futuro, são contemporâneos e relevantes somente na simultaneidade. Passado e futuro são horizonte de tempo de cada uma das operações e podem tão somente como tais ser distinguidos no presente. Seu enlace recursivo se produz unicamente em cada uma das operações atuais. Por isso, o observador é, pois, um sistema atado ao tempo e, sobretudo, atado ao tempo que no presente constrói<sup>35</sup>, mediante distinções próprias que introduz como horizonte de sua observação.

Nesses termos, para uma contínua produção e reprodução de unidade, são requeridas distinções que permitam indicar o que será utilizado como unidade e o que não será<sup>36</sup>. Tão logo a distinção mesma seja a indicadora, quer dizer, converta-se em objeto da mesma operação distintiva, surge um paradoxo. E, esse, não é nenhuma contradição e, por isso, tampouco a promessa de uma síntese da dialética conduz mais longe. O paradoxo não afirma: jurídico igual a antijurídico<sup>37</sup>, mas sim, jurídico por causa de antijurídico.

Os paradoxos, por oportuno, são inerentes à realidade do direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica. O direito, com suas relações recursivas e circulares, reage autorreferencialmente<sup>38</sup> (através de sua codificação específica) às influências externas, visando reduzir a complexidade proveniente da sociedade. Desta forma, o direito encontra-se operativamente fechado, isto é, ele atua mediante uma clausura normativa que, paradoxalmente é a condição de possibilidade de sua abertura às irritações provenientes do ambiente, as quais serão assimiladas pelo sistema cognitivamente. Isto mantém a dinâmica do direito, permanecendo o sistema autônomo e funcionalmente diferenciado.

---

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 101.

<sup>36</sup> Todas as mensagens recebidas do ambiente (e, portanto, de outros sistemas) são processadas e convertidas através de um código binário. Uma mensagem enviada do sistema econômico ao jurídico é processada em lícito/ilícito. Uma mensagem jurídica será processada pelo sistema econômico em ter/não ter. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão et all. **Revista Sequência**, n. 28, jun. 94, p. 18.

<sup>38</sup> Qualquer observação do sistema, em suas interações circulares e autorreferenciais, jamais poderá ser feita externamente, pois um observador não está observando outros sistemas, mas sim está a auto-observar o próprio sistema no qual está inserido. Esta conclusão é proveniente do fato de a teoria autopoietica reformular a relação sistema/ambiente, visto que o processo de observação não ocorre de forma exógena e estática como se pressupunha. A idéia de autorreferência repercute na importância conferida à distinção entre “identidade” – atingida através da aplicação de um código binário - e “não identidade” sistêmica, feita por um observador, concluindo-se a total impossibilidade de ser a unidade sistêmica e a diferenciação sistema/ambiente apreendidas por um observador externo, sendo sempre um produto interno ao sistema. Isto rompe com a separação metafísica de sujeito-objeto, a qual muito tempo dominou os debates epistemológicos. CARVALHO, Délton Winter de. O Direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do Direito. CAMERINI, Fabrizio; MEZANOTTI, Gabriela (Org.). **Para Pensar o Direito**. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2003, v. 1, p. 70-2.

A questão repousa no fato, pois, de que a autorreferência, pensada de forma pura, conduz a tautologias, necessitando de uma assimetria (auto-observação), no sentido de desparadoxizar os paradoxos que constituem a realidade circular do direito. Isso se realiza através de um fechamento operativo, no qual o direito atua autorreferencialmente com seus elementos internos em relações reciprocamente recursivas e circulares. Entretanto, com o escopo de orientar a aplicação da codificação binária (direito/não-direito), o sistema se abre para a influência do sistema social ou de outros sistemas parciais. Através dessa neutralização dos paradoxos, aplicando-os de uma forma criativa, deixam os mesmos de ser impedimentos ao processo de tomada de decisões<sup>39</sup>, passando a ser um profícuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do direito.

Com isso, depreende-se que é própria positividade<sup>40</sup> que permite a possibilidade de transformação estrutural do direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. E, isso, devido à circunstância de que esta abertura somente é possibilitada em razão da clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, tanto mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva. As informações provenientes do exterior do sistema, nessa linha, apenas adquirem relevância sistêmica e serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo um sentido jurídico.

A teoria dos sistemas sociais, nessa conjuntura, ao debruçar-se sobre a diferença, trabalhando com a idéia de autopoiese, de sistemas operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos ao ambiente, possibilita uma visão adequada das diversas instâncias de poder/decisão oriundas da diferenciação funcional dos subsistemas sociais que atingem escala planetária, na medida em que, dialogando com as situações paradoxais que se formam, permite repensar as formas com que o direito se manifesta e que se mostram insuficientes diante da complexidade que emerge dessa globalização policêntrica. Resta ter assentado, para tanto, ao que exatamente esse fenômeno refere-se, ao que remete, quais seus reflexos, para assim ter-se condições de melhor analisar as decorrências. Eis o próximo tópico.

---

<sup>39</sup> Os paradoxos decorrentes desta autorreferência pura somente podem ser suplantados por um observador/aplicador do direito que, utilizando-se de técnicas jurídicas (clausura normativa) e respostas internas às irritações externas (abertura cognitivamente orientada), busca a desparadoxização dessas tautologias causadas pela autorreferência do direito. É a observação de segunda ordem. ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.1, dez. 2006, p. 187.

<sup>40</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 15.

### 2.1.2 GLOBALIZAÇÃO: a marcha do processo comunicativo rumo à transformação da produção normativa e decisão centralizada

Pontualmente, a globalização tem sido apontada como o fenômeno responsável pelas grandes transformações do século, pela complexidade cada vez maior das relações. Em virtude disso, as reações diante de sua conjuntura são as mais antagônicas possíveis: alguns se assustam, tentam fugir, acreditam que é algo que veio para exterminar o que resta do mundo; outros acreditam em seu poder de mudança, depositam expectativas nos seus passos. Nesses moldes, o mesmo tornou-se o metaconceito do século.

E, por isso, sendo sua designação uma das palavras mais utilizadas é, também, uma das mais mal utilizadas e confusas dos dias atuais. A mesma está praticamente em todo lugar. Dificilmente um dia transcorre sem que ela seja invocada por políticos, líderes empresariais e jornalistas. Na verdade, há uma geografia interessante de conscientização e de atitudes em relação a ela. A atual explosão por seu interesse reflete, pois, o sentimento difundido de que algo importante está acontecendo no mundo; de que existe uma grande quantidade de questões que, de alguma forma, estão interconectadas sob o guarda-chuva abrangente da globalização. Em face disso, a mesma se consagrou nos últimos anos na imaginação popular<sup>41</sup>, mesmo sendo um conceito cujas raízes remontam pelo menos ao século XIX.

O fenômeno já estava presente, porquanto, nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica, tendo, na era moderna, sido impulsionado pela interação entre a expansão da cartografia, o crescente domínio das técnicas de navegação pelos povos ibéricos e a própria evolução do conhecimento científico<sup>42</sup>. O que apareceu como realmente novo fora sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações.

---

<sup>41</sup> DICKEN, Peter. **Mudança Global**: mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Trad. Teresa Cristina Felix de Souza. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23.

<sup>42</sup> Esses foram os fatores responsáveis pelas grandes descobertas e pelos projetos ultramarinos de Portugal e Espanha, a partir do final do século XV; e pelas novas formas manufatureiras desenvolvidas em Florença, Milão, Veneza e outras cidades do norte da Itália, no século XVI. Só que, entre os séculos XVII e XVIII, esses fluxos mundiais de comércio e riqueza levaram ao aparecimento de novos pólos de poder da Europa, com o fortalecimento da burguesia e a formação de Estados-Nação unificados e centralizados nesse continente. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60 e 62.

Um novo mundo tomou forma, nesse enfoque, sob a coincidência histórica de três processos independentes<sup>43</sup>: a revolução da tecnologia da informação; a crise econômica do capitalismo e do estatismo e a conseqüente reestruturação de ambos; e o apogeu de movimentos sociais e culturais, como os direitos humanos, o feminismo e o ambientalismo. A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente, pois, a presente atualidade interdependente e complexa.

Com efeito, a sociedade hodierna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em que não cessa de produzi-las. Resta constituída por uma estrutura paradoxal, na qual se ampliam o direito e o não-direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável<sup>44</sup>. Há uma inevitável paradoxalidade comunicativa.

O fato é que a estrutura conceitual do distanciamento tempo-espaço dirige a atenção às complexas relações entre envolvimento locais (circunstâncias de co-presença) e interação através de distância (as conexões de presença e ausência). Nesta era, as relações entre formas sociais e eventos locais e distantes se tornam correspondentemente alongadas. A globalização se refere essencialmente a este processo de alongamento, na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da Terra como um todo. A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este processo torna-se, dessa maneira, dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção contrária<sup>45</sup> ao esperado.

---

<sup>43</sup> CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede** - A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Vol. III – O Fim do Milênio. Trad. Klauss Brandini Gerhart e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 412.

<sup>44</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

<sup>45</sup> A prosperidade crescente de uma área urbana em Singapura pode ter suas causas relacionadas, via uma complicada rede de laços econômicos globais, ao empobrecimento de uma vizinhança em Pittsburgh cujos produtos locais não são competitivos nos mercados mundiais. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 60.



A relação entre tempo e espaço seria, então, mutável e dinâmica, indeterminada e variável. Pontualmente, a conquista do espaço passou a significar máquinas mais rápidas. Os movimentos acelerados passaram a significar espaços maiores e acelerar os movimentos era a única maneira de aumentar o espaço. Assim, a expansão espacial era o nome do jogo e o espaço era a aposta: o espaço era o valor, o tempo, a ferramenta. Para maximizar o valor, era necessário, pois, afiar a ferramenta: grande parte da racionalidade instrumental que, segundo Max Weber, era o princípio operativo da civilização moderna, concentrou-se, com isso, em idealizar modos de realizar tarefas com maior rapidez<sup>46</sup>, eliminando o tempo improdutivo, inútil, vazio e desperdiçado; concentrou-se em levar o espaço com mais objetos, aumentando assim o espaço que poderia ser preenchido em um tempo determinado.

Essa transformação coincidiu, por oportuno, com outro processo de avanço vertiginoso, o do conhecimento da vida: lançam-se os primeiros micro-organismos geneticamente manipulados para digerir poluentes químicos e os poderosos microscópios eletrônicos associados aos computadores acabam por permitir, pois, uma autêntica revolução no conhecimento do funcionamento das células<sup>47</sup>. E, toda essa mudança, entrou nas culturas como um fato normal, não exceção. Só que esta mudança já não resulta de saltos individuais e pontuais: o microscópio eletrônico e o computador permitem o trabalho com unidades atômicas, o que permite por sua vez desenvolver novos materiais, que permitem novos avanços na informática e assim por diante, num processo sinérgico e cumulativo. É o próprio processo de transformação que se transformou.

O problema é que essa ânsia de transformação está fazendo com que a dinâmica do risco/perigo deixe de ser apreciada devidamente. Qualquer um que conceba a modernização como um processo de inovação autônoma deve contar com a obsolescência da sociedade industrial, sendo que o outro lado dessa obsolescência é a emergência da sociedade de risco<sup>48</sup>. Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições, para o controle e a proteção da sociedade industrial.

---

<sup>46</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad Líquida**. Trad. Mirta Rosenberg. Argentina: FCE, 2004, p. 121.

<sup>47</sup> DOWBOR, Ladislau. **A Reprodução Social**. Vol. I – Tecnologia, Globalização e Governabilidade. São Paulo: Vozes, 2001, p. 10.

<sup>48</sup> Acerca desse aspecto insta citar o trabalho que vem sendo desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito Público do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS pelo Prof. Délton Winter de Carvalho, no enfoque da intensificação dos desastres naturais devido às mudanças climáticas. Ver mais sobre o assunto em: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 193, p. 83-97, 2012.

E, aqui, duas fases podem ser distinguidas<sup>49</sup>: primeiro, um estágio em que os efeitos e as autoameaças são sistematicamente produzidos, mas não se tornam questões públicas ou o centro de conflitos políticos, predominando, assim, o autoconceito da sociedade industrial, tanto multiplicando, como legitimando, as ameaças produzidas por tomadas de decisão, como riscos residuais; e, num segundo momento, uma situação completamente diferente, quando os perigos<sup>50</sup> da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos, políticos e privados. Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar, criando aspectos social e politicamente problemáticos: por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco.

A razão, nesse desiderato, porque a problemática do risco provoca tantas discussões nos presentes dias, porque inclusive a sociedade se considera uma sociedade de risco, tem haver, fundamentalmente, com a velocidade do desenvolvimento tecnológico em esferas que são cientificamente da competência da física, da química<sup>51</sup> e da biologia. Mais que qualquer outro fator individual, tem sido a impressionante extensão das possibilidades tecnológicas que tem contribuído para chamar a atenção pública sobre os riscos inerentes as mesmas. Alcançam-se ordens em grande escala quantitativamente novas<sup>52</sup>, tanto em relação a possíveis utilidades, como em relação a possíveis danos.

---

<sup>49</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 15-6.

<sup>50</sup> Fala-se de risco no caso em que o dano se faz possível como consequência de uma decisão tomada no sistema e que não pode acontecer sem que se tenha mediado, ou seja, quando possíveis danos são consequências da própria decisão. A significação perigo, por sua vez, resta oportuna quando os danos ou as perdas estão relacionados com causas fora do próprio controle. Com isso, o perigo de molhar-se em caso de chuva transformou-se em risco com o invento do guarda-chuva, já que o perigo de molhar-se passou a ser consequência de uma decisão de lançar mão ou não dele. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 142.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. Trad. Silvia Pappe et all. México: Universidad Iberoamericana, 1992, p. 127-8.

<sup>52</sup> Com a sofisticação da mecânica quântica, as possibilidades científicas aumentaram, tendo se tornado possível descer a um nível de investigação menor. Trata-se da nanoescala: um nanômetro é um bilionésimo de um metro, assim a nanoescala é cerca de três ordens de grandeza de uma célula, que tem cerca de 20 micrômetros de diâmetro. As pesquisas em nanotecnologias emergem, assim, no sentido de que esta nova ciência não apenas descreve os processos da natureza na escala nano, mas transforma ativamente a natureza sobre a qual trabalha. ENGELMANN, Wilson. A nanotecnociência como revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia *na* ciência. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 255.

Na outra ponta, verifica-se a globalização do mundo do trabalho, na mesma escala em que se dá do capitalismo. No âmbito da fábrica global criada com a nova divisão transnacional do trabalho e da produção, com a transição do *fordismo* ao *toyotismo* e a dinamização do mercado mundial, tudo isso amplamente favorecido pelas tecnologias eletrônicas, colocam-se novas formas e novos significados do trabalho<sup>53</sup>. São mudanças quantitativas e qualitativas que se estendem desde a redução e o possível fechamento de ramos industriais tradicionais, com alta concentração de empregos (minas, usinas siderúrgicas e fábricas), passando pela redução do tamanho de empresas, até se chegar ao caráter temporário dos empregos e sua maior mobilidade.

Exatamente por toda essa conjuntura, não há uma resposta unívoca. Os processos de reprodução, distribuição e consumo podem gerar resultados “bons” ou “maus”, depende da observação, de onde se está observando. Eles produzem os “bons” na forma de oportunidade de emprego, rendimento e acesso a uma variedade cada vez maior produtos, serviços e artefatos culturais de consumo. Na contramão, eles produzem os “maus” na forma de desemprego, pobreza, esgotamento de recurso, poluição ambiental e danos culturais. Só que até onde os “bons” excedem os “maus” é uma questão controversa<sup>54</sup>, assim como questão de quem são os “vencedores” e os “perdedores”, porque esses “bons” e “maus” têm, em si mesmos, uma distribuição altamente desigual, tanto geográfica quanto socialmente.

O que é realmente importante, por oportuno, é que não se pode mais contentar-se com alternativas que, para privilegiar estruturas eficientes de produção, paralizem o desenvolvimento social; ou, inversamente, para assegurar o desenvolvimento social, terminem por estrangular o processo de crescimento econômico. Um não pode evoluir sem o outro. As empresas estão condenadas a assumir as suas responsabilidades sociais e ambientais, enquanto as demandas sociais a encontrar formas de organização que assegurem a sua viabilidade econômica. Assim, da própria revolução tecnológica em curso, surgem novos pontos de referência<sup>55</sup>: enfrenta-se um mundo que muda rapidamente. E, para enfrentar essa mudança, complexidade e diversidade, tem-se, então, de gerar instrumentos de regulação social mais ágeis, flexíveis e participativos.

---

<sup>53</sup> IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 123 e 125.

<sup>54</sup> DICKEN, Peter. **Mudança Global: mapeando as novas fronteiras da economia mundial**. Trad. Teresa Cristina Felix de Souza. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 33.

<sup>55</sup> DOWBOR, Ladislau. **A Reprodução Social**. Vol. I – Tecnologia, Globalização e Governabilidade. São Paulo: Vozes, 2001, p. 14.

É nesse particular que o Estado-Nação não só é redefinido, mas perde algumas das suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se. Aos poucos, algumas dessas prerrogativas aparecem nas decisões e atividade de empresas multinacionais e organizações multilaterais<sup>56</sup>. O que era tradicional e reconhecidamente localizado em países, ou suas capitais, se desterritorializa. Mesmo capitais de países poderosos parecem perder funções, esvaziar-se. Um fenômeno que já ocorria há muito tempo em países dependentes, passou a verificar-se também em países dominantes, metropolitanos.

Os Estados-Nação são ainda poderosos e, os líderes políticos, ainda têm papéis importantes a desempenhar no mundo. Não obstante isso, o Estado-Nação está a transformar-se. A política econômica nacional não consegue ser tão eficiente como já foi. As velhas formas de geopolítica estão a se tornar obsoletas, vendo-se as nações obrigadas a repensar as próprias identidades. Continua-se, pois, a falar da nação, da família, do trabalho e da natureza, como se todas estas instituições se mantivessem iguais ao que eram. Mas isso não é verdade. A carapaça exterior mantém-se. Mas no interior houve modificações. E estas não aconteceram apenas nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha ou na França. Mas, quase em toda a parte, instituições tornaram-se inadequadas<sup>57</sup> para as tarefas que são chamadas a desempenhar.

Ocorre que toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-Nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada têm sido crescentemente posta em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo<sup>58</sup>. A unidade do Estado, mais precisamente, o comportamento unitário da esfera pública, diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance da sua jurisdição funcional e de suas fronteiras territoriais, passa a ser um problema e não um fato natural.

---

<sup>56</sup> IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 41.

<sup>57</sup> GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Trad. Saul Barata. Lisboa: Presença, 2006, p. 28-9.

<sup>58</sup> Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, política e jurídica, forjadas desde o século XVII e XVIII, tendem a perder tanto sua centralidade, quanto sua exclusividade. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidos, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como, também, a condicioná-los. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23 e 32.

Com efeito, os governos recentemente sofreram, e sofrem cada vez mais, uma erosão de sua autoridade devido, entre outras, a porosidade das fronteiras, a dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação e aos avanços tecnológicos<sup>59</sup>. Essas pressões provêm ao mesmo tempo, não obstante, do ponto mais alto e baixo<sup>60</sup>: da globalização por um lado e, dos movimentos localmente enraizados, por outro.

As relações econômicas ligam, pois, todas as partes do planeta terrestre, fazendo com que as interdependências daí decorrentes transmitam perturbações e crises. O mesmo se aplica para o poder político, no sentido de que as grandes potências, não podem mais se dar ao luxo de ignorar deslocamentos nas relações de poder nas pequenas potências em qualquer parte do mundo. A produção política de decisões e com ela a racionalidade política, permanece, segundo a concepção tradicional, em limites restritos, como antes ocorria com a família durante a constituição dos sistemas sociais mais amplos, de cultura mais avançada. A formação do direito continua sendo, como sempre, atribuída a sistemas políticos locais e controlada por seus processos decisórios. Com isso, delineia-se uma situação na qual passa a se perceber que determinados problemas só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que não mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais (salvo do ponto de vista local<sup>61</sup>), não mais podendo ser encaminhados na forma do direito oficial.

Assim, tornando-se vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresários e instituições sobre as quais têm escasso poder de controle, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-Nação são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização e privatização justificados em nome da governabilidade, da captação de recursos externos, do acesso à tecnologia de ponta e a novos produtos e processos, do aumento da competitividade comercial e da inserção da economia nacional na economia transnacionalizada<sup>62</sup>. Com o drástico enxugamento das restrições governamentais sobre a atividade econômica e a subsequente desregulamentação do mercado, as estruturas do Estado-Nação passam a exercer novos papéis e novas funções.

---

<sup>59</sup> É o caso dos hackers, capazes de invadir desde simples contas de e-mails, passando por sites governamentais, até sistemas de automóveis, aplicativos que podem ser usados enquanto o motorista dirige, como a parceria feita entre o Facebook e a Ford e o sistema apresentado pela Chevrolet no Salão do Automóvel: o MyLink, sistema que sincroniza os dados do smartphone com o Onix.

<sup>60</sup> ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 154.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 154-5.

<sup>62</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

Em perspectiva crítica, Neves chega, inclusive, a afirmar que não é recente o problema de uma sociedade mundial predominando sobre o Estado como organização jurídico-política territorialmente delimitada e tornam-se cada vez mais regulares e intensas as relações sociais além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas. Nesse sentido, a sociedade deixa de ser vinculada diretamente ao ente estatal. O problema da sociedade mundial como condicionamento negativo do Estado Democrático de Direito, segundo ele, reside no fato de que se trata de uma sociedade que se reproduz primariamente com base no código econômico. O código ter/não-ter configura-se como o mais forte<sup>63</sup> e, por reproduzir-se regularmente além de fronteiras, torna o sistema econômico relativamente intocável pelos Estados enquanto sistemas jurídico-políticos diferenciados segmentariamente em territórios.

O fato é que as estratégias de autossuficiências do capital – controle do espaço transnacional, da inovação por meio da ciência e da tecnologia, incentivo à especialização e à terceirização para minimizar os custos globais e edição de um direito transnacional, submetendo as coletividades as suas decisões estratégicas – fazem instaurar uma brutal concorrência entre os Estados<sup>64</sup> e conferem aos atores da economia mundial o poder de excluir<sup>65</sup>, deixando de investir nos países que se comportam *mal*. Em suma, identifica-se no cenário global uma soberania em formação perfeitamente simétrica a soberania estatal, uma nova forma de organização não-pública, de poder privado que se impõe aos Estados soberanos, uma rede de governança supranacional da economia. Essa combinação política inédita origina o fluxo de legitimação da autoridade privada, desenvolvendo-se, assim, novos tipos de tribunais privados e organismos transnacionais de arbitragem.

---

<sup>63</sup> Esse problema agravou-se no fluxo das tendências mais recentes de economicização no plano da sociedade mundial, ou seja, por força de uma expansão hipertrófica do código econômico (globalização econômica) em detrimento da autonomia dos sistemas político e jurídico. A prevalência do código “ter/não-ter” na sociedade mundial, além de envolver a produção de mecanismos jurídicos e políticos como instrumentos da economia, tem efeitos colaterais de difícil controle pelo poder e direito estatais. Surgem, pois, problemas ecológicos e de criminalidade econômica internacional que se tornam incontroláveis ou incontornáveis pelos Estados. Os problemas ecológicos que ultrapassam fronteiras estão intimamente associados ao predomínio do código econômico em detrimento de qualquer outra preferência jurídico-política, sobretudo em relação aos direitos referentes a interesses coletivos e difusos. Sendo a regulamentação internacional ainda muito precária, os Estados mostram-se impotentes em face da emergência crescente desses problemas em prejuízo da cidadania. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215-6.

<sup>64</sup> DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na Nova Ordem Global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005, p. 158 e 163.

<sup>65</sup> A exemplo, a empresa Google recentemente ameaçou excluir dos seus resultados sites jornalísticos da França caso uma proposta de lei, que obriga mecanismos de buscas a pagarem pelo conteúdo, seja aprovada no país. Em carta enviada para vários ministérios no mês de outubro/2012, a empresa afirma que “não pode aceitar” tal mudança e que “como consequência seria necessário não mais referenciar sites franceses”. GOOGLE ameaça excluir sites jornalísticos franceses das buscas. **O Globo**, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/google-ameaca-excluir-sites-jornalisticos-franceses-das-buscas-6453453#ixzz2DR6SAEVq>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

Observa-se, pois, além de uma mudança no perfil clássico das funções estatais, a fragilização do Estado em suas diversas expressões, perdendo, concorrencialmente, diante de outros setores privados marginais, nacionais, locais e internacionais, a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e resolução de conflitos. Nesta perspectiva é que se aponta para um certo pluralismo de ações e um pluralismo funcional<sup>66</sup>, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversas procedências.

Logo, essa perda de centralidade do Estado-Nação como unidade privilegiada e exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa, conduz à problemática no sentido de que o direito e o pensamento jurídico, a exemplo da economia e do pensamento econômico no final dos anos 20, encontram-se próximos de uma exaustão paradigmática. Dada a impressionante rapidez com que muito dos conceitos e categoria fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos e seus modelos analíticos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade<sup>67</sup>. Todas essas técnicas estão sendo postas em questão pelo complexo fenômeno da globalização, envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais.

Ocorre que as leis foram feitas, como é o caso dos Códigos e outros tipos de legislação, para durar muito tempo, estando aí o problema da atualidade, vez que há cem anos ou mais, de alguma maneira a sociedade e o direito tinham a mesma noção de tempo, na medida em que também a sociedade tinha uma longa duração, as coisas demoravam para acontecer e, se havia mudanças, era por uma lenta evolução, diferente do presente. Na pós-modernidade, a sociedade passa a ter uma noção de tempo instantânea, manifesta pelos meios de comunicação, pela informática, pela internet e, os juristas, continuam no texto escrito, no Código, na Constituição<sup>68</sup>. Há uma defasagem brutal entre a noção de tempo na dogmática jurídica, entre a noção de sociedade e o que é a sociedade de hoje.

---

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 141 e 155.

<sup>67</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39 e 46.

<sup>68</sup> Tem-se um terrível paralelismo temporal, pois os juristas programam normas para durarem anos e elas não duram, às vezes, dias. Esta defasagem temporal fica clara quando os juristas tomam as decisões sem levarem em consideração esta questão do tempo diferente da sociedade, decidindo conforme o tempo do direito. ROCHA,

A concepção do direito como um sistema basicamente hierarquizado de normas de conduta, típica da ciência jurídica oriunda do século XIX foi, nesse sentido, sendo progressivamente substituída pela visão do direito como um conjunto de normas de organização sob a forma de rede, dadas as múltiplas cadeias normativas e os microssistemas legais, com suas interações basilares aptas a capturar pragmaticamente a crescente complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de rede<sup>69</sup> se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriedade de suas estruturas normativas.

Pontualmente, o paradigma clássico das ciências sociais foi constituído com base na reflexão sobre as formas e os movimentos da sociedade nacional. Só que a sociedade nacional está sendo subsumida pela sociedade global, realidade que não está ainda suficientemente reconhecida e codificada. A sociedade global apresenta, nessa medida, desafios empíricos e metodológicos, ou históricos e teóricos, que exigem novos conceitos, outras categorias, diferentes interpretações. E este é, assim, um momento epistemológico fundamental<sup>70</sup>: o paradigma clássico, fundado na reflexão sobre a sociedade nacional, está sendo subsumido formal e realmente pelo novo paradigma, fundado na reflexão sobre a sociedade global. Começa-se a abrir para o fato de que o conhecimento acumulado sobre a sociedade nacional não é suficiente para esclarecer as configurações e os movimentos de uma realidade que já é internacional, multinacional, transnacional, mundial ou propriamente global.

Tal referência conduz ao fato, porquanto, de que a globalização, estando em todos os lugares ao mesmo tempo, irradiando sua complexidade por sobre áreas e mais áreas, está a transformar o processo comunicativo, provocando irritações que estão culminando na alteração dos principais paradigmas do direito. Sua morfologia atual está, pois, a demonstrar a existência de organizações financeiras internacionais e corporações transnacionais que formam redes de acordos, estabelecendo sua cultura normativa e seus procedimentos de autorresolução de conflitos, rompendo com a dupla Estado-Nação e Direito Positivo, demonstrando a dispersão de fontes de decisão/direção.

---

Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 132-3.

<sup>69</sup> ROTH, André-Nöel. O Direito em crise: fim do Estado moderno? FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-6.

<sup>70</sup> IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 237 e 239.



**2.1.3 POLICENTRISMO:** a dispersão das fontes da produção normativa e os vários núcleos de decisão/direção

A globalização, fazendo-se presente nos diversos ambientes simultaneamente, aumentando a complexidades dos segmentos, faz, desta forma, com que se viva uma diferenciação acelerada da sociedade, em que esferas evoluem ao ponto de ter sua própria clausura operativa, onde são livres para intensificar sua própria racionalidade, tornando-se cada vez mais especializadas, fato que está culminando com a formação de vários subsistemas sociais autônomos. Há, com isso, uma dispersão do poder normativo entre governos, organizações complexas e instituições financeiras internacionais.

Nesse enfoque, a designação globalização policêntrica implica desfazer-se dos pensamentos baseados em uma forma de globalização marcada somente pela economia. O motor primário da globalização, nessa quadra da história, é uma diferenciação acelerada da sociedade em vários sistemas sociais autônomos, cada um dos quais ultrapassa os limites territoriais e se constitui a si mesmo de maneira globalizada. Por isso da afirmação primeira: este processo não se refere somente aos mercados, vez que engloba também a ciência, a cultura, a tecnologia, a saúde, o exército, o transporte, o turismo e o esporte. De igual maneira, ainda que com algum retardo, compreende também a política, o direito<sup>71</sup> e o bem-estar. A lógica de cada um deles tem produzido um sistema global autônomo.

O fato é que a área do capital (atores da economia global, incluindo corporações, sistema financeiro, associações empresariais e acionistas), a área da sociedade civil (indivíduos e organizações sociais não-governamentais) e a área do Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário, partidos políticos e instituições internacionais) envolvem uma grande quantidade de grupos e subgrupos, representando múltiplos interesses. Tanto que a autonomia dos Estados-Nação é hoje questionada<sup>72</sup>, ao mesmo tempo, pelos atores econômicos e pela sociedade civil mundial.

---

<sup>71</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 118.

<sup>72</sup> Veja-se o caso dos Estados Unidos, que ficaram rapidamente expostos a um déficit comercial de 450 bilhões de dólares por decisão estratégica de suas grandes corporações em produzir fora do país para se beneficiar de custos de fatores de produção mais baratos. DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na Nova Ordem Global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005, p. 27.

As justiças e normatividades que têm sido forjadas no contexto transnacional e postas em prática em espaços supranacionais<sup>73</sup> resultam, nesse particular, da divisão de responsabilidades entre unidades políticas multifuncionais. Isso se deve, prudencialmente, (a) a formação de redes de atores e instituições funcionalmente diferenciadas e regional ou globalmente orientadas; (b) a proliferação de centros altamente especializados nas mais variadas áreas do conhecimento; e (c) a velocidade dos processos de convergência normativa, padronização técnico-organizacional e unificação burocrática decorrente da formação de grandes blocos comerciais, das experiências de integração regional, da multiplicação de instituições internacionais supra e intergovernamentais e do advento de organismos transnacionais não emanados ou constituídos diretamente a partir da autoridade dos Estados.

Teubner, por isso, ressalta que se deve desvencilhar-se, antes de tudo, do equívoco de que a formação da sociedade mundial surge exclusivamente como um acontecimento econômico e levar a sério os processos de globalização que ocorrem em outros domínios sociais, de forma paralela aos processos econômicos. A compreensão de uma globalização policêntrica<sup>74</sup>, a partir das concepções pós-modernas do pluralismo jurídico global, das pesquisas da teoria dos sistemas sobre uma sociedade mundial funcionalmente diferenciada e de algumas versões sobre a existência de uma sociedade cível global, surgem, exatamente, como forma de protesto contra a simplificação político-econômica, generalizada pela teoria institucionalista da *global culture*<sup>75</sup>. Nessa acepção, o foco da formação do direito é transferido para os regimes privados, para contratos entre *global players*; regulação privada do mercado por empresas multinacionais, estabelecimento de regras internas nas organizações internacionais, sistemas interorganizacionais de negociação e processos mundiais de standardização.

---

<sup>73</sup> As justiças e normatividades forjadas em espaços infranacionais e infraestatais surgiram, por sua vez, mais evidentemente das necessidades reais de diferentes setores sociais e econômicos, cujos interesses substantivos e expectativas normativas já não encontravam a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais tradicionais – sendo postas em prática, por exemplo, pela adesão a um amplo conjunto de diretrizes comportamentais sem interferência estatal do poder público. FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39-40.

<sup>74</sup> O conceito de policentricidade refere-se à concepção de pluralismo. Aquele, contudo, realça a produção da norma, enquanto este designa, no sentido geral, todas as manifestações de direito. Assim, a policentricidade apenas é uma faceta do pluralismo, que toca com maior exatidão as fontes de produção normativa do direito. Monocentricidade significa que todo direito emana do Estado e que o Estado é o único criador legítimo de normas jurídicas. Em tal quadro, o pluralismo tem relação com a possibilidade de escolha. O direito tem, cada vez menos, uma fonte central única; ela é, cada vez mais, uma multiplicidade de órgãos de regulação, uma multiplicidade de centros de decisão jurídica, o que exclui a estrutura piramidal. ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 381-2.

<sup>75</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 107 e 110.

Esse equívoco pode, pois, ser explicado pela circunstância de que essa conjuntura fica clarividente no plano do comércio internacional. Sucede que a rapidez dos negócios exige uma agilidade na produção e na flexibilização das normas jurídicas que o Estado soberano não pode acompanhar. O caráter territorial da noção tradicional de Estado e da produção do direito não atende mais às necessidades do mercado global, que, por conta disso, acabou por desenvolver seu próprio direito, oriundo dos usos e costumes, que se revela nos contratos formulados pelas partes, por compilações organizadas e publicadas<sup>76</sup> por órgãos profissionais de classe ou de organizações empresariais de natureza privada.

Trata-se de direitos que possuem uma identidade, uma razão, uma lógica e um meio-ambiente próprios. Visando à regulação de relações sociais numa perspectiva funcional e substantiva ao invés de coercitiva e formal, eles tendem a criar formas de agregação social persistentes (em vez de condições anômicas permanentes). Além disso, tais direitos lidam com disputas e conflitos a partir de uma postura para solução dos problemas e por meio de decisões orientadas para ações específicas, buscando garantir a unidade entre personalidade e desempenho de papéis sociais. Assim, através de seus programas procedimentais<sup>77</sup>, facilmente respondem à necessidade do caso.

Assumindo esse microsistema legal, juntamente com as demais cadeias normativas, a forma de redes, caracterizam-se os mesmos pela tentativa de acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias, bem como, pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, exigindo dos operadores e dos intérpretes conhecimentos especializados, não apenas no âmbito do direito positivo, mas, igualmente, nos planos da macroeconomia, da engenharia financeira, da contabilidade, das técnicas de auditoria e *compliance*, das ciências atuariais, da tecnologia de comunicações, da informática e da análise de risco<sup>78</sup> sistêmico.

---

<sup>76</sup> A exemplo tem-se as compilações na *International Chamber of Commerce (ICC)* sediada em Paris, ou mesmo na *Chambre du Poivre et du Caffé*, ou na *Liverpool Cotton Association*, na Inglaterra, entre outras. Isso, claro, sem falar das leis modelo de *soft law* (porque não obrigatórias e imperativas às partes contratantes que a ele não aderirem por vontade livre e inequívoca) e princípios do reputadíssimo *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, sediado em Roma, além de algumas tentativas de contribuição dos governos dos Estados para a regulação do comércio internacional, como as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da *United Nation Commission for International Trade Law (UNCITRAL)*, ligada à Organização das Nações Unidas (ONU). TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 8-9.

<sup>77</sup> OLGATI, Vittorio. *Direito Positivo e Ordens Sócio-Jurídicas*. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 98.

<sup>78</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

Hoje existem, com efeito, cada vez mais espaços locais de poder, onde existem comportamentos obrigatórios, onde existem regras para serem cumpridas, onde há critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, que não derivam do Estado. E são extremamente variados: movimentos sociais, sindicatos, ONG's e comunidades, que têm regras próprias para a tomada de decisões para grupos de pessoas que as seguem. Assim, são outras regras de direito que estão surgindo. De certa maneira, sempre existiram, mas estão surgindo sob a observação da sociedade. A globalização força esse outro tipo de observação<sup>79</sup> que antes não havia. Não é que as coisas não existam, elas não eram observadas.

A questão que surge, então, é como devemos agir diante da ausência de uma hierarquia normativa. Teubner, acerca do presente, defende que, em abstrato, a resposta seria reforçar a observação mútua entre os nós da rede. Ocorre que se trata de um processo em que os nós da rede reconstruem, influenciam, limitam, controlam e se provocam mutuamente, sem, por isso, conduzir a uma decisão coletiva final a respeito das normas substantivas. A única opção realista seria, sustenta ele, desenvolver formas heterárquicas do direito<sup>80</sup>, que se limitem a estabelecer relações folgadas entre os fragmentos do direito.

Com isso verifica-se, por oportuno, que as redes constituem a nova morfologia da sociedade, cuja difusão da lógica modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social. Essa teoria repousa, pontualmente, no conceito de rede que, por definição, tem nós, não centro. Nós que podem ser de tamanhos diferentes e estar ligados por relações assimétricas. Dessa forma, o Estado em rede, antes de propor um novo paradigma para substituir o Estado-Nação, reconhece a existência de ordens jurídicas ou formas de poder paralelas<sup>81</sup> e complementares, não excludentes.

---

<sup>79</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

<sup>80</sup> O que se passaria com: a) uma compatibilidade normativa simples, em lugar de uma unidade hierárquica do direito; b) a criação de normas jurídicas através da irritação, da observação e da reflexão mútua entre sistemas jurídicos autônomos; e c) os modos descentralizados de se adaptar aos conflitos entre direitos como método jurídico. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 124-5.

<sup>81</sup> CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede - A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. III - O Fim do Milênio. Trad. Klauss Brandini Gerhart e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 497.

Tanto que a própria economia global resta vislumbrada como a ligação de dois conjuntos de rede: organizacional (na forma de circuitos e redes de produção) e geográfica<sup>82</sup> (na forma de grupos localizados de atividade econômica). Essa abordagem ajuda a perceber, pontualmente, a interligação das atividades econômicas nas diferentes escalas geográficas e nos espaços territorialmente vinculados. A produção de qualquer mercadoria, quer seja um produto manufaturado ou um serviço, requer uma articulação complexa de atividades e transações individuais no espaço e no tempo.

Exatamente por isso, a forma de pensar a relação entre as diversas instâncias de poder e decisão - que vão desde grupos empresariais multinacionais, passando pelo próprio direito do trabalho, pela padronização técnica e o autocontrole profissional, chegando-se aos direitos humanos, ao universo da proteção ambiental e dos esportes - a partir do conceito de rede<sup>83</sup>, cujos nós podem ser de tamanhos diferentes e estar ligados por relações assimétricas, mostra-se oportuna, porquanto, para se avaliar a concepção centro/periferia. No contexto da globalização policêntrica, a diferenciação funcional da sociedade faz com que a tradicional visão escalonada, hierarquicamente rígida, seja posta à prova.

A aparição de regimes autônomos não estatais produz um colapso da clássica hierarquia normativa. Seu lugar resta ocupado pela divisão centro/periferia própria do direito global. Enquanto que os tribunais ocupam o centro do direito, a periferia está habitada por diversos regimes jurídicos autônomos. Ditos regimes se estabelecem a si mesmos nas fronteiras do direito, mantendo um estreito contato com os setores sociais autônomos. Neste ponto, gera-se uma ampliação da variedade de mecanismos legislativos e um consenso informal, chegando alguns regimes a se estabelecer em virtude de normas secundárias próprias<sup>84</sup>, substancialmente diferentes das do direito nacional e internacional.

---

<sup>82</sup> DICKEN, Peter. **Mudança Global**: mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Trad. Teresa Cristina Felix de Souza. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 44.

<sup>83</sup> A presente observação, como já referido, reconhece a existência de formas de poder paralelas, não excludentes, não tendo, pois, como objetivo propor um novo paradigma para substituir o Estado-nação, como muitas vezes postula-se em face do sistema jurídico inflacionado por um sem número de leis de circunstância, condicionados por conjunturas específicas e transitórias, que levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras que edita, quanto dos atos que disciplina. É que, de fato, está-se vivenciando uma distância crescente entre a legislação e a realidade, além da dificuldade de aplicação dos programas estatais e a interpenetração entre os domínios públicos e privados, o que está provocando reflexões na direção de uma transformação do modo de atuação estatal, o que não quer dizer, entretanto, sua superação. ROTH, André-Noël. *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno*. FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-6.

<sup>84</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 122.

Campilongo, descrevendo o mundo econômico pós-moderno, afirma que o Estado passa a ser somente um jogador a mais, que prescreve normas a serem levadas em consideração pelos competidores do mercado, deslocando-se o problema da interpretação do direito aplicável para a luta sobre o direito a ser aplicado<sup>85</sup>. Não há uma posição hierárquica superior do direito oficial estatal, mas sim discursos jurídicos atuando em níveis iguais. Uma verdadeira rede múltipla de ordens jurídicas, em um cenário de interlegalidade, onde predomina a mistura desigual e instável de códigos jurídicos.

A ficção da completude do ordenamento legal cede lugar, nesse desiderato, ao reconhecimento da convivência entre inúmeros ordenamentos jurídicos no mesmo espaço geopolítico, todos sobrepostos, articulados e interpenetrados. Neste ponto, convém distinguir, ao menos, três espécies de policentricidade<sup>86</sup>: (a) a que está relacionada à distinção Estado/Sociedade Civil; (b) a que é consequência da lógica do terceiro excluído e da unidade da razão jurídica universal; (c) a que é considerada num quadro normativista de concepção do Estado e do direito.

Pontualmente, na dinâmica da sociedade capitalista, a natureza do poder e o caráter do direito não são atributos exclusivos de determinada forma política, social, institucional ou jurídica específica, mas resultante de suas distintas possibilidades de articulação. Interagindo e interseccionando-se de modo permanente ou contínuo, esses espaços tendem a criar complexas, dinâmicas e inéditas relações entre si, resultado, assim, numa mescla ou numa combinação de várias concepções, numa mistura desigual de ordens jurídicas, com diferentes regras, procedimentos, linguagens, escalas, áreas de competência e mecanismos adjudicatórios. É de notar, entretanto, que esses espaços influenciam-se, pois, reciprocamente em suas inter-relações, embora não necessariamente com o mesmo peso ou poder de influência. Um deles sempre pode, por este motivo, num determinado período histórico, acabar atuado como sinalizador<sup>87</sup>, balizador, delimitador ou polarizador dos demais.

---

<sup>85</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 60.

<sup>86</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 382.

<sup>87</sup> Na era econômica do pós-guerra, por exemplo, o ordenamento jurídico do Estado intervencionista, com seus instrumentos regulatórios, consistia no direito central. Ele dispunha de condições efetivas para influenciar e condicionar o direito da produção e o produzido no espaço do mercado, graças à dependência das empresas às barreiras tarifárias, ao protecionismo comercial e os incentivos, subsídio e créditos oferecidos pelos programas de crescimento e desenvolvimento industrial. Já na era da economia globalizada é o direito da produção que parece exercer essa centralidade, fixando os parâmetros estruturais das transformações do direito positivo. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 163-4.

O fato é que a diferenciação segmentária fora posta em dúvida com a utilização da posição dominante do centro para estabelecer outras formas de diferenciação: a diferenciação centro/periferia e uma diferenciação mais forte dos papéis sociais. Essa distinção centro/periferia resulta, por oportuno, da diferenciação dos centros. Estes, com suas próprias realizações e diferenciações, dependem desta forma, em maior medida, que a periferia. A periferia mantém a diferenciação segmentária das economias domésticas e, por isso, pode sobreviver sem centro. Na periferia podem dar-se diferenciações sucessivas. E, de igual maneira, podem existir uma multiplicidade de centros<sup>88</sup>, entre os quais, de acordo com a contextura, um pode exercer a hegemonia.

A globalização contemporânea é marcada, pois, por essas várias fontes de produção normativa. Contudo, não é a distinção entre lícito/ilícito que separa o direito estatal dos ordenamentos jurídicos das organizações e dos diversos grupos, mas sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de validade, que para o direito estatal encontra-se na hierarquia dos tribunais. Nessa conjuntura, defende-se que a verdadeira dinâmica da atualidade não tem lugar no centro tido como polarizador do sistema, mas na periferia do direito, que ganha o contorno de centro, tal como ocorre à dinâmica social na periferia das grandes cidades. Direito periférico é o ponto no qual o direito oficial e o não-oficial conectam-se a outros discursos sociais. Ali se encontra a instituição de ligação<sup>89</sup>, que participa do processo jurídico, bem como, dos processos econômicos, técnicos, científicos e culturais.

As fontes ora dominantes do direito, nesse enfoque, encontram-se na periferia, nas fronteiras com outros setores da sociedade mundial, que disputam, com sucesso, posições com os centros tradicionais de direito. Sucede que com os regimes privados globais ocorre uma autodesconstrução das concepções tradicionais de direito<sup>90</sup>: a validade a partir de um modelo de hierarquia, a legitimação por uma Constituição politicamente posta e o processo legislativo em instâncias parlamentares. O novo direito global passa, assim, a ser um direito periférico, gerado pela sociedade.

---

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 525-6.

<sup>89</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 98.

<sup>90</sup> *Private government, private regulation e private justice* tornam-se fontes centrais de direito, sendo fenômenos jurídicos originários que o Estado-nação só podia relegar com sucesso para a zona cinzenta da faticidade não-jurídica, porque estavam enquadrados e disciplinados por um verdadeiro rosário normativo de direito estatal. Em escala mundial, porém, a regulação, por atores sociais, de atividades sociais com feições jurídicas escapa efetivamente das condições normativas gerais impostas pelo Estado-nação, sem que naquele espaço tenham-se desenvolvido ou, ao menos, vislumbrem-se, condições gerais comparáveis. TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 110-1.

A coexistência heterárquica das semânticas, diretrizes dos diversos sistemas funcionais, significa, pois, um desencantamento da hierarquia como princípio de ordem. A sociedade se converteu em uma sociedade sem um centro absoluto<sup>91</sup> e sem um topo de sistemas simétricos ou, o que é o mesmo, em uma constelação policontextual, em que a diferenciação não contempla um horizonte dentro do qual alguma atividade parcial pode pensar-se como essencial<sup>92</sup>, pois todas são. E tudo isso, recursivamente, porque na globalização, os processos dominantes de formação do direito transferem-se de seus centros, politicamente institucionalizado no Estado-Nação, para a periferia do direito, para as fronteiras do direito com outros subsistemas globais.

É, nesse sentido, que se propõe, relacionado o direito com o sistema político, observar, desde a forma sistema/ambiente, que existem centros e periferias dentro da sociedade global, que, dependendo do assunto e do observado, seriam um ou outro. Por oportuno, o Brasil pode ser um centro de reprodução cultural importantíssimo<sup>93</sup> ou pode ser periferia na economia. Não se pode falar em centro e periferia sem se dizer em quê. A designação centro/periferia trata-se, pois, de uma forma criada para que se possa ter uma oposição maleável, um código, que permite analisar a inclusão e a exclusão na heterogeneidade das possibilidades do mundo.

Os tribunais nacionais, nesse viés, tradicionalmente concebidos como o centro do sistema jurídico, restam agora repensados, vez que a periferia organiza sua resolução de conflitos de tal forma que aqueles chegam a ser relegados à periferia em não raras situações. Resulta tanto certo isso que se produziu uma expansão quase explosiva de tribunais, quase tribunais e outros organismos de resolução de conflitos, de natureza independente<sup>94</sup> e globalmente ativa, bem limitados setorialmente. A questão que resta aberta, então, é a relativa a se são suficientes as tradicionais formas de resolução de conflitos jurídicos centradas no Estado ou se é preciso repensar a normativa que regula ditos conflitos.

---

<sup>91</sup> Trata-se da representatividade de um processo policêntrico, que envolve vários domínios de atividade (economia, política, tecnologia, o ambiente militar, cultural e ambiental). O policentrismo explica, exatamente, a função desses vários subsistemas globalizados autônomos, articulados com a política internacional e em rede com outros subsistemas parciais globais. CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 295.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad:** de la unidad a la diferencia. Trad. Jostx Beriaín e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 15.

<sup>93</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39.

<sup>94</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global.** Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 116.



A verdade é que se observa na atualidade que a notória crise processual, somada à crise do próprio Poder Judiciário, principalmente no que atine à morosidade da prestação jurisdicional, deu um impulso considerável para que a arbitragem vicejasse. Diante disso, longe de se obter um mecanismo judicial que pudesse ser considerado funcional e eficaz para resolver litígios, continuando o processo judicial a ser uma antevisão da eternidade<sup>95</sup>, restou preciso encontrar, nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias, de maneira a depender, cada vez menos, da intervenção estatal.

Com efeito, as instituições judiciais revelam-se cada vez mais superadas, em termos burocráticos, organizacionais e administrativos, sendo incapazes de decidir de modo minimamente coerente, uniforme e previsível, no plano funcional. O resultado inevitável acaba sendo, porquanto, o aumento dos níveis de incerteza jurídica, que introduz fatores adicionais de risco nos negócios, aumenta os *spreads* bancários, encarece o custo do dinheiro, quer para os agentes econômicos, quer para os consumidores, desestimulando as aplicações não-especulativas<sup>96</sup> e os investimentos de médio e longo prazo.

Fica claro, com isso, que se colocam também como centros de mando e decisão as empresas, corporações e conglomerados ditos multinacionais, transnacional, mundiais, globais ou planetários. Os mesmos são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia denominar de *shopping center* global, espalhando-se por países e continentes. Tanto assim que certas partes do mundo dão a impressão de uma vasta *disneylândia*<sup>97</sup>, aparecendo a mercadoria como divertimento, algo lúdico, simulacro fascinante do real impossível. Pouco a pouco, nos mais diversos e distantes lugares, países<sup>98</sup> ou continentes, aparecem as marcas da globalização.

---

<sup>95</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, jun. 2007, p. 89-90.

<sup>96</sup> Acontece que, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas, o Estado, nas décadas finais do século XX, passa a agir pragmaticamente. O mesmo é, pois, desafiado pela multiplicação das fontes materiais de direito, de tal modo que seu ordenamento jurídico é submetido a uma competição com outros ordenamentos normativos paraestatais, de alcance infra, inter ou supranacionais. Com isso, ele inexoravelmente acaba tendo atingido os limites de sua soberania real ou substantiva, ainda que preserve a soberania formal, exaurindo, assim, o paradigma jurídico em torno do qual estruturou suas instituições e procedimentos judiciais. FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56-7.

<sup>97</sup> IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 136.

<sup>98</sup> Segundo uma pesquisa realizada, que mede a globalização dos países (levando em conta a abertura comercial, movimentação de capital, troca de tecnologias, movimento de trabalhadores e integração cultural), o Brasil passou da 46ª posição para o 47º lugar no ano de 2012, cujos pontos mais fortes são a abertura comercial, com 3,5 pontos, e a abertura a fluxos de capital, com 4,4 pontos. D'ANDRADE, Wladimir. Brasil cai uma posição em ranking de globalização. **Revista Veja**, Caderno Economia, 23.01.2012.

O mercado vai, pois, usando seu código, decidindo mediante instrumentos como o *investment-grade*<sup>99</sup> quem se comportou conforme as expectativas e estará incluído ou excluído do jogo global, sofrendo, esses últimos, as duras sanções do fluxo de investimentos internacionais. Por isso que o caráter de ordem espontânea da globalização é tão discutido. Sustenta-se, não obstante, em favor desta configuração, que não se trata de nenhuma conspiração imperialista de algumas potências, como algumas concepções nacionalistas querem fazer crer<sup>100</sup>. Trata-se de um sistema comunicacional que evolui em sua complexidade não por planejamento de alguns, evolui por quebra de paradigmas, sendo a quantidade de informações envolvidas nisso, de tal magnitude, que não pode ser dominada por ninguém. Disso decorre a impossibilidade de previsão.

O rompimento paradigmático fica, nesse sentido, porquanto, mais do que nunca, clarividente com a policentricidade, que representa um grande desafio à ordem jurídica concebida de modo piramidal. O respeito à emergência de normas jurídicas de setores sociais autônomos pressupõe, pois, um retorno do pragmatismo ao direito<sup>101</sup>, o que não se trata de transformar uma observação dos fatos em regras de direito, mas sim de reconhecer que o direito não tem vocação para reger tudo, não devendo se restringir a afirmar como funcionam as relações sociais, mas incluir um certo número de possibilidades para os próprios atores afirmarem qual será o direito.

A globalização policêntrica, nesse desiderato, mostra que o tempo não resta controlável, que a sociedade está rapidamente a diferenciar-se funcionalmente, como aprofunda a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, motivo pelo qual uma observação sob a ótica da policontexturalidade, acerca do pluralismo ressignificado, urge, tendo em vista a complexidade inerente e a multiplicidade de perspectivas que emergem, que apontam para um enfraquecimento do modo de organização tradicional do sistema político e a necessidade de uma reconfiguração atenta ao papel que a sociedade civil vem desenvolvendo nesse cenário, através de setores altamente específicos.

---

<sup>99</sup> DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na Nova Ordem Global**: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: UNESP, 2005, p. 28.

<sup>100</sup> Querer atribuir desvalor moral a uma ordem espontânea, como o processo de globalização, é o mesmo que chamar a um ciclone de “egoísta”, por não ter se importado em destruir algumas casas no seu caminho. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 304.

<sup>101</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 403.

## 2.2 PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

*Para nós, os grandes homens não são aqueles que resolveram os problemas,  
mas aqueles que os descobriram – Albert Schweitzer*

Quanto maior a velocidade e a intensidade do processo de diferenciação funcional da sociedade, mais as instituições legislativas tradicionais vão cedendo lugar, por desiderato, a novas fontes de produção normativa. E, quanto mais o direito positivo e os tribunais se revelam incapazes de superar seus déficits de desempenho funcional, em matéria de estabilização das expectativas normativas e de resolução de litígios, mais tendem a ser atravessados no seu papel por justiças paralelas<sup>102</sup> e normatividades justapostas.

A policontexturalidade representa, nesse sentido, uma proposta que permite que se observe, a partir das categorias da teoria dos sistemas, os novos sentidos do direito: observar desde a forma sistema/ambiente que existem centros e periferias dentro da sociedade global e que, paralelo ao Estado na globalização, novos tipos de direitos tem surgido na periferia, mas com autonomia como se fossem o centro, os direitos *softs*<sup>103</sup>. Trata-se de uma construção, vista sob a perspectiva de uma observação hipercomplexa, na qual sistemas diferentes articulam-se periféricamente, no sentido de transformar estruturas em direito.

Estão se constituindo, pois, em autonomia relativa diante do Estado-Nação e da política internacional, setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*: desde grupos empresariais, passando pelo próprio direito do trabalho, pela padronização técnica e o autocontrole profissional, chega-se aos direitos humanos, ao universo da proteção ambiental e dos esportes, em que é possível reconhecer tendências na direção de uma globalização do direito<sup>104</sup>, onde resta perceptível a relativa independência das instituições estatais.

---

<sup>102</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

<sup>103</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39.

<sup>104</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003, p. 11.

Trata-se, com efeito, de uma peculiar configuração do pluralismo jurídico, diversa de outrora, que tinha por base os alicerces da teoria política liberal, que dizia respeito à congruência entre o Estado e o direito. A idéia atual encontra-se, indo além, na diferenciação territorial e setorial: tanto as comunidades transnacionais, como certos fragmentos sociais autônomos – economia, ciência, tecnologia, comunicação, medicina, educação e transporte – estão gerando uma enorme demanda de normas regulamentadoras que, não obstante, não pode ser satisfeita pelas instituições nacionais ou internacionais. Os regimes privados globais estão criando, nesse sentido, seu próprio direito substantivo<sup>105</sup>, cada vez com maior frequência.

A substituição do conceito de governo pelo de governança - para designar a ordem transnacional e os novos discursos jurídicos da *soft law* e do constitucionalismo societário - capta esse estado de coisas<sup>106</sup>, na medida em que diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições. O que está em jogo é, assim, de uma parte, um deslocamento das funções regulatórias da órbita de instituições públicas para a das instituições semiprivadas e, de outra parte, o deslocamento da regulação do plano do Estado-Nação para o de instituições públicas transnacionais. O termo governança diz respeito, desse modo, a sistemas de poder que contam com mecanismos de controle regularmente exercidos e que geram aquiescência sistemática, sem exigir a presença de uma autoridade política ou jurídica formal.

Evidencia-se, pontualmente, uma proliferação de organizações voltadas para as necessidades, problemas e oportunidades com que as pessoas se defrontam no dia-a-dia e que resultam das novas interdependências<sup>107</sup> criadas e possibilitadas pelo capitalismo global, na medida em que se está vivenciando a impossibilidade de o Estado conseguir acompanhar todas as novas esferas sociais de maneira presente – é a chamada crise de governabilidade, a problemática da perda de credibilidade da instância estatal nos planos local e internacional, que faz com que a sociedade civil remonte o modelo de administração, mediante a construção de uma conjuntura apta a contemplar os novos acoplamentos com outros sistemas da sociedade.

---

<sup>105</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 121.

<sup>106</sup> COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: Repensando Categorias. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 3, 2003, p. 421 e 445-6.

<sup>107</sup> ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp da. Lex Mercatoria e Governança: a policontextualidade entre Direito e Estado. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007, p. 74 e 88.

**2.2.1 POLICONTEXTURALIDADE:** a complexidade e multiplicidade de perspectivas no cenário da globalização contemporânea

A policontexturalidade constitui, diante disso, uma forma de observação que, a partir da contextura, demonstra que as possibilidades transcendem a binariedade comum. Isso evidencia a importância de sua utilização no presente cenário da globalização contemporânea, em que a diferenciação setorial é a marca, o que acarreta, por sua vez, um panorama policêntrico, marcado pela multiplicidade de perspectivas que, inicialmente reduzindo a complexidade, na seqüência volta a produzi-la.

Fora, nesse sentido, que Gotthard Günther, embrionariamente, começou a chamar atenção para o fato de que o conceito de contexturalidade ilustra a distinção entre identidade e mesmice. Para explanar isso, o pesquisador trabalhou com a ilustração de que se dada pessoa contasse “um, dois, três, quatro” e assim fizesse o seu vizinho, os números por eles contados seriam os mesmos. Entretanto, na medida em que estes números têm sua existência apenas no processo de contagem, eles não seriam idênticos, porque os dois processos de contagem teriam origens diferentes<sup>108</sup>, em dois sistemas separados orgânicos. Seriam duas contexturas.

O mesmo, a partir dessa observação, passou então a denunciar que, desde o advento das chamadas lógicas polivalentes, os lógicos conservadores têm insistido repetidas vezes que não há necessidade de ir além de dois valores, que a lógica de cada aspecto do Universo, onde quer que se olhe, exhibe uma estrutura de dois valores. Entretanto, Gotthard Günther adverte que esse argumento perde o ponto, vez que, efetivamente, quaisquer dois dados deste mundo podem compartilhar de uma contextura comum e, por derradeiro, suas relações ser descritas por uma lógica de dois valores. Não obstante isso, cada dado ontológico do mundo deve ser considerado uma intersecção de um número infinito de contexturas<sup>109</sup>, para além da contextura escolhida para realizar determinada descrição, vez que pertencem separadamente a contexturas adicionais e diferentes e a realização da escolha não as exclui.

<sup>108</sup> GÜNTHER, Gotthard. **Life as Polycontextuality**. In: [www.vordenker.de](http://www.vordenker.de) (Edition: February 2004), J. Paul (Ed.), p. 5 - first published in: H. Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter Schulz, Pfullingen 1973, 187-210.

<sup>109</sup> Quaisquer dois dados do mundo têm, pelo menos, uma contextura em comum. É impossível que não exista uma ligação contextural entre eles. Se fosse esse o caso, então um dos dois dados seria "não é deste mundo". Entretanto, esse primeiro dado deve ser vislumbrado enquanto ponto de intersecção de contexturas e o segundo como passível de interceptação pelas contexturas dele e vice-versa. GÜNTHER, Gotthard. **Life as Polycontextuality**. In: [www.vordenker.de](http://www.vordenker.de) (Edition: February 2004), J. Paul (Ed.), p. 9-10 - first published in: H. Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter-Schulz, Pfullingen 1973, 187-210.

Por oportuno, no giro do clássico ao pensamento transclássico, o conceito monocontextual da Realidade é abandonado e substituído por uma teoria policontextual da Existência, que abre espaço para o fenômeno da vida neste Universo. Segundo essa concepção, um universo de policontextualidade não tem como considerar a vida um elemento totalmente estranho à matéria inanimada<sup>110</sup>, porque a matéria em si já contém as sementes da vida em sua contraposição dialética. Seria, naturalmente, ainda válido - até certo ponto - considerar o material substrato deste mundo como monocontextual. Mas, restaria necessário, considerar todos os organismos vivos como estruturas policontextuais.

Luhmann, nessa esteira, reconhece que a metodologia clássica treina pesquisadores a se comportarem como se fossem um sujeito único. Com isso, há a esperança de se poder continuar a tradição lógico-ontológica, que parte da distinção ser/pensar, tratando de alcançar o ser pelo pensar. Sem dúvida, reconhece o mesmo, esta congruência é um objetivo louvável, mas há de se perguntar o que se perde quando a investigação se dirige de acordo com este objetivo. Não se pode perder de vista que a sociedade atual é um sistema policontextual, que permite inúmeras descrições de sua complexidade. Assim, não se pode esperar algo de significativo de uma investigação que impõe socialmente uma descrição monocontextual. Vista a partir da posição construtivista, a função da metodologia<sup>111</sup> não é apenas assegurar uma descrição correta (não errada) da realidade. Pelo contrário, trata-se de uma forma refinada de produção e tratamento da informação interna do sistema.

Veja-se que o conceito de auto-observação não supõe, pois, que em um sistema existe apenas uma possibilidade de auto-observação. Muitas comunicações podem ser feitas e auto-observarem-se simultaneamente. O mesmo é válido quanto à observação da unidade do sistema e a diferença do meio-ambiente. Um sistema social pode observar-se a si mesmo simultaneamente ou sucessivamente de maneiras muito diversas, policontextuais.

---

<sup>110</sup> Para a tradição clássica há uma ruptura completa entre a Vida e a Morte. Resta teoricamente fixado o momento da morte como o momento em que a alma parte do corpo. A partir do aspecto policontextual de um corpo vivo isso é, em princípio, impossível, porque a morte significa apenas uma diminuição gradual, descontextualidade, da matéria. GÜNTHER, Gotthard. **Life as Polycontextuality**. In: [www.vordenker.de](http://www.vordenker.de) (Edition: February 2004), J. Paul (Ed.), p. 14 - first published in: H. Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter-Schulz, Pfullingen 1973, 187-210.

<sup>111</sup> Os métodos permitem que a pesquisa científica se autossurpreenda. Para tanto, os mesmos interrompem o contínuo imediato de realidade e conhecimento que vem da sociedade. Todas as formas de sentido tem um lado oposto, que inclui o que se excluiu. Tem-se que levá-lo em consideração através do conceito de sentido, mas também através do conceito de forma (o conceito matemático de re-entrada da forma na forma) e, de maneira centralizada, através de uma abordagem baseada na teoria diferença. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 21-2.

A sociedade é, precisamente, o caso extremo de auto-observação policontextural: um sistema restrito a auto-observação, sem ser capaz de agir como se fosse um objeto no qual somente procede uma opinião correta<sup>112</sup>. Mesmo a sociedade se distinguindo de seu entorno rotineiramente, não fica claro desde o início o que a distingue de seu ambiente. E mesmo quando se produzem textos, isto é, descrições que orientam e coordenam as observações, isso não significa que haja cada vez apenas uma descrição correta.

Tanto que Warat, trabalhando as dimensões relacionais da linguagem, lembra que o signo apenas pode ser teoricamente construído no interior da língua, através da inter-relação sistêmica com os outros signos. A relação significante/significado torna-se insuficiente para a caracterização de cada um dos signos integrantes do objeto língua. Cada signo é resultante de um duplo jogo de relações internas e sistêmicas. Entretanto, registra o mesmo, a cultura juricista, através de uma representação ideológica do funcionamento de sua linguagem, amarra suas crenças e representações ideológicas a partir de um postulado<sup>113</sup> que internaliza nos juristas a idéia de que as significações veiculadas pela lei esgotam-se e determinam-se em sua própria textualidade, limitando-se, assim, a um dogmatismo que pretere estratos.

Com isso, depreende-se a importância de uma observação refinada do contexto, uma observação policontextural, para além de uma influência de um texto sobre outro, de uma concepção de intertextualidade – já que em diferentes graus, todo texto é um intertexto<sup>114</sup>, pois ao escrever se estabelece um diálogo, às vezes inconsciente, às vezes não, com tudo o que já foi escrito; cada texto é como um elo na corrente de produções verbais; cada texto retoma textos anteriores, reafirmando uns e contestando outros –, na medida em que essa, dependendo da situação, tem funções diferentes que variam dos textos/contextos.

---

<sup>112</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 62-3.

<sup>113</sup> Trata-se do que o autor denomina *egocentrismo textual*: Em um sintagma, o valor de um termo surge da oposição entre ele e o que o precede, o que o segue ou ambos. Por outro lado, as palavras associam-se na memória e, assim, formam grupos no seio dos quais exercem relações muito diversas. Desta forma, a palavra mãe, por exemplo, evocará uma série de outras palavras (ternura, proteção, segurança). Esses grupos são denominados de paradigmas. Os juristas aceitam, pois, apenas a vigência das relações sintagmáticas, negando a influência dos campos paradigmáticos sobre a lei. Este fato não deixa, porquanto, de ser uma representação ideológica do funcionamento de sua linguagem. Toda relação paradigmática determina e cristaliza uma significação indicativa da forçosa e necessária pluralidade de sentidos que todo signo acarreta. Toda associação paradigmática é, assim, uma redefinição dos termos. WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 31-2.

<sup>114</sup> *Polifonia* significa que em uma obra há várias (*poli*) vozes (*fonia*) que compõem a textualidade, descentralizando a função do autor, permitindo que os personagens, o tempo histórico e o contexto político se enunciem na obra; já *intertextualidade* indica a relação de um texto com o conjunto de textos anteriores ou contemporâneos referentes ao tema ou que atravessam o tema tratado. Os conceitos, portanto, se complementam, não apenas se diferenciando. KRISTEVA, J. **Introdução à semanálise**. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 64.

De tal modo, assim como não se pode supor que os pescadores da China meridional viram, da mesma forma que os mandarins e burocratas, os fundamentos do império na ética confuciana, não se pode imaginar que, na atualidade, todas as observações, independentemente do contexto em que se encontrem, apontem para o mesmo centro; que fragmentos sociais extremamente específicos como a economia, ciência, tecnologia, comunicação, medicina, educação e transporte, continuem a se debruçar sobre as uníssonas fórmulas jurídicas tradicionais, no que respeita ao tratamento normativo e jurisdicional.

O que a policontextualidade rompe é, nessa linha, a unidade de contexto dos discursos. Não existe mais uma única textura, modernamente ligada ao soberano, ao Estado, mas policontexturas. Essa perspectiva faz desaparecer a posição privilegiada de um único observador. Os direitos policontexturais, não conseguindo conviver com o mito político da vontade legislativa, inventam em seu lugar uma ficção, que lhes permite fazer passar seus paradoxos nos discursos sociais estruturalmente atrelados aos seus. A hipercomplexidade é, assim, uma característica da sociedade que traz a essas relações ainda mais força<sup>115</sup>, para instituírem novas relações de garantias através de contratos, de leis do comércio e trabalho internacional e padronização técnica.

E isso porque se podem dar diversas descrições da complexidade, dependendo do modo com que o observador decompõe em elementos/relações a unidade de uma multiplicidade. Um sistema pode descrever-se a si mesmo como complexo de modos diversos e um observador pode descrever as descrições de complexidades de outro observador<sup>116</sup>, de maneira que podem vir a se constituir sistemas hipercomplexos, que contém uma pluralidade de descrições da complexidade. É a globalização, pois, que dá esse impulso à diferenciação funcional, duplicando a complexidade e acarretando uma hipercomplexidade determinante à sociedade, capaz de permitir a observação do que emerge na periferia do direito.

---

<sup>115</sup> Essa proposta parte da grande complexidade que a sociedade assume, exigindo multiplicidade de perspectivas para sua descrição. Entre o Estado e a sociedade há uma pluralidade de setores sociais que têm de ser considerados, vez que refletem na compreensão e estruturação do direito. E, indo mais além, há diversos setores da atual diferenciação social que não encontram explicação nem na racionalidade política, nem na racionalidade econômica. A despeito, nem a pesquisa, nem a relação médico-paciente, podem ser explicadas exclusivamente por essa dicotomia. Faz-se necessária, assim, uma observação refinada, policontextural, frente ao modelo pluralista, heterárquico, pós-moderno do direito e da Constituição sem Estado que emerge na atualidade globalizada. ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp da. *Lex Mercatoria e Governança: a policontextualidade entre Direito e Estado*. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007, p. 83-4.

<sup>116</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 103.



Ocorre que, ao se passar para o terceiro nível, os problemas da multiplicidade das possíveis observações são sentidos em toda sua evidência e importância: a contextura se refere à complexidade do sistema, as possibilidades que obrigam a proceder seletivamente; a manutenção da multiplicidade de possibilidades, por sua vez, diz que o sentido está sempre vinculado ao plural pela redução de possibilidades, nunca podendo se formular binariamente, senão ao menos ternariamente. Por isso da observação sobre o observador (sistema) não se dar de forma simétrica. É o problema operação-observação, onde a observação da sociedade se dá de forma hipercomplexa<sup>117</sup>. Só é possível observar o direito em relação a outros sistemas de um outro plano. Esse movimento para fora é que duplica a complexidade.

A mesma, desta forma, torna-se mais complexa e realista, já que se levam em conta, a partir dessa elaboração, o número de elementos, de possíveis relações, o tipo de elemento e o tempo específico da relação entre esses elementos. Trata-se, em verdade, de uma observação multidimensional<sup>118</sup>, em que não há uma evidente discrepância entre complexidade do aparentemente menor com o espetacularmente maior: um sistema pode ser mais complexo do que outro em uma dimensão, enquanto este último pode sê-lo em outra – um pode ter mais relações, o outro mais elementos ou mais possibilidades de mudanças na relação entre os elementos. É relativo, pois depende do momento, do contexto.

Nesse enfoque, um sistema pode diferenciar vários planos que têm a função de observação e, de tal forma, pode conter diversas descrições de si mesmo, dependendo de quanto o observador esteja em condições de decompor a unidade de uma multiplicidade em elementos e relações. Essa descrição das descrições de outro observador é que, pontualmente, constitui a hipercomplexidade, a possibilidade de se recorrer a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas<sup>119</sup>, circunstância que se está vivenciando na atualidade, frente aos processos de autopoiese dos sistemas sociais, que se dinamizam intensamente para fazer frente à desorganização do poder e do direito.

---

<sup>117</sup> A hipercomplexidade da sociedade é consequência da tentativa de convergir novamente horizontes que se perderam, como o direito e a política, para assim se perceber o porquê das imensas dificuldades desses sistemas ao continuar sua trajetória autopoietica. Sucede que apenas se pode compreender a dificuldade de se encontrar a diferença a partir do questionamento de onde está o direito e o Estado, ou melhor, como se pode entender um direito e um Estado numa hipercomplexidade que não confere validade recíproca, tradicionalmente aceita. ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp da. *Lex Mercatoria e Governança: a policontextualidade entre Direito e Estado*. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007, p. 77 e 83-4.

<sup>118</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 187.

<sup>119</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

O fato é que o mundo é, pois, complexo demais para a capacidade sensitiva humana. É contingencial, possuindo intrínseca a possibilidade de desapontamento, de experiências diferentes das esperadas. Toda observação, toda construção de sentido, importa selecionar e essa seleção pode resultar em algo diverso do esperado, o que resta agravado pela conjuntura da realidade social moderna, que traz insitamente uma enorme quantidade de indeterminação e possibilidades relacionais que, ao se reproduzir, produz mais diferenciações para fazer frente à complexidade, criando, com isso, mais possibilidades e, por derradeiro, mais complexidade.

A fórmula de contingência implica, assim, muito mais do que mera consistência interna do decidir: contingência significa ser-possível-de-outro-modo e, ao mesmo tempo, ser-dependente-de-alguma-outra-coisa<sup>120</sup>. O conceito indica um conjunto de dados sobre as alternativas possíveis: indica o que é atual (e, portanto, possível) e, possível de outras maneiras (e, portanto, não é necessário). A contingência indica, então, a possibilidade de que um conjunto de dados seja diferente do que ele é: uma figura derivada de uma seleção que determina não ser, como ser de outros modos; uma seleção de um âmbito de possibilidades que permanece em segundo plano.

Nas sociedades pré-modernas, contudo, existia uma tendência a negar em grande medida essa contingência das seleções de sentido, apoiando-se, para isso, em práticas e semânticas concebidas como necessárias e divinamente fundamentadas. Já na sociedade moderna, aparece uma mais nítida diferenciação entre o normativo e o cognitivo, o que permite reduzir drasticamente a intensidade normativa<sup>121</sup>, própria do mundo social pré-moderno. Esta circunstância está associada a uma crescente relevância do tempo, de um tempo que, como nunca antes, vem marcado pela ruptura da continuidade entre passado e futuro, o que permite referir o presente a um futuro cuja forma é agora a da probabilidade e que é vivido através do risco que acompanha toda tomada de decisões.

---

<sup>120</sup> Trabalhando com essa idéia, Teubner articula que a fórmula de contingência opera na fronteira entre o direito e seu ambiente externo e se dirige simultaneamente à variabilidade histórica da justiça e à sua dependência do ambiente. Isso porque, diz ele, o clamor por justiça requer que consequências sejam extraídas da dependência do direito quanto a sua ecologia. O aspecto decisivo é a adequação social em sua relação com a consistência interna. A intenção da justiça dirige-se, de tal sorte, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível. Não se trata de uma justiça imanente ao direito, mas a uma justiça transcendente do direito. Consistência interna mais responsividade diante de demandas ecológicas – esta é a dupla fórmula da justiça jurídica, conclui. TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 4, out. 2011, p. 28.

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Ed. e Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 18.

Este problema, pois, da possibilidade de desilusão e necessidade de correr riscos, na dimensão social se manifesta como dupla contingência: toda seleção depende ou de um Ego ou de um Alter (sistemas constitutivos de sentido). Para o Ego, Alter é um Alter-Ego, imprevisível e capaz de variar. Sucede que tanto um, quanto o outro, determinam seu comportamento de modo autorreferencial, dentro de seus próprios limites. Assim, cada um deles é para o outro uma caixa preta – *quem é o outro? o que se pode esperar dele?* –, já que seus critérios não podem ser observados desde o exterior<sup>122</sup>. O que se torna visível para Ego é apenas a seleção que resulta da clausura operativa de Alter.

Cada um observa o outro, porquanto, como sistema em um ambiente próprio, podendo observar do outro somente o input/output na relação com o entorno, não a operação autorreferencial. A dupla contingência é, assim, o estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio objeto<sup>123</sup>, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto. Expectativa sobre expectativa e imprevisibilidade quanto a como, quando e se essas expectativas serão satisfeitas: este é o substrato de toda e qualquer construção comunicativa e o problema-base da ordem social.

E é, em face disso, que o direito toma forma como sistema funcionalmente diferenciado e, ao mesmo tempo, como meio simbolicamente generalizado da comunicação, na medida em que, havendo uma total impossibilidade de previsão de como os demais sistemas sociais reagirão face às comunicações uns dos outros, disponibiliza, na forma de um sentido estabilizado, um meio que permite aos demais sistemas sociais enfrentar a dupla contingência<sup>124</sup> e, portanto, a possibilidade de frustração que envolve toda comunicação.

---

<sup>122</sup> A partir dessas premissas, dupla contingência significa uma qualidade de contingência especificamente social; significa que a constituição do mundo social se apresenta através de um horizonte de duplas perspectivas, que são as perspectivas de Alter e Ego. É de restar claro, contudo, que Ego não assume a operação autorreferencial de Alter em seu interior, mas pode aprender a partir de sua perspectiva de observador. Deste modo e com estes limites, o mundo de Alter se põe à disposição de Ego (e vice-versa): o mundo torna-se socialmente contingente. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 67-8.

<sup>123</sup> Exemplificando: duas pessoas estão prestes a se conhecer. Cada um determina suas condutas mediante observações recíprocas. A observa B e resolve comportar-se X. B observa e resolve comportar-se X (mas poderia se comportar Y). Por uma simples suposição geram certeza de realidade (assim como poderiam ter gerado incerteza). Estabelecem seus limites a partir de si mesmos. E, mediante as ações de um e de outro, podem estabelecer ações outras que levarão a ação de ambos (o casamento). SCHWARTZ, Germano. João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 38, n. 109, 2008, p. 495.

<sup>124</sup> ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11.

Para isso, a estrutura do sistema jurídico na conjuntura da globalização contemporânea, pela simultaneidade inerente à diferenciação funcional transnacional, que traz toda a questão da indeterminação e complexidade em seus graus extremos, exige uma observação refinada, policontextural, já que se está diante de uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas, que são constituídas por operações entre sistema/ambiente e que não compartilham uma com a outra.

Trata-se a presente, porquanto, de uma proposta para observação de vários sistemas que atuam segundo racionalidades específicas e que, sobretudo, levam à produção de ressonância nos demais sistemas através da utilização de instrumentos jurídicos, num processo social coevolutivo<sup>125</sup>. O fato é que, a partir do código “direito/não-direito” do sistema jurídico, um observador pode aplicar essa distinção a eventos da economia, da política, da ciência e ver, aí, a produção de lícitos e ilícitos. Da mesma forma, em um contexto político (código “governo/oposição”), resta possível a um observador adjudicar os eventos do ambiente do sistema político para tomada de decisões coletivamente vinculantes ou para realizar oposição à política do governo.

Isso pode, inclusive, ser vislumbrado dentro da perspectiva constitucional: dependendo do sistema/função a partir do qual se observa a Constituição, seu sentido muda e muda de modo contingente<sup>126</sup>. Ultrapassando as referências ao sistema jurídico e político, pode-se observar como o sentido da Constituição se dá de modo diferente, de acordo como se passa de um sistema de referência para outro. Do ponto de vista da economia, o sentido<sup>127</sup> aparece sob a distinção custo/oportunidade. Uma decisão econômica, orientada cognitivamente à Constituição, não vê a mesma com o sentido que a ela se atribui no campo do direito. Enquanto na contextura jurídica a Constituição é a lei fundamental, na econômica a mesma aparece como um elemento externo, que deve ser levado em consideração a partir da relação custo/oportunidade.

---

<sup>125</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade e direito ambiental reflexivo. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006, p. 23.

<sup>126</sup> Ao mesmo tempo em que a Constituição é a lei fundamental para o direito, ela é também o instrumento jurídico das políticas públicas do governo, a referência para os cálculos de oportunidade da economia e para os planos estratégicos das organizações. Toda essa contingência de sentido se produz, pois, de modo simultâneo, constituindo-se sinônimo de incontrolabilidade. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constituição, Estado Constitucional e Paradoxo: centro de controle e direção de uma sociedade policêntrica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, 2008, p. 92-3.

<sup>127</sup> O sentido opera em dois níveis diferentes, dependendo do que se utiliza como meio: a consciência ou a comunicação. Os sistemas vivos se baseiam na vida, os sistemas psíquicos na consciência e os sistemas sociais na comunicação. LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Ed. e Trad. Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 30.

Teubner capta esse estado das coisas, vislumbrando a policontextualidade enquanto introdução da pluralidade operativa dos sistemas sociais, por meio de *re-entry* de códigos binários. A policontextualidade apresenta-se, nessa esteira, como uma forma de operação a partir da contextura, de possibilidades que transcendem a binaridade comum entre privado/público, proporcionando o surgimento de formas imprevistas, capazes de desempenhar determinada função sistêmica na sociedade. A distinção tradicional cede lugar, assim, a uma multiplicidade de ordens jurídicas estruturalmente atreladas a outros subsistemas sociais.

O mesmo, nesse sentido, percebe que nem o direito público (como o direito dos processos políticos), nem o direito privado (como direito dos processos econômicos) têm condições de desenvolver estruturas jurídicas adequadas às diversas contexturas da sociedade civil. Não obstante isso, adverte que não se pode, de forma alguma, partir de uma nova fusão dos direitos público e privado de acordo com os sedutores lemas de “a vida privada é pública” ou “tudo é política”<sup>128</sup>. Deve-se, pelo contrário, entender o direito privado com base em sua estreita afinidade com a atual pluralidade de discursos, não apenas por sua proximidade com a economia, mas por seu parentesco com os mais diversos setores autônomos da sociedade civil, passando pelo sistema de saúde pública, educação e ciência até a arte e a religião, o que somente se faz possível a partir de uma observação policontextual.

O direito privado, em face da fragmentação profunda da sociedade, ocasionada pela diferenciação funcional, urge, porquanto, de ser revisitado<sup>129</sup>. O mesmo precisa se reconstruir de acordo com esta policontextualidade<sup>130</sup>, diante da pluralidade de mundos adjudicantes que compõe a sociedade global hodierna. O fato é que vários sistemas sociais estão se contraindo, diminuindo, especializando-se em direção a apenas uma orientação, uma função, um código de exteriorizar tudo o mais e, simultaneamente, a regulação de suas inter-relações não pode ser governada por uma coordenação hierárquica.

---

<sup>128</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 238.

<sup>129</sup> Ocorre que o sistema jurídico ficou preso num impasse institucional em virtude do contraste entre a alta globalização de subsistemas sociais, como a economia, e a insuficiência da globalização da política simplesmente institucionalizada. TEUBNER, Gunther. *Os Múltiplos Corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 346.

<sup>130</sup> Hoje contrato só pode ser uma inter-relação entre discursos. Contrato é intertextualidade. Não é mais possível manter a unidade do contrato. O preço de tal unidade seria um reducionismo econômico ou uma unidimensionalidade legal. Parece paradoxal, mas um contrato é, na realidade, dividido em uma multiplicidade de contratos. A fragmentação do mundo social, em diferentes dinâmicas de racionalidade, faz com que um mesmo contrato reapareça com, pelo menos, três projetos em diferentes mundos sociais: (1) um acordo produtivo, (2) uma transação econômica e (3) uma promessa legal. TEUBNER, Gunther. *Contracting Worlds: The Many Autonomies Of Private Law. Social and Legal Studies*, vol. 9, 2000, p. 405-6.

O direito, a essa altura, 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. Forma-se, de tal sorte, um direito mundial a partir das periferias sociais, de zonas de contato com outros sistemas, e não do centro de instituições políticas nacionais e internacionais. A policontextualidade mostra-se, assim, como o lado operativo<sup>131</sup> da própria observação hipercomplexa: um direito que emerge das periferias da sociedade e questiona as mais contemporâneas formas de observação da teoria jurídica.

Nessa linha, a distinção hierárquica tradicional entre legislação (política) e aplicação (jurídica) cederia lugar a uma multiplicidade heterárquica de ordens jurídicas, estruturalmente atreladas a outros subsistemas sociais. Estes atrelamentos, por sua vez, referir-se-iam uns aos outros, numa relação circular e autorreferencial, no seio do qual seria produzida a validade jurídica. Tal perspectiva, posta desta forma, faz desaparecer a posição privilegiada da legislação política, que se torna uma das múltiplas categorias periféricas da produção social do direito. O grande paradoxo da fundação do direito, atrás da ficção do soberano político, sai de seu esconderijo com a transnacionalização<sup>132</sup>: “o rei único tem dois, três, quatro... corpos”.

Fica claro, com isso, que o direito policontextual forma-se a partir da introdução de uma ruptura histórica da sociedade hipercomplexa e sua reestruturação espaço-temporal pela globalização. O processo ocorre com a especialização comunicativa da sociedade e se agrava quando esses subsistemas, cada qual numa espécie de epicentro da realidade social, passam a reagir às irritações com suas próprias estruturas. É, nesse desiderato, que o sistema jurídico contribui com sua própria racionalidade, observando outras racionalidades através de sua textura específica. E, é dessa perspectiva, que deve ser observada a nova forma de pluralismo jurídico<sup>133</sup>: discursos socialmente produzidos nos mais variados contextos que reivindicam universalidade dentro do direito.

---

<sup>131</sup> Esse lado operativo se realiza pelas organizações que são compostas pelas estruturas da sociedade. Por isso é impossível definir um objeto da policontextualidade sem incluir a sociedade, seus sistemas sociais e sua historicidade, devendo-se ter presente os hiperciclos e a nova indeterminação que a autopoiese provoca. É a ruptura com o esquema binário e introdução do multi. ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp da. *Lex Mercatoria e Governança: a policontextualidade entre Direito e Estado*. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007, p. 84 e 94.

<sup>132</sup> TEUBNER, Gunther. Os Múltiplos Corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. **Filosofia do direito e direito econômico**: que diálogo? Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 351.

<sup>133</sup> LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. SCHWARTZ, Germano A. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 154.

### 2.2.2 PLURALISMO JURÍDICO: uma (re)visita à idéia a partir das bases da diferenciação territorial e setorial

O paradigma do pluralismo jurídico implica, pois, a ideia de que, além do direito do Estado, existem outros *direitos* que vivem independentemente deste. Ao lado da existência simultânea de diversas e contingentes texturas do real, existe também uma diversificação no próprio interior dos sistemas. O pluralismo é concebido, no caso do sistema do direito, como essa diversidade, consistindo, a partir da Teoria dos Sistemas, em uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante o código<sup>134</sup> lícito/ilícito. Na atualidade ganha relevância essa questão, porquanto, frente aos fragmentos sociais autônomos que estão se especializando, diferenciando-se territorial e setorialmente, criando suas próprias fronteiras e *modus operandi*.

O que se está assistindo, nesse contexto, é o surgimento de uma nova forma do plural, motivo pelo qual se faz relevante (re)visitar<sup>135</sup> a construção histórica e teórica do pluralismo jurídico até chegar-se à textura da diferenciação territorial e setorial que toma forma para, com isso, deter-se condições de desconstruir e reconstruir determinados postulados.

O fato é que a concepção pluralista tradicional, que reconhecia, em detrimento do monismo, outras formas de produção normativa, está a ser contestada pela emergência de situações novas que adquiriram sua própria dinâmica e que abrangem outros conteúdos, complexos e transformados, que oferecem uma quantidade de alternativas e variantes que eram simplesmente impensáveis<sup>136</sup> nas primeiras décadas deste século. A vista disso, o pluralismo jurídico, por ser uma manifestação universal, presente em épocas distintas, compreende muitas tendências com origens diferentes e caracterizações múltiplas, sendo extremamente complexo e díspar, face à diversidade de modelos. Logo, a chave consiste em buscar o assentamento desses pressupostos para a resignificação que termo exige.

---

<sup>134</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 89.

<sup>135</sup> O termo “(re)visitar” resta empregado, oportunamente, na medida em que se visa proceder uma visão geral da construção histórica e teórica do pluralismo jurídico, sem pretensão alguma de realizar uma revisão acabada dessa conjuntura, vez que não se constitui esse o objeto central deste trabalho.

<sup>136</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998, p. 62-3.

Nesse particular, historicamente, o que se observa é que, depois de séculos de um mosaico político, em que as grandes monarquias conviviam com pequenos Estados, em que o direito do rei conviviam com uma infinidade de direitos gerados na sociedade (o sistema jurídico da Igreja, uma multiplicidade de direitos locais consuetudinários, os direitos das várias corporações e os diferentes grupos étnicos, como judeus e ciganos, que mantinham o seu próprio direito), no trânsito do século XVIII para o XIX, quando a Europa<sup>137</sup> organizou-se em grandes unidades políticas, que reclamavam para si o monopólio do poder (Estados absolutos), assistiu-se na sequência, a partir da segunda metade do séc. XIX, o conceito de soberania ser recomposto pela teoria política alemã, passando a mesma a configurar-se apenas diante da criação exclusiva do direito pelo Estado.

A lei tornava-se, com isso, a única fonte, dando origem ao chamado “absolutismo legislativo”, segundo o qual qualquer outra fonte que se pudesse enumerar como relevante para o conteúdo do direito tinha que o ser em virtude de uma concessão ou remissão da lei. A presente concepção fora, precisamente, denunciada logo de seu aparecimento. Várias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no caráter redutor do legalismo e na necessidade de uma concepção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico<sup>138</sup>: uns sustentavam em que a solução jurídica não era a que resultava mecanicamente da aplicação da lei, mas a que dava lugar a uma melhor composição dos interesses sociais em conflito; outros proclamaram que o direito não era o conjunto das leis, mas antes a constelação das normas que regulavam espontaneamente a vida social; outros, ainda, propunham que o direito não era um sistema de leis, mas a unidade orgânica das normas que regulavam, no dia-a-dia, as instituições sociais; outros entendiam que, abaixo do nível das leis, a vida se organizava por si mesma; outros, finalmente, entendiam que, por cima das leis, existiam certos princípios, naturais ou divinos, que condicionavam a sua validade.

---

<sup>137</sup> No âmbito brasileiro, o pluralismo pôde ser verificado desde a época do descobrimento, com as tradições indígenas, a miscelânea própria existente quando do direito português, passando-se pelo coronelismo até chegar-se ao plural das favelas e presídios, em que se evidencia a ocorrência de ordenamentos paralelos aos oficiais. Neste cenário, ganharam destaque os trabalhos realizados por Boaventura de Sousa Santos e Antonio Carlos Wolkmer, que não serão aqui trabalhados em face da perspectiva plural antropológica que adotam, de emancipação social, não independência de setores, que se pretende aqui. Para ver mais sobre o trabalho desses autores, consultar: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>138</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública: perplexidades dos nossos dias. WOLKMER, Antonio C.; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos na contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139-42.



Esse ponto ganhou, enfim, o núcleo das preocupações dos juristas, que passaram a reconhecer a existência simultânea de ordens jurídicas distintas. Santi Romano, considerado o principal representante dessa perspectiva, concebia que o Estado moderno tinha sido formação pela eliminação e absorção das ordens jurídicas, bem como, pela monopolização de sua produção. Contudo, sustentava, mais forte que o direito estatal, a vida social edificou paralelamente e, em ocasiões, em oposição ao Estado, uma série de ordens parciais<sup>139</sup>. O mesmo, fazendo do direito um fenômeno social e considerando a organização como um critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não-jurídica, rompeu, assim, com o circuito da teoria estatista, que identificava os limites do jurídico com os limites do Estado.

No plano sociológico, por oportuno, contestando as pretensões do Estado à soberania jurídica, em nome da existência autônoma das ordens jurídicas da sociedade civil e da comunidade internacional, Gurvitch parte de duas idéias básicas: inicialmente, recusa-se a reduzir o direito ao estatal, realçando os contrastes entre a sociedade e o Estado; em seguida, defende o pluralismo e a existência de um direito social, que não se inclui no estatal. Chamando a atenção para certa autorregulação, comunitária, o mesmo afirma que cada grupo possui a capacidade de engendrar seu próprio sistema legal independente, apto a regular sua vida interna, sendo que esses grupos e atos não necessitam da intervenção do Estado<sup>140</sup>, com o que afirma estar-se diante de uma complexa teia, onde diferentes níveis de direito confrontam, lutam entre si e interpenetram-se, apresentando-se uma hierarquia das mais diversas.

Esses ideários encontram, pois, fundamento, em outro que já era sustentado por Ehrlich, ao questionar o positivismo jurídico estatal em nome de uma teoria sociológica do direito: a existência de fatos normativos geradores de direito e de uma pluralidade de fontes de criação de direito. Ultrapassando os limites formais da dogmática quanto à produção jurídica, as comunidades sociais engendram uma série de fatos de caráter normativo, encontrando-se o Estado entre os grupos sociais que criam o direito<sup>141</sup>, embora, na modernidade, aspire, do ponto de vista formal, o monopólio da produção jurídica.

---

<sup>139</sup> ROMANO, Santi. **L'ordre juridique**. Paris: Dalloz, 1975, p. 07-16 e 99.

<sup>140</sup> O Estado não é outra coisa senão um pequeno lago profundo no imenso mar do direito que o circunda por todos os lados. O poder jurídico não reside somente no Estado, senão também em numerosas entidades independentes a ele. A lei do Estado não é, pois, a única e nem a principal fonte do direito. GURVITCH, Georges. **La Déclaration des Doits Sociaux**. Paris: Philosophique J. Vrin, 1946, p. 72-3.

<sup>141</sup> Propondo uma distinção entre o direito positivo, presente na norma jurídica, e o direito vivo, fruto da dinâmica social, o mesmo sustenta que querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos

Duguit, por sua vez, protagonista destacado da era marcada pelo impacto social oriundo da industrialização contemporânea, fundamenta-se, sob um prisma diferenciado, em um “pluralismo social”. O mesmo, questionando o sufrágio universal enquanto critério de participação, bem como, negando personalidade jurídica distinta e superior ao Estado, propôs-se a buscar o resgate da validade sociológica da constituição orgânica da sociedade<sup>142</sup>. Nessa perspectiva, definiu a sociedade como regra social nascida de um conjunto plural de vinculações e identidades individuais, considerando o Estado como apenas mais uma corporação, coordenadora, no máximo, das obrigações da comunidade.

Sob outro ângulo ainda, na dimensão do positivismo sociológico germânico, François Géný apresenta sua contrariedade ao fetichismo da lei e a concepção de sua plenitude lógica, demonstrando que a mesma é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. Para Géný, a lei só tem uma intenção, que é aquela que ditou seu aparecimento, mas quando se perceber que a lei não reflete a realidade atual, o intérprete deve fazer um trabalho com bases científicas, envolvendo os novos fatos sociais. Isso se faz necessário, afirma ele, porque muitas das soluções fundadas na literalidade das leis deixaram gradualmente de ser percebidas como razoáveis<sup>143</sup>, pois elas se distanciavam dos valores de grande parte da sociedade.

A esta altura, já na sociologia do direito atual, Jean-Guy Belley defende que a problemática deveria se concentrar no estudo da dinâmica centralização/ descentralização, dos efeitos do fenômeno da estatização do direito sobre a partilha da regulação entre o Estado e as outras instâncias. Com vistas a este contexto, analisando a perspectiva das profissões jurídicas, o mesmo aponta que os advogados devem observar a existência de normas sociais e ser empreendedores para aumentar o valor de seus serviços profissionais em um mercado mais lucrativo, mas também mais competitivo do que os tradicionais serviços jurídicos. Trata-se de uma demanda essencial das ordens de *não-direito privado*<sup>144</sup>, que escapam ao poder de monopólio dos advogados.

---

de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa. EHRLICH, Eugen. O Estudo do Direito Vivo. SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. (Org.). **Sociologia e Direito**: leituras básicas de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 110.

<sup>142</sup> Duguit desenvolve uma teoria do direito questionadora dos fundamentos clássicos, calcados na soberania nacional, nos direitos subjetivos e na ideia de representação, segundo a qual, pela funcionalidade da “solidariedade social”, o conhecimento da ordem jurídica somente aconteceria desde o conhecimento concreto da ordem social. DUGUIT, Léon. **La Transformación del Estado**. Madrid: Francisco Beltrán, 1909, p. 195.

<sup>143</sup> GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif**: essai critique. 2ª ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, p. 293.

<sup>144</sup> Para permanecer e prosperar, especialistas da lei estadual devem se adaptar a necessária presença de outros especialistas (contadores, diretores de relações públicas, consultores de gestão de reclamações, funcionários de

Jean Carbonnier, assim fazendo, parte do pressuposto de que o verdadeiro pluralismo se encontraria nas diversas manifestações do infradireito, ou seja, no seio dos fenômenos do costume, que adquirem, devido a sua proximidade e semelhança com o direito, uma coloração especial, formando um sistema autônomo de regras<sup>145</sup>, estando sua sede, pois, nas frações da população, apresentando-se como um direito das subculturas.

A essa consideração de infradireito filia-se, também, a teoria pluralista calcada por Arnaud, que a descreve como sendo a presença de subsistemas no interior de um mesmo sistema jurídico; quando numa dada sociedade, regida por um determinado direito, um cidadão se encontra, num exato momento, confrontado com várias normas, que ditam comportamentos contraditórios. É a idéia de internormatividade, de polissistemia<sup>146</sup>, segundo a qual, se uma regra de direito pode ser mudada, é porque uma regra de mesma natureza veio impor-se em detrimento do sistema em vigor. A explicação é dada pela decorrência de que o sistema de direito se vê em competição com um sistema jurídico, cuja coesão e importância fazem com que ele seja capaz de afrontar o sistema de direito em vigor.

Nesse passo, na faixa da pós-modernidade, o jurista Karl-Heinz Ladeur trabalha com a concepção de que a renovação do direito seria possibilitada pelo postulado do plural, que traria condições de criar um ponto de partida ecológico ao direito<sup>147</sup> e indicar direções para uma intervenção orientada na sociedade. A autonomia social seria a palavra-chave. Com ela, o autor defende, poder-se-ia entender o problema se e como a autonomia, no sentido de autodeterminação, é levada a sério e, também, se e como a externalização necessária (controle) torna-se útil como auxílio prestado em situações de impossibilidade de autoajuda.

---

queixas e outros profissionais de resolução de conflitos próprios), que concedem racionalidade jurídica à lógica interna de natureza privada. BELLEY, Jean-Guy Belley. Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. **Canadian Journal of Law and Society**, v. 26, n. 2, 2011, p. 264.

<sup>145</sup> O mesmo cita como exemplo os devedores que, nos idos medievais, baseados na norma natural com a qual estavam acostumados, continuavam a pagar as chamadas banalidades, mesmo depois de desobrigados. Tal fato, para Carbonnier, demonstra a clara concomitância entre ordens jurídicas distintas que podem coexistir, trazendo à tona o pluralismo jurídico. CARBONNIER, Jean. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica**. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 36-47.

<sup>146</sup> No sentido de que vários sistemas jurídicos podem coexistir ao mesmo tempo, num mesmo espaço, os quais regem o mesmo tipo de relação, entre as mesmas pessoas. Entretanto, nesses casos, apenas um desses sistemas terá o nome de *Direito*. Os outros serão sistemas jurídicos, tirando essa natureza de sua proximidade com os fenômenos daquele e do fato de que eles tendem a tornar-se o mesmo. ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 369. Consciente disso, entretanto, o presente trabalho optou por não realizar uma diferenciação linguística, no sentido de distinguir a manifestação oriunda do Estado, dos demais setores sociais, através desses termos, já que a conotação é de pronto percebida na conjuntura

<sup>147</sup> LADEUR, Karl-Heinz. 'Abwägung' - em neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdis kurse. **Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie** 69, 1983, p. 478 e LADEUR, Karl-Heinz. **Postmoderne Rechtstheorie**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 200.

Por oportuno, atentos a essas construções formuladas em torno do pluralismo moderno, Berger e Luckmann alertam para a insustentabilidade do enfraquecimento das fronteiras. Os mesmos apontam que este modelo de pluralismo entrega a sociedade a uma condição de crise de sentido que a faz ter que escolher, a cada momento, um referencial, dentre os muitos disponíveis, para agir e pensar<sup>148</sup>. Com isso, sustentam que não se pode pensar em um plural isento de qualquer fronteira, ou que esta seja absolutamente fluída, pois isto implicaria em uma desreferenciação coletiva e individual.

Verifica-se, assim, de tudo quanto foi posto, uma grande diversidade de concepções do pluralismo jurídico, na medida em que os autores se identificam com este ou aquele período do desenvolvimento da sociologia do direito, na medida em que sua formação acadêmica tem predominância jurídica ou sociológica e na medida em que se inspiram nesta ou naquela corrente do pensamento sociológico<sup>149</sup>. Exatamente devido a esta conjuntura díspar, buscou-se (re)visitar a idéia do pluralismo jurídico para ter-se condições de, a partir do aparato histórico e teórico desenvolvido, chegar-se à contextura da diferenciação territorial e setorial, desconstruindo e reconstruindo alguns postulados, diante das novas formas do plural que emergem, de situações novas que adquiriram sua própria dinâmica e que abrangem outros conteúdos, complexos e transformados, impensáveis até pouco tempo.

O fato é que o direito atual só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas. E, somente há pouco tempo, a teoria do pluralismo jurídico passou por uma transformação bem-sucedida, deslocando o seu foco do direito das sociedades coloniais para as formas jurídicas de diferentes comunidades étnicas e religiosas vigentes no âmbito do Estado-Nação da Idade Moderna. Só que isso ainda não se mostra suficiente. Com tanta mudança, urge que a mesma, novamente, ajuste o seu foco<sup>150</sup> – do direito dos grupos para o direito dos discursos – e, assim também, a teoria jurídica das fontes do direito concentre sua atenção em processos autônomos de formação do direito, que compõem uma nova espécie e tem se desenvolvido – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial.

---

<sup>148</sup> BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido**: a orientação do homem moderno. Trad. Edgar Orth. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 65.

<sup>149</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et al). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 587.

<sup>150</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003, p. 11.

Mais precisamente, a concepção clássica, forjada em torno da reação ao centralismo jurídico, fora reformulada a partir da metade do século XX, quando a antropologia estendeu suas pesquisas das sociedades primitivas para os centros urbanos da sociedade industrial, passando a transcender largamente o conceito de direito utilizado pelos pioneiros da Sociologia Jurídica, que aceitavam acriticamente o pressuposto de que o direito operava segundo uma única escala<sup>151</sup>, a do Estado.

A vertente teórica do funcionalismo sistêmico, atenta a conjuntura das alterações sociais ocorridas, propõe, pois, novamente uma revisão do conceito, de modo a estar apto a representar a normatividade gerada pelos diferentes subsistemas organizacionais e funcionais especializados das sociedades complexas. A problemática do pluralismo jurídico, na dimensão vertical de direito e sociedade, de como as normas sociais informais e difusas são gradualmente cristalizadas, de modo a tornarem-se normas jurídicas específicas, cede lugar, por oportuno, à dimensão horizontal, na relação do direito com uma variedade de outros jogos de linguagem<sup>152</sup>, onde se observa atualmente processos pluralistas de produção normativa.

Sucedem que, com o tipo de diferenciação sócio-econômica provocado pela nova divisão internacional do trabalho e pelo paradigma da especialização flexível da produção, gerando estruturas heterogêneas que se inter cruzam e entrelaçam, pela diversidade de interesses, em diferentes locais, a sociedade contemporânea se converte numa pluralidade conflitante de múltiplos grupos, com seus jogos próprios de linguagem. O discurso jurídico passa a abranger toda e qualquer comunicação que seja capaz de observar ações através do código do direito. O que passa a separar, com efeito, o direito estatal, dos ordenamentos jurídicos das demais organizações e dos diversos grupos de interação social, não é mais a distinção entre o direito positivo e o costume, mas sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de validade do direito<sup>153</sup>, que é o seu próprio código: direito/não-direito que, ao contrário do que se poderia olvidar, não é característico do direito oficial do Estado.

---

<sup>151</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 155.

<sup>152</sup> O problema não é mais a tradução das normas sociais de grupos para normas jurídicas, mas sim a integração de um número, confusamente grande de comunicações codificadas, de maneira diferente no código jurídico. A padronização apresenta-se, de tal sorte, como o novo paradigma, que substitui os costumes sociais. O pluralismo passa a representar a abertura do sistema jurídico diante da sociedade que o envolve, tornando-o responsivo, por meio da transformação de processos de autoprodução da sociedade em fontes de produção de direito. TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 96.

<sup>153</sup> SIMIONI, Rafael; PAGANI, Fernanda; GOMES, Giles. Observação social e pluralismo Jurídico: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil. **Ciência & Consciência**, Brasília/DF, n. 2, dez. 2008, p. 10.

Nesse sentido, convergem as teoria da *global culture* e da sociedade civil global, que dirigem a sua atenção para uma pluralidade de instituições globais entre a política e a economia, com análises, a partir da teoria dos sistemas, da sociedade mundial policontextural. As mesmas representam uma dinâmica social que tem chance de se impor, de forma autônoma, aos mercados mundiais e aos cenários políticos globais<sup>154</sup>. A globalização significa que muitos setores sociais se libertaram das limitações impostas pela política estatal nacional, que os subsistemas sociais seguem sua racionalidade autônoma, relativamente independente dos processos políticos e econômicos de onde emergiram. Trata-se, porquanto, de uma combinação de espaços sociais de autonomia e sua focalização organizacional.

O presente contexto social pode, nesse diapasão, ser definido mais como uma constelação de governos privados do que propriamente como uma associação de indivíduos articulados por um governo público. Quanto mais essas organizações expandem suas técnicas de autocontrole, mais se esvazia a geração de um efetivo acordo do conjunto de cidadãos por meio das instituições da política representativa. Isso, entretanto, não quer dizer que se está a presenciar o fim do sentimento político. Mas, em verdade, que a sociedade contemporânea já não pode mais ser vista como uma simples pluralidade de cidadãos livres, independentes e atomizados<sup>155</sup>, encarados exclusivamente a partir de sua individualidade.

O direito mundial está a desenvolver-se, pois, a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, não do centro de instituições de Estados-Nação ou de instituições internacionais. Por isso, Teubner afirma que as áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo de Ehrlich<sup>156</sup> ressurgiu. Para o mesmo, aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas ou institucionais do direito, mas tão somente uma teoria renovada do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito. E, de fato, as novas teorias do pluralismo jurídico, atentas a esta conjuntura, tem se afastado da análise do direito colonial e concentrando-se, nos dias de hoje, nas relações entre o direito do Estado-Nação e as diferentes formas jurídicas de comunidades étnicas, culturais ou religiosas.

---

<sup>154</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 120-1.

<sup>155</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 167-72.

<sup>156</sup> Ehrlich transfigura e idealiza o papel criador do direito dos costumes, usos e práticas, em sociedades rurais. Nos processos de globalização do presente, por oportuno, o seu *direito vivo* adquire outro significado: baseia-se em processos sociais técnicos, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária. TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003, p. 14.

Só que isso, entretanto, ainda não é suficiente. Se a teoria quiser estar à altura de um pluralismo jurídico mundial mostra-se necessária mais uma virada. O direito vivo dos tempos atuais não extrai o seu vigor da coesão de comunidades étnicas. A teoria do pluralismo jurídico deve reformular suas concepções, reorientar-se: de grupos e comunidades para discursos e redes de comunicação<sup>157</sup>. A fonte social do direito mundial não pode ser encontrada em redes globalizadas de relações pessoais, mas no protodireito de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, que criam uma identidade global, estritamente setorial. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da autorreprodução contínua de redes globais especializadas, de natureza científica ou técnica.

Assim sendo, a linearidade do movimento de causa e efeito inerente ao direito positivo, acaba sendo gradativamente substituída pela crescente circularidade de sistemas normativos funcionalmente diferenciados e relativamente autônomos. E, quanto mais complexo é o pluralismo jurídico expresso por esses sistemas<sup>158</sup> e mais amplas são as áreas sócio-econômicas por eles regulados, menos condições acaba dispondo o Estado-Nação para prescrever o sentido dos comportamentos individuais e para exigir respeito às regras de seu ordenamento, o que faz com que a hierarquia seja esvaziada como princípio de ordem e se acelere a conversão da sociedade contemporânea num intrincado conjunto policêntrico.

Marcelo Neves, não sob a perspectiva global, mas visando proteger o direito constitucional, deixa sua contribuição para a temática, analisando o papel do pluralismo jurídico nos países da América Latina, a partir das relações entre poder, direito e legitimidade na modernidade periférica, sustentando que por aqui nunca se alcançou uma distinção funcional entre direito, política e economia, vez que aquele não funciona enquanto sistema fechado, padecendo das contínuas intromissões dos dois últimos em seu funcionamento<sup>159</sup>, com base no que argumenta existir uma incapacidade por parte desses países de construir uma esfera de legalidade estatal, mostrando a necessidade que o global não destrua a legitimidade do direito local. Nesse sentido, defende que as análises sobre o direito não-oficial não devem ser consideradas como alternativa ao direito estatal já existente, mas como expressão de mecanismos instáveis e difusos de reação à ausência de legalidade

---

<sup>157</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003, p. 14.

<sup>158</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178-80.

<sup>159</sup> NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, Ijuí (Universidade de Ijuí), ano V, n. 5, p. 18-23.

Com base neste postulado, denuncia-se a necessidade de uma maior reflexão sobre a questão de se o direito estatal consegue operar como meio de organização e de controle do poder social [o que se constitui o objeto de estudo da segunda parte deste trabalho] e se goza de consenso popular, ou se é somente um direito no papel, que permanece ineficaz na prática, não abrangendo a discussão somente a existência e a legitimidade do pluralismo jurídico<sup>160</sup>, mas toda a ideia de juridicidade. Teubner sugere que o problema está ligado à própria história da teoria autopoietica, que se encontra bem desenvolvida no que diz respeito à clausura operacional<sup>161</sup>, porém, ainda pouco explorada e trabalhada quando se trata da lógica complementar de abertura informativa de sistemas racionais fechados. Há a necessidade de radicalizar ao mesmo tempo a clausura e a abertura de maneira nova e diversa: as informações não podem ser transportadas via *input-output* e sim reconstruídas por perturbações e acoplamentos estruturais. Os sistemas abertos recebem o *input* do ambiente e o convertem em *output*. Em sentido mais refinado, um sistema operativamente fechado está estruturalmente conectado ao seu meio-ambiente quando utiliza acontecimentos como perturbações, construindo suas próprias estruturas internas desses.

Este se mostra, com efeito, um ponto de partida promissor para repensar o relacionamento entre o discurso jurídico e outros discursos sociais, possibilitando um melhor entendimento da necessária autonomia de ambos. Diante desta contextura social, de efetiva autonomia dos sistemas e subsistemas, o pluralismo jurídico poderia ser visto, pontualmente, como um método à disposição do direito para se voltar mais à sociedade, que permite negar categoricamente ao direito oficial estatal qualquer posição hierárquica superior, orientando, antes, a imagem de diversos discursos jurídicos encontrados em níveis iguais.

A partir, então, do respeito à autonomia de cada subsistema social, perfectibilizada pelo fechamento, que garante abertura ao nicho, o que se vislumbra é, cada vez mais, uma participação da sociedade civil na criação de normas pela coordenação dos atores, grupos sociais e instituições e uma tendência à negociação, ao compromisso e à arbitragem, na medida em que nenhum sistema encontra-se em posição hierarquicamente superior para pretender impor sua racionalidade aos demais.

---

<sup>160</sup> SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111-2.

<sup>161</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgem Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 83-4.



**2.2.3 GOVERNANÇA GLOBAL:** a crise da governabilidade e o arranjo do eixo político com a aquisição, por diversos setores sociais, de sua própria autonomia

O signo da governança, através de uma participação da sociedade civil na criação de normas pela coordenação dos atores, grupos sociais e instituições e a tendência à negociação, fora concebido enquanto uma válvula de escape da governabilidade. Esta está relacionada com a capacidade do sistema político de reagir à complexidade do ambiente social. Trata-se de um conceito associado ao Estado de Bem-Estar<sup>162</sup>, à possibilidade de intervir e regular o jogo econômico e implementar políticas públicas.

O mesmo, pontualmente, costuma se caracterizar como um Estado que dota de extensas prestações sociais determinadas camadas da população, tendo-se que fazer frente a novos custos a um ritmo cada vez mais elevado. Esta inclusão implica a incorporação pela população global de prestações dos distintos sistemas funcionais da sociedade. Faz referência, de um lado, ao acesso a estas prestações e, de outro, a dependência de que estas terão os distintos modos de vida individuais<sup>163</sup>. Há, assim, uma incorporação de aspectos cada vez mais amplos do modo de vida no âmbito das prestações políticas, que se tem desenvolvido gradualmente, de modo paralelo à diferenciação do sistema político e condicionada por ela.

A partir de uma visão sistêmica, tem-se a política como responsável por tomar decisões coletivamente vinculantes. É o uso do poder, de tal sorte, que lhe permite desempenhar esta função, já que o sistema político, como os demais sistemas, constrói, reproduz e delimita seus elementos através de códigos e operações próprias. A diferenciação das relações de poder, entre governo e oposição, constitui, nesses termos, a fórmula de reprodução da comunicação política, sendo a utilização deste código<sup>164</sup> uma regra de atribuição e conexão interna ao sistema, que permite sua reprodução autopoética. A continuidade da comunicação política, porquanto, depende da constante variação, seleção e estabilização de decisões coletivamente vinculantes.

---

<sup>162</sup> ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 47-9.

<sup>164</sup> Um dos mecanismos básicos de atuação desses códigos de comunicação é a eleição política. O procedimento eleitoral permite a atuação de um sistema político com o vértice dividido e codificado pelo dual governo/oposição. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 71.

Com efeito, o ponto é o alcance que se dota o conceito de política: restritivo ou expansivo. Este último é o que corresponde à prática dominante do Estado de Bem-Estar e segue a tradição de atribuir à política o papel reitor da sociedade e de imputar-lhe a responsabilidade global por tudo o que ocorre em qualquer de seus âmbitos. A política seria o destinatário último de todos os problemas que seguem sem solução, a última instância da sociedade. Contrariamente a esta concepção, tem-se o conceito restritivo, que prega a política como função específica entre diversas outras, consciente de seus limites e que se guia, prioritariamente, por critérios de eficiência<sup>165</sup>; que pondera suas relações com outros domínios funcionais e estabelece com eles pontes comunicativas necessárias para receber seu influxo, sem interferir em sua autonomia recíproca.

A concepção restritiva, nesses termos, acaba sendo favorecida pelo próprio Luhmann, na medida em que a capacidade de cada subsistema para enfrentar os problemas de seu ambiente respectivo é muito superior a dos outros, centrados em campos funcionais distintos, derivando isso de sua maior capacidade para observar aquilo que entra em seus limites. A mesma mostra-se, assim sendo, de suma valia na atualidade, que retrata através da crise da governabilidade<sup>166</sup> os problemas oriundos da adoção do conceito expansivo e a necessidade de utilização da concepção restritiva frente à organização social, com a aquisição, por diversos setores, de sua própria autonomia.

É que a grande questão das sociedades complexas reside em manter a função política de garantia de um potencial de decisões coletivamente vinculantes e de reproduzir esta garantia em um nível correspondentemente elevado de complexidade do sistema político e do ambiente que ele pode captar<sup>167</sup>. Isso, é claro, respeitando a própria organização social, na medida em que esta se mostra capaz de dar conta de suas próprias demandas, assumindo a política estatal papel não superior, atuante frente a questões que os demais sistemas não tem uma organização tal, passível de autorresolução, não no sentido de imposição, mas sim de auxílio na própria deliberação interna.

---

<sup>165</sup> A visão restritiva sugere que seja feito um exame dos meios político-administrativos para resolução dos problemas, de modo que se valore a efetiva disposição desses meios de poder e dinheiro antes de se embarcar em políticas expansivas de duvidosa efetividade. LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 25.

<sup>166</sup> Acerca dessa temática e da decorrente manifestação da governança, sob o viés das relações internacionais, em um cenário de interdependência e globalização, ver, entre outros: WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo: em busca da reconstrução do mundo**. Trad. Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002. YOUNG, Oran. *Regime dynamics: the rise and fall of international regimes*. KRASNER, Stephen (ed.). **International regimes**. London: Cornell University Press, 1995.

<sup>167</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 71.

Na contemporaneidade, principalmente nos países periféricos, que ainda não alcançaram uma diferenciação funcional efetiva, resta imprescindível, ainda, garantir o fechamento operacional do sistema político, de modo que ele possa multiplicar sua complexidade interna. É através de todo aparato formal da democracia que resta possível o exercício da função de contínuo incremento das possibilidades de escolha (complexidade) e contínua disponibilidade do tratamento da contingência. Assim sendo, a democracia é a manutenção da complexidade<sup>168</sup>. A corrupção deste sistema, através da utilização de outros códigos, não aumenta a complexidade, mas termina com ela, na medida em que acaba com a possibilidade de escolha e o nível de democracia.

E, esse, não é o único problema. A peculiaridade do Estado Social, que ainda se mostra presente em diversos locais, reside na crescente inclusão de temas como próprios da política. A mesma assume, nesses termos, a responsabilidade sobre uma quantidade de aspectos da realidade que escapam a seu controle. O fato é que, partindo dessa perspectiva, o Estado orienta-se para as necessidades da população e busca, através da competência institucionalizada pelo acesso ao poder, melhorar a satisfação dessas. Ocorre que, como consequência disso, aumentam as necessidades, sobem os níveis de exigência e acaba se esperando do Estado resultados que, através dos meios da política, com decisões coletivamente vinculantes, não podem ser obtidos<sup>169</sup>. O sistema político, edificado como Estado de Bem-Estar, ingressa, então, em uma relação com o ambiente que o mesmo já não pode regular.

O que se tem com isso é que no interior do sistema político e, particularmente, no plano do território dos Estados, instaura-se a diferença entre centro e periferia. O centro de diferenciação organizativa (e não condutor do sistema político) fora tradicionalmente representado pelo Estado, onde as decisões coletivamente vinculantes são tomadas. Entretanto, o sistema político não é composto apenas pelo Estado e nem exclusivamente pelas decisões coletivas. Na periferia estão situadas inúmeras organizações políticas que atuam em um grau de complexidade mais elevado do que o centro<sup>170</sup>. Muitas decisões são ainda tomadas no centro, mas são as organizações da periferia que preparam e encaminham essas decisões.

---

<sup>168</sup> GIORGI, Raffaele de. Problemi della governabilità democrática. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Diritto, Democrazia e Globalizzazione**. Trad. Elisabetta Santoro. Lecce: Pensa Multimedia, 2000, p. 135-45

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 25.

<sup>170</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 73-4.

Sucedeu que, durante o ciclo virtuoso do modelo keynesiano, a governabilidade, a capacidade do sistema político reagir à complexidade do ambiente social, atingiu altos graus de efetividade: ao estimular a acumulação de recursos privados através de investimentos públicos, o Estado assegurou o aumento da produtividade e reduziu o desemprego. Mas, com os choques do petróleo e a desaceleração econômica, criaram-se dificuldades em manter o equilíbrio entre receitas e demandas<sup>171</sup>, dando-se origem ao chamado processo de ingovernabilidade sistêmica ou crise de governabilidade, quando as despesas ou encargos sociais passaram a ser maiores do que os recursos para o seu financiamento, reduzindo-se, com isso, a capacidade do Estado de reagir às crises e neutralizar os conflitos.

Luhmann, nesse sentido, já advertia que, contra o que sustentava a teoria política tradicional, para a qual o Estado e a política eram centros de poder da sociedade, “não se pode centrar sobre a política uma sociedade funcionalmente diferenciada sem destruí-la”<sup>172</sup>. Importantes âmbitos comunicativos da sociedade organizam-se, pois, recorrendo a códigos binários próprios. A questão, assim, é se e até que ponto a política pode, em uma sociedade em que tudo muda rapidamente, conseguir um autêntico controle dos problemas dos demais sistemas mediante seu código progressista/conservador.

A presente conjuntura começou, com efeito, a ser sentida com a perda de capacidade de controle econômico por parte do intervencionismo estatal, que conduziu a uma reformulação da noção de governabilidade. Somado a isso, a emergência de novos atores econômicos globais constrangeu o governo a adotar uma estratégia de diminuição do seu espaço. A partir de então, passou-se a trabalhar com a idéia de que o Estado não deve legislar mais para determinar as regras do mercado, mas para estimular a concorrência e garantir a manutenção das redes de produção, que constituem a economia globalizada. Observou-se, nesse passo, a conversão do conceito de governabilidade<sup>173</sup> na capacidade do Estado em negociar, não em agir ou determinar. Não se tratou, porquanto, da eliminação da autoridade do Estado em prol de uma governabilidade econômica, mas da substituição da função do governo no tratamento da complexidade.

---

<sup>171</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 62.

<sup>172</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 44 e 58.

<sup>173</sup> O conceito de governabilidade pode ser confrontado com a noção de *governamentabilidade*, sinônimo de “arte de governar”, resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado através dos mecanismos de poder. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 230-1.

O caso é que, pontualmente, nas sociedades modernas, complexas e dinâmicas, os acontecimentos se transformam com demasiada rapidez. E, esses câmbios, não afetam só as formas pelas quais se organiza a vida humana (os sistemas), abarcando também o meio-ambiente e, deste modo, revertendo-se novamente sobre a sociedade. Há, assim, uma dependência de toda modernização a respeito de seus pressupostos históricos. Isto é particularmente importante para os países em desenvolvimento, que ainda se encontram no processo de diferenciação de seus sistemas funcionais. E, no que respeita aos países plenamente industrializados, que vão à direção das modernas condições de vida, o entorno torna-se, nessa esteira, o principal foco de orientação, convertendo-se a externalização da autorreferência em estratégia primária<sup>174</sup>. Tudo gira, de tal modo, em torno das estruturas da diferenciação interna do sistema político, já que delas depende de onde e como interromper as referências ambientais, o círculo da comunicação política.

Em resumo, um mundo duplo está adquirindo vida: um mundo caótico de conflitos, jogos de poder e instrumentos, que pertencem a duas épocas diferentes, aquela do não-ambíguo e aquela da modernidade ambivalente. Está se desenvolvendo, de um lado, um vazio político das instituições e, de outro, um renascimento não institucional do político. Muitas pessoas, naturalmente, ainda esperam encontrar a política nas arenas a ela designada e executada pelos agentes devidamente autorizados. Só que isso desconsidera duas coisas<sup>175</sup>: (i) qualquer um que olhe a política de cima e espere resultados está negligenciando a auto-organização do político, que pode movimentar subpoliticamente até todos os campos da sociedade; (ii) o sistema político e a constelação historicamente política podem ter um com o outro a mesma relação existente entre as realidades de duas épocas diferentes. O aumento do bem-estar social e dos riscos, por exemplo, condicionam mutuamente um ao outro.

A subpolítica, nesse enfoque, distingue-se da política porque permite que os agentes externos ao sistema político ou corporativo apareçam no cenário do planejamento social e, ainda, porque não somente os agentes sociais e coletivos, mas também os indivíduos compitam um com o outro pelo poder de conformação emergente do político. A subpolítica, então, molda a sociedade de baixo para cima. Trata-se de uma forma de auto-organização adequada à conjuntura contemporânea.

---

<sup>174</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 59 e 147.

<sup>175</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 28-9.

Isso remete, por derradeiro, ao ideário da governança que, em sentido lato, designa o modo de gestão eficaz e, de maneira estrita, o modo de participação da sociedade civil na produção de políticas públicas<sup>176</sup>. Precisamente, o processo relacionado ao termo é, ainda, bastante distinto em cada campo de ação, o que faz com que o mesmo, utilizado de modo singular, leve a uma ambigüidade, sendo, não raras vezes, utilizado de maneira incorreta. Entretanto, sob as diversas formas, uma coisa é certa: governança refere-se à participação cidadã na criação das normas, ao lado dos atos do governo.

Essa noção parte de uma análise da crise de governabilidade, inscrevendo-se na problemática da perda de credibilidade da instância estatal e da diminuição de eficiência e eficácia da ação pública. A idéia central, a partir desta perspectiva, é de que em um mundo de complexidade crescente e de uma diferenciação também crescente de 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. Dessa maneira, ao se incorporar a idéia de necessidade de uma identidade crescente entre sistema internacional, Estado e sociedade civil<sup>177</sup>, resta possível se observar as novas modalidades de governança que se constituem, não como formas modificadas das organizações intergovernamentais existentes, mas como formas novas de expressão social.

A perda de governabilidade se traduz, assim, numa impotência generalizada frente ao que está acontecendo. E, frente à insegurança que a perda de governabilidade gera, multiplicam-se as atitudes corporativas de autodefesa, que só prejudicam o conjunto, ao reduzir a própria capacidade de evolução das instituições. Os atores econômicos e políticos buscam gerar formas mais adequadas de organização institucional<sup>178</sup>. Hoje, dificilmente se encontra um país onde não haja um ministério ou uma secretaria da reforma administrativa. Todos estão repensando as instituições. Simplesmente porque as instituições herdadas já não respondem às necessidades.

---

<sup>176</sup> Trata-se de uma antiga prática americana. Em um país de pioneiros, pressionados pelas circunstâncias a fortalecer os laços comunitários, as instâncias de organização e de controle social ganharam contorno entre os vizinhos. No entanto, com a sofisticação dos modos de governança, os membros das comunidades locais acabaram sendo ofuscados pela profissionalização. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 233.

<sup>177</sup> CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? *In*: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 11-2.

<sup>178</sup> As multinacionais, ao contrário dos anos 60, hoje trabalham com uma ampla autonomia de cada unidade. Na área da administração pública, realizam-se conferências com as autoridades do globo para discutir os dramas do meio ambiente, da população, da pobreza e das cidades, como a recente Rio +20. Os próprios sindicatos estão sendo repensados frente à transformação da estrutura produtiva e à globalização. DOWBOR, Ladislau. **A Reprodução Social**. Vol. I – Tecnologia, Globalização e Governabilidade. São Paulo: Vozes, 2001, p. 47-8.

Ocorre que o Estado produz instabilidades, deve continuamente responder a demandas e problemas que ele próprio cria e compensar os efeitos gerados por sua incompetência. Esta é a função da política, em torno do qual o Estado assumiu o papel organizativo central: implementar decisões coletivamente vinculantes. A dificuldade disso é, porquanto, a inadequação dos meios disponíveis ao Estado para a ativação de suas decisões. Os Estados não reconhecem os limites impostos pelos códigos externos ao sistema político. Desconhecendo ou não conferindo a devida importância a seus limites estruturais, o sistema político perde o controle sobre suas operações e passa a oferecer aos demais subsistemas prestações impossíveis de serem satisfeitas<sup>179</sup>. É disso que decorre a crise apontada e os problemas de politização do Judiciário e juridificação da política.

Nesse enfoque da perda de credibilidade da instância estatal o que se observa é, pois, uma vasta rede de instituições que desempenham uma extensa agenda de funções, de regulação de aviação civil até a proteção de refugiados. Vivencia-se o deslocamento do eixo da política dos Estados-Nação para esferas de decisão que se situam além, bem como, do Estado para outros atores não-estatais. A forma tradicional de conceber os processos de tomada de decisão em política internacional e doméstica necessitam, assim, de uma nova leitura, que perceba a pluralidade de atores que hoje participam do processo de formulação e implementação de políticas. O conceito de governança abre essa nova perspectiva teórica.

Ao passo que o signo governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, o termo governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências<sup>180</sup>. Este, nesse passo, apresenta-se mais adequado para a presente conjuntura, na medida em que se trata de um fenômeno mais amplo que governo<sup>181</sup>, abrangendo igualmente os subsistemas nos quais grupos sociais controlam o processo ou partes do processo de que resultam ações de seu interesse.

---

<sup>179</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74-5.

<sup>180</sup> ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 15-6.

<sup>181</sup> MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio-ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Governança global: reorganização da política em todos os níveis de ação**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 107.

A concepção de governança enquadra-se, de tal sorte, perfeitamente no cenário de mudanças sistêmicas ocasionadas: o Estado-Nação não desaparece, só que não está mais sozinho, compartilha funções e interage com outros atores. Essa política se estrutura de modo policontextural, tendo em vista que emerge não apenas do sistema político, mas de outros sistemas<sup>182</sup>, onde exerce ainda assim uma função política. A governança representa, nessa linha, a tentativa de um sistema de múltiplas 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, podem contribuir para a reconstituição da política global em termos mais democráticos e socialmente menos excludentes.

É assim que se pode esboçar e completar a imagem de um Estado que, como uma cobra, está perdendo a pele de suas tarefas clássicas e desenvolvendo uma nova pele de tarefas. O cerne da política atual é a capacidade de auto-organização. Isso começa com as coisas mais simples, como questões escolares ou problemas de ocupação. Hoje em dia, o Estado é confrontado por todos os tipos de grupos e minorias: não somente as antigas organizações<sup>183</sup>, até os atletas atualmente estão organizados, isso sem falar dos demais grupos e centros de poder como os traficantes de armas, deficientes, sonegadores de impostos ou terroristas. Auto-organização significa, nesses moldes, a subpolitização reflexiva da sociedade, que faz com que a capacidade do Estado moderno em negociar passe a ser mais importante que sua capacidade hierárquica unilateral para agir.

O presente deve-se, porquanto, em larga medida, ao fenômeno da globalização, entendido como um processo não exclusivamente econômico, mas também que envolve aspectos sociais, culturais, políticos e pessoais, que contribuiu para re colocação das relações entre sociedade e Estado, ao trazer uma mudança no papel deste e suas relações no cenário internacional, bem como, impulsionar a discussão sobre os novos meios e padrões de articulação entre indivíduos, organizações, empresas e o próprio Estado.

---

<sup>182</sup> A governança é uma programação estrutural que é construída ao mesmo tempo que paralelamente a autopoiese de outros sistemas, por isso pode ser descrita da maneira que é: como um “modelo” democrático de administração dos setores da sociedade, inclusive o político, onde se tem a participação da sociedade civil, com o objetivo funcional de fazer as instituições cumprirem os papéis a que são destinados, isto é, tornar as organizações da sociedade mais eficientes e democráticas. ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp da. *Lex Mercatoria e Governança: a policontexturalidade entre Direito e Estado*. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007, p. 74 e 88.

<sup>183</sup> Tem-se hoje, pois, instituições zumbis, que estão clinicamente mortas há um longo tempo, mas que não são capazes de morrer. Trata-se dos partidos de classe sem classes, exércitos sem inimigos ou um aparelho governamental que, em muitos casos, reivindica começar e manter em andamento as coisas que, independente dele, estão acontecendo. BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 52-5.



Visualiza-se, nessas condições, que diante do primeiro mundo, aquele dos Estados e do reino do direito, emerge o segundo mundo, que é o mundo do ciberespaço, da sociedade civil, da imaterialidade, que escapa às regras jurídicas. Trata-se da governança global<sup>184</sup>, onde não existe nem centro nem periferia, nem começo nem fim, comparável ao modo de funcionamento da internet. A mesma busca, pontualmente, a aplicação dos princípios da cibernética aos fenômenos humanos e sociais, trabalhando com os conceitos de informação e comunicação, na inter-relação entre teoria e prática, sendo uma forma de tecnogovernança.

Sua tarefa consiste, assim, em encontrar desenhos institucionais ótimos, que conjuguem de forma produtiva os conhecimentos técnicos e políticos que, em sociedades complexas, diversas e dinâmicas, encontram-se disseminados por diversos atores. Ocorre que, em cada situação específica, determinados atores podem estar em situação privilegiada para lidar com um dado problema ou serem mais aptos a explorar uma oportunidade, preferencialmente a outros. Cada contexto exigirá conhecimentos, recursos e capacidades que estarão disponíveis a certos atores, mais do que a outros. A pergunta sobre qual o melhor desenho institucional para se resolver de forma ótima um determinado problema é, porquanto, uma questão contextual<sup>185</sup>. Noutras palavras, cada problema ou oportunidade exige arranjos institucionais diversos para seu enfrentamento e uma coordenação de esforços de diversos atores, desempenhando papéis, assumindo tarefas e compartilhando responsabilidades.

Esse aparato teórico questiona, com efeito, se as sociedades modernas possuem um centro de controle eficaz, chamando atenção para formas alternativas de governança social, isto é, para interações entre atores não-estatais que se coordenam em arranjos governativos horizontais e não hierárquicos, a fim de resolver problemas e explorar oportunidades em uma sociedade policêntrica. Sucede que, em situações de alta complexidade e dinamismo, em que os recursos materiais e cognitivos encontram-se dispersos por vários atores, a capacidade do Estado de regular, decidir e implementar políticas sozinho é limitado, mostrando-se essencial aproveitar os recursos e os saberes estratégicos de atores não-estatais.

---

<sup>184</sup> A governança global distingue-se: (i) da nacional, uma vez que esta visa reformar o conjunto administrativo interno do Estado, implementar uma descentralização maior dos poderes; (ii) da governança da empresa, que atua sobre a maneira de distribuir o poder entre acionários e administradores; e (iii) da boa governança do Banco Mundial, que consiste em impor soluções para uma boa gestão do desenvolvimento. Ainda, a análise da governança multinível se concentra nas relações verticais entre autoridades políticas estabelecidas, enquanto a abordagem da governança global está focada no emergente relacionamento horizontal entre Estado, corporações e atores civis em bases globais. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 238-9.

<sup>185</sup> Em sociedades complexas, heterogêneas e dinâmicas, cada questão de governança desenvolve-se em um contexto determinado e coloca em jogo interações de um tipo particular. KOOIMAN, Jan. **Governing as governance**. London: Sage Publications, 2003, p. 9.

O fato é que a política, da mesma forma que a economia, se transnacionalizou, dividindo-se em vários centros de poder. A partir dessa perspectiva, o sistema internacional deixou de ser simplesmente um sistema de Estados, passando a uma estrutura plural, ou melhor, plurilateral, composta por blocos regionais, regimes regulatórios, agências internacionais e transnacionais. Um sistema no qual micro regiões, assim como novas unidades políticas, podem participar da constituição da política global. Nesses termos, a teoria democrática, preponderantemente voltada para os desafios que emergem dentro das fronteiras do Estado-Nação, tem agora, diante si, a tarefa de explorar a interconexão crescente entre Estados e sociedade e entre forças nacionais, internacionais e transnacionais.

Deve, pois, questionar-se se o Estado-Nação deverá permanecer no centro da reflexão democrática. As sociedades civis têm uma participação destacada, contrariando o ideal liberal de que o mercado, com sua dinâmica de liberdade total e de desconhecimento das fronteiras nacionais, apresenta-se como único candidato possível para a função regular<sup>186</sup> e integradora do Estado-Nação. E não só isso. Deve disseminar o ideário de que o sistema político tem que deixar de operar como um subsistema que atua para resolver os problemas próprios de toda sociedade, devendo restringir-se ao que constitui seu objeto funcional<sup>187</sup>, àquilo que a sociedade, por si só, não consegue dar conta.

Em suma, falar de governança como um conceito analiticamente distinto de governo significa que, em sociedades modernas, caracterizadas pela complexidade, diversidade e dinamismo, os mecanismos de coordenação social, com vistas à resolução de problemas e à criação de oportunidades, não estão restritos às estruturas burocráticas estatais. O Estado, pelo contrário, é um dos atores que desempenham funções governativas, mas não o único e, conforme o contexto, nem mesmo o principal. Assiste-se, pois, hodiernamente, a um cenário em que o Estado passa a compartilhar decisões também com outras estruturas de poder situadas localmente e no espaço internacional regional e mundial, à medida que um número crescente de questões implicam a articulação, cooperação e mesmo sobreposição e competição. Isso faz, por derradeiro, com que os esforços de coordenação social autônoma por parte de atores não-estatais passem a ser observadas. Mas, ainda não é o bastante. Há muito a ser apreendido para um efetivo respeito à circularidade da dupla autonomia.

---

<sup>186</sup> CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha? FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Governança global**: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 12-3.

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002, p. 26.

### 3 A REGULAÇÃO SOCIAL E JURÍDICA NA ERA SETORIAL: UMA PROPOSTA EMPÍRICA DO PARADIGMA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

#### 3.1 ORGANIZAÇÃO SETORIAL

*A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê – Arthur Schopenhauer.*

*O mais competente não discute, domina a sua ciência e cala-se – Voltaire.*

Usualmente, o fenômeno da autonomia social é tratado no debate jurídico em termos de uma simples liberdade dos autores individuais de se afastarem da norma jurídica e da correspondente necessidade do desenvolvimento de estratégias apropriadas<sup>188</sup> - perante a violação das normas jurídicas, a introdução de novas normas, de normas que proíbem justamente a violação das normas jurídicas. O que não resta percebido é que o direito e a sociedade não são mutuamente acessíveis, só podendo operar através de sua própria construção intrassistêmica.

Essa circunstância, por derradeiro, é apreendida a partir da concepção de diferenciação da sociedade, entendida enquanto comunicação que adquire um alto grau de especificidade de sentido. Trata-se assim, do resultado de um momento evolutivo do sistema social: o mesmo, alcançando um nível elevado de complexidade, exige cada vez mais o surgimento de sistemas parciais, que a partir da distinção inicial diferenciam-se criando outros sistemas que, por sua vez, desenvolvem comunicações específicas a partir de um código particular, traduzindo informações do ambiente de acordo com suas estruturas e critérios internos. Este é ponto, o sistema total se apresenta ante o sistema parcial como a unidade da diferença<sup>189</sup> entre sistema parcial e entorno desse.

---

<sup>188</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 145 e 150.

<sup>189</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 281.

Há de se abandonar, porquanto, a velha ideia segundo a qual as normas jurídicas produziriam diretamente mudanças sociais, em favor de uma causalidade circular interna, sujeita a influências modeladoras e a choques exógenos<sup>190</sup>. Não é o legislador que cria ordem nos subsistemas sociais, mas são os próprios subsistemas que, lançando mão seletiva e arbitrariamente daquela, criam a sua própria ordem. Tendo por fim viabilizar uma autonomia regulada<sup>191</sup>, o Direito reflexivo parte, então, da substituição da coerção pelo consenso, do comando pela negociação, da decisão imperativa pela persuasão, da imposição pelo acordo e da subordinação pela coordenação; da capacidade de perceber como, em seu meio ambiente, operam outros sistemas em relação de interdependência, colocando-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel.

Essa forma de observação assegura, pois, o equilíbrio entre as diferentes organizações complexas, que surgem no interior desses sistemas funcionais para a realização de suas operações e para a execução de sua função, assumindo o código do respectivo sistema. Ocorre que para que os sistemas funcionais sejam capazes de se comunicar com o seu ambiente é necessário que no seu interior se formem organizações<sup>192</sup>, que serão responsáveis por produzir as decisões. Logo, em uma sociedade funcionalmente diferenciada, quem decide são os atores sociais, mas as organizações que constituem os respectivos sistemas parciais da sociedade, que no contexto contemporâneo ganham a designação de constituintes.

Sucedo que, com a sistemática transnacional, os direitos fundamentais não afirmam apenas a existência de posições jurídico-fundamentais frente a instituições políticas, senão também frente a instituições sociais. Trata-se da emergência das chamadas Constituições civis, da constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial, de uma cuidadosa generalização e especificação<sup>193</sup> do fenômeno constitucional – generalização na medida em que o conceito de Constituição resta desligado de determinadas peculiaridades do sistema político e, em especial, do Estado; e especificação frente às peculiaridades das operações, estruturas, meios, códigos e programas específicos dos subsistemas, que exigem repensar as instituições jurídico-constitucionais.

---

<sup>190</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 150-1 e 195.

<sup>191</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 196.

<sup>192</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoria de la Sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 365.

<sup>193</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 94-5.

### 3.1.1 CIRCULARIDADE e DUPLA AUTONOMIA: a problemática da regulação jurídica enquanto heterorregulação

A questão que envolve toda essa conjuntura é que se a autonomia funcional, intensificada pelo fenômeno da globalização que faz com que setores sociais se especializem cada vez mais e com maior rapidez, remete à autorregulação, como seria possível a efetividade do direito positivo enquanto regulação externa dos diferentes sistemas? Se não existe um sistema hierárquico superior, que papel esperar das instituições do direito, encarregadas de aplicá-lo? De que forma o mesmo pode cumprir sua função? E qual sua função, afinal, diante desse contexto?

Essa problemática tornou-se, pois, mais clarividente com o processo policêntrico da atualidade, a partir do qual restou possível observar mais nitidamente o desenvolvimento de um número de formas de regulação ao lado das tradicionais de regulação jurídica. Destacando-se o fato de que não se rege pelo direito certas relações sociais, restou evidente, com isso, a caducidade das formas modernas de normatização e controle da sociedade, que davam ao direito um lugar privilegiado e, em contrapartida, a inteligível utilização dos modos tidos por alternativos ou informais de regulação, desde a arbitragem até a *soft law*<sup>194</sup>.

Isso pode ser vislumbrado no plano da atividade econômica. A regulação engloba toda essa organização através do Estado, com intervenção na concessão de serviço público e exercício do poder de polícia, mostrando-se incorreta uma teoria que abarque apenas uma dessas formas de regulação<sup>195</sup>. Nesse sentido, tanto a escola do interesse público, diretamente vinculada à ideia de serviço público, acreditando na possibilidade de controle dos agentes privados através do regime jurídico, quanto a neoclássica, que nega qualquer fundamento de interesse público na regulação, acreditando na possibilidade de prever os resultados e fins da atividade econômica, mostram-se limitadas ao apenas priorizar um aspecto da regulação. Em verdade, resta necessário admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais, com a preponderância de um sobre o outro de acordo com o objeto, onde a mesma pode ou não funcionar, quais os setores não-reguláveis e em que escala.

---

<sup>194</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

<sup>195</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13-27.

Precisamente, não há como mudar a natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar, no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares<sup>196</sup>. O fundamento jurídico da regulação é justamente a busca de um objetivo pré-jurídico para garantia efetiva da correção da integração dos vários agentes econômicos no mercado, estando presente na procedimentalização da atividade. Isso é o que procura fazer a teoria jurídica do direito concorrencial: garantir a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras estruturais (procedimentais, na medida em que não impõe um comportamento e resultado, mas sim garantem o relacionamento entre concorrentes), assegurando a possibilidades dos agentes coordenarem por si suas próprias relações de forma mais eficiente.

Trata-se do ideário da autorregulação<sup>197</sup> que, aplicada ao sistema econômico, pode ser entendida: (i) como capacidade de funcionamento equilibrado da economia, sem necessidade de normas exteriormente impostas aos agentes econômicos; (ii) como regulação de um determinado grupo de meio de normas voluntárias e autovinculação voluntária; e (iii) como capacidade de um determinado grupo de se regular a si mesmo mediante reconhecimento oficial e com meios de direito público.

Nessa esteira é que a regulação social pelo direito só adquire sucesso quando implementada por intermédio de dois mecanismos radicalmente diferentes, informação e interferência, que asseguram a mediação entre clausura operativa do direito e a respectiva abertura ao meio envolvente. Assim, o direito só regula a sociedade regulando a si mesmo. É a chave da heterorregulação através da autorregulação: gerando continuamente informação interna a partir do interior do próprio sistema, o direito produz realidade jurídica autônoma<sup>198</sup>, orientando suas operações sem qualquer contato real com o meio envolvente; não obstante isso, o direito encontra-se ligado ao respectivo meio envolvente através das pressões recíprocas de articulação do sistema jurídico com sua envolvente.

---

<sup>196</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 28-34.

<sup>197</sup> A mesma é caracterizada por três traços: (i) é uma forma de regulação e não ausência desta, isto é, a autorregulação é uma espécie do gênero regulação; (ii) é uma forma de regulação coletiva, pois não existe autorregulação individual; e (iii) é uma forma de regulação não estatal, podendo também ser definida como regulação não pública. MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52-3.

<sup>198</sup> Em outros termos, os sistemas sociais constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente. Trata-se da construção pelo sistema do seu próprio meio envolvente. TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 130.

Nas suas operações, o sistema jurídico constrói um meio envolvente próprio, edifica a realidade jurídica, no sentido sistêmico estrito de modelo interno do mundo exterior. A sociedade, da mesma forma, capta as informações que são transmitidas pelo direito, decodificando-as de acordo com suas próprias noções. Assim sendo, a problemática atual da produção legislativa do direito encontra-se nesta circularidade dupla de autonomia: a autoapoiese do direito e dos subsistemas sociais. Resta necessário perceber, porquanto, que não existe saída quando se concebe um sistema jurídico estritamente fechado. O direito, como técnica de controle<sup>199</sup>, deve desenvolver laços com a realidade social.

Cada sistema somente consegue preservar seu potencial de evolução mediante a interação com outros sistemas. Entretanto, ao se abrir a essa interação, cada sistema acaba correndo o risco de ter suas especificidades apropriadas por outros sistemas ou de vê-las descaracterizadas pela influência determinante dos sistemas mais fortes. É por este motivo que os sistemas devem ser fechados, em termos operativos, mas abertos, do ponto de vista da captação das informações oriundas do seu ambiente. O fechamento operativo, ao contrário do que se poderia olvidar, representa a base da autonomia<sup>200</sup>: um sistema incapaz de promover esse fechamento não consegue construir seus elementos, programar operações e gerar novas comunicações, estando condenado ao desaparecimento. A abertura ao meio proporciona o fechamento, livrando o sistema da estagnação e, o fechamento, harmoniza a abertura, impedindo uma dissolução.

Acerca do presente, Carvalho observa que sistemas jurídicos que enfatizam os Tribunais como estabilizadores dos sentidos das leis, por intermédio dos precedentes, como é o caso dos sistemas britânico e americano, são os que melhor cumprem essa função. Por outro lado, sistemas que enfatizam a regulação de condutas através de normas de forma determinística<sup>201</sup>, procurando esgotar o universo de condutas humanas possíveis, apesar de visar gerar ordem, fatalmente geram fontes de ruído para o sistema social, que igualmente desenvolve mensagens provocadoras de ruído ao sistema jurídico que, por sua vez, em face dessa conjuntura, têm grandes dificuldades em vencer esses ruídos causados pela sociedade.

---

<sup>199</sup> Esse problema, aliás, não é sentido exclusivamente pelo direito. A religião também pretende ditar tipos de comportamentos. Entretanto, a aceitação da tipologia pregada depende da sociedade.

<sup>200</sup> Em outros termos, quando instâncias externas passam a determinar suas operações e a intervir na constituição de seus elementos, o sistema perde a capacidade de fixar o limite que o separa de seu ambiente, que o diferencia de seu entorno. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 191-2.

<sup>201</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 242-3.

Ocorre que, na medida em que o nível de complexidade gerado pela diferenciação funcional tende a ser cada vez mais alto, nenhum sistema particular dispõe de condições para aspirar dirigir a sociedade. Assim, para afastar qualquer possibilidade de disfunção, desequilíbrio social, o sistema jurídico<sup>202</sup>, tradicionalmente visto como o responsável por regular de forma direta toda sociedade, não tem alternativa a não ser aceitar a autonomia como um dado, renunciando a aspiração de disciplinar os aspectos internos e específicos de cada sistema. O Estado e seu sistema jurídico acabam, na prática, perdendo sua capacidade de gestão. A única maneira de assegurar um mínimo de critérios comuns é formar uma estrutura normativa que não incida de modo direto no funcionamento interno dos subsistemas, limitando-se a estabelecer condições destinadas a facilitar a operatividade autônoma de cada um deles.

Tal perspectiva, nesses termos, mostra-se imperiosa no presente cenário em que os problemas de regulamentação e de controle se colocam de forma aguda e totalmente nova. Assiste-se, pois, ao desenvolvimento, à margem de um direito de feição tradicional, de estratégias e normas de políticas de gestão da regulação que são reconhecidas por todo planeta. E isso, evidentemente, não se dá sem colocar inúmeros problemas aos juristas: os direitos foram tradicionalmente fundamentados em uma filosofia jurídica e política elaborada desde a baixa Idade Média até o Iluminismo<sup>203</sup>. As circunstâncias econômicas, políticas e sociais que cercaram o surgimento desse pensamento não tinham qualquer relação com a globalização, tal como ela aparece hoje. Isso faz com que a conjuntura jurídica e sua pretensão e função tenham que ser repensadas.

Nesse sentido, ganha destaque o resgatado por Teubner, de que o direito é comunicação e nada mais que comunicação<sup>204</sup>. A partir dessa base, resta possível evitar o individualismo metodológico que definiu o direito como um conjunto de normas que restringem a ação individual, ignorando a autonomia do social. Os elementos básicos do sistema do direito não são normas, como prega a teoria analítico-normativista, mas sim comunicações.

---

<sup>202</sup> Este é o caso também do sistema político. Não mais representando o centro ou o vértice da sociedade, ele é, como os demais sistemas parciais, autônomo no exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, vinculado a todos eles por relações de interdependência, que não admitem a prevalência de um sistema determinado. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 192-3.

<sup>203</sup> ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19 e 28.

<sup>204</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 40-1.



Para o mesmo, o caráter autorreprodutivo do direito, como um processo social, somente se mostra inteligível mediante a eleição das comunicações como elementos básicos do direito. A autopoiese representa a autorreprodução de uma rede de operações comunicativas, mediante a aplicação recursiva de comunicações aos resultados de comunicações anteriores. O direito é, assim, uma rede comunicativa, que produz comunicações jurídicas. E, como tais, as comunicações jurídicas são os instrumentos cognitivos mediante os quais o direito, como discurso social, é capaz de ver o mundo<sup>205</sup>. As mesmas, entretanto, não entram ao mundo real externo, nem a natureza, nem a sociedade, somente comunicam algo referente à natureza ou à sociedade.

De tal modo, por mais tranquilizadora que seja a racionalidade universalista do pensamento jurídico e político do século XVI ao XIX, ela não é apropriada. O jurista defronta-se no cotidiano com dificuldades de múltiplas racionalidades. A produção da norma já não vem de um único centro: o Estado. Hoje se revela uma multiplicidade dos modos de regulação, quanto a um objeto considerado até aqui exclusivamente ligado à competência do direito estatal. O antigo modelo de produção da norma jurídica, baseado no monolitismo da lei e em comportamentos jurídicos<sup>206</sup>, dá lugar a um novo modelo, fundamentado no pluralismo jurídico, na função das práticas sociais, cujas codificações haviam decidido por fim.

A tendência dos diferentes sistemas e subsistemas à autonomia funcional amplia, nesse passo, extraordinariamente a complexidade do sistema jurídico<sup>207</sup>. Rompendo a ideia tradicional de monopólio do exercício do poder legítimo, a mesma dificulta o trabalho de produção normativa por parte dos legisladores, colocando-os diante do desafio de ter de neutralizar, por meio de regras e de mecanismos processuais excessivamente rígidos e hierarquizados, que ainda estão submetidos, as pressões, as tensões e os conflitos decorrentes dos vínculos pluridimensionais entre os diversos âmbitos e níveis sociais. Com a queda do monopólio da definição do sentido da vida coletiva pelo Estado, cada vez mais ele passa a concorrer com outros movimentos identitários, muitos imunes ao seu controle.

---

<sup>205</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 41-2.

<sup>206</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 250-2.

<sup>207</sup> Essa tendência à autorregulação abre caminho para uma situação-limite, em cujo âmbito não existe uma forma de convergência do todo e um sistema hierarquicamente superior, isto é, com poder de monitoramento, direção, subordinação e controle sobre os demais sistemas e subsistemas, motivo pelo qual questiona-se o papel a ser esperado do direito positivo e das instituições encarregadas de aplicá-lo. FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25-6.

Nesse sentido, o direito não pode querer acumular a plena autoridade e responsabilidade epistêmica, pelas construções que realiza da realidade. Ao mesmo tempo, o mesmo não pode delegar totalmente a autoridade epistêmica aos outros discursos sociais. Seu papel, diante da nova conjuntura, deve restringir-se a definir certos requisitos. Trata-se de reconhecer que o direito, por um lado, não tem vocação para tudo reger e, por outro, que o mesmo não tem a função de apenas afirmar como funcionam as relações jurídicas, mostrando adequação quando inclui certo número de possibilidades<sup>208</sup>, para que os próprios atores afirmem qual será o direito.

Partindo dessa concepção, Teubner trabalha com o ideário de que quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro<sup>209</sup>, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível. Fica claro com isso, pois, que em vez de uma simples regulação de um objeto por um sujeito regulador, tem-se, na prática, dois processos autônomos de autorregulação, sobrepostos de uma maneira própria.

A resistência dos subsistemas sociais às tentativas de regulação externa procede, porquanto, da clausura autorreferencial daqueles, o que se torna patente na indiferença de sua adequação ao meio envolvente e na imunidade às medidas político-regulatórias introduzidas<sup>210</sup>. Essa resistência, advinda da autonomia social, força, nesses moldes, o fenômeno legislativo a ter de se desenvolver de um modo determinado pela circularidade da dupla seletividade da autopoiese, jurídica e social.

---

<sup>208</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 404.

<sup>209</sup> Ilustrativamente o autor traz um estudo a respeito da regulação da bolsa de valores, no qual restou descrito como o comitê regulador da bolsa identifica pontos críticos de intervenção e estabelece, então, irritações para estimular o mercado de ações a se direcionar a uma situação de atrator, próxima do objetivo legislativo da liquidez do mercado acionário. Teubner traz, assim, o modelo rinoceronte: Suponha-se que se queira fazer com que um rinoceronte atravesse a plataforma que liga o navio ao píer. Não bastaria dizer “por favor, meu caro rinoceronte, poderia fazer a gentileza de caminhar sobre essa plataforma?”. O rinoceronte não entende essa linguagem. Ainda que alguém invente amarrar uma corda em volta de seu pescoço e tentar puxá-lo sobre a pequena ponte, com alguém o cutucando por trás com um porrete, o animal provavelmente enfiaria, de maneira bastante rude, seu chifre no traseiro do homem com a corda. Mas há um ponto fraco no organismo dessa besta: o estômago. Com a sua ajuda podemos nos servir de uma linguagem internacional e cosmopolita, que até animais compreendem. Se você colocar uma mão cheia de comida diante do seu focinho, pode dispensar qualquer outra gentileza. TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 38-40.

<sup>210</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 154.

A questão que emerge, nesse desiderato, é em que medida as ideias de um direito reflexivo poderão contribuir para esse processo. Mostra-se, pois, necessário ter consciência, entretanto, que os obstáculos da dupla seletividade apresentam-se inultrapassáveis<sup>211</sup>. O que resta é, senão, recorrer a estratégias oblíquas, indiretas ou laterais para enfrentar o problema, já que a autonomia dos subsistemas sociais torna-os inacessíveis à intervenção jurídica direta, não podendo a própria reflexividade almejar outra função que não de despistar tais obstáculos.

Atento a essa dimensão, o mesmo, visto como um direito ativo contendo programas relacionais, primeiramente renuncia a responsabilidade total pela ordem da sociedade. Trabalhando com regras abstratas, que possibilitam a intervenção de premissas contextuais para a interação dos sistemas autônomos, seu objeto é a autonomia regulada, constituindo uma racionalidade discursiva que cria zonas de autonomia para os atores e sistemas sociais. Trata-se de um direito de orientação da sociedade, como uma forma de organização das condições, que regula as interações das partes autônomas, de modo a permitir a integração do sistema em um nível mais elevado de ação. O direito reflexivo supõe, porquanto, uma etapa de desenvolvimento do direito acoplada com a evolução das funções do Estado<sup>212</sup>, que traz ínsita a necessidade de rupturas, de maneira a resgatar as relações mútuas (não no sentido de uma coevolução automática) entre o funcionamento de uma sociedade e o direito.

Isso é algo, pois, que se assiste nas diferentes variantes. A crítica do jurídico reivindica o retorno para as fontes primárias do direito<sup>213</sup>: as normas sociais, uma formação espontânea das regras, uma racionalidade discursiva ou uma justiça desconstrutiva. Edificante é, nesse sentido, a confrontação do direito como desapropriação dos conflitos, segundo a qual o mesmo não está por si próprio em posição de compreender suficientemente os conflitos sociais, nem de resolvê-los de modo satisfatório, já que os formaliza com a ajuda de conceitos que os expropriadem do contexto em que foram concebidos, daí o slogan *expropriem os expropriadores, devolvam os conflitos às pessoas*. O direito não possui empatia suficiente para entender os conflitos, já que apenas os observa (constrói) do seu interior. Por isso, ele pode apenas os transformar em questões jurídicas técnicas, fazendo com que possam ser objeto de uma decisão jurídica em qualquer caso.

---

<sup>211</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 155.

<sup>212</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 678.

<sup>213</sup> TEUBNER, Gunther. *As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 110-1.

O fato é que as sociedades industriais e democráticas desenvolveram-se a partir da diferenciação funcional. Os subsistemas foram, pois, obtendo uma autonomia<sup>214</sup>, uns em relação aos outros e em relação às instituições centrais: o Estado e o direito. A sociedade liberal criou o Estado como titular do monopólio do controle do poder, através do direito positivo e legítimo. O advento do Estado intervencionista exigiu a preservação da ordem, por meio de ingerências em campos anteriormente considerados autônomos e fora do alcance da ação estatal. A revolução keynesiana estabeleceu uma nova função para o Estado, que se tornou mais importante e menos possante, passando todos os problemas a serem considerados de sua responsabilidade, cuja sobrecarga levou-lhe a uma crise.

Assim o Estado, diminuído em seu poder de intervenção e, muitas vezes, constringido a compartilhar sua titularidade de iniciativa legislativa com diferentes forças, que transcendem o nível nacional, viu seu papel restrito a articulador da autorregulação, tendo por função preservar a complexidade das diferentes racionalidades e induzir processos de mútuo entendimento entre eles<sup>215</sup>. O direito positivo tende a passar, nessa perspectiva, a disciplinar não comportamentos, mas procedimentos, voltando-se menos ao estabelecimento de sanções e mais aos ajustes processuais em face da evolução das diferentes relações de força, cujo caráter eminentemente policêntrico impossibilita a imputação simultânea de responsabilidades.

Aqui ganha destaque também o fenômeno do *re-entry*, pela reentrada das distinções jurídicas sobre elas mesmas, pelo duplo fechamento que, curiosamente, integra ao direito os aspectos que especificamente são exteriores a ele<sup>216</sup>: os atos legislativos transmitem o símbolo de validade jurídica através do código binário, que representa a primeira clausura, a clausura operacional do direito; tem-se, na sequência, uma duplicação da clausura, pela clausura das observações do direito, em que resta possível a compensação da clausura operacional, já que no momento em que a distinção de interno/externo é novamente introduzida, a argumentação jurídica torna-se autônoma, podendo recorrer à exterioridade do direito.

---

<sup>214</sup> Alguns atingiram um tão elevado grau de fechamento operacional, que se tornaram eles próprios capazes de definir suas regras de operação, tornando-se dependentes de sua complexidade interna. As operações autorreferenciais passaram a predominar por sobre as heterorreferenciais, tratando os sistemas mais de si próprios do que seu ambiente. Isso fez com que se tornasse cada vez mais difícil a manutenção da coerência entre os elementos da sociedade, apresentando-se um elevado grau de divergências em face das racionalidades específicas. Eis o dilema da sociedade moderna: a diferenciação leva, ao mesmo tempo, a uma independência e a uma interdependência, cada sistema somente conservando seu potencial evolutivo quando combinado com os demais subsistemas. ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 678-9.

<sup>215</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

<sup>216</sup> TEUBNER, Gunther. *As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 110-1.

Do direito repressivo da sociedade pré-moderna, passando-se pelo Estado liberal e intervencionista (sociedade moderna e complexa, respectivamente), chega-se, assim, ao direito reflexivo onde, na sociedade hipercomplexa apresentada, resta ao Estado atuar na forma de orientações. Sucede que, diante desta conjuntura social, não se mostra possível controlar diretamente os subsistemas por meio de políticas administrativas ou jurídicas. Entretanto, a orientação societária é necessária, já que não se pode confiar apenas na auto-orientação própria dos subsistemas. Logo, nem controle autoritário e direito, nem autonomia absoluta, mas uma orientação contextual descentralizada, que não substitui as demais formas, mas soma-se a elas, como as diferentes funções do Estado<sup>217</sup>, para atender missões específicas, principalmente a de regular as relações entre os sistemas autônomos.

É nesses termos que, precisamente, frente ao direito reflexivo, os programas normativos condicionais e finalísticos são substituídos por programas relacionais<sup>218</sup>, baseados no saber, no conhecimento e na informação, antes do que propriamente em atos de império. O mesmo não arbitra interesses conflitantes, mas sim se limita a estimular interações entre as organizações complexas, disseminando entre elas um sentimento de responsabilidade social. Desse modo, como não impõe comportamentos, apenas sugerindo-os, os programas normativos relacionais não governam as sociedades hipercomplexas, restringindo-se a pilotá-las, com o que conseguem promover o engate estrutural das diferentes ordens jurídicas advindas do fenômeno da globalização policêntrica.

Esta nova maneira de observação pelo direito ganha destaque, porquanto, mostrando-se mais adequada à realidade social contemporânea, na medida em que o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de autorreprodução da sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais<sup>219</sup>, passando a utilizá-los como fontes de produção de normas.

---

<sup>217</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 680.

<sup>218</sup> Sucede que, os instrumentos normativos do Estado liberal e intervencionista, em face da pretensão de validade *erga omnes* e dos códigos convencionais, mostram-se singelos demais para lidar com as questões multifacetadas surgidas em contextos em constante mutação, o que leva a soluções invariavelmente rígidas, inapropriadas e multiplicadoras de tensão e conflitos. A sociedade contemporânea veio diferenciando-se funcionalmente em vários sistemas parcialmente autônomos, cada um deles atuando numa área determinada, o que levou, conseqüentemente, à substituição das relações interativas hierarquizadas por relações reticulares, não se tratando mais de cada problema por meio de normas gerais (típicas do Estado liberal), nem de normas compensatórias (comuns ao Estado social). FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188-9 e 197-8.

<sup>219</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgem Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 86.

O principal objeto deste direito é, pontualmente, a própria autonomia dos sistemas. Sua função é viabilizar a autonomia regulada, a fim de que possam maximizar sua racionalidade interna, mediante adequados procedimentos de formação de consenso e tomada de decisão coletiva. Cabe ao direito reflexivo, formado por normas de organização, preservar os processos de autorregulação em cada área específica das sociedades complexas e assegurar a integração de seus sistemas sociais diferenciados. Não interferindo na autonomia particular de cada sistema, o que esse direito procura fazer é com que aprendam a ouvir<sup>220</sup> as diferentes pressões vindas dos sistemas que o rodeiam.

Tal como uma empresa econômica que quando somente traz prejuízos apresenta-se como providência a troca dos padrões, parece ser hora de uma troca radical dos fundamentos teóricos do modo de funcionamento do sistema jurídico, de modo a tornar capaz uma precisa teoria do direito. A descoberta das dificuldades do direito, enquanto meio de intervenção, aponta para um paradigma mais modesto. Diante de sistemas autorreferenciais direcionados para o interior, sem preocupação com o ambiente, com um modo de operação egoísta, quase humano<sup>221</sup>, cabe-lhe, nesse desiderato, educar e civilizar os sistemas sociais, cujo processo é o mesmo que para mudar as pessoas.

Willke, um dos principais promotores do direito reflexivo, esclarece a questão referindo que é importante e necessário entender a autonomia operacional e fechamento de diferenciados e complexos sistemas sociais, a fim de, pelo menos, tentar obter alguns resultados para a regulação<sup>222</sup>. Uma baliza a sistemas complexos ou tentativa de intervir diretamente só remete a efeitos indesejados e opostos. A fim de se regular com sucesso requer-se, primeiro, uma base teórica e, em seguida, em segundo lugar, resta necessária uma compreensão do sistema desenvolvido em questão, que se apresenta de forma não transparente. A qualidade da intervenção depende, assim, da qualidade da compreensão lógica de funcionamento do sistema. Resta necessário considerar-se, ainda, que sempre se regulará em atenção à lógica do sistema, aos modos de operação do sistema, então é o sistema quem decidirá o que fará com a regulação.

---

<sup>220</sup> Como dentro dessas áreas existem racionalidades próprias, não estando o Estado em condições de impor soluções universais diante da diversidade e especialidade dos problemas, resta-lhe como papel promover entre os diferentes sistemas uma reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões e atuações, induzindo-os a não ultrapassar situações-limite, em que todos teriam a perder. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 195-6.

<sup>221</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 681.

<sup>222</sup> WILLKE, Helmut. Entrevista realizada por Pablo Fraser e José Tomás Guzmán. Tradução e transcrição Patricio Velasco. **Revista Doble Vínculo**, jul. 2007.

Para o autor, isso não significa, entretanto, a necessidade de uma posição totalmente cética em relação ao êxito da regulação, mas, apenas, que o sistema elege parâmetros específicos, restrições específicas e oportunidades específicas do entorno, o que permite ao mesmo reagir diante desses novos parâmetros, novas oportunidades e novas restrições que estão sempre na sua lógica. Esta seria a maneira através da qual se poderia guiar qualquer sistema<sup>223</sup>, desde a lógica interna dele mesmo, não de um real entendimento da lógica, mas um modelo da lógica interna do sistema, já que nunca se chegará a conhecer a verdadeira lógica interna, o verdadeiro modo de sua operação, a verdade, enfim, sobre o sistema. Isso é impossível, na medida em que o que se tem é sempre uma reconstrução do que é observado dos modos de operação do sistema. Não há como um sistema pretender conhecer a verdade sobre outro sistema.

Nesse sentido, fica claro, pois, que a consequência da evolução na técnica jurídica é uma maior flexibilidade do anterior caráter autoritário do direito e de sua dispersão em vários níveis de formulação. A legislação nacional perde seu caráter detalhista para limitar-se a um direito mais geral e flexível (leis de base, diretivas, leis de incitação, recomendações), suscetível de engendrar uma particularização<sup>224</sup> e uma privatização de regulação jurídica. Com essa evolução, o direito estatal deixa de promulgar proibições (direito negativo), para tomar uma forma mais positiva (leis de incitação), indicando e incitando os atores a tomarem decisões em conformidade com as metas escolhidas. O direito se volta, assim, como um instrumento que pode ser utilizado e não que deve ser utilizado.

Em outros termos, diante dessa impossibilidade de intervenção jurídica direta, surge como estratégia primeira a observação mútua dos sistemas, cujas propriedades poderiam ser reforçadas através da influência, bem como, o estabelecimento de um liame comunicativo através da interferência, estendida por intermédio de uma política de opções jurídicas<sup>225</sup>. Entretanto, há um ponto que merece melhor atenção. Os subsistemas sociais não são, enquanto tais, dotados de capacidade de ação coletiva, motivo pelo qual necessitam de organizações operacionais capazes de agir, estando aí mais uma estratégia: a comunicação pela organização.

---

<sup>223</sup> WILLKE, Helmut. Entrevista realizada por Pablo Fraser e José Tomás Guzmán. Tradução e transcrição Patricio Velasco. **Revista Doble Vínculo**, jul. 2007.

<sup>224</sup> ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: fim do Estado moderno?. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 21.

<sup>225</sup> Com isso não se ignora, é claro, a possibilidade de uma situação-limite de coevolução cega do direito e da sociedade e de graves perdas de motivação e informação. TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 190-1.

### 3.1.2 ORGANIZAÇÕES COMPLEXAS: a conjunção da regulação social emergente no processo de diferenciação funcional

Os sistemas autopoieticos conservam sua identidade, ao mesmo tempo em que operam transformações indispensáveis<sup>226</sup> à sua sobrevivência. As organizações existentes no interior desses apresentam-se, pois, como as responsáveis pela decisão que gera essa operacionalidade. Diversos estudos são dirigidos, com efeito, a respeito das mesmas, ora orientando-se à observação para uma ciência autônoma, enquanto outra para sua sociologia. A primeira acepção, por oportuno, é tida como uma conjunção complexa das funções de comunicação e de decisão no seio de um sistema percebidamente autônomo. Trata-se de uma das disciplinas constitutivas da sistêmica, de outra face da mesma moeda<sup>227</sup>, no sentido das propriedades universais de todo sistema em geral, ao mesmo tempo organizado e organizador.

Edgar Morin, nesse enfoque, propõe uma construção elaborada da ciência da organização, segundo a qual a mesma é uma disposição de relações entre componentes ou indivíduos, que produz uma unidade complexa, ligando de modo inter-relacional elementos ou acontecimentos diversos que, a partir daí, tornam-se os componentes de um todo. A mesma, transformando, produzindo, ligando e mantendo, garante ao sistema uma duração apesar das perturbações<sup>228</sup>, exprimindo-se como um nó (um complexo) de interações pela conjunção de três ações autonomizantes fundamentais, a ação em um tempo (autorregulação), espaço (autorreferência) e em uma forma (autopoiese).

Pontualmente, a representação clássica de um sistema organizado, formulada pela cibernética (ciência da comunicação), entre o nível da operação e decisão, restou complexificada pela emergência do processo informacional. O acoplamento entre operação/decisão deve fazer-se através da mediação da informação: a decisão não se delibera a partir da realidade dos comportamentos, mas das relações desses comportamentos que a organização operadora estabelece. Operação, informação e decisão constituem, nesses termos, os três níveis de uma organização.

---

<sup>226</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 122.

<sup>227</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 556.

<sup>228</sup> MORIN, Edgar. **O Método**. Vol. I - A natureza da natureza. 2ª ed. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Europa-América, 1977, p. 101.



Sob a perspectiva sociológica, por sua vez, a observação volta-se à organização-resultado, sendo tida pela acepção clássica como estruturação de um conjunto de elementos distintos, de componentes naturais, sociais ou humanos (organização judiciária, do trabalho ou social) e, em sentido mais recente, enquanto sistema de ação concreta<sup>229</sup>, estruturado por um conjunto de regras e que tende à perseguição de certos objetivos (como ocorre com uma empresa industrial, prisão ou tribunal).

Em Weber encontra-se essa abordagem clássica das organizações, de uma organização mecânica, centrada na procura de uma ordenação das atividades. Para o mesmo, o mecanismo burocrático plenamente desenvolvido compara-se às outras organizações, exatamente da mesma forma pela qual a máquina se compara aos modos não-mecânicos de produção. A razão decisiva para o progresso da organização burocrática é, nesse passo, a superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma de organização. Precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discrição, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal são levados ao ponto ótimo<sup>230</sup> na administração rigorosamente burocrática, especialmente em sua forma monocrática. Em comparação com todas as outras formas de administração, a burocracia treinada é superior, em todos esses pontos, conclui.

Esse sentido, com o desenvolvimento das grandes organizações modernas em prol da industrialização e urbanização, sofre uma reformulação, sendo colocado em causa pela descoberta de aspectos informais do funcionamento organizacional. O mesmo passa a se distinguir da organização social na medida em que designa mais precisamente o conjunto dos estabelecimentos e das pessoas que constituem uma entidade e participam, de modo permanente, de seu funcionamento. A análise moderna passa a se concentrar, assim, mais sobre a racionalidade organizacional e os efeitos inesperados da ação coletiva. A reflexão sobre a organização não pode mais ser uma reflexão lógica sobre a melhor forma racional, científica, de organizar o trabalho. É necessária uma reflexão sobre a capacidade dos grupos humanos de cooperar em sistemas muito mais complexos<sup>231</sup> e os melhores meios de desenvolver essa capacidade. A interação social das organizações envolve indivíduos com diferentes configurações de personalidade. Em parte, diversas implicações da estrutura organizacional têm origem em tais fatores.

---

<sup>229</sup> ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 558.

<sup>230</sup> WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 249.

<sup>231</sup> CROZIER, Michel. **A Empresa à Escuta**. Trad. José Luís Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 33.

Com efeito, a teoria contingencial assumiu um papel de relevo no âmbito das teorias organizacionais e também no das teorias de gestão. Na verdade, não se trata apenas de uma teoria, já que se pode falar, senão de um paradigma, pelo menos de uma orientação de princípio, de uma metateoria<sup>232</sup>. Sucede que a orientação da influência do ambiente, no qual se inscreve a atividade das organizações, levou a colocar em evidência a dimensão sistêmica da interação organizacional. Esta orientação consiste na ideia de que não existem princípios universais, não existem soluções ótimas gerais e que, pelo contrário, os sistemas de gestão e organização dependem do seu contexto, dependem da situação. Daí a designação de teoria contingencial, para traduzir este nexos condicional.

Essa construção abriu espaço, com isso, para a discussão dos efeitos do sistema comunicacional sobre o comportamento organizacional. O fato é que, no final do século XIX e início do século XX, a organização contemporânea ganhou uma arquitetura de rede, na medida em que se difundiram grandes unidades organizacionais, que gradativamente foram se estendendo sobre a esfera política, econômica e social, como resposta à inviabilidade de uma coordenação individualizada. Assim, as mesmas passaram a ocupar um lugar central<sup>233</sup>, definindo os sujeitos seu espaço a partir das competências técnicas, não se mostrando mais possível pensar uma teoria organizacional destacada do contexto social em que as organizações atuam e se desenvolvem.

Luhmann, para além da teoria clássica e da concepção moderna centrada na influência, trabalha com a ideia de organização enquanto realização da autoridade ou da produção, afirmando que, sem a mesma, por melhores que sejam as intenções, não há muito que esperar, na medida em que cada força, para ser efetiva, necessita de um órgão. Alerta ele, acerca da diversidade de concepções, que as orientações otimistas ou pessimistas em relação ao desenvolvimento da sociedade se transmitem correspondentemente ao conceito e juízo sobre as organizações<sup>234</sup>: para uns, a organização parece promover relações objetivas, livres de autoridade; para outros, a mesma apresenta um aumento de eficiência da autoridade política.

---

<sup>232</sup> ROBALO, António. **Teorias Contingenciais de Organização**. Lisboa: Síbaló, 1997, p. 9.

<sup>233</sup> O crescimento exponencial das populações, a sofisticação das relações de negócios e o aumento do volume de dados/informações alteraram e complexificaram o papel das organizações na sociedade. Esse cenário oportunizou, pois, a transformação de seu papel: de coadjuvante, a organização passou à atriz principal, com competência, inclusive, para modificar cenário. SÓLIO, Marlene Branca. **Comunicação, Psicanálise e Complexidade**: abordagem sobre as organizações e seus sujeitos. Caxias do Sul: EDUCS, 2010, p. 62-3.

<sup>234</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. México: Universidad Iberoamericana, 1997, p. 3-4.

Prudencialmente, desde o ponto de vista da sociedade e seus sistemas parciais, o que caracteriza as organizações em relação a outros sistemas sociais é o fato de que suas atividades se restringem ao cumprimento e satisfação de metas específicas. Este é, pois, um problema crucial para uma sociedade extremamente complexa que, portanto, requer este novo princípio de diferenciação: ainda que as organizações não fossem desconhecidas nas sociedades estratificadas<sup>235</sup>, estavam associadas a funções difusas; a complexidade social desenvolvida nas sociedades funcionalmente diferenciadas é que desencadeou a explosão de organizações. A evolução sócio-cultural pressionou a construção de organizações formais, sem as quais os sistemas parciais da sociedade dificilmente poderiam cumprir suas funções.

A sociologia das organizações, nesse enfoque, converteu-se em uma sociologia especial, que se ocupa de seu objeto como tal, isto é, independentemente de sua relação com a sociedade que o rodeia e o inclui. Tanto a sociedade, como seus sistemas funcionais, produzem sua própria unidade por meio da reprodução recursiva das comunicações. Os sistemas sociais organizados devem ser diferenciados de tudo isso – vez que só se pode falar em organizações nesse sentido<sup>236</sup>. As organizações só podem reconhecer como próprias as comunicações de seus membros e isso ocorre somente quando os membros se comunicam entre si. A mesma, servindo-se dessa diferença para condicionar seu comportamento, mostra-se capaz de fixar condições, como decisões, para o ingresso ou a saída.

O processo de reconstrução dessa teoria sociológica pode ser resumido, assim, em três pontos. Inicialmente, tem-se a separação da teoria da organização e da sociedade<sup>237</sup> – a organização é vista como um estado de coisas de tipo próprio. O que tem relevância para a sociedade total está fora de seu contexto investigativo, convertendo-se em entorno. Em segundo lugar, apresenta-se a separação dos problemas principais de investigação organizacional, de tal forma que podem diferenciar-se como disciplinas especializadas - à descrição oficial contrastam formas de comportamento reais. Por fim, opera-se a diferenciação da investigação organizacional de economia da empresa à sociologia da organização, já que trabalham uma perspectiva de unidade completamente distinta.

---

<sup>235</sup> A teoria clássica das organizações põe em primeiro plano seu caráter de instrumento racional. Esta conceituação define a estrutura organizacional como a tradução de metas, adequando-as às relações meios/fins. As organizações, assim, consideram-se dependentes das condições que se apresentam em seus ambientes sociais, não como sistemas que gozam de uma alta autonomia. RODRÍGUEZ, Darío. ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991, p. 157.

<sup>236</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. Trad. Silvia Pappe et al. México: Universidad Iberoamericana, 1992, p. 140.

<sup>237</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. México: Universidad Iberoamericana, 1997, p. 5-6.

A essa altura, não se pode contar com um cálculo racional dos riscos por parte das organizações, no sentido em que um profissional da estatística consideraria ótimo, vez que é possível que, em nome desta racionalidade, os riscos de planejamentos inúteis, processos de inspeção de maior duração e os riscos de não aproveitar as oportunidades, aumentem os riscos para o entorno ou o meio ambiente do sistema. A aversão ao risco por parte das organizações converte-se, assim, em um perigo<sup>238</sup> para os afetados em seu entorno.

Com efeito, fica claro, pois, que as organizações não são um fenômeno universal, presente em todas as sociedades, mas constituem uma aquisição evolutiva, que pressupõe um nível de desenvolvimento relativamente alto. A organização é, nessa esteira, uma forma determinada de tratamento à dupla contingência: cada qual pode atuar de outra maneira e corresponder ou não às expectativas, ainda que não como membro de uma organização. Mas, nesta, vincula-se mediante a entrada e corre o perigo de perder a categoria de membro quando se opõe obstinadamente<sup>239</sup>. A administração do problema da dupla contingência é realizada, de tal sorte, pelo fato da filiação poder ser condicionada e, não unicamente, com respeito ao ato de ingresso, mas também como condição de manutenção do status.

Sucedem que as comunicações, que servem como elemento-último da organização, assumem a forma de decisões, que são comunicações de tipo particular, cuja seletividade deve poder ser sempre atribuída a um membro. No entanto, o fato de ser membro de uma organização não significa que esta pessoa é parte do sistema organizado. As pessoas exercitam a filiação à organização para determinar as estruturas, que permitem ao sistema ser operativo. A filiação à organização não é, por isso, um critério de decisão<sup>240</sup>: esta não especifica quem pode decidir, o que e como se pode decidir, quando a decisão deve tomar-se. A especificação das possibilidades de decisão é tida através de premissas decisórias, que limitam de maneira diferenciada o âmbito do qual, de vez em quando, se pode escolher.

---

<sup>238</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. Trad. Silvia Pappe et al. México: Universidad Iberoamericana, 1992, p. 150.

<sup>239</sup> A partir disso, Luhmann sustenta que, tendo em vista a circunstância de que a filiação baseia-se em decisões e que a conduta seguinte dos membros em situação de decidir depende da filiação, podem-se caracterizar as organizações como sistemas autopoieticos, sobre a base operativa de comunicação de decisões: produzem decisões a partir de decisões, sendo operativamente enclausuradas. Isso porque, na medida em que na forma de decisão há também um momento de indeterminação estrutural, posto que toda decisão provoca outras decisões, esta indeterminação se reproduz em cada uma delas. Com efeito, se reproduz a demanda de mais decisões e, assim, torna-se possível a clausura operacional recursiva do sistema. As organizações, nesse passo, geram possibilidades de decisão, colocando essa como contexto de outras decisões. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 655-8.

<sup>240</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 121.

Nesses termos, os sistemas organizacionais são definidos enquanto sistemas que se compõe de decisões e que elaboram as decisões das quais se compõem, através de suas decisões-componentes. Essas decisões são, assim, comunicações, estando a recursividade temporal das decisões relacionada diretamente com a estrutura organizacional. Os sistemas autopoieticos formam estruturas que atuam como limitadores de possibilidades. As decisões são, nesse sentido, sucessos comunicativos que, por sua vez, requerem para sua comunicação outras decisões, com o que as organizações fecham-se<sup>241</sup>, o que, entretanto, não obsta que as decisões possam estar efetivamente orientadas até o entorno ou ser consequência de exigências provenientes deste.

Logo, como ponto de partida, deve restar claro que por decidir pensa-se normalmente em um processo de reflexão, que serve de preparação para uma ação que executará a decisão. Isto poderia levar à suposição de uma congruência entre decisão e ação, segundo a qual cada ação requer uma decisão e, o inverso, cada decisão, uma ação executora. Só que uma construção como essa se apresenta inadequada<sup>242</sup>. As decisões se diferenciam das ações por um ponto distinto de relação de sua identificação e por uma forma diferente de enfrentar contingência. À diferença das ações, que tem que ser consideradas como dadas ou esperadas em seu desenvolvimento típico, as decisões não tem sua identidade no desenvolvimento de um acontecer determinado, mas na eleição entre várias possibilidades (alternativas).

As organizações significam, em consequência, uma limitação das possibilidades de ação, através de uma regulação das possibilidades comunicativas disponíveis para os atores sociais que ingressam nelas. Por isso, exatamente, que surge o mundo da organização informal<sup>243</sup>, espaços internos onde se primam relações que não são controláveis pelos meios formais que, ganhando espaço, podem chegar a se constituir em uma organização dentro da própria organização primeira.

---

<sup>241</sup> As organizações autopoieticas não carecem de entorno, nem podem operar sem ele. O fato de serem fechadas, não significa que estejam isoladas. As relações organização/entorno não só se referem ao recrutamento de seus membros ou a seus efeitos funcionais. É a constituição mesma do sistema organizacional que supõe a existência de um entorno e seu acoplamento à organização. Esta relação não se contrapõe, pois, com a autopoiese organizacional, vez que toda informação é diferença em relação a algo. Neste sentido, a informação acerca do entorno é sempre produto do próprio sistema. Desde o ponto de vista de uma organização, não há fatos ambientais que existam independentemente de sua observação e interpretação. O entorno não é algo dado, senão definido, observado e interpretado como algo importante para a organização ou o subsistema especializado existente dentro dela. RODRÍGUEZ, Darío. ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991, p. 160-1.

<sup>242</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. México: Universidad Iberoamericana, 1997, p. 8-9.

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ, Darío. ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991, p. 158.

Por oportuno, (a) os programas – que limitam as possibilidades de comunicação colocando objetivos a serem alcançados; (b) as vias de comunicação – que restringem o âmbito das possibilidades de decisão, através das quais a mesma tem um efeito vinculador; (c) e as pessoas – que com suas características modulam os limites do que pode ser decidido de maneira seletiva – constituem estruturas<sup>244</sup> de expectativas no interior da organização, que põem a mesma em possibilidade de operar. Essas três premissas decisórias condensam-se, pois, em pontos de trabalho: cada ponto tem tarefas para desenvolver (programa), pertence a certo compartimento (vias de comunicação) e está ocupado por uma pessoa. Pode-se, assim, trocar uma pessoa que ocupa certo posto, sem que este posto e o programa da organização tenham que ser trocados. A variação de uma premissa não corresponde a das outras.

Isso não quer dizer, entretanto, que as decisões não sejam sensíveis ao contexto. Elas são muito mais do que as próprias ações. Por isso, são também menos estáveis, isto é, mais afetáveis pelo correr do tempo, já que ainda quando a alternativa eleita e o atuar se fixam segundo a decisão, pode ser novamente variada à constelação de alternativas e, com isso, desidentificada a decisão e alterado o contexto<sup>245</sup>. Naturalmente, o presente também é possível nas ações, mas somente se posteriormente são, com maior ou menor propriedade, interpretadas como decisões. Neste sentido, as decisões são sucessos que se tematizam a si mesmos como contingentes. Os sistemas organizacionais são sistemas sociais constituídos por decisões e que vinculam decisões mutuamente entre si.

Na sociedade diferenciada funcionalmente, em face disso, as organizações assumem uma importância que não se havia registrado antes. E isso não vale somente para o sistema econômico, em que a importância das organizações é conhecida e estudada há bastante tempo. Também os outros sistemas de função baseiam suas operações sobre sistemas organizados, como as escolas no sistema educativo, as igrejas no religioso, os institutos de investigação e as universidades na ciência e assim sucessivamente.

---

<sup>244</sup> Estruturas são condições que delimitam o âmbito de relação das operações de um sistema, são as condições de autopoiese do sistema. O conceito indica, portanto, a seleção das relações entre elementos que são admitidas em um sistema. Nesse passo, com base nessa definição, deve-se rechaçar a idéia de que sistema e estrutura coincidem. Ainda que não possam existir sistemas sem estruturas e ainda que as estruturas sempre sejam estruturas de um sistema, os conceitos indicam estados de fato absolutamente distintos: enquanto os elementos de um sistema são operações que, enquanto tais, são produzidas continuamente, as estruturas se condensam somente mediante a repetição de identidade em contextos distintos. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 73 e 122.

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. México: Universidad Iberoamericana, 1997, p. 11-2.

A sociedade contemporânea encontra-se, pois, frente a inúmeros sistemas organizados que, sendo responsáveis pelas decisões, realizam as operações do sistema de função a partir da informação, da representação que a organização operadora estabelece. Verifica-se hodiernamente, com efeito, a explosão do chamado terceiro setor, diferenciando-se do primeiro (o público) e do segundo (o privado), agrupando as organizações não-governamentais (ONG's), entidades que se dedicam a atividades sem fins lucrativos em áreas de interesse coletivo, como educação e meio ambiente. Seus recursos vêm, precisamente, do Estado e das empresas, que lançam os mesmos como gastos com ação social - como demonstra o estudo realizado em 2006 junto ao Brasil<sup>246</sup>, que comparado a outros Estados apresenta-se ainda embrionário, das cerca de 870 mil empresas formais existentes no país, 600 mil, ou seja, 69%, realizavam em 2004 ações voltadas para a comunidade. Quatro anos antes, o índice era de 59%. Apenas em 2004, de acordo com a investigação, o investimento social dessas companhias alcançou 4,7 bilhões de reais, o que equivale a 0,4% do Produto Interno Bruto (PIB).

Nesse enfoque, para além do sistema organizado das empresas e representação corporativa, tem-se, ainda, dentro do sistema de função do esporte em nível internacional, o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), responsável por solucionar conflitos surgidos, como casos de doping<sup>247</sup> e contestação a resultado de provas. O mesmo conquistou atenção do grande público com as últimas Olimpíadas, quando um tribunal *ad hoc* foi montado na cidade-sede para garantir que os casos fossem resolvidos em até 24 horas, no fito de evitar embaraços às competições.

Para além disso, ganha destaque também, frente aos planos de saúde (ANS) e fabricação e comercialização de produtos com potencial de risco a mesma (ANVISA), além de medicamentos, controle da concorrência e demais serviços e monopólios públicos que tiveram o seu exercício delegado à iniciativa privada ou atividades privadas de especial relevância coletiva (ANAC, ANTT, ANATEL), as agência reguladoras independentes, com autonomia funcional e atribuições normativas e administrativas, visando evitar lesões aos interesses sociais definidos e orientar direções socialmente desejáveis.

---

<sup>246</sup> Trata-se dos dados da segunda edição de pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

<sup>247</sup> No Troféu Maria Lenk, realizado em maio/2012 no Parque Aquático Julio de Lamare, vivenciou-se o caso popularizado do nadador Cesar Cielo, pego no exame antidoping para a furosemida, substância proibida, usada para mascarar o uso de outras substâncias entorpecentes. O resultado da análise da urina do atleta (que apresentou uma quantidade muito pequena de furosemida) convenceu o painel da Confederação Brasileira de Desportos Aquáticos (CBDA), que apenas o advertiu. Entretanto, a Federação Internacional de Natação (FINA), discordando da decisão, entrou com uma apelação junto ao TAS. A FINA queria uma punição maior, mas a Corte acabou mantendo a decisão da CBDA.

De tal sorte, essas estruturas sistêmicas, articuladas de modo descentralizado, fazem com que outro tipo de normatividade seja constituída. Trata-se de uma formação por conhecimentos especializados, de um conjunto de técnicas padronizadas de procedimentos, concebidos para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, transporte e segurança dos bens e serviços, de especificação de seus componentes, origem de suas matérias-primas e do e controle de seus custos. Constituindo o assim chamado Direito da Produção<sup>248</sup>, esse tipo de normatividade resulta dos trabalhos de sistematização, harmonização e padronização realizados por órgãos como a conhecida *International Organization for Standardisation* (ISO) e a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A conjuntura do comércio via internet, nessa esteira, encontra seu engate na Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), que opera mediante *Incoterms*, regras para interpretação de termos comerciais utilizados nos contratos sobre transações internacionais. Os mesmos têm o objetivo de facilitar o comércio internacional, através da uniformização das regras internacionais para a interpretação dos termos e expressões comerciais mais frequentemente utilizados, tendo a grande vantagem de reduzir os riscos de litígios emergentes de eventuais interpretações contraditórias neste âmbito, ganhando destaque as condições *standard* que se reportam à entrega, ao transporte<sup>249</sup> e ao risco associado à venda de mercadorias no âmbito das transações internacionais.

Essas regras são reconhecidas pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) como padrão global para a interpretação dos termos mais comuns no comércio exterior. A mesma resta responsável, pois, por propor os modelos de direito contratual e legislação internacional. Visando, por exemplo, promover a confiança no comércio eletrônico, traz questões legais sobre o uso internacional de autenticação eletrônica e métodos de assinatura, dedicando uma atenção especial aqueles baseados em certificados emitidos por um prestador de serviços de certificação, na medida em que se constatou ser mais provável o surgimento de dificuldades jurídicas acerca do reconhecimento transfronteiriço desses métodos.

---

<sup>248</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

<sup>249</sup> Como o DDP – *Delivered Duty Paid*, que estabelece o maior grau de compromissos para o exportador, fazendo com que o mesmo assuma o compromisso de entregar a mercadoria desembaraçada para importação, no local designado pelo importador, pagando todas as despesas, inclusive impostos e outros encargos de importação, sendo responsável ainda pelo frete interno do local de desembarque até o local designado pelo importador, não lhe cabendo, entretanto, o desembarque da mercadoria.



E, tudo isso, sem esquecer do *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) de Roma, a quem incumbe a formulação dos princípios de uniformização dos contratos comerciais de venda internacional de bens. Elaborados por um grupo de estudiosos oriundos, em grande parte, do ambiente acadêmico, pertencentes a diversas áreas jurídicas<sup>250</sup>, os presentes se tratavam de uma exigência procedente do fenômeno da globalização dos mercados. Sucede que a criação de uma área única em nível mundial demandava a superação das disciplinas nacionais, em favor de regras claras, compreensíveis e aplicáveis independentemente do sistema de referência. Frente à consciente insuficiência dos instrumentos aos quais tradicionalmente se recorria passou-se, então, a primar por outros garantidores de uniformidade.

Para além de normas gerais, nesse sentido, apresentam-se algumas inovadoras (ainda que frente a certos direitos nacionais), que se justificam diante da necessidade de melhor satisfazer as exigências da prática comercial internacional, como é o caso do princípio da conservação, que se reveste de uma clara afirmação do contrato, destinado a preservar o mesmo, mediante a limitação das hipóteses em que se permite questionar a sua existência ou validade, ou pôr-lhe um termo antecipadamente.

Por oportuno, resulta claro que a abordagem organizacional<sup>251</sup> constitui um instrumento para compreender os processos de regulação social, no contexto concreto onde ela se exerce. As organizações complexas que se apresentam no cenário contemporâneo trazem, exatamente, a conjunção operação-informação-decisão da regulação social, emergente no processo de diferenciação dos mais variados setores sociais. Com isso, visualiza-se tal organização da sociedade civil que não deixa espaço para se continuar com o ideário de que o direito é capaz de regular a sociedade, produzindo transformação social. O sistema social é autônomo, pois, tal qual o jurídico, estando cada vez mais a se especializar, mostrando capacidade, inclusive, de elaborar sua própria Constituição.

---

<sup>250</sup> O modelo de referência é o do *restatement* americano: um conjunto ordenado de regras que, em grande parte, reflete a prática e os usos que já eram existentes, mas que, em alguns pontos, propõe soluções inovadoras ou preenche lacunas, com o fim de prevenir possíveis controvérsias. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 439.

<sup>251</sup> Um maior substrato da temática organizacional, que aqui não se tem por objetivo percorrer exaustivamente, pode ser obtido, com uma inclinação para o campo da gestão, dentre outros, em: MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Trad. Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: FGV, 1975. PLANTULLO, Vicente Lentini. **Teoria Geral da Administração: de Taylor às redes neurais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002. WEICK, Karl E. **A Psicologia Social da Organização**. São Paulo: Edgard Blücher, 1973.

### 3.1.3 CONSTITUIÇÕES CIVIS: o contorno da organização da sociedade civil na dimensão própria de seus elementos

O que se evidencia é, porquanto, que constitui interesse da sociedade que os seus membros adquiram uma maneira de vida uniforme, em relação a tudo aquilo que toca intimamente o coletivo. Cristalizou-se como requisito básico da vida um mínimo de padronização, capaz de possibilitar, assim, o convívio social. Essas premissas, tidas desde há muito tempo, restaram com o desenvolvimento da civilização moderna centrada no Estado. Só que, no contexto da globalização policêntrica, a articulação social própria recupera a força que restou contida<sup>252</sup>. O indivíduo encontra-se em um processo poderoso de reordenação dos espaços. As novas tecnologias e a conectividade eletrônica abriram novos canais em torno dos espaços de conhecimento compartilhado, dando margem ao surgimento de organizações altamente complexas. A mudança é profunda.

Hoje, para além das normas editadas pelo Estado, cada um dos subsistemas sociais está criando sua própria normatividade, de modo a regular circunstâncias que o sistema de função, melhor do que qualquer outro, conhece, possuindo, nessa linha, melhores condições de uma regulação eficiente. Veja-se que, embora o sistema jurídico seja concebido para a função de generalização congruente de expectativas normativas, no sentido de uma tentativa de propiciar segurança, do que se pode esperar em determinadas situações, o mesmo não pode ignorar o fato de que, tal como ocorre no seu interior, a sociedade possui uma capacidade de organização que lhe possibilita operar a partir de seus próprios elementos, devendo restringir-se seu papel, portanto, à orientação da sociedade através da autorregulação própria, sob pena de se acabar, passando por cima da abertura/fechamento, corrompendo funções.

---

<sup>252</sup> Hobbes evocava, em oposição à sociedade natural, uma criação consecutiva a uma decisão voluntária dos indivíduos. Esta ordem, pouco depois, foi assimilada por Pufendorf ao Estado. Depois, sob influência de Locke e do economista Adam Smith, Rousseau iniciou uma distinção entre os dois termos. Em sede das declarações de direitos humanos e primeiras Constituições republicanas, a expressão fez parte do debate sobre a escolha fundamental que os legisladores devem fazer entre povo e nação. O *civil* se aburguesou na noção jurídica de contrato. Com Hegel, a mesma é emancipada do Estado, continuando, ao mesmo tempo, entretanto, na dependência dele, já que existente somente em relação a esse. Marx enfatiza essa visão fazendo da sociedade civil, ao mesmo tempo, o fundamento real e material do Estado e uma entidade política contrária ao Estado. Gramsci, desenvolvendo seu próprio conceito sob essa premissa e Althusser, sua teoria dos aparelhos ideológicos do Estado, fazem por culminar a expressão sociedade civil como termo de contraponto na dicotomia com o Estado. Essa posição, com efeito, a partir de 1970, passa a ser questionada, principalmente diante da fusão das esferas políticas e não-políticas da vida social. ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 419.

A sociologia do conhecimento tem, nesse sentido, muito a ensinar a respeito, no que pertine à análise da construção social da realidade. A mesma demonstra, por exemplo, que uma pessoa conhece-se melhor do que qualquer outra. A subjetividade própria é acessível de um modo que ao outro nunca poderá ser, por mais próxima que seja esta relação. O passado próprio é acessível à pessoa na memória com uma plenitude, que nunca poderia a mesma reconstruir o passado de outrem, por mais que lhe seja relatado. Trata-se da interiorização, a apreensão ou interpretação imediata de um acontecimento objetivo como dotado de sentido, como manifestação de processos subjetivos de outrem que, desta maneira, torna-se subjetivamente significativo para a pessoa mesma<sup>253</sup>. A subjetividade de cada pessoa é, assim, apenas objetivamente acessível às demais.

E, tal como os indivíduos, cada sistema possui somente capacidade de controle quanto a seu interior, na medida em que os demais, através das chaves do acoplamento, possuem a própria organização responsável por operar, captando as informações e decodificando-as para decidir. Precisamente nesse particular, a sociedade organizada constrói os próprios passos, de acordo com o contexto vivenciado, não detendo o direito posição hierarquicamente superior para pretender impor comportamentos. A sociedade tem cada vez mais se autorregulado o que, embora seja evidente, não resta observado de maneira adequada.

O fato é que tal ocorre desde os mecanismos de regulação dos conflitos na área da cultura tradicional, como existente entre os povos indígenas<sup>254</sup>, ou entre pessoas a quem faltam meios ou interesse de recorrer ao sistema jurídico formal, na linha da normatividade existente junto às favelas e aos presídios, ou, ainda, a regulação que aqui particularmente interessa, pela conjuntura de grande diferenciação funcional e setorial da contemporaneidade, de atividades que, por sua natureza, excluem a aplicação do sistema nacional, tal como a questão desportiva, tecnológica e científica, além do sufragado comércio internacional e eletrônico, em que diversas organizações com o advento da modernidade estruturaram-se, cada uma encarregada de determinada função, propiciando uma regulação adequada ao contexto vivenciado, apta a atender às necessidades do sistema que a concepção tradicional não se mostrou.

---

<sup>253</sup> BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 174.

<sup>254</sup> Acerca da necessidade de prestígio da cultura indígena, BRAGATO, Fernanda Frizzo. O papel dos estudos pós-coloniais para a ressignificação do discurso de fundamentação dos direitos humanos. CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). **Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Tem-se, com isso, na perspectiva de um pluralismo jurídico transnacional, uma situação em que vários sistemas jurídicos coexistem, um advindo do Estado e os outros dos vários setores sociais. Vê-se desenvolver à margem de um direito de feição tradicional, outras estratégias e normas de regulamentação tidas por legítimas pela sociedade. A inquietação repousa, assim, na eficácia da regulação tradicional pela via do direito, na validade de outras formas de regulação social e na desregulação<sup>255</sup> como apelo indireto a um outro direito, apto a dar conta da complexidade das relações sociais. A questão repousa no questionamento do lugar que ocupa o direito estatal atualmente na regulação e da diversidade de locais de produção da norma jurídica.

Vivencia-se, de tal sorte, contemporaneamente, o crescimento de campos de interação, na ciência, economia e tecnologia, passando, com isso, a diminuir a importância das fronteiras territoriais em favor das fronteiras entre esferas funcionais. Em face dessa circunstância, pronuncia-se que deveria o direito curvar sua ação para outras zonas de conflito, tornando-se um direito de conflitos intersistêmicos, antes que um direito de conflitos do Estado. Defende-se, pois, ser tanto do ponto de vista histórico, quanto do sociológico, perfeitamente concebível falar-se de uma mutação fundamental de ênfase<sup>256</sup>: de conflitos entre unidades territoriais, políticas e nacionais para conflitos entre subsistemas funcionais da sociedade mundial. É nesse sentido que a negociação ganha destaque. Alguns conflitos podem ser melhor administrados sem a utilização do direito positivo e do Judiciário<sup>257</sup>.

O fato é que a atuação reguladora do poder público manifesta-se por três vertentes: pela individualização do direito com a decisão judicial; pela elaboração de normas genéricas e impessoais; e pela criação de relações jurídicas específicas. E, com base nisso, as teorias da regulação desenvolvem-se de dois modos distintos<sup>258</sup>: o neoclássico/neoliberal e o institucional. O primeiro aponta os agentes de mercado como melhores reguladores, enquanto o segundo ressalta os valores democraticamente estabelecidos e debatidos.

---

<sup>255</sup> O conceito posto, ao contrário do que se poderia olvidar, não tem o condão de significar menos direito, mas sim outro direito. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 151-3.

<sup>256</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 215.

<sup>257</sup> Aqui poderia ser citado o grande passo dado com a Lei nº 11.441/2007, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual por via administrativa. Não obstante, esta se trata de área (interesses disponíveis) que necessita, ainda, maior desenvolvimento, de modo a possibilitar soluções sociais e jurisdicionais mais eficientes.

<sup>258</sup> ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização**: Direito e Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 385.

Essa elaboração, pois, de dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerada durante muito tempo como a forma por excelência de regulação social. Só que as coisas mudaram muito. A obediência cega do cidadão ao direito, porque ele é o direito, sucedeu progressivamente uma avaliação da eficiência, da eficácia, do desempenho das normas propostas<sup>259</sup>. Começou-se a perceber que gerir ou guiar não significa controlar. Com isso, houve o deslocamento das fontes do direito para os poderes privados e a tomada em consideração de valores oriundos dos sistemas econômico ou técnico-científico.

Como consequência dessa reestruturação, os sistemas técnico, científico, produtivo, comercial e financeiro tendem a se subdividir continuamente com base em novas especializações, abrindo caminho para novos sistemas e subsistemas, tornando-se, nessa medida, inviável hierarquizar, já que nenhum sistema especializado se sobrepõe a outro, nenhum deles é mais importante que os demais, conseguindo cada sistema autônomo ver apenas a partir de sua perspectiva específica<sup>260</sup>. Essa autonomia funcional em escala global faz com que haja o rompimento da idéia de monopólio, fazendo com que toda legislação editada tenha sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições<sup>261</sup> pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar.

Tradicionalmente, a gênese normativa autônoma ocorria na periferia do sistema jurídico, enquanto a organizada dava-se no centro do direito. Com isso, desenhava-se uma separação rígida entre normatividade e validade. A dogmática relegava a primeira a um possível impulso à formação do direito estatal, com o que um elemento fundamental se perdia. Mas, no contexto da globalização, há uma inversão desta relação. Por não existir uma instância política global, capaz de sustentar politicamente a institucionalização de um âmbito decisório organizado no direito, o processo genuinamente jurídico de criação de normas torna-se fragmentado<sup>262</sup>. Diante do imenso número de instâncias descoordenadas e descentralizadas que tomam decisões jurídicas, pode-se responder somente para o caso singular em tela à questão relativa a qual norma efetivamente está em vigor.

---

<sup>259</sup> ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-4 e 159-60.

<sup>260</sup> Como em um jogo de xadrez. O indivíduo observa o adversário e imagina como ele reagirá se mover determinado elemento para tal lugar, pensando, então, com base nisso, qual será sua próxima jogada. Monta sua estratégia sem saber se o que imagina irá se concretizar ou não, tendo de repensá-la diante de potencial frustração. E isso, porque parte da própria perspectiva, na medida em que não tem acesso à perspectiva do outro.

<sup>261</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-6.

<sup>262</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 112-4.

Em face disso, em alguns casos há, inclusive, o reconhecimento oficial de que vias de regulação não-jurídica produzem resultados mais eficazes do que uma regulação pelo direito. É o que ocorre quando se diz que áreas inteiras do direito se socializam. Este movimento está, pois, intimamente ligado à manutenção de uma sociedade industrializada complexa, que não deposita uma grande confiança no direito, apresentando inclinação a levar em consideração a dimensão social. Por isso é que a segmentação das soberanias em setores especializados vem se amplificando. O pluralismo contemporâneo origina-se exatamente dessa fragmentação, reconhecendo o informal ao lado do formal. A racionalidade do direito moderno perde para um pluralismo das racionalidades, que requer uma representação atenta à circularidade e a estruturação em redes. Só que isso é extremamente complexo<sup>263</sup>, vez que o que era ontem regulado pelo direito, é hoje melhor regulado por outro tipo de regulação, mas isso não significa que amanhã também o será.

Trata-se de uma característica da evolução das sociedades contemporâneas as esferas específicas de atividade distinguir-se cada vez mais nitidamente de seu entorno, adquirindo, em determinados domínios e regiões do mundo, extrema importância para a estruturação da realidade social. Essa autonomia funcional de maneira circular possibilita, pontualmente, uma regulação adequada ao contexto vivenciado, atendendo às necessidades do sistema. De tal modo, ao atuar em áreas crescentemente específicas, cada subsistema tende a criar suas próprias fronteiras, construindo seu próprio *modus operandi*, não se sujeitando a uma lógica externa qualquer, produzindo suas próprias regras e procedimentos.

E, em um nível mais elevado de complexidade, os vários subsistemas sociais internacionais poderão vir a dotar-se de esquemas reguladores semelhantes aos de uma Constituição. É o caso, por exemplo, da “Constituição da internet”, da “Constituição do sistema de saúde”, da “Constituição da investigação genética e dos sistemas reprodutivos” e da institucionalização do “diálogo interreligioso”<sup>264</sup>. O fato é que a questão constitucional, nos séculos XVIII e XIX, tratava de disciplinar o poder político absoluto através de sua vinculação jurídica, só que hoje, não existindo mais esse poder político absoluto, a mesma sofre uma reconfiguração, passando a disciplinar dinâmicas sociais completamente distintas.

---

<sup>263</sup> Esta complexidade aparece bem na coexistência dos diversos sistemas jurídicos, quando, na prática, o legislador não sabe mais exatamente se convém desregular, o que desregular e nem que regulação deve substituir a anterior. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213-5 e 218-9.

<sup>264</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 289-90.

Nesses termos, os intentos em sentido oposto, de elevar a Carta das Nações Unidas à classe de direito constitucional mundial<sup>265</sup>, com a criação de novas instituições e procedimentos, não chegam suficientemente longe. A generalização do conceito tradicional de Constituição para a situação atual<sup>266</sup>, trasladando o lugar da mesma de maneira acrítica às circunstâncias estatais mundiais, não dá conta da alta complexidade social. Esta concepção deixa fora quais seriam as modificações que deveria experimentar o conceito em relação à soberania, o coletivo organizado, a hierarquia de decisões, a agregação organizada de interesses e a formação democrática de vontade, já que no plano mundial não há um equivalente do Estado.

A construção de uma rede de constitucionalismo, albergando o espaço privado, por isso é reclamada como um paradigma alternativo do clássico ocidental. Sob as várias designações *societal constitutionalism*, *common law constitutionalism*, *network governance*, *transnational governance* a mesma trabalha com três temas que agitam a discussão sobre o constitucionalismo global<sup>267</sup>: o constitucionalismo *multilevel* (interconstitucionalidade), a *transnational governance* (governança transnacional) e o constitucionalismo internético.

Este ponto de partida, a essa altura, apresenta-se mais realista, na medida em que leva em consideração a clara dissociação entre Estado e Constituição, que ganha cada vez mais espaço no debate constitucional europeu e no plano mundial, onde se intenta identificar elementos jurídico-constitucionais no processo em curso da política internacional, que não dispõe de uma instância central enquanto sujeito/objeto de uma Constituição. Só que aqui, também, uma generalização não vai muito longe. A concepção de uma Constituição autônoma das relações interestatais terá de lidar com o problema de se e, em que medida, pode incluir agentes não estatais<sup>268</sup>, tradicionalmente não reconhecidos como sujeitos de Direito Internacional Público - como empresas multinacionais, sindicatos internacionais, organizações não-governamentais e os próprios indivíduos -, que impulsionam o processo digital e de rede global internacional, enquanto sujeitos constitucionais.

<sup>265</sup> Kant fora, pois, o grande expoente de uma nova ordem jurídica internacional, a partir de normas com eficácia supranacional e uma forma de governo inserida no contexto democrático de participação política. Em sua obra-chave, após trabalhar a relação entre indivíduos e grupos e entre Estados, o mesmo chega ao ponto da relação de indivíduos e Estados, como “cidadãos de um Estado universal da humanidade (*ius cosmopoliticum*)”. KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 127.

<sup>266</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 72.

<sup>267</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 61-2.

<sup>268</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 73-4.

Por isso é que se aponta a necessidade de avançar para rupturas paradigmáticas<sup>269</sup>, no sentido de uma: (a) indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado. Nesse enfoque, os textos constitucionais nacionais conservariam a memória e a identidade política e, quando inseridos numa rede interconstitucional, assumir-se-iam como autorreferências; (b) necessidade de ultrapassar as teorias dos “momentos constitucionais” isolados e únicos e apreender o sentido e limite do chamado “constitucionalismo evolutivo”; (c) substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional, por um sistema multipolar de governança constitucional.

Nessa conjuntura, a repercussão da constitucionalidade externa na vida política dos Estados atuais permite, pois, alvitrar uma proposição que ainda causa certo espanto entre os tradicionalistas: a Constituição da comunidade política deixou de ter como referência principal o Estado. Operou-se um fenômeno que se poderia designar como emancipação constitucional<sup>270</sup>. Pode-se, de algum modo e indo mais longe, até dizer que os cidadãos já não são mais governados por uma única Constituição, mas antes por uma rede de Constituições, Constituições em articulação, num processo dialético, dito como interconstitucionalidade. As mesmas em rede, cada uma delas individualmente, consubstanciam as matrizes políticas de cada um dos atores, que podem não ser Estados, mas uma entidade supraestadual, a própria comunidade internacional no seu todo ou uma das novas entidades políticas.

Esta concepção, precisamente, segue aclarada por um entendimento da imprescindibilidade da liberação e limitação da ação estatal sobre a Constituição, em face, porquanto, da necessidade de repensar a mesma em direção à globalização política<sup>271</sup>, tendo em conta o processo interestadual, incluindo agentes sociais e os efeitos estruturais dos direitos fundamentais para a sociedade. Isto torna possível a quebra de uma concepção reverenciada. A Constituição da sociedade mundial não se faz realidade exclusivamente nas instituições representantes da política internacional, tampouco pode acontecer uma Constituição global que abarque todos os âmbitos sociais, a mesma se gera na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial.

---

<sup>269</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 269 e 283.

<sup>270</sup> RANGEL, Paulo Castro. Diversidade, Solidariedade e Segurança: notas em redor de um novo programa constitucional. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, ano 62, v. 3, dez. 2002. Disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887). Acesso em 04.11.2012.

<sup>271</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 77.



O presente resta clarividente na medida em que cada vez são mais os litígios que se apresentam perante tribunais nacionais e internacionais de arbitragem, nos que se decidem acerca da vigência de direitos fundamentais no ciberespaço. A questão, por exemplo, de se existe um direito de acesso a um *host provider* na internet<sup>272</sup> há de decidir-se com base em uma discussão dos princípios de inclusão da comunicação digital. Não são, pois, os princípios dirigidos à acumulação de poder e a formulação de políticas, senão os princípios dirigidos à liberdade de comunicação e as suas ameaças eletrônicas que constituem a sede material das normas jurídicas de uma Constituição digital<sup>273</sup>.

Isso reflete a consequência de que, quem estuda o direito constitucional, não o fará agora competentemente se continuar a fixar-se, única e exclusivamente, na Constituição formal ou instrumental. Já não cobra qualquer sentido pensar a Constituição, a ordem jurídico-política, como algo que está encerrado num documento escrito e formal soberanamente aprovado pelo povo ou pelos seus representantes, produto de um poder constituinte histórico e voluntarista. A regra política está agora espalhada por vários segmentos ou fragmentos<sup>274</sup>: uns, de cariz interno e puramente nacional, controláveis pelos respectivos povos, outros de cariz internacional regional e outros mesmo de cariz mundial ou global. Há forças interiores e exteriores, profundamente marcantes do processo político, que já nada têm que ver com o Estado. O Estado já não é um Deus onipotente. Estudar hoje o estatuto jurídico fundamental das comunidades políticas implica, pois, perceber que existe uma ordem fragmentária, insusceptível de ser fotografada num único documento.

---

<sup>272</sup> Invocando a liberdade de opinião, um grupo de adversários da globalização buscou ter acesso a uma instituição da internet. Demandou, pois, a um *host provider* comercial, que oferece em seus computadores em rede a *content providers*, a possibilidade de criar páginas web. O pano de fundo dessa conjuntura residuiu, com efeito, no fato que o *host provider* havia entrado na mira de fiscais e demandantes coletivos privados, posto que algumas das páginas da web continham pornografia infantil e propaganda nazista. Cabia ao provedor, então, reagir, por um lado, frente à resolução do Tribunal de *Grande Instance de Paris*, em virtude do qual Yahoo Inc. restou obrigada a bloquear para os usuários franceses o acesso a leilões de objetos nazistas. E, por outro, frente a coregulação público-privada da internet na Europa e nos Estados Unidos, conforme a qual a responsabilidade do *provider* dependia de sua cooperação com as instituições estatais. Em consequência, o provedor optou pelo bloqueio com meios eletrônicos de todas aquelas páginas que avaliou como de alto risco de se estabelecerem processos na jurisdição civil e penal, inclusive de grupos políticos considerados radicais. Fora, nesse passo, que o grupo de adversários da globalização tentou impor, mediante uma demanda civil, o acesso a páginas do *host provider*. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 69-70 e 78-9.

<sup>273</sup> Essa, entretanto, não se revela a única. Para além de uma Constituição econômica mundial, está em formação uma Constituição global da ciência e a Constituição do sistema global da saúde, que traz como função em seu art. 2º, alínea “n”, a orientação da investigação no domínio da saúde, buscando equivalentes adequados para direitos fundamentais tradicionais, referidos ao Estado.

<sup>274</sup> RANGEL, Paulo Castro. Diversidade, Solidariedade e Segurança: notas em redor de um novo programa constitucional. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, ano 62, v. 3, dez. 2002. Disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887). Acesso em 04.11.2012.

Teubner, de modo a esboçar essa circunstância, apresenta três tendências evolutivas que privam o pensamento constitucional centrado no Estado de sua base e são suscetíveis de fazer plausível, empírica e normativamente, um constitucionalismo social. Como primeiro diagnóstico, o mesmo aponta o dilema da racionalização<sup>275</sup>. A globalização policêntrica, porquanto, no sentido de realização em escala mundial da diferenciação funcional, aparece em segundo lugar, abrindo espaço para a análise da necessidade normativa de garantir espaços de autonomia para a reflexão, destacando uma importante relação entre jurisdição e constitucionalização. Nessa linha, uma lenta configuração de uma constituição parcial da sociedade mundial começa a ganhar forma.

Com efeito, mostra-se necessário que, de tal sorte, essas Constituições se assumam<sup>276</sup>, efetivamente, como: (a) Constituições parciais, declaradamente limitadas a determinados sistemas sociais (economia, ciência, cultura), evitando qualquer pretensão de constituição mundial; (b) Constituições civis, fora da política, de forma a tornarem visíveis os contornos de autonomia - também constitucional - das constituições parciais globais; (c) Constituições juridicizadas, ou seja, Constituições que não se limitem ao papel de Constituições materiais (ou Constituições reais), mas que contenham mecanismos de reprodução jurídica que lhes forneçam quadros jurídicos regulatórios, e, além disso, dêem fundamento à legitimação e legitimidade de algumas das suas normas como normas superiores.

Isso, entretanto, evidentemente, está longe de significar que agora todos os setores sociais produzem suas normas constitucionais, exclusivamente de maneira autônoma. São, pois, dimensões constitutivas e caracterizadoras das normas constitucionais das Constituições civis a(o): (a) regulação jurídica da Constituição civil através do acoplamento entre sistema social e lei reguladora desse sistema; (b) hierarquia normativa dentro dos esquemas regulatórios da Constituição social, com diferenciação entre norma constitucional e regulamento ordinário; (c) controle material, a partir de padrões materiais de controle (como os direitos fundamentais), efetuado por instâncias jurisdicionais ou com poderes judiciais; (d) organização constitucional formal, com procedimentos e processos, ao lado de elementos não-formais, progressivamente regulativos da Constituição social (Constituição dual).

---

<sup>275</sup> Se a tarefa central das Constituições políticas estava na preservação da autonomia de outras esferas de ação frente a sua instrumentalização política, nas Constituições políticas do momento atual trata-se de assegurar possibilidades de articulação das chamadas lógicas de ação não-rationais, frente à tendência de racionalização dominante. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 80 e ss.

<sup>276</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 297-8.

Teubner coloca em teste essas características, ilustrando-as através da dita Constituição Digital. Inicialmente o mesmo demonstra o acoplamento estrutural subsistema-direito, destacando os tribunais de arbitragem do ICANN<sup>277</sup>, que decidem de modo juridicamente vinculante e com execução forçada eletrônica à concessão de domínios, em virtude da norma jurídica autônoma e anacional de criação do direito da internet. Essa condição, ainda que necessária, não é suficiente, restando imperativo reconhecer que no curso de tais práticas jurídicas autônomas também se geram normas secundárias constitucionais. A terceira característica refere-se, nesse contexto, ao controle de conteúdo da norma com base em critérios de direitos fundamentais. O autocontrole do direito opera-se, assim, na medida em que o mesmo declara antijurídicas normas emitidas conforme o direito, quando seu conteúdo se encontra em contradição com normas jurídico-constitucionais de hierarquia superior. Por fim, tem-se uma Constituição democrática pela institucionalização de um dualismo de racionalidade formalmente organizada (intranet) e espontaneidade informal (internet)<sup>278</sup>, como interdependência dinâmica sem predominância de um ou outro.

A constitucionalização do direito policontextural, nesses termos, não apenas extrapola as experiências históricas do Estado-Nação onde a seara política é dominada por uma Constituição jurídica, conforme o princípio do Estado de direito. Em definitivo, abre os olhos do direito para esta nova realidade que é a ausência de uma racionalidade social compreensível. Os subsistemas seguem as racionalidades altamente especializadas das suas leis. Altamente racionais em si, mas irracionais para a sociedade em geral<sup>279</sup>, seguem sua lógica própria sem coordenação. Assim sendo, há de se abandonar a velha concepção de que o direito possui condições de ocasionar diretamente mudança social, que diante da violação de leis, a solução é produzir mais leis, que proíbam a violação das primeiras. Esse ideário ignora, pois, a autonomia da própria sociedade. O direito somente pode regular a sociedade regulando a si próprio. E, nesses moldes, sua postura não pode ser de imposição, deve encontrar formas de apontar quais são as expectativas comportamentais esperadas, sem desrespeitar a própria autorregulação social. Eis o problema da circularidade da dupla autonomia, ao qual o comércio internacional ilustra de modo paradigmático.

---

<sup>277</sup> A Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN) é responsável pela coordenação global do sistema de identificadores exclusivos da internet. Entre esses identificadores estão nomes de domínio (como .org, .museum e códigos de países, como .UK) e os endereços usados em vários protocolos da Internet.

<sup>278</sup> TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 96 e ss.

<sup>279</sup> TEUBNER, Gunther. Os Múltiplos Corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. **Filosofia do direito e direito econômico**: que diálogo? Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 346

### 3.2 COMÉRCIO INTERNACIONAL

*A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo –*

**Albert Einstein.**

*Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram no navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino –*

**Leonardo da Vinci.**

Após ter sido desbravado o percurso teórico da autonomia social, demonstrando a importância da globalização policêntrica para essa observação ter-se tornado mais evidente, o que remeteu, por derradeiro, a busca de uma resignificação da concepção de pluralismo jurídico, destacando a crise de governabilidade e o novo arranjo do eixo político, tudo a partir das bases teóricas da matriz pragmático-sistêmica, com destaque à policontextualidade, eis que é chegada a hora de expressar empiricamente a autorregulação setorial, com base no paradigma do comércio internacional.

Trata-se essa de uma proposta atenta às advertências de Guibentif, que denunciava que são ainda raros os trabalhos que procuram confrontar o modelo de diferenciação funcional com dados empíricos. O mesmo preceituava que o desafio, hoje em dia, para uma sociologia que deseje aproveitar o seu patrimônio de reflexão teórica, reside em restabelecer pontes entre esse âmbito e a investigação empírica<sup>280</sup>, para, assim, chegar-se a uma verdadeira atividade sociológica. É nesse sentido que se visa lançar uma observação e propor empiricamente o quanto referenciado e descrito no plano teórico, desde o percurso de desvelamento da autonomia social, observável a partir da globalização policêntrica e do pluralismo jurídico transnacional, até a regulação social e jurídica que tomou forma na era setorial, com a emergência de complexas organizações, capazes de promover estruturas constitucionais.

---

<sup>280</sup> GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no cotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 176.

Para tanto, fora utilizada como técnica a pesquisa de campo de natureza qualitativa, seguindo a metodologia do *stake holders and share holders analysis*, das percepções dos agentes, do levantamento de parâmetros como satisfação, interesses e opinião. Foram realizadas 15 (quinze) entrevistas, tendo sido selecionados três tipos de atores: (i) operadores do mercado, advogados de empresas nacionais e diretores jurídicos de companhias internacionais, envolvidos com a elaboração dos contratos; (ii) profissionais responsáveis pela gestão desses conflitos de índole empresarial, desde presidente de Câmara Nacional até membro de Associação Internacional; (iii) estudiosos, coordenadores de grupos de estudo, com publicações e experiência docente, preocupados em oferecer substrato a este setor. As entrevistas, gravadas e transcritas, que se encontram junto ao apêndice, foram conduzidas, presencialmente ou por telefone, a partir de questionamentos semiestruturados, com o seguinte roteiro e pequenas variações de acordo com o tipo de entrevistado:

- Identificação institucional e do entrevistado;

- Posição do ator em relação:

Prática contratual e utilização de cláusula compromissória;

- Particularidades da redação das avenças;
- Diagnóstico da utilização e diminuição de litígios;

Experiência perante Tribunal Arbitral;

- Comparativo com o Judiciário;
- Identificação de dificuldades;

Conjunto normativo;

- Verificação das variantes dos sistemas da Civil e Common Law;
- Autonomia das partes;

- Espaço para considerações finais.

Neste capítulo serão detalhadas as percepções expressas nestas entrevistas, colocando-se à disposição trechos das mesmas que proporcionam interessantes conclusões acerca das peculiaridades das práticas comerciais internacionais e do instituto da arbitragem, que permitem ilustrar a organização própria do segmento do comércio internacional, premissa essa da pesquisa de campo. O quadro abaixo traz a relação das entrevistas com sua identificação, tal como aparecerá no decorrer do texto. As empresas e os profissionais tiveram seus nomes omitidos a fim de preservar o sigilo.

<b>Entrevista</b>	<b>Descrição</b>	<b>Procedência</b>
<b>A</b>	Gerente Jurídica de empresa calçadista	Rio Grande do Sul
<b>B</b>	Árbitro, Pesquisador e Professor	Rio de Janeiro
<b>C</b>	Advogada de indústria metalurgia, segmento metal-mecânico automotivo	Rio Grande do Sul
<b>D</b>	Advogada Corporativa de empresa de refrigeração	Rio Grande do Sul
<b>E</b>	Gerente Jurídico de empresa com atuação na área de defesa e espaço	Rio Grande do Sul
<b>F</b>	Diretor Jurídico de empresa do ramo moveleiro	Rio Grande do Sul
<b>G</b>	Consultor Jurídico de banco múltiplo com carteira de investimento	Rio Grande do Sul
<b>H</b>	Responsável pelo Departamento Jurídico de indústria automobilística	Paraná
<b>I</b>	Gerente de Departamento Jurídico de indústria de alimentos	Rio Grande do Sul
<b>J</b>	Advogado de mineradora global	Rio de Janeiro
<b>K</b>	Presidente de Centro de Arbitragem e Mediação	São Paulo
<b>L</b>	Diretor Jurídico no plano de Contratos e Internacional de empresa de processamento de proteína animal	São Paulo
<b>M</b>	Membro de Associação Internacional de Resolução de Conflitos	Nova York
<b>N</b>	<i>General Counsel</i> de companhia de fontes renováveis de energia	Minas Gerais
<b>O</b>	Coordenadora Jurídica de <i>holding</i> no segmento de elevadores	Rio Grande do Sul

Com subsídio nelas, buscar-se-á demonstrar nesse tópico a especificidade do comércio internacional, sua capacidade de se estruturar a si mesmo (organizações normativas), através de ordem produzida internamente (arbitragem), através da interação dos seus próprios elementos (contratos), alterando-os de acordo com seus critérios próprios, criando uma identidade própria, tendo em vista seu *modus operandi* particular que marca seu limite, neutralizando eventuais interferências.

Os contratos internacionais, de tal modo, inauguram a explanação. Os mesmos constituem elementos de interação por excelência, na medida em que são os responsáveis pelo processo comunicativo que exalta a teoria sistêmica, alterando-se de acordo com os próprios critérios do segmento. Trata-se de instrumentos que, na contramão da atividade comercial padrão, possui uma linguagem ímpar, cujo fenômeno da globalização deixa mais do que nunca evidente. Tanto que hoje um contrato só pode ser vislumbrado adequadamente a partir da ótica da policontextualidade, em face da multiplicidade de diferentes racionalidades que envolve, chegando ao ponto de, retratando o modo de proceder eleito pelo comércio internacional, determinar respeito a direitos, impondo consequências quanto à práticas tidas por inconcebíveis, como a corrupção, o que remonta às Constituições civis preconizadas.

Nesse cenário, a estruturação passa ao largo da jurisdição estatal, produzindo o comércio internacional ordem por si próprio, demonstrando a policentricidade da realidade atual, que remete a um novo pluralismo jurídico, a partir das bases da diferenciação territorial e setorial. As câmaras arbitrais representam, porquanto, as organizações encarregadas de operar, decidindo os conflitos emergentes. A pesquisa empírica mostra que o Judiciário, ainda preso à figura soberana do Estado, não entende adequadamente a demanda dos negócios, não tendo condições de decidir situações extremamente específicas que se apresentam, constituindo-se esse um dos motivos da crise de governabilidade e o arranjo do eixo político nos termos da governança: diante da deficiência do Estado em atender às demandas sociais, os setores passam a se organizar para tanto, não aceitando, em face da autonomia que adquirem, ter seu comportamento determinado por algo externo.

Assiste-se, pois, em um grau mais elevado, à capacidade do segmento de se estruturar normativamente por si mesmo. A *Lex Mercatoria* afigura-se como essa representação, misturando e fundindo sistemas jurídicos, em face das exigências da complexidade do setor, que remete a uma situação de observação policontextual. A pesquisa empírica efetuada aponta que a mesma se vale, sobretudo, daqueles mais flexíveis, dúcteis, tendo a *Common Law* uma utilização em larga escala, na medida do privilégio maior que propicia ao pactuado, a vontade das partes, sem aquela vinculação cerrada ao ordenamento positivo. A *Lex Mercatoria* representa, nesse enfoque, uma das formas pelas quais o comércio internacional marca seu limite, a qual resta utilizada no fito de neutralizar eventuais interferências, oriundas de uma regulação estatal que não respeita a própria autonomia da sociedade. Eis a proposta.

### 3.2.1 CONTRATOS INTERNACIONAIS: a especificidade do comércio internacional observada desde seu elemento de interação

O processo de preparação de um contrato internacional é muito mais complexo do que um de índole nacional, vez que exige, para sua formação, uma série de elementos diferenciados e especializados, que não se apresentam no âmbito de um contrato interno. Culturas, costumes, idiomas, moedas, regras cambiais e sistemas jurídicos apresentam diferenças por vezes marcantes que criam obstáculos adicionais aos negociadores<sup>281</sup>, que habitam e trabalham em países diferentes. Isso se manifesta de modo marcante nos processos de elaboração e execução dos contratos, onde as partes se deparam com essas diferenças e uma série de outras singularidades, com as quais têm de lidar. A pesquisa empírica realizada retrata essas peculiaridades comparativamente à situação nacional:

Quando tu fala em contratação internacional, tu tem uma série de regras, entendimentos comuns, que são mais fáceis de aplicar. Por exemplo, a arbitragem é uma coisa muito bem consolidada, muitas vezes no Brasil algumas pessoas não aceitam bem porque não conhecem a arbitragem. A escolha de uma outra lei, que não seja a lei do Estado-parte da empresa, também é uma questão muito tranquila de colocar. Então, esse tipo de coisa muitas vezes é difícil de colocar quando a contratação é nacional, a não ser que nós estivéssemos falando de empresas multinacionais, que conhecem o instituto da arbitragem e se sentem confortável com isso. (Entrevista E).

Por isso é que se diz que os contratos internacionais constituem, enquanto representação da comunicação, os elementos do comércio internacional que interagem, operando de acordo com essa linguagem e alterando-se somente a partir das informações que façam por esse filtro, representando instrumentos que, para além da atividade comercial disseminada, possuem um círculo próprio com especificidades ditadas<sup>282</sup>, sendo questão importante a ser trabalhada e observada sua diferenciação, que no Brasil agora está começando a despontar.

---

<sup>281</sup> CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium, 2010, p. 19.

<sup>282</sup> Isso nos remete à ideia de hiperciclo de Teubner, no sentido de que poderiam ser observadas três fases da autonomia do comércio internacional: uma primeira quando seus elementos e limites são iguais aos padrões comerciais comuns; em um segundo momento, então, passar-se-ia a observar o comércio internacional criando seus próprios elementos (contratos) e regulamentações, utilizando-os para operar; por fim, ter-se-ia sua última fase quando os componentes estivessem em condições de articulação, com os elementos remetendo às regulamentações, essas às decisões e as mesmas aos elementos, circularmente. TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 77.



A singular situação dos negócios internacionais exige, porquanto, que na condução das negociações dos contratos desse tipo utilizem-se cláusulas que deem maior estabilidade às relações - tendo em vista a complexidade e contingência inerentes a esse campo -, que pelo seu largo emprego são consideradas típicas dos contratos internacionais. Além da lei aplicável e foro competente (que serão tratados de maneira isolada na terceira parte deste capítulo, dada sua relevância), bem como, de confidencialidade, do preço e garantias e arbitral (abordada no tópico seguinte), ganham destaque as cláusulas de exoneração ou flexibilização de responsabilidade, como a recorrente *hardship*. Trata-se de uma cláusula de salvaguarda que permite a manutenção do equilíbrio do contrato ao longo do tempo, através de renegociação do mesmo diante da superveniência de uma dificuldade de execução<sup>283</sup>, encontrando-se prevista nas principais organizações responsáveis por operar nesse sistema, junto às publicações 420 e 650 da ICC e nos princípios do UNIDROIT.

Com isso verifica-se a conjuntura comunicacional exaltada pela teoria sistêmica, apresentada no primeiro capítulo e aplicada no terceiro. O comércio internacional, estabelecendo seus próprios limites e padrões, diferenciou-se da atividade comercial comum, criando seus próprios elementos, os contratos, com peculiaridades ímpares. O contrato internacional, com todas as contexturas e racionalidades que lhe são peculiares, constitui, nesse passo, o elemento comunicativo do comércio internacional. É o instrumento cognitivo que permite ao setor ver o mundo, estar sensível a ele, sem que, ao mesmo tempo, desapareça. Através de suas cláusulas, permite que as mudanças sejam observadas, que o setor transmita, comunique, que diante da complexidade inerente à atualidade, muitas coisas no curso da avença podem acontecer e que, diante disso, irá agir de tal forma.

Tanta é a complexidade desse setor, que demonstra o motivo de ter adquirido essa autonomia, que posições jurídico-fundamentais, ao contrário do que se poderia olvidar, têm encontrado respaldo em suas organizações, cujo pensamento reflete-se nas próprias operações, que deixam isso claro. A pesquisa de campo efetuada apontou essa circunstância, mostrando a inserção de cláusula típica e obrigatória de combate à corrupção:

---

<sup>283</sup> Aqui resta importante observar-se que se trata de dificuldade na execução e não impossibilidade de cumprimento, quando se estaria diante de forma típica de exclusão da responsabilidade por força maior. Como diferencia Timm, pode-se tomar como exemplo a situação do Brasil no momento da desvalorização do real. A empresa não tinha como prever isso e um contrato fechado às vésperas gerou um custo muito maior. Não obstante, o contrato ainda poderia vir a ser cumprido, caso diverso de um tsunami que destruísse a planta industrial da exportadora. TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 71-2.

A empresa como um todo, por pertencer a um grupo multinacional, ela tem preocupações de limitações, de cláusulas que são típicas em nossos contratos e obrigatórias, até a limitação a lucros cessantes. A gente tem muito preocupação com questões mesmo de corrupção e de lavagem de dinheiro, de não trabalhar com empresas que tenham esse tipo de conduta. Então essas com certeza são cláusulas que sempre constam em nossos contratos. A gente sinaliza como a empresa age e que se o contratado ou o mesmo o contratante ele agir de uma forma diversa, a gente pode sim resolver o contrato por uma questão ética e porque a empresa responde à multinacional. E prevê até multa, dependendo do caso, dependendo do que for desrespeitar, um produto, uma ação perante um consumidor. A gente prevê indenização inclusive da nossa empresa se algumas daquelas coisas ocorrer. (Entrevista D).

A corrupção é um dos grandes desafios desta época. Para além da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), assinadas e ratificadas pelo Brasil, que estabelecem compromissos para os Estados, a Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE) chama as empresas, os advogados e a sociedade civil a realizar um trabalho conjunto. E isso não se trata de algo isolado, restrito a uma empresa ou plano de ação. O maior grupo de alimentos do mundo, com receio de ter sua imagem associada à exploração do trabalho infantil, anunciou já há algum tempo a adoção de providências quanto ao cacau comprado utilizar esse tipo de mão-de-obra<sup>284</sup>. É a ideia de Constituição Civil, trabalhada no capítulo anterior como contorno da organização da sociedade, desenvolvendo-se.

Isso porque, em um mundo dividido politicamente em unidades independentes, com uma população em expansão e economias interdependentes, os mecanismos do comércio internacional estabelecem-se e aperfeiçoam-se constantemente. Os contratos comerciais internacionais refletem melhor do que qualquer outra coisa essa dinâmica, distinguindo-se dos demais em vários pontos, demandando outras normas de regência que escapam às figurações doutrinárias clássicas, que se mostram inadequadas para as necessidades desse comércio. Em face disso, o mesmo passou a criar seus próprios elementos, ditando normas que atendessem a sua exigência de operação, arquitetando organizações capazes de decidir de acordo com essa linguagem criada, no fito de que os limites estabelecidos sejam respeitados.

---

<sup>284</sup> A BBC filmou crianças cortando cacau na Costa do Marfim. Uma das crianças disse que não vê sua família há três anos. O vice-presidente de operações da empresa, José Lopez, diz que está claro que a forma atual da cadeia do cacau, que envolve trabalho infantil entre os intermediários, não é sustentável. O caminho do cacau até o chocolate vendido nas lojas é complexo e cheio de intermediários. As sacas de cacau são enviadas da África para Europa e Estados Unidos sem rótulos que indiquem a origem do produto. A Nestlé quer começar a rastrear o caminho percorrido pelo cacau desde a sua origem até as lojas (NESTLÉ vai investigar se há trabalho infantil no cacau que compra. **BBC Brasil**, 29 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos\\_e\\_fotos/2011/11/111129\\_cacau\\_nestle\\_dg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2011/11/111129_cacau_nestle_dg.shtml). Acesso em: 20 abr. 2012).

Sucedem que o princípio da autonomia da vontade representa a força motriz do contrato no campo internacional. O mesmo representa a autorregência de que gozam as partes, a liberdade de discutir livremente as condições do contrato pretendido, a faculdade de regerem-se por suas próprias leis<sup>285</sup>, de praticar um ato jurídico determinando-lhe os efeitos. Por isso todo contrato é uma unidade orgânica e assim deve ser entendido no conjunto de suas cláusulas e condições, interpretadas umas pelas outras<sup>286</sup>. Não obstante, ainda que não de maneira expressa, contratos que eram submetidos a uma jurisdição acabavam tendo suas cláusulas relativizadas, com interpretações advindas do direito positivo, não sendo compreendidas de maneira adequada as peculiaridades de elaboração e negociação dos contratos desse tipo setorial. Assim, buscou-se como saída a organização própria do setor, com instrumentos e mecanismos mais sofisticados, operados e aperfeiçoados constantemente pela comunidade internacional de negócios, como registra a pesquisa:

Todas essas câmaras que eu estou te falando a gente está usando a Common Law e aqui no Brasil nosso Judiciário é totalmente voltado ao direito positivo. Eu acho que seria muito difícil para o Judiciário brasileiro entender um princípio que é mais baseado no costume e na vontade das partes e muito menos no direito positivo. Eu fiz um estágio uma época na World Trade Organization, que embora não é uma arbitragem privada, são painéis que nada mais é do que arbitragem entre países e eu vi a forma como um brasileiro interpreta um acordo da OMC e a forma como um advogado baseado no direito consuetudinário, na Common Law verifica, é bastante diferente. Claro que isso não impede que tenha brasileiros que sejam verdadeiras referências na OMC. [...] então eu não consigo imaginar um árbitro brasileiro julgando nossos contratos internacionais. (Entrevista J).

O problema consistiu no fato de que a jurisprudência moderna vislumbrou nas subordens jurídicas sociais<sup>287</sup> uma espécie de direito privado sujeito à revisão discricionária. Só que a emergência das empresas multinacionais e a crescente internacionalização da atividade econômica demonstraram o caráter genuinamente jurídico desses conflitos: os mesmos são baseados em expectativas divergentes, que demandam uma decisão com base em expectativas imperativas do próprio setor. Logo, o Estado não possui, com a sua ordem jurídica oficial, um monopólio sobre o direito para pretender atuar dessa forma, como o tópico destinado ao pluralismo enunciou.

---

<sup>285</sup> BASSO, Maristela. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio. BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas - estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger**. São Paulo: LTr, 1994, p. 42.

<sup>286</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7-8.

<sup>287</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 225.

A relação contratual deve ser vista como “um sistema autopoiético num universo de sistemas autopoiéticos”<sup>288</sup>: os elementos não-consensuais constituem a reconstrução interna das diversas exigências do meio envolvente social, sendo que esses impulsos regulatórios externos demonstram-se incapazes de exercer uma influência direta sobre o quadro contratual. As convenções estabelecidas pelas partes passam a constituir sua própria lei que, em face da organização setorial emergente vislumbrada pelo comércio internacional, deixam de ser individuais e concretas, ganhando conotação geral e abstrata através das organizações que operam ditando regras padronizadas, observadas no terceiro capítulo.

Essas formas standardizadas, universalmente aceitas pelo segmento, representam, nessa medida, um fator de segurança para o pacto. São conjunturas construídas a partir de uma multiplicidade de perspectivas, policontextualmente, que, visando reduzir a complexidade, disponibilizam aos atores expectativas, tendo sido constituídas, como providência adotada por critérios internos, diante da informação proveniente do ambiente, da irritação provocada pela economia, que necessitava de uma previsibilidade para poder reduzir os custos operacionais. A incorporação nos contratos internacionais das normas consuetudinárias globais precisava ser regrada, de modo a neutralizar eventuais conflitos quanto às práticas e suas extensões. A importância do presente restou clara na investigação:

Existe, por exemplo, em diversos tipos de indústria, não é só a arbitragem que já faz parte da prática do mercado e uma lei neutra, existem indústrias que o próprio contrato já existe um template internacional que a maioria das empresas conhecem e utilizam fazendo adequações para sua realidade. Então, por exemplo, se você vai em construção, você tem os contratos da FIDIC, que é para toda e qualquer tipo de construção, tem só para engenharia, engenharia básica, detalhada, EPC, EPCN e ali você tem inclusive, que é muito utilizado fora no Brasil, que aqui no Brasil ainda não se fala, no Brasil a gente fala só em arbitragem, mas existe o dispute adjudication board, que é muito comum em contratos internacionais. No Brasil, pela lei brasileira, não seria válida, é quando você estabelece um comitê que cada parte tem o seu representante e se houver qualquer problema a parte tem 45 ou 80 dias, os números eu não lembro direito, para fazer a reclamação.

[...]

Quando eu falo também que não é só a câmara arbitral que é prática de mercado, existem determinados mercados que existe um modelo, um template, que já é prática usada na Ásia, na África. Na empresa em que eu atuo nós temos, por exemplo, nossos próprios, mas muitas empresas não têm, porque sai caríssimo, você tem que ter bons advogados para redigir, são templates de 200 páginas. Então existe na área da construção os templates da FIDIC, que é Federação Internacional de Engenheiros Consultores, que é largamente utilizados na África, na Ásia, já foi mais usado na Europa, mas um pouco mais pró-fornecedor.

---

<sup>288</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 232 e 235-6.

Então você tem, por exemplo, direito marítimo, você tem template que todo mundo conhece, então quando você recebe o contrato você não faz, você não escreve o contrato, você diz olha é o template tal e o que você não concorda com o template você simplesmente risca em cima da cláusula. (Entrevista J).

Assim sendo, os contratos foram responsáveis pela criação de verdadeiro repositório de textos de índole jurídica, sua forma de revelação das avenças estabelecidas entre as partes acabou gerando autênticas figuras de direito e figuras diversas das convencionais. Ocorre que sendo da natureza do comércio internacional a especialização setorizada<sup>289</sup>, assistiu-se ao aparecimento das associações internacionais que, objetivando facilitar a atividade de seus membros, elaboraram contratos-tipo que muito contribuíram para a crescente formação de um direito uniforme do comércio e, conseqüentemente, para se seguir em direção a mais alta fase de autonomia do comércio internacional, onde os componentes articulam-se<sup>290</sup>: o contrato particular formado a partir de contratos-padrão que, circularmente, inspiraram-se nesses para sua formação e que servirão de base para decisões a serem tomadas por organizações especialmente eleitas, cuja decisão traz validade aos elementos a serem elaborados.

É evidente, com isso, a diferença entre a simples prática contratual interna, corriqueira do cotidiano, e o contrato internacional enquanto elemento de interação que - com todas as suas cláusulas ímpares, normas padrões, organizações responsáveis por operar e decidir - transparece a natureza da especialização setorizada. Diante de um negócio internacional apresentam-se várias jurisdições competentes, duas ou mais legislações, contextos cultural e político diversificados e diferenciados, práticas empresariais e comerciais distintas, mais de um idioma que não o das partes e uma moeda forte<sup>291</sup>. Para contrabalancear tudo é que o comércio internacional organizou-se. No plano interno, em face de uma avença, os contratantes têm certa confiança em que as relações serão pautadas por normas bem definidas e que diante da violação há sujeição a procedimentos judiciais coativos. Diferenciando-se desse processo comunicativo geral, constituiu o comércio internacional uma maneira própria de propiciar isso, além das demandas complexas superiores de seus membros.

---

<sup>289</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**: parte geral, direito civil internacional e direito comercial internacional. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 800.

<sup>290</sup> Acerca do presente, Teubner traz que os contratos internacionais tornaram possível o aparentemente impossível, ou seja, contratos globais criando para si mesmos os seus fundamentos não-contratuais; um contrato autorregulador criando um ordenamento jurídico privado autônomo com pretensão de validade universal, vez que ao lado das regras substantivas, tais contratos contém prescrições que remetem à solução de conflitos pela via arbitral, idêntica à coletividade que originariamente criou o contrato-modelo. TEUBNER, Gunther. *A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003, p. 22.

<sup>291</sup> CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium, 2010, p. 20-1.

Esse cenário, contudo, está começando agora a tomar forma no país, tendo espaço diante de grandes empresas nacionais ou subsidiárias de estrangeiras no Brasil, que tem essa ideia incorporada pela orientação empresarial ou conjugada pelos advogados responsáveis, de sorte que empresas que possuem a maioria dos contratos nacionais, nos poucos internacionais existentes se veem obrigadas a acompanhar as práticas internacionais, sendo que quando se está falando do plano internacional e tecnológico não há como fugir da prática dos negócios, embora no plano nacional consiga-se restringir a sujeição aos ditames. O levantamento efetuado ajuda a compreender isso:

A experiência que nós temos é fundamentalmente com empresas. O nosso centro de arbitragem eu diria que embora existam, digamos assim, algumas pessoas físicas também litigando, mas a nossa grande especialidade são empresas ou empresários brigando com empresas, litigando com empresas, acionistas com questões entre si. Agora, na verdade, eu vejo dois tipos básicos de clientes. Primeiro, aqueles constituídos pelas grandes empresas, sejam nacionais ou subsidiárias de empresas estrangeiras no Brasil, portanto elas já trazem, digamos assim, na própria orientação empresarial, a ideia de que a melhor forma de solução de uma controvérsia é a arbitragem. Agora, no que diz respeito às empresas nacionais, também acho que são empresas grandes ou de médio porte, que por orientação dos advogados e principalmente procurando dois aspectos básicos, a celeridade do processo e o sigilo com que o mesmo se reveste. Para mim são essas. (Entrevista K).

A grande parte dos contratos são nacionais, mas nós temos uma exportação e nessa área de exportação, então, nós temos um grupo, algumas pessoas e algumas vendas na exportação. Nessa questão da exportação, então, entram contratos. Esses dias eu fiz um contrato com a Rússia, por exemplo, esse contrato da Rússia falava em arbitragem inclusive, que era um contrato de fornecimento de calçados para a Rússia. Mas assim, regra geral, a empresa não tem como praxe utilizar contratos com arbitragem. (Entrevista A).

Não costumamos pactuar a cláusula compromissória nos contratos, no Brasil a gente não pactua, até se vem cláusula arbitral nos contratos a gente inclusive pede para tirar, isso no Brasil. [...] No cenário internacional a arbitragem só é utilizada também em casos pontualíssimos, que eu tenho conhecimento são só uns três contratos com pactuação de cláusula arbitral e só quando é extremamente técnico ou quando é internacional, aí a gente procura. (Entrevista H)

Retrospectivamente, numa visão histórica, constata-se que o comércio internacional revela-se como sequência de fases amoldadas aos anseios das comunidades comerciais, traduzindo nas práticas implantadas tudo aquilo que operacionalmente melhor atende suas finalidades. O progresso instrumental caracterizado pelos usos modernos, produto de formação muito elaborada e racional, contratos-tipo e direito corporativo, permitiu, pois, a eclosão de regras de direito material, para as quais a arbitragem internacional muito contribuiu. Por tudo, é grande sensibilidade de captação do comércio internacional.

Ligado intimamente ao direito marítimo, com indícios remontando aos fenícios, registrava-se já na alta antiguidade disposições relacionadas ao comércio internacional. Grécia e Roma antiga representaram também importantes fontes históricas desse processo de desenvolvimento, em face das grandes expedições. Com a civilização helenística assistiu-se, na sequência, uma evolução econômica unicamente comparável às revoluções da Era Moderna, ao ponto de Alexandria vir a ter especiarias oriundas da China até a Espanha, ganhando espaço as instituições de crédito. Com a Idade Média e queda do Império Romano lança-se, porquanto, o período de formação do direito comercial. Sob o influxo do Cristianismo, em luta contra as velhas instituições políticas e inflexibilidade das regras, observou-se a aparição em Gênova, Veneza e Florença de usos e costumes seguidos no trato dos negócios, tendo em vista a insuficiência dos textos. Diante desse clima de falta de poder político e realização do direito é aqui também que surgem as corporações de classe de mercadores, com legislativo e judiciário próprio<sup>292</sup>. Através da influência de juristas italianos houve, então, a publicação do primeiro Código Comercial em 1807, enfraquecendo a atividade livre dos comerciantes e contrariando seus interesses internacionais.

Nesse desiderato, restou ao setor dos negócios internacionais tomar fôlego e se organizar diante dessa conjuntura, de modo a adquirir uma autonomia, de maneira que não tivesse que se submeter aos ditames de quem não conhece sua linguagem interna, no fito do crescimento ser possibilitado independentemente dos sistemas nacionais. Assim é que atualmente predomina um espírito de liberdade, que inspira e domina o comércio internacional, sem os entraves que lhe desnaturavam. Os contratos internacionais, a essa altura, não guardam apenas uma contextura. As concepções que lhes definem como a formalização jurídica de uma transação econômica excluem as importantes dimensões políticas e sociais, além de outras emergentes em cada convenção particular<sup>293</sup>. As relações contratuais são atividades multiformes e multidimensionais, que vinculam o processo jurídico para geração de novas normas para regulações futuras e soluções de conflitos. Policontextualmente, na dimensão abordada no primeiro tópico do segundo capítulo, o contrato se aperfeiçoa como tradução mútua de projetos discursivos.

---

<sup>292</sup> A magistratura formava-se por meio de cônsules dos comerciantes, eleitos pela sua assembleia, com funções políticas (defender a honra e dignidade da corporação), executivas (fazer observar os estatutos e administrar o patrimônio) e judiciais (no julgamento das causas, com máxima brevidade e sem formalidade). STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**: parte geral, direito civil internacional e direito comercial internacional. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 826-31.

<sup>293</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgem Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p. 272 e 284.

Por oportuno, são muitos os caminhos e precauções a serem tomadas quanto à formulação dos contratos privados internacionais, desde a definição dos objetivos, passando pela etapa de negociação até chegar-se a redação das cláusulas e assinatura. O fato é que esses elementos de interação transcendem as fronteiras dos países, criando uma série de enigmas para os advogados e executivos que têm, diante disso, que planejar estratégias e negociar condições, tendo em vista a variada gama de complicações e incertezas. Sucede que embora existam riscos inerentes em quaisquer transações de negócio, nas de natureza comercial internacional tais riscos são especiais<sup>294</sup>, envolvendo uma variedade de hipóteses cujo caráter poderá afetar a operação. Por isso mostra-se de suma importância às partes o conhecimento de como serão eventualmente tratadas pela legislação do país essas matérias, de modo a decidir com maior segurança sobre sua adoção. Essa particularidade, esse cuidado adicional que se apresenta nesse campo, restou também evidenciada na pesquisa empírica:

(...) mas existe uma remissão e aí tem alguns países que, por exemplo, no Egito tem que fazer uma remissão específica às leis do Egito, não pode tentar escolher alguma outra câmara, ainda que seja a critério tem que usar, aplicar a legislação local, então tem muito de particularidades dos países que tu está lidando. Dependendo do país costuma-se utilizar a legislação nacional, algumas muito específicas, geralmente a preferência é sempre por territórios neutros, de nenhuma das partes, mas quando tu estás usando joint adventure, são duas empresas que formam uma nova em determinado país, então aplica a legislação daquele país, considerando que a empresa está sediada lá e tem toda uma relação fabril no local. (Entrevista C).

Quanto a particularidades vai muito de que negócio está sendo feito e com que país, então a preocupação sempre de estudar a legislação do país e de dar alguns norteadores para colocar de salvaguarda nos contratos e evitar algumas situações. (Entrevista F).

Ou seja, não obstante a autonomia conquistada, no sentido de que as disposições acabam sendo cumpridas em face dos meios de coerção próprios do mercado, como a baixa reputação perante o segmento e exclusão do rol de parceiros comerciais, assiste-se ainda a legislação de cada país envolvido exercendo um papel decisivo quando as partes necessitam da chancela do poder público, em que tem que fazer valer o pactuado. Entretanto, nesse caso, poder-se-ia pensar a situação nos termos tal como ocorre quando uma decisão judicial determina uma tutela prestacional em detrimento do Estado, ficando na dependência de reserva orçamentária disponível para seu cumprimento, não restando em face disso a autonomia do direito usurpada.

---

<sup>294</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 101-3.



Acerca do presente, Timm leciona que as empresas devem estar atentas a dois fatores: (a) negociar um bom contrato, eis que na maioria das vezes o bom-senso e a boa-fé imperarão, não sendo necessária a intervenção de qualquer Estado; (b) saber se este contrato será validado pelas cortes dos países envolvidos, vez que ninguém está livre de em um momento-chave não poder contar com essa postura de um ex-parceiro comercial<sup>295</sup>. Precisamente, a atenção deve se voltar ao DIPrivado de cada Estado que dirá da validade das cláusulas contratuais livremente pactuadas, sendo no Brasil a responsável para tanto a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), que diante do conflito legal determinará a legislação a ser aplicada, podendo um juiz brasileiro chegar a ser remetido a julgar a controvérsia pelo sistema legal de outro país.

Essa preocupação com a harmonização do potencial conflito entre as disposições legais pelas partes quando da realização e negociação do contrato, através de cláusula compromissória e *choice of law*, fora, pois, outra prática que se mostrou presente nas entrevistas, como um dos pontos de destaque do comércio internacional:

Há uma eliminação do conflito de competência, uma especialização da Câmara Arbitral ou dos julgadores, árbitros ou experts, porque muitas vezes você tem procedimentos que são expert determination procedure, que podem ser binding ou não, quando ele é binding se assimila muito a uma arbitragem, mas aí você tem geralmente uma empresa, com dois experts, que eles fazem essa avaliação. Por isso, normalmente, a empresa em que trabalho sugere na própria minuta qual a Câmara Arbitral, se será um ou três árbitros, depende do valor. A gente sempre sugere, não gosta de deixar para discutir depois, porque quando começa as desavenças fica mais difícil ainda. No direito internacional é muito difícil que as partes utilizem o Judiciário local, exceto para cautelares, pois a prática em razão da neutralidade, celeridade e do conhecimento prévio das regras por ambas as partes é a utilização de arbitragens. (Entrevista J).

Nessa linha, o problema surge, efetivamente, quando se necessita de um poder coativo superior, que a força arbitral através de sanções indiretas não possui, quando então se tem que recorrer ao Judiciário e fazer valer o pactuado, fazer valer a cláusula de eleição de lei aplicável, circunstância que nem sempre é tranquila. Há nos países sul-americanos o entendimento de que não é facultado às partes eleger a lei aplicável, sendo essa, norma imperativa e de ordem pública.

---

<sup>295</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 17-9.

Uma cláusula assim redigida, portanto, poderia vir a ser considerada nula pela jurisdição estatal, o que dificulta o desenvolvimento do comércio internacional na região<sup>296</sup>. Os direitos nacionais e convenções vigentes no Mercosul continuam a homenagear critérios rígidos de conexão e o secular princípio territorialista<sup>297</sup>, ao passo que os EUA e a União Européia, mais atentos a essa realidade, prestigiam a autonomia da vontade, com o respeito, já há algum tempo, da *choice of law*.

Nesse compasso, outro ponto que reclama atenção é a interpretação dos contratos internacionais. Ocorre que esses elementos de interação possuem na sua redação e constituição interferência de dois modos de pensar que são diferentes, porque baseados em culturas que nem sempre coincidem. Por isso, no momento da interpretação, mesmo que se aplique um direito nacional, esta interpretação deve ser feita de modo especial, vez que se devem levar em conta os acordos estabelecidos. Muito embora submetido à lei de um país, essa lei pode possuir características que não se adéquam à realidade do contrato. Daí a noção, calcada pela doutrina e jurisprudência arbitral, de ordem pública internacional<sup>298</sup>, segundo a qual essa diferença deve ser atendida nos contratos internacionais.

O fato é que as avenças comerciais internacionais não podem passar pura e simplesmente pelas formas gerais de interpretação, não se pode utilizar para as mesmas o raciocínio e lógica que leva a determinar o sentido das palavras e frases que constituem as normas jurídicas (que, por si só, já é muito problemático<sup>299</sup>). Os contratos internacionais apresentam especificidades que justificam tratamento peculiar. Exatamente por isso e em face do caráter dispersivo<sup>300</sup>, busca-se com a negociação e redação do acordado reduzir-se, já que não se pode eliminar completamente, as contradições de origem comunicativa e conceitual.

---

<sup>296</sup> Na prática jurídica passaram-se, então, a se consagrar estratégias para contornar esse problema. Sendo a mais simples a definição, no corpo do contrato, do local da celebração como o mesmo da legislação eleita, que traz o risco de alegação de fraude à lei, chega-se a celebração efetiva do contrato fora do país, diante de situações de significativas quantias envolvidas na operação. TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 23.

<sup>297</sup> SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433-4.

<sup>298</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 173.

<sup>299</sup> Ver, nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 172.

<sup>300</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**: parte geral, direito civil internacional e direito comercial internacional. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 878.

Sucedem que esses pactos são frutos de uma multiplicidade de fatores, inspirados pela economia, política, comércio exterior, ciências sociais e relações internacionais de toda índole, que não podem ser ignorados. A investigação realizada ilustra perfeitamente isso:

O que existe, efetivamente, é o seguinte: primeira coisa, os árbitros eles não se vinculam a jurisprudência estatal. Eu acho que é mais isso do que a própria legislação estatal. Eles não se vinculam, eles não julgam subordinados à jurisprudência estatal, jurisprudência oriunda dos tribunais. E, por outro lado, existe da parte do árbitro, até por ser um indivíduo que não tem aquela formação, eu diria, às vezes, um pouco deformante, até eu nem sei se é formação ou deformação dos juizes, ele é uma pessoa que tem uma sensibilidade diferente. Exemplo é o conceito estatal dos juizes do *periculum in mora*.

É um absurdo *periculum in mora*, tudo aquilo que pode ser de alguma maneira revertido ou recomposto não manifesta uma situação de *periculum in mora*, porque eles pensam sempre em uma perspectiva estatal. O Estado é permanente; as pessoas físicas, os negócios, as empresas não são. Então é uma coisa desesperadora você querer, por exemplo, convencer um juiz de que realmente. “Não, porque isso aqui se você não conseguir fazer agora, o senhor ainda tem direito de uma ação de perda e danos”, quer dizer essas coisas não acontecem na arbitragem, existe uma sensibilidade de pessoas que estão vivendo no dia-a-dia, uma vida normal, uma vida do planeta, uma vida que sabe que as coisas precisam acontecer e como as coisas acontecem de verdade. (Entrevista K).

Nesse particular percebe-se ainda uma diferença entre os sistemas legais na interpretação dada aos contratos. Como observa Timm, as relações contratuais com países como Estados Unidos, Inglaterra e França tendem a ser mais previsíveis do que com países como Brasil, Venezuela, Argentina e África do Sul, vez que, de modo geral, seus sistemas legais respeitam mais os contratos e a propriedade das partes em uma disputa<sup>301</sup>. É, nesse contexto, que ganha relevância o ideário de autonomia gradativa. Os países considerados periféricos economicamente possuem menos especificações funcionais, tendo dificuldade de observar essa complexidade, com o que, não raras vezes, saem prejudicados no jogo global.

Isso tudo, porquanto, enuncia a hipercomplexidade do segmento do comércio internacional. O contrato representa, pontualmente, o elemento responsável por essa interação, descrevendo descrições de outros sistemas. E, para tanto, métodos próprios de resolução dos conflitos internos, de sorte que os mesmos pudessem ser compreendidos e solucionados devidamente, tiveram que ser criados. Nessa esteira, representando instrumentos de suma valia à manutenção dos limites setoriais, adentra-se ao seu estudo.

---

<sup>301</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 11.

### 3.2.2 ARBITRAGEM: a estruturação da ordem e resolução dos conflitos da perspectiva própria dos negócios internacionais

O comércio internacional organizou-se de tal forma que, diante da insuficiência do legislativo e Judiciário propiciar normas e decisões adequadas, passou a trabalhar com seus próprios ditames e proferir suas próprias deliberações, visando que seus limites pudessem se consolidar cada vez mais e ser respeitados. O presente tópico visa, porquanto, demonstrar, com subsídio na pesquisa empírica realizada, a capacidade desse setor se estruturar a si mesmo, através de ordem produzida internamente, através da interação dos seus próprios elementos, alterando-os de acordo com seus critérios próprios, criando uma identidade própria, tendo em vista seu *modus operandi* particular que marca seu limite, neutralizando eventuais interferências.

O fato é que a circunstância do poder estatal não entender suficientemente à demanda dos negócios, implicou a abertura de outras vias. A arbitragem, em face dessa conjuntura, acabou tornando-se prática de mercado, sendo que atualmente não se consegue no plano dos negócios internacionais concluir um contrato sem que ela esteja presente. Nesse passo, observa-se a emergência de um núcleo de decisão e direção distinto, com a quebra do ideário de monopólio e de hierarquia que se tinha. Isso deixa clara a reavaliação centro/periferia proposta na primeira parte do trabalho. Os tribunais estatais, centro para o sistema jurídico, não o são para o comércio internacional, cuja arbitragem, originariamente tendo se formado na periferia, hoje constitui seu centro. O levantamento realizado externou isso:

É uma posição definida pela empresa em que trabalho a cláusula compromissória, a gente coloca em todos, salvo em contratos de valor muito pequeno ou de pequena especialização, em que é melhor evitar a arbitragem.

[...]

A arbitragem é muito, muito mais forte e eu diria que nos nossos contratos 100%, porque para as duas partes oferece mais conforto saber que tem um sistema que ambas as partes conhecem, que são profissionais de renome, com tradição e com uma lei que é normalmente utilizada para aquele tipo de contrato. (Entrevista J).

Na verdade são mercados distintos, comércio exterior, comércio internacional é uma área que me parece exigir cláusula compromissória, até para que exista uma legislação regente dos contratos do negócio jurídico que seja de conforto de ambas as partes, você não tem uma territorialidade do negócio em si, então faz todo o sentido. O mercado que atuo é, na verdade, o mercado financeiro, fusões e aquisições, eu te diria, assim, que em ambos é uma prática comum, mas em mercado financeiro, fusões e aquisições é uma questão de opção. (Entrevista G)

Na verdade o que acontece, quando uma minuta sai de nós, da nossa empresa, eu já sugiro sempre a arbitragem e quando eu recebo também a minuta, nesse setor dos contratos internacionais é difícil achar algum contrato que não tem arbitragem, é muito difícil, pela questão da celeridade, fora aqueles contratos realmente padrões, acordos de confidencialidade, que eventualmente se identifica que não tem cláusula arbitral, mas 99% dos contratos que sai do nosso lado, quando eu recebo, possui cláusula arbitral (Entrevista E).

Eu faço muito mercado externo e então todos os nossos contratos, todos os contratos de mercado externo em que nós atuamos, nós colocamos a cláusula da arbitragem, não uma cláusula compromissória propriamente dita, mas a arbitragem em primeira instância em caso de litígio. Em todos os contratos internacionais é utilizada a arbitragem.

[...]

A intenção de utilizarmos a arbitragem é termos condições de discutir o tema em esfera não judicial (praticamente não litigiosa), visando evitar rompimento. Toda a vez que eu recebo um contrato que não tenha e é difícil, são poucos os contratos internacionais que não vem com a previsão da arbitragem, eu insiro, se não tem eu insiro a previsão da cláusula arbitral. (Entrevista C).

Assim sendo, depreende-se que a arbitragem é o território por excelência do comércio internacional, mais do que isso, é a responsável por propiciar condições de segurança para que o mesmo se desenvolva com a tranqüilidade que requer. Timm<sup>302</sup>, acerca do presente, observa que a arbitragem internacional<sup>303</sup> apresenta-se como foro adequado para regular disputas comerciais entre *players* sofisticados, o que vem sendo respeitado pelas Cortes judiciais, que se apresentam cada vez mais conscientes que sua intervenção nos contratos internacionais só é capaz de reverberar efeitos negativos a agentes econômicos, direta ou indiretamente, envolvidos no vínculo negocial.

Para ilustração dessa circunstância, o autor aponta o caso *Aib Serviços e Comércio Ltda, Alon Brasil Comércio e Distribuição de Calçados Ltda e Alon International S.A versus Converse Inc.* A Apelação Cível (TJRS) 70011879491 versava sobre o intento simultâneo pelas primeiras de procedimento arbitral na AAA (*American Arbitration Association*) visando discutir a rescisão contratual pela segunda, bem como, de ação ordinária de manutenção de contrato de licenciamento de marca industrial com pedido de antecipação de tutela para vigência do contrato até o término do procedimento arbitral nos Estados Unidos.

<sup>302</sup> TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Um Panorama da Arbitragem no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 62.

<sup>303</sup> Aqui é importante deixar claro que se abrem às partes dois caminhos na linha arbitral: (a) a fixação de normas próprias, com nomeação de árbitros que atuarão segundo tais normas; ou (b) a eleição de uma entidade que administre a arbitragem, as quais possuem normas editadas, internacionalmente reconhecidas, desenvolvidas ao longo de anos de prática, que servirão, para além da escolha dos árbitros, como responsáveis pelas formalidades e rituais do desenvolvimento do processo arbitral privado. GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

Deferida a antecipação em primeiro grau, foi no mérito extinta a ação, com a manutenção da sentença pelo Tribunal e revogação da liminar. Quanto ao mérito, não há dúvidas de que não poderia a jurisdição estatal manifestar-se, andando bem nesse passo a decisão. Entretanto, a antecipação mostra uma situação interessante de ser observada. O fato é que o pleito liminar fora pela manutenção dos efeitos do contrato enquanto perdurasse o procedimento arbitral, sendo que a intervenção judicial somente pode ocorrer quando a parte não pode recorrer ao árbitro, ou seja, enquanto o quadro de árbitros não está composto<sup>304</sup>, quando então seus efeitos ficam por conta dos mesmos, seja pela manutenção ou revogação. Esse reconhecimento à credibilidade do instituto que vem sendo conferida pelos membros do Poder Judiciário apresentou-se de maneira evidente nas entrevistas, sentindo as empresas brasileiras e seus parceiros comerciais, em face disso, cada vez mais segurança e confiabilidade, que suas disciplinas serão asseguradas:

Mas uma coisa assim, muito importante para o progresso da arbitragem e para o fortalecimento da arbitragem do país, e isso vem acontecendo, a começar principalmente pelos tribunais superiores, é o prestígio que a arbitragem tem com a magistratura, porque isso dá um clima de segurança jurídica. Eu sei disso porque eu trabalho muito em função de minha situação de presidente de uma entidade enfim, a mais importante de arbitragem do país e hoje a única que é realmente uma referência internacional, eu viajo muito inclusive para fazer conferências essa coisa toda e digo, com satisfação, que o Brasil hoje em dia tem uma situação em que o Judiciário é extremamente amigável e isso é bom porque isso dá segurança jurídica, isso induz inclusive o indivíduo a cumprir a sentença arbitral independentemente de execução e exatamente no prazo e nas formas como o tribunal determina. (Entrevista K).

A empresa costuma pactuar a cláusula compromissória, mas nós temos um corte de materialidade nos contratos, não é qualquer contrato que a gente insere a cláusula compromissória, é acima de um determinado valor e também às vezes por importância do contrato, porque contratos de fornecimento, esses contratos do dia-a-dia, de valores pequenos, a gente entende que não vale a pena, em função dos custos envolvidos na arbitragem. Isso vem ocorrendo desde que o instituto se consolidou no Brasil, por ocasião daquele julgamento no Supremo da constitucionalidade da lei, a gente decidiu efetivamente inserir essas cláusulas nos contratos. (Entrevista N).

Com efeito, esse respeito à autonomia pelos Tribunais estatais, considerados o centro do sistema jurídico, deixa mais do que clara a situação de policentricidade da globalização contemporânea. Cada setor possui seu centro, que não pode mais ser ignorado. O Judiciário brasileiro tem observado o jogo global e, ainda que embrionariamente, se aperfeiçoado para tentar desempenhar as funções que lhe cabe nesse quadro.

---

<sup>304</sup> No presente a distinção Câmara e Tribunal arbitral faz toda diferença. Enquanto aquela representa a entidade que regulará a arbitragem institucionalizada, este é a reunião dos árbitros eleitos. TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Um Panorama da Arbitragem no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 72-4.

Isso pôde efetivamente ser verificado por ocasião da Sentença Estrangeira 5.206-7, considerada um marco no solo brasileiro. O Min. Sepúlveda Pertence acentuou em seu voto que se a pretensão material é disponível, igualmente disponível há de se reputar a ação voltada a sua afirmação jurisdicional. Sucede que, como aponta o Min. Nelson Jobim em seu pedido de vista para melhor guiar o caso, referendando alguns pontos sobre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional veta é o legislador impedir o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade.

Nesses termos, a Lei nº 9.307/96 faculta às pessoas capazes de contratar valer-se da arbitragem para dirimir seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Prudencialmente, a cláusula compromissória não resta mais qualificada como mero pré-contrato, não consubstanciando mais uma mera promessa de celebrar compromisso, mas, de fato, uma promessa de instituir juízo arbitral<sup>305</sup>. A mesma retira do juiz estatal a competência para conhecer de determinado litígio, tendo, porquanto, esse duplo caráter, de vincular as partes no que se refere a litígios atuais e futuros, obrigando-as à submissão ao juízo arbitral e, como pacto processual, derrogar a jurisdição estatal, situação que demonstra o *proprium* do instituto, ao ponto da arbitragem ser trabalhada como um sistema processual autônomo.

Parente, nesse desiderato, concebe o processo arbitral como subsistema, utilizando os conceitos de fechamento operacional e abertura cognitiva, entendendo ser o mesmo capaz de se autocompor mediante instrumentos próprios, bem como, de ter contato e trocar influências com o ambiente que o cerca. Precisamente, o fechamento operacional resta verificado, segundo concebe, a partir da circunstância de que o mesmo não se encontra amarrado a limitações legais rígidas<sup>306</sup>, sendo orientado pelas diretrizes da Lei de Arbitragem, das quais poucas são cogentes, mas fundamentalmente informativas e racionais, marcadas pela autonomia da vontade, em que resta ao jurisdicionado arbitral eleger critérios, construindo um procedimento próprio, que melhor atenda à realidade *sub judice* (seja através da adoção das regras preexistentes de um órgão institucional ou da montagem por inteiro do procedimento).

---

<sup>305</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

<sup>306</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

Quanto à abertura cognitiva, após os estudos para sua tese de doutoramento sob orientação do célebre Prof. Carlos Alberto Carmona, o autor explica que o processo arbitral não sobrevive sozinho, necessitando da troca de influências com outros sistemas para evoluir<sup>307</sup>, tanto de direito processual, quanto material. Entretanto essa adaptação às inovações e necessidades advindas seja de outros subsistemas, seja da sociedade, somente ocorre mediante os próprios instrumentos arbitrais, de modo que não há perda de essência. O mesmo exemplifica essa relação intersistêmica através da conjuntura que toma forma quando as partes elegem a lei material que deverá ser aplicada pelo árbitro para solução do litígio, bem como, quando o sistema arbitral vê-se diante de institutos sem conceituação, como *sentença*, quando as normas e princípios processuais estatais auxiliam nessa missão.

O presente permite observar, no enfoque deste estudo, que pela arbitragem comercial internacional, os contratos e suas soluções são desnacionalizados, funcionando a mesma como subsistema global que ajuda a comunicação empresarial internacional a fortalecer a autorregulação<sup>308</sup>. Vive-se em uma sociedade em que a diferenciação funcional é a marca, constituindo cada um desses novos setores suas próprias organizações encarregadas de operar (normatizar) e decidir (resolver conflitos), como apontado no capítulo anterior, sendo as câmaras arbitrais uma representação por excelência dessa conjuntura. O direito entre numa “segunda vaga de juridificação” desses próprios processos de autorregulação<sup>309</sup>, que se concentra mais nas respectivas premissas processuais do que nos resultados concretos. Ocorre que não encontra respaldo no contexto atual uma regulação hierárquica, centrada no Estado, através de normas heterônomas.

Acerca dessa dimensão, Nádia de Araújo acentua que nos quadros de diferenciação evolutiva, a arbitragem aparece ao lado das formas institucionalizadas e estatais de distribuição de justiça. Por isso, parece adequado o conceito de diferenciação para caracterizar o *ius mercatorium* medieval<sup>310</sup>, com sua jurisdição própria e suas teses atuais de nova *Lex Mercatoria* e jurisdição arbitral.

---

<sup>307</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 59.

<sup>308</sup> ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 14.

<sup>309</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 222.

<sup>310</sup> ARAUJO, Nádia de. A Nova Lei de Arbitragem Brasileira e os “Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT. CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 222.



A autora propõe que a arbitragem seria um refinamento das estruturas internas do direito, entendido como sistema diferenciado da sociedade, que para responder à complexidade do mundo circundante evolui internamente suas próprias regras. Sucede que a entrada de conflitos de outros sistemas, como o econômico, poderia destruir as estruturas internas do direito, bem como, um controle jurídico sobre o sistema econômico poderia conduzir a sua destruição<sup>311</sup>, ganhando forma a arbitragem enquanto diferenciação capaz de manter intactos esses sistemas. O campo de pesquisas agora se dirige, observa a mesma, para a relação entre os subsistemas, repensando-se o pluralismo.

É aqui que esse desenvolvimento empírico da arbitragem pode lançar luzes sobre os dilemas teóricos desenvolvidos ao longo do trabalho, insculpidos como pano de fundo da circularidade da autonomia jurídica e social. A estrutura da arbitragem, concebida em termos reflexivos, possibilita uma observação da superação das arquiteturas condicionais e finalísticas, típicas das regulações conhecidas. Na sociedade organizacional, não existem mais condições do direito continuar com pretensão de vocação universal, devendo trabalhar, enquanto um direito estratégico, regulando as interações das partes autônomas através de procedimentos, não determinando comportamentos, tal como faz com a arbitragem.

Isso porque as demandas que chegam às vias arbitrais são extremamente específicas, demandando um alto conhecimento técnico e um alto grau de dedicação e zelo em sua apreciação, o que resta difícil de observar frente ao Judiciário ligado à figura do Estado, que tem de lidar, cotidianamente, com milhares de casos e das mais diversas variantes. Logo, melhor do que qualquer outro, o comércio internacional compreende seus conflitos e possui melhores condições de solucioná-los. E o mesmo ocorre com os demais sistemas funcionais. Por isso da defesa das posturas reflexivas. Não há espaço para pretensões de regulação externa quando se tem normativas próprias e organizações melhor habilitadas para decidir. A pesquisa empírica traz essa especialidade, que encontrou seu modo de solução na arbitragem:

Nos contratos societários e nos contratos de construção de grandes obras, eu não tenho a menor dúvida de que a arbitragem é utilizada mais que o Judiciário. Por exemplo, contrato de construção de hidroelétricas e aquisição de empresas, fusões e aquisições, esses contratos, a grande maioria, prevê cláusula arbitral em detrimento da solução judicial.

---

<sup>311</sup> ARAUJO, Nadia de. A Nova Lei de Arbitragem Brasileira e os “Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT. CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 223-9.

O Judiciário brasileiro, ele se tornou da década de oitenta para cá, um prestador de serviços massificado, em razão de transformações sociais, econômicas e jurídicas que aconteceram nessas últimas três décadas, o advento da proteção do consumidor, sobretudo a criação de juizados especiais, etc. Então, de um lado a justiça demorou muito a se modernizar e entregar esse serviço de uma maneira mais rápida e eficiente e, de outro, os juízes se viram, digamos assim, impedidos de se especializarem, de darem conta de demandas mais complexas, isso causou um gargalo, sobretudo na justiça do sudeste que é mais empresarial, sudeste-sul. (Entrevista B).

A arbitragem é utilizada em razão de maior celeridade, preparo maior dos árbitros em comparação aos membros do Judiciário, maior conhecimento técnico. Acredito que sejam essas basicamente, principalmente maior conhecimento técnico-específico. Quando você está falando em operações de aquisições, fusões, mercado financeiro e mercado de capitais em determinado nível, eu acho que a realidade do Judiciário hoje ela é muito diferente, mais própria do mercado comum, mas esse mercado acaba sendo diferenciado e exige um foro mais especializado. (Entrevista G).

Ocorre que o Judiciário não compreende adequadamente a demanda dos negócios, já que apenas possui uma construção própria desta realidade, não tendo condições de decidir situações extremamente específicas que se apresentam. Em época fecunda de aquisições e fusões, com a realização de venda do controle acionário de uma empresa e a ocorrência de divergências entre integrantes de uma *joint venture*, a *expertise* do árbitro acerca da matéria em disputa, passando a atuar como interlocutor entre as partes e o contrato, aliada ao sigilo e flexibilidade do procedimento, atua decisivamente, considerando que todos os contratos são incompletos e existe assimetria de informações<sup>312</sup>. A arbitragem constitui, de tal sorte, mecanismo mais eficiente que o judicial para colmatar as lacunas, propiciando a certeza de que não poderá a parte de má-fé socorrer-se ao Judiciário para ganhar tempo, critério esse destacado nas entrevistas:

A arbitragem favorece o acordo, porque uma das grandes apostas que eu acho para uma parte não cumprir sua obrigação em um determinado contrato é contar com a lentidão do Judiciário, então em função do fator tempo, eu acho que, quando a parte não tem um bom direito, ela vai procurar se encaminhar para um acordo antes da decisão do laudo arbitral, que é irrecorrível enfim e aí não tem mais jeito, então eu acho que o fator tempo é um fator estimulante para um acordo na arbitragem, diferentemente do Judiciário.

[...]

Eu acho que o tribunal arbitral ele tende a entender melhor o conflito, dada a especialização dos árbitros. Por exemplo, se eu tenho uma arbitragem que versa sobre a interpretação de uma cláusula de transferência de tecnologia, eu não vou

---

<sup>312</sup> Isso, porquanto, é particularmente sensível no direito empresarial, cuja lógica é diferenciada, desconhecida pela magistratura estadual, onde juízes não são homens de negócios, são homens da lei e do Estado. TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Um Panorama da Arbitragem no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 93.

entregar isso para qualquer árbitro, eu vou entregar isso para um árbitro familiar com aquele assunto. Então o Judiciário muitas vezes, o juiz não tem o menor conhecimento sobre aquela matéria em discussão, então eu acho que a arbitragem funciona muito melhor, porque quando você está numa câmara com lista aberta, que aí a maioria admite, onde que você pode indicar o seu árbitro, a gente sempre procura um especialista naquela matéria, uma autoridade assim que não tem contestação sobre ela, que é uma pessoa séria, idônea, respeitada enfim, e aí a resolução do conflito, a decisão nesse caso, ela é muito mais qualitativa, é muito melhor do que a decisão judicial, então a especialização aí é fundamental para mim.

Arbitragem tende a resolver o conflito de uma maneira muito mais rica, muito mais detalhada, os árbitros sendo especialistas no assunto eles vão procurar investigar melhor os fatos. Em função deles serem apontados para aquele conflito específico isso também é uma vantagem, porque na verdade eles não tem 300 ações para resolver, eles tem um conflito para resolver, então ele tende a se dedicar com muito mais empenho a resolução daquele conflito, aplicando o seu conhecimento, a sua experiência, do que o Judiciário. (Entrevista N).

A questão da celeridade do procedimento arbitral comparativamente ao Judiciário fora, inclusive, um ponto de muito destaque na pesquisa empírica realizada, que apontou para a circunstância de que perante essa via há um cuidado maior com proposições temerárias, infundadas, já que o profissional fica mais exposto. Paralelamente a isso, registrou-se a postura do árbitro frente o litígio, do seu acompanhamento do feito durante todo o desenrolar do processo<sup>313</sup>, tendo uma percepção especial, uma dedicação com o encargo que assume:

Como árbitro o que eu experimento, eu nunca fui juiz, então não tenho muito comparativo em relação, mas minha família tem muitos juízes, o que eu acho interessante da arbitragem é o fato de você acompanhar a causa como árbitro desde o começo até o final, guardando a memória desta causa, coisa que é raro acontecer com um juiz.

[...]

em termos de decisão na arbitragem eu entendo, pela experiência que eu tenho, que a gente acaba conseguindo ter uma apreensão mais profunda da causa, mais informada da causa, porque ao longo de um ano, um ano e meio, dois anos, nós árbitros não só estudamos o que as partes alegaram e debateram por escrito, mas também nós assistimos as audiências, participamos das audiências, inquirimos testemunhas, ouvimos os advogados falarem e isso tudo tem um lado assim metajurídico também e, um lado de percepção da causa mesmo jurídico, que muitas vezes em um processo judicial, porque é um entre cinco mil em que os juízes tem na vara, o juiz é incapaz de perceber.

[...]

---

<sup>313</sup> A primeira qualidade que se exige do árbitro é a imparcialidade. Esta situação de equidistância deve ficar muito clara para as partes, especialmente naquelas situações em que os litigantes apontam diretamente os seus árbitros para compor o tribunal arbitral. Como cautela para evitar comprometimento da capacidade de julgar com isenção, diversas entidades criam códigos de ética, determinando que o árbitro evite comunicação unilateral com qualquer das partes. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239-41.

Outra coisa importante é que o árbitro é um prestador de serviço privado, no mais das vezes é também um advogado que está no mesmo meio em que atuam os advogados que estão litigando, no mais das vezes ele foi indicado por um desses advogados que está litigando. Então, o árbitro tem um compromisso de resultado, no sentido de prestar a sua jurisdição da forma mais eficiente e de melhor qualidade possível, que muitas vezes o juiz não tem, porque essa responsabilidade está mais diluída em meio a cinco mil processos, porque o patrão dele é o Estado, quer dizer, entendeu, há um compromisso diferente do que o compromisso que tem o árbitro, que eu acho que há uma vigilância um pouco mais efetiva do meio sobre o árbitro do que sobre o juiz.

Como advogado eu diria que o relacionamento entre advogados de partes opostas ele é muito mais civilizado e o advogado tende a dar o melhor de si porque fica mais exposto do que no Judiciário, justamente por este fator de diluição, dispersão das coisas. Então, na arbitragem, você não pode peticionar requerendo coisas que você sabe infundadas e que muitas vezes você faz em juízo. Na arbitragem você é obrigado, é levado a discutir o caso mais pontualmente, mais assim profundamente, é obrigado a focar no caso, você não tem muito espaço para manobra dilatória, isso faz com que os advogados se policiem mais também. (Entrevista B).

Sucedem que, tradicionalmente, a arbitragem é um meio de restaurar o acordo entre as partes que possuem um interesse nas suas relações de negócios, já que a sobrevivência de um grupo empresarial, através de relações harmônicas entre seus membros, é mais importante do que o direito de cada um. O árbitro, dentro desse ponto de vista, mais do que satisfazer o direito de uma só parte, deve procurar encontrar uma solução aceitável para ambas<sup>314</sup>. E isso, ao contrário do que se sustenta, ainda observa-se contemporaneamente. Um dos motivos de busca pela via arbitral consiste exatamente em evitar rompimentos. Não obstante isso tudo, observa-se ainda empresas que não lançam mão deste artifício. Sendo certo que o país encontra-se em vias de desenvolvimento, com a preocupação da diferenciação funcional e autonomia dos campos de ação ganhando destaque de fato apenas nos últimos anos, a pesquisa empírica realizada também mostrou alguns indicativos desta conjuntura:

As pessoas, elas ainda recebem com muita dúvida em relação à arbitragem sabe, até isso aqui no Rio Grande do Sul, a gente sabe, a pessoa já tem mais conhecimento, tem utilizado mais, mas aqui no Rio Grande do Sul o empresariado ainda não conhece a arbitragem e quem conhece ainda não tem certeza de como vai funcionar, como é que vai ser na prática. São poucos os casos que já aconteceram de discussão nesse sentido. (Entrevista A).

A empresa não costuma incluir em seus contratos a cláusula compromissória, ainda não. Na verdade a gente está meio que querendo estudar melhor o assunto, ver como é que tem ocorrido esta questão da arbitragem aqui no Brasil [...].

[...]

---

<sup>314</sup> GOULENE, Alain; RACINE, Jean-Baptista. As Flutuações Processuais da Arbitragem. CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 282-3.

Na verdade a gente ainda não viu na prática, acho que a grande questão da gente não ter incluído ainda é que ainda não viu na prática, então a gente não conhece casos de empresas próximas a nós ou até do mesmo grupo que tenham usado e que tenham dito olha foi bom, valeu a pena, a gente gastou menos dinheiro, a gente gastou menos tempo ou, enfim, algum relato assim mais na prática que não seja na teoria, de que efetivamente valeu a pena. Então hoje a gente não inclui mais por desconhecimento de como se dá a ciência da arbitragem na prática do que por outro motivo assim, não é que a gente tenha, já fez e não deu certo, é porque a gente não viu acontecer na prática. (Entrevista O)

Ocorre que embora a confidencialidade seja um dos carros-chefes da opção pela arbitragem, a falta de divulgação dos resultados, de casos concretos, reservada a identidade das partes e conjunturas que lhe identificam, dificulta de sobremaneira a aposta arbitral para quem está ingressando agora neste meio. Isso fora, pois, sentido, estando providências no âmbito brasileiro em vias de adoção, em uma representação, mais uma vez, à autonomia gradativa do segmento, dos países que não tem uma diferenciação tão efetiva, que agora começam a observar essa complexidade, como confidencializado no estudo:

Até, nesse sentido, posso até mesmo te dizer em primeira mão que na reunião última do ano, reunião ordinária, o nosso conselho consultivo, ficou estabelecido que nós vamos permitir que dois conselheiros comandem um grupo de trabalho que vai começar a selecionar para publicação jurisprudência nossa, fazendo a limpeza adequada de nome de partes e até mesmo outros aspectos característicos de cada caso, que possa efetivamente gerar algum tipo de identificação, mas nós vamos começar isso. Então nós devemos ser os pioneiros nesse assunto. (Entrevista K).

Há, entretanto, evidentemente, casos que não justificam sua utilização, quando o contrato não é relevante ou o valor inexpressivo, sendo feito sempre um custo-benefício, já que embora os custos sejam consideráveis, existem outros pontos compensatórios. O fato é que o custo esperado de recorrer ao Judiciário não depende apenas das taxas pagas à justiça, de despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a demanda. Existe também o custo do tempo, das incertezas e da falta de *expertise* dos julgadores em matérias como mercado de capitais, direito societário, direito empresarial e internacional<sup>315</sup>. E isso, levando-se em conta também, a possibilidade de opção pela eleição de um único árbitro em contratos menores ou menos complexos, circunstância apontada na investigação:

---

<sup>315</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 33, n. 1, jun. 2007, p. 81.

A cláusula compromissória fui eu que introduzi aqui, não tinha esse costume. Nós temos dois tipos de contratos, nós temos parcerias com as empresas, cujos equipamentos nós financiamos e temos também contratos com os clientes finais, as pessoas que recebem os empréstimos. Os contratos com os clientes finais não tem o porquê ter cláusula arbitral, até porque muito está sujeito a lei do consumidor, além de outros motivos, a gente trabalha com varejo também, então são valores que às vezes não justificam uma cláusula compromissória. Mas, nos contratos com os parceiros, que são os fabricantes sim, a gente utiliza atualmente cláusula compromissória, inclusive em contratos internacionais. (Entrevista G).

A arbitragem é utilizada nos contratos comerciais e de distribuição. A empresa opta pela arbitragem por ser uma justiça mais especializada, confidencial, por ser mais célere. A arbitragem não é utilizada quando o contrato não é relevante ou o valor é inexpressivo, leva-se em conta o valor e o objeto, nós sempre temos que fazer custo-benefício justamente porque as custas da arbitragem são mais elevadas, embora tenha outros pontos positivos, nós também temos que fazer um custo-benefício de aplicar ou não. (Entrevista F).

Nesses casos uma opção interessante levantada na pesquisa de campo e ainda pouco difundida no cenário brasileiro é a mediação, que oferece resultados promissores e custos menores. A mesma ocorre através do auxílio de uma terceira parte, atuando nas negociações, fazendo as partes chegarem a uma solução da controvérsia. Entretanto, as nuances da forma como isso acontece são grandes<sup>316</sup>: desde absolutamente informais, como é o caso da simples intervenção de alguém do mesmo ramo em reunião com as partes, até toda uma estruturação formal, como é feita pelas organizações encarregadas de promover a arbitragem institucionalizada. A explanação do panorama na entrevista é preciso:

Tem muita composição aliás aqui, é uma pena que a mediação é muito pouco desenvolvida no Brasil, mas aqui, por exemplo, a porcentagem é bem alta de casos que há acordo logo no início da arbitragem. Normalmente o que a gente faz, a gente propõe assim que o caso é iniciado, a gente propõe as partes para ver se elas aceitam ou não mediar o caso. [...] e, na maioria dos casos o que eles fazem, eles iniciam a mediação junto, mas não suspendem a arbitragem, o processo arbitral, então correm os dois juntos, [...], quando chega-se a fase de sessão da mediação, normalmente em um dia eles entram em acordo, normalmente não dura mais de um dia a sessão de mediação e, normalmente, quando chega nesse ponto que vai a sessão, a maior parte, a maior parte que digo cerca de 80% dos casos, sai acordo. A porcentagem aqui é bem alta dos casos que se vai à mediação e daí dos que vão, normalmente 80% sai acordo, então é um custo-benefício ótimo.

[...]

Para as partes é bem claro enfim todas as vantagens que elas têm, continuam tendo bom relacionamento, continuam fazendo business e é mais rápido, é mais barato e mesmo se não chegarem a um acordo, já muitas questões vão ter sido resolvidas quando eles vão para arbitragem. Obviamente que eles não vão poder usar o que foi discutido na mediação na arbitragem, mas eles já vão, as partes em si tem um entendimento muito melhor no caso, o que é importante e o que não é.

<sup>316</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64.

Para a instituição também é importante porque - por incrível que pareça, se você pensar porque para a instituição é mais interessante se a instituição ganha muito mais dinheiro com o caso arbitral, que é cobrado inclusive aqui as despesas com a administração, se na mediação nem isso é cobrado - a vantagem é que você consegue ter um volume de casos muito maior, porque se resolvem muito rápido, essa é uma das vantagens e a instituição não é que ela não cobre nada, ela não cobra nada das partes na questão administrativa, mas é cobrado sim um free com relação a porcentagem que é pago aos mediadores, é um pouquinho mais baixo, mas enfim é cobrado [...]. Então para instituição também é bom, porque ela além de ter um volume maior, ela consegue resolver o caso mais rápido, ela consegue ajudar as partes a entrar em acordo mais rápido e consequentemente a taxa do período de quanto vai demorar para resolver um caso vai ser muito mais baixo, então isso é um bom marketing para a instituição e aumenta o volume. (Entrevista M).

Prudencialmente, as partes em não raras vezes, atraídas por esta possibilidade, preveem a mesma como primeira providência, deixando a solução arbitral como última alternativa. Trata-se de uma cláusula dita escalona, uma medida que estipula estágios distintos, procedimentos separados, partindo de métodos autocompositivos para se chegar aos adjudicatórios. E, com efeito, num estágio superior, se a possibilidade de escolha dos métodos de resolução dos conflitos levou à criação de cláusulas escalonadas, essas propiciaram, circularmente, a origem de outras formas criativas de solução de disputas, destacando-se os *dispute boards*<sup>317</sup>. Ambas conjunturas restaram presentes nos apontamentos dos entrevistados:

Hoje basicamente a gente utiliza muito cláusula escalonada, então num todo, como a empresa tem poucos parceiros na cadeia produtiva, a gente utiliza muitas vezes cláusula escalonada e, antes da arbitragem, a gente prevê a possibilidade da mediação entre, por exemplo, os presidentes das duas empresas, então, na verdade, a arbitragem, um litígio, mesmo sendo arbitral, é a última alternativa sempre. Dependendo do parceiro comercial a gente faz cláusula escalonada em que as empresas têm 60 ou 30 dias para resolver o litígio e, não chegando a um consenso, os presidentes das duas empresas vão solucionar a questão. Somente nesse caso aí, que isso não aconteça, é que se faz arbitragem. (Entrevista E).

[...] é muito utilizado fora no Brasil, que aqui no Brasil ainda não se fala, no Brasil a gente fala só em arbitragem, mas existe o dispute adjudication board, que é muito comum em contratos internacionais. No Brasil, pela lei brasileira, não seria válida, é quando você estabelece um comitê que cada parte tem o seu representante e se houver qualquer problema a parte tem 45 ou 80 dias, os números eu não lembro direito, para fazer a reclamação.

A outra parte tem tantos dias para responder a isso, se outra parte não responder morreu; se a parte negar, a outra parte tem que contra-argumentar em tantos dias, então você não tem as disputas chegando ao final do contrato. Quando você tem uma arbitragem ou no Judiciário, geralmente as disputas, as reclamações, contratos

<sup>317</sup> Outro procedimento que objetiva a solução pacífica de conflitos de natureza comercial, reunindo componentes da negociação, da mediação e da arbitragem, é o *Minitrial*. Trata-se de um painel onde as partes reúnem-se por um breve período de tempo, quando seus advogados fazem a apresentação de um sumário de suas razões para executivos seniores das empresas em desentendimento e distanciados da questão em tela. GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65.

de construções, de plantas maior, só aparecem no final. Quando você tem isso obriga as partes através desse comitê, que resolvam pontualmente. Então os monstros não se criam, os volumes não se acumulam. Isso é muito usado, isso não é uma arbitragem, mas é um comitê, cuja decisão não é vinculante, mas que ela se depois houver uma arbitragem é levada em grande consideração. (Entrevista J).

A essa altura, resta prudente enunciar que a experiência das Câmaras Arbitrais aponta de modo seguro que são raros os casos em que a parte vencida não cumpre a decisão arbitral ou a contesta em juízo, tendo sido elaboradas pelo setor, para essas circunstâncias, sanções próprias aos recalcitrantes<sup>318</sup>, desde cláusula penal, passando pela comunicação de desobediência à decisão arbitral a outras organizações arbitrais, até a proibição de recorrer a outra arbitragem na instituição e suspensão/exclusão da entidade associativa a que estiver filiada a parte desobediente. A pesquisa de campo apurou isso:

Eu posso dizer para você até que o nosso percentual, pelo menos aquilo que nos chega ao conhecimento e, a rigor, normalmente chega, o nosso percentual de descumprimento ou contestação é coisa, assim, baixíssima. Eu acho que é um negócio que chega a, está assim entre dois e três por cento do total das arbitragens processadas, o que é quase nada. (Entrevista K).

O grau de cumprimento é bem elevado, a maioria dos casos é cumprido, a gente fica sabendo de poucos casos aqui que a sentença foi anulada em algum país ou que a parte não. Por exemplo, há casos em que a parte não paga mesmo as custas dos árbitros, aí o árbitro ele pode suspender o procedimento ou prosseguir, fica critério dele. (...) isso acontece com mais frequência, com mais frequência eu digo uma porcentagem no total assim, vamos dizer, de não sei quanto, mas menos de, entre zero e cinco por cento dos casos, em que chega-se nesse estágio. Agora que um laudo foi anulado em algum outro país é bem menor, normalmente é cumprido. (Entrevista M).

Ou seja, o segmento estruturou-se por si só, de tal forma que, para além do aparelhamento de normas próprias para seus elementos (contratos, por excelência), passando por organizações encarregadas de decidir os conflitos segundo esse ideário (as aqui enaltecidas câmaras arbitrais), chega-se ao ponto de uma estrutura capaz de captar informações e decodificá-las do seu próprio modo, solidificando seus limites. As formas de *incentivar* o cumprimento dos laudos para que não haja necessidade de uma intervenção estatal e a fusão de sistemas jurídicos, em face das exigências da complexidade do setor, ilustra isso, sobre a qual ora se debruça.

---

<sup>318</sup> FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 269.



**3.2.3 LEX MERCATORIA:** a manifestação do mundo técnico oriundo da conjuntura contemporânea de uma sociedade organizacional

A conjuntura da crescente diferenciação da sociedade em sistemas e subsistemas cada vez mais especializados, com a constituição de organizações para realização das operações necessárias, que trabalham segundo concepções normativas criadas no bojo do próprio (sub)sistema, resta clarividente com o fenômeno da *Lex Mercatoria*, que ganha conotação paradigmática. Com a globalização policêntrica, não é com uma simples evolução do direito que se está confrontando, mas com um verdadeiro questionamento de sua racionalidade. Há um enfraquecimento dos regimes de regulação implementados sob a égide do Estado, aparecendo, cada vez mais, corpos normativos que obedecem a regras de gestão privada onde o Estado agia, até então, com soberania legislativa, como apontado na primeira parte do trabalho, acerca do pluralismo e da governança.

O fato é que atualmente vive-se sob a perspectiva da técnica, que alcança não só o terreno da materialidade produtiva, mas também atinge, como corretivo metodológico, o direito, sendo uma das áreas mais sensíveis e acolhedora dessa circunstância o comércio internacional com todas as suas vicissitudes. Mostra-se impossível negar que as operações mercantis se valem de uma instrumentalidade própria<sup>319</sup>, representada pelas modalidades creditícias, pelos contratos, pelas garantias, pelos critérios securitários, pelo transporte e até mesmo pela construção de órgãos jurisdicionais específicos.

A *Lex Mercatoria* representa, nesse sentido, um conjunto de normas não elaboradas por meio da mediação política dos Estados, mas constituído classicamente pela comunidade internacional de empresas sobre quatro pilares fundamentais<sup>320</sup>: os usos profissionais, os contratos-tipo, as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e a jurisprudência arbitral. Com isso, busca-se neste último ponto, após trabalhar todo esse percurso, evidenciar o constatado na pesquisa empírica desenvolvida: a mistura e fusão dos sistemas jurídicos enquanto outra manifestação da *Lex Mercatoria*.

---

<sup>319</sup> STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

<sup>320</sup> ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 289-90.

Entretanto, antes de tudo, é de restar claro que a necessidade de estabelecer regras para garantir certeza e rapidez ao comércio não é nova. Já na Europa Medieval a expressão *Lex Mercatoria* era utilizada, designando o direito criado pelos comerciantes a fim de regular suas próprias relações<sup>321</sup>, formado pelos estatutos das corporações, pelos costumes mercantis e pelas jurisdições mercantis competentes para dirimir controvérsias nas relações em que pelo menos uma das partes pertencesse à classe dos comerciantes. Tratava-se de uma espécie de sistema autorregulável, desprovido de qualquer interferência estatal, surgido antes da ascensão dos Estados Modernos, que durou até o início do século XVI, quando os governos nacionais buscaram incorporar as práticas comerciais mais relevantes aos seus respectivos ordenamentos jurídicos. Todavia, essa conjuntura não perdurou. O dinamismo e a crescente complexidade do comércio internacional após o término da 2ª Guerra Mundial geraram a necessidade de instrumentos normativos mais ágeis, flexíveis e eficientes, abrindo caminho para constituição de um conjunto de regras comerciais transnacionais, implicando não apenas o direito substantivo dos contratos, mas igualmente normas procedimentais e soluções para conflitos de leis, reaparecendo, assim, a *Lex Mercatoria* a partir de problemas concretos.

Neste ponto merece destaque o trabalho desenvolvido por Berthold Goldman, considerado o responsável pela evolução do conceito. O mesmo lançou as bases para uma profunda discussão sobre a caracterização da *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional, mostrando que a mesma não deve receber somente eficácia de liberdade contratual<sup>322</sup>, vez que as normas concretas escolhidas no exercício dessa liberdade são diferentes por sua origem e conteúdo, não tendo os contraentes, ademais, a intenção de criar vínculos jurídicos singulares, mas sim de submeter uma operação particular e concreta a regras gerais e abstratas<sup>323</sup>, repudiando o emanado pelo seu crítico Lagarde que, para Goldman, possui uma visão limitada, recusando-se a ver como ordem jurídica normas desenvolvidas por uma autoridade diferente.

---

<sup>321</sup> A mesma fora, pois, forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes e navegadores de abrir novos mercados, contando com uma ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem, caracterizando-se, assim, por ser distinta dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos e administrada não por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério a equidade. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 160-1.

<sup>322</sup> Para Lagarde essa conjuntura resulta de uma atitude das partes que se abstém voluntariamente de se colocarem sob proteção do Estado, preferindo aquela que lhes é oferecida pela ordem não estatal. Diz o mesmo que o caso dos contratantes do comércio internacional que se remetem exclusivamente a árbitros privados trata-se da mesma situação dos católicos que, em matéria de casamento, preterem o civil. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 140-5.

<sup>323</sup> GOLDMAN, Berthold. *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*. **Festschrift Pierre Lalive**, Basel, Frankfurt a.M. 1993, p. 247.

Os usos e costumes comerciais apresentaram-se, com efeito, como o primeiro arcabouço da *Lex Mercatoria*. Os atores econômicos internacionais começaram a criar uma série de costumes e usos que se sustentavam com o conhecimento profissional, a repetição de usos no tempo e a generalizada aceitação de sua existência. No plano internacional, os mesmos geravam-se por sua contínua aplicação nas transações comerciais, estabelecendo um vínculo estreito com o conceito de equidade e os Princípios Gerais do Direito. O problema é que isso fez com que emergisse uma conjuntura multifacetada, perdendo-se a segurança para a qual haviam sido criados. Com o ressurgimento da *Lex Mercatoria*, inúmeras organizações representativas das comunidades comerciais passaram, então, a se dedicar ao trabalho de uniformizar<sup>324</sup> esses procedimentos comerciais.

Nessa perspectiva mostra-se a atuação da Câmara de Comercio Internacional (CCI) através dos *incoterms* (*International Commercial Terms*), propostos com o objetivo de facilitar<sup>325</sup> o comércio entre vendedores e compradores de diferentes países, estabelecendo um conjunto de regras para interpretação dos termos mais usuais das transações. O conjunto de siglas, de três letras cada, teve, pois, sua primeira edição em 1936, restando, a cada espaço de tempo, publicadas novas versões, de modo a refletir as mudanças nas práticas de comércio, tendo a grande vantagem de reduzir os riscos de litígios emergentes de eventuais interpretações contraditórias neste âmbito.

Os princípios do UNIDROIT, representando grande marco ao processo unificação da lei, também mostram que a harmonização não é prerrogativa exclusiva das instituições ligadas ao Estado e que pode tomar uma forma diferente de um padrão obrigatório. O mesmo, que tradicionalmente carregava a missão de desenvolver ligação entre as normas legais como codificações públicas, passou, com o novo fôlego que a *Lex Mercatoria* adquiriu, a oferecer normas não vinculativas sob a forma de uma codificação privada<sup>326</sup>. Considerado um direito *soft*, o mesmo designa normas que servem como critério de fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas típicas do comércio internacional, atuando mediante a persuasão ou convencimento da sua conformidade com a deontologia do segmento.

---

<sup>324</sup> AFANADOR, Walter René Cadena. La nueva *lex mercatoria*: Un caso pionero en la Globalización del derecho. **Papel Político**, n. 13, out. 2001, p. 110.

<sup>325</sup> Não se trata de impor e sim propor o entendimento entre vendedor e comprador quanto às tarefas necessárias para o deslocamento da mercadoria do local onde a mesma é elaborada até o local de destino final (zona de consumo): onde o exportador deve entregar a mercadoria, quem paga o frete ou quem é o responsável pela contratação do seguro, por exemplo.

<sup>326</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. **Revue internationale de droit compare**, v. 50, n. 2, abri./jun. 1998, p. 463 e 487.

Precisamente por este papel de uniformização e harmonização que teve início com o ressurgimento da *Lex Mercatoria* é que Francesco Galgano afirma que a sociedade pós-industrial<sup>327</sup> anuncia-se como uma sociedade sem fronteiras, na qual os mercados são mundiais e os agentes do mercado tendem a fugir do controle dos Estados particulares, onde o direito tende a superar as particularidades políticas, aspirando à posição de direito universal, que se realiza, na contramão do pregado, com a formação não-política do direito. Isso porque, em tempos de globalização econômica, não é apenas a atividade econômica que se internacionaliza. O direito também acaba seguindo este caminho<sup>328</sup>. Paralelamente à atividade das empresas, surge um direito derivado das práticas e usos comerciais capaz de dar organização à atividade produtiva, apoiando-se através da arbitragem e permitindo ao direito global da periferia construir o seu próprio centro, sem invocar a ajuda do Estado.

É nesse enfoque, porquanto, que emergem os contratos-tipo, que muito contribuem para a crescente formação de um direito uniforme do comércio. Organizações e associações jurídicas profissionais têm criado modelos de contrato, objetivando facilitar a atividade de seus membros, que se tem convertido em instrumentos legais dentro da circulação comercial internacional. A natureza do comércio internacional de especialização setorializada tem impulsionado, pois, essa confecção de modelos de contratos que homogeneízam e dão certa segurança às cláusulas contratuais contidas nos documentos jurídicos, com inúmeros pontos em comum, somente se diferenciando nas particularidades de cada ramo do comércio.

Para além do retratado na “Entrevista J” e já comentado acerca dos *templates* da Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC) para área de construção, no ramo de *agribusiness*, tem-se como exemplo os contratos-tipo desenvolvidos pela *Grain And Feed Trade Association* (GAFTA), com origem na *London Corn Trade Association*, com a missão de proteger os interesses de seus membros em todo o mundo ao proporcionar apoio aos contratos internacionais, termos comerciais estabelecidos em uma faixa de 80 formulários de contratos com cláusulas especiais de qualidade e métodos de amostragem.

---

<sup>327</sup> Visando caracterizar essa sociedade, o mesmo traz a referência de que não raras vezes um empresário compra uma empresa só para vendê-la, sendo o lucro não mais procurado na gestão de uma empresa, mas na diferença entre o preço de compra e venda. Assim, a economia pós-industrial se torna uma economia em que a indústria deixa de ser um assunto e torna-se um objeto no mercado. O capital é agora o assunto; a indústria torna-se um valor de troca simples. A era industrial foi a era da produção de mercadorias, onde uma marca era apenas a marca distintiva de bens produzidos pela indústria. Na era pós-industrial, marcas tornaram-se os próprios produtos. GALGANO, Francesco. *The New Lex Mercatoria. Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, 1995, Iss. 1, Article 7.

<sup>328</sup> TIMM, Luciano Benetti. Globalização e Internacionalização do direito. *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 17 de agosto de 2011.

Há, ainda, como outra faceta importante da *Lex Mercatoria*, as regulações profissionais, os códigos de conduta. As organizações internacionais, notando ausência de vigilância sobre as atividades empresariais multinacionais e transnacionais, tem se mobilizado para implementação de diversas regulações profissionais que têm o caráter de recomendações, denominadas códigos de conduta. Sucede que na crescente concorrência mundial atual entre as corporações, o comportamento diante do mercado tornou-se um fator decisivo<sup>329</sup>. No mundo de hoje, a exposição pela mídia de que dada companhia não oferece condições apropriadas, favoráveis de trabalho, pode desfazer anos de esforço para construir lealdade à marca. Por isso, criou-se uma visão de que as mesmas precisam desenvolver ferramentas para controlar suas atividades, exercidas em escala planetária de impossível domínio direto.

Seguindo a idéia de Constituição Civil calcada por Teubner e trabalhada no capítulo anterior, lembrando a “Entrevista D” já abordada, que retratou a inclusão de cláusulas de repúdio à corrupção e de lavagem de dinheiro, o *The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation* veio exatamente nesse sentido. O documento das Nações Unidas E/C.10/1982/6 refletiu a preocupação da Comissão de Empresas Transnacionais de deixar claro, por exemplo, que as corporações transnacionais devem evitar práticas, produtos ou serviços que tenham efeitos nocivos sobre os padrões sócio-culturais, bem como, que em suas relações sociais e industriais devem estar em conformidade com as políticas públicas destinadas a estender igualdade de oportunidades e de tratamento, contribuindo para a capacitação gerencial e técnica dos nacionais dos países em que operam, facilitando o seu emprego em todos os níveis de gestão da entidade.

Isso tudo, por fim, fica claro com a arbitragem internacional e sua jurisprudência, trabalhadas no tópico anterior, que constitui um dos elementos mais importantes da *Lex Mercatoria*, já que o árbitro vai para a fonte direta do conflito, isto é, a substância do contrato, examinando seu conteúdo, seus objetivos, as circunstâncias particulares de execução e da vontade das partes sobre o direito a aplicar em caso de conflito<sup>330</sup>. O regime arbitral é que melhor exprime a independência do comércio internacional no que concerne à solução de seus problemas, residindo nos textos de suas decisões os melhores repositórios para justificar a *Lex Mercatoria*, possibilitando um exercício apropriado da *lex voluntatis*.

---

<sup>329</sup> Trata-se do novo paradigma da responsabilidade social da empresa, segundo o qual a função da mesma não fica mais limitada à satisfação dos acionistas. RAY, Michael; RINZLER, Alan (Org.). **O Novo Paradigma nos Negócios**. Trad. Gilberto César Cardoso de Souza. São Paulo: Cultnx, 1999, p. 23.

<sup>330</sup> STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996, p. 68-70.

Acerca dessa temática, pontualmente, a pesquisa empírica efetuada apontou a eleição do direito estatal para dirimir eventual conflito oriundo dos negócios que as partes celebraram entre si. Isso porque, embora as partes se inspirem nas disposições normativas de suas organizações, acreditam que um termo, reportando a um direito *soft*, assim posto no contrato, atribui uma liberdade ampla ao árbitro ou tribunal, com o que não se sentem seguras<sup>331</sup>. As mesmas, partindo do direito estatal eleito, então, misturam e fundem disposições de outros sistemas, excluindo disposições daquele de elegeram, criando um sistema jurídico próprio para aquela relação, algo *sui generis*:

Não se utiliza soft law, só legislação estatal mesmo, partindo de uma jurisdição neutra. Nunca utilizamos princípios do UNIDROIT, esse negócio de princípios é muito complicado na minha visão. Qualquer princípio, *Lex Mercatoria*, isso aí, ao final, as partes acabam, às vezes, achando que o conflito foi mal resolvido em função dessa liberdade toda que se atribui ao árbitro ou ao tribunal. Então eu acho que isso gera uma insegurança muito grande e dá ao árbitro um poder muito maior de julgar a demanda. Então acho que assim, na nossa visão, a gente prefere muito mais ver qual é a lei que melhor se aplica aquele contexto específico, ver como é que são os comportamentos dos tribunais naquela matéria específica - eu falo tanto da lei material, quanto da lei adjetiva -, porque na verdade você tem muito mais segurança aí ao já saber que, naquele caso específico, o seu conflito tenderá a ser resolvido dessa ou daquela maneira, então para gente é muito mais seguro essa linha. (Entrevista N).

O que a gente coloca de referência a algumas convenções é até no sentido de excluir quando elas não são vantajosas. Então, por exemplo, existe no direito marítimo uma série de regras que atraem princípios que excluem a responsabilidade, por exemplo, dos contratados, as regras de Haia, que atraem a cláusula paramount, que é aquela que, por exemplo, o armador só responde pelos danos se o navio na ocasião que partiu não tivesse, se ele não fez bill lading, um monte de negligências, então a gente exclui estas regras, mas é muito difícil você conseguir essa exclusão porque o mercado é muito pequeno.

A gente exclui, por exemplo, quando a gente é vendedor, a aplicação da Convenção de Viena, porque se colocar simplesmente a lei da Inglaterra ou a lei de Nova York e não excluir a Convenção da lei de Viena, como os EUA aderem esta parte da convenção, você acaba caindo na Convenção de Viena, que ela é mais favorável ao vendedor, então a gente tem esse cuidado, dependendo do tipo de contrato em excluir algumas convenções. Assim como em outros contratos, mesmo que a gente coloque as leis da Inglaterra, a gente menciona algumas legislações externas que devem ser aplicadas, por exemplo, porque a gente é listado na bolsa de Nova York, então a gente coloca aquelas coisas todas. São essas as convenções que a gente menciona, a gente não menciona nenhuma outra. (Entrevista J).

---

<sup>331</sup> Dezalay contesta a *Lex Mercatoria* enquanto manifestação da conjuntura contemporânea de uma sociedade organizacional com base precisamente nesse fundamento, afirmando ter a mesma conteúdo vago, insuficiente e de resultado imprevisível. DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Marketing and selling transnational 'judges' and global 'experts': building the credibility of (quasi)judicial regulation. **Socio-Economic Review**, n. 8, nov. 2009, p. 113-30.

A questão que surge, diante dessa conjuntura, é saber o que se está vivenciando. Depois de toda luta pela constituição de um direito emancipado do Estado, agora que fora colocado à disposição de maneira organizada um conjunto de regras para o setor, resta necessário investigar com maior precisão qual a essência da opção pelas regras estatais, de modo a verificar se isso está a comprometer a autonomia conquistada e tão reverenciada. Nesse sentido, o primeiro ponto de observação que salta aos olhos é a utilização em larga escala de um foro neutro, com prevalência do sistema consuetudinário:

Sinto essa diferença de interpretação entre os sistemas da Civil e da Common Law e digo mais, eu acho que se você parte para um contrato com um grande fornecedor de tecnologia, nenhum grande fornecedor de tecnologia aceita um contrato baseado na lei brasileira para ser julgado por uma corte brasileira. Primeiro porque não tem o entendimento de como seria o contrato no direito civil, que é completamente diferente, porque contrato no direito civil você faz com cinquenta ou trinta páginas, contrato no direito inglês são duzentas páginas, porque o que não está escrito não existe e é uma forma de pensar muito diferente, de interpretar as cláusulas. Embora eu acho o Judiciário brasileiro extremamente capacitado, eu só acho para este tipo de contratos internacionais, primeiro lugar, eles não são aceitos pela outra parte, é uma utopia e, número dois, eu acho que eles tem uma dificuldade muito grande de entender como é que é feita a proposta, como a outra parte viu o contrato ao assinar o contrato, porque o raciocínio é diferente, um baseado no direito civil e outro na Common Law, na vontade das partes. (Entrevista J).

Quando considerados contratos internacionais, normalmente há discussões com as partes, a gente procura uma jurisdição neutra daquelas onde as partes residem, não adianta a gente forçar a barra para ser uma jurisdição a nosso favor, que não vai dar certo. [...]

Trabalhamos com os dois sistemas, Civil e Common Law. Não há dúvida, a diferença é muito grande, sobretudo pela possibilidade de no sistema da Common Law você se valer de precedentes jurisprudenciais para resolver dado conflito, o que não necessariamente acontece no sistema da Civil Law. Então eu vejo nesses sistemas de direito consuetudinário essa preocupação de se julgar com base em precedentes, em casos concretos, em living cases enfim, muito maior do que no sistema de direito legislado. Havendo possibilidade de escolha em um conflito internacional, prefere-se a Common Law sem dúvida. É que nesse caso acaba sendo difícil, quando a parte é de um sistema como esse, você querer aplicar o sistema de direito legislado, vai ser muito difícil você emplacar uma cláusula como essa, então é preferível você abrir mão e estudar a lei, estudar a jurisdição, para que você saiba de antemão como é que os tribunais estão se comportando diante daquela matéria. (Entrevista N).

As presentes elucidam, nesses termos, que as partes que interagem no comércio internacional preferem eleger um sistema que irá julgar as controvérsias nos limites do contratado e pactuado, têm uma tendência a eleger sistemas mais flexíveis, como os consuetudinários (até por ser o vigente na maioria dos países que comandam o jogo internacional), e aí, a partir desses, excluindo disposições e introduzindo outras ditadas pelas próprias organizações do segmento, elaborar o próprio estatuto que irá reger a relação.

Ou seja, enquanto a *Lex Mercatoria* trabalha com princípios que retratam práticas comerciais internacionais, dentre as quais as partes optam por aquelas que farão parte de seu negócio e aquelas que pretendem excluir, o sistema consuetudinário, restando reconstruído para aquela relação específica, com a eliminação de umas e a incorporação de outras normativas, resta eleito em face de sua flexibilidade, do privilégio maior que propicia ao pactuado, sem aquela vinculação cerrada ao ordenamento positivo como ocorre com a tradição civilista. Enquanto o primeiro inspira a formação do contrato, o segundo garante que a avença vai ser respeitada. O presente quer dizer que não é que a *Lex Mercatoria* não esteja sendo utilizada, ela apenas não serve como um todo aos julgamentos, como também não a legislação estatal, que não é eleita enquanto tal, mas para garantir que o contrato seja a lei.

Sucedo que, ao contrário dos países de legislação escrita, em que as decisões das cortes de justiça tinham uma importância secundária, desenvolveu-se um sistema baseado no princípio *judge-made law*, em que as decisões judiciais não só aplicam, mas antes até definem as regras legais. A *Common Law* concentra, nesse desiderato, enorme poder nas decisões das cortes de justiça, ao mesmo tempo em que propicia que as decisões sejam produzidas com vínculo com a história e a tradição<sup>332</sup>. Assim, os juízes, à procura de bases razoáveis, chegam às fontes do Direito Romano, a santidade da doutrina da coercitividade dos contratos.

Precisamente, o direito contratual norte-americano<sup>333</sup> é lastreado ainda no princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato barganhado entre as partes. Diante dessa tradição, as partes têm liberdade quase absoluta na estruturação de seu negócio, prevalecendo a ideia de que o direito contratual da *Common Law* é absolutamente supletivo à vontade das partes (*default rule*), sem princípios estruturantes que possam se sobrepor a ela. Isso representa, certamente, para além de seu poderio, uma forte razão para a expansão do direito contratual norte-americano pelo mundo globalizado<sup>334</sup>. As partes veem nesse sistema a garantia de que suas negociações e alocações de risco em situações de conflitos de leis e de competência entre os tribunais não serão alteradas pelas Cortes.

---

<sup>332</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27-8.

<sup>333</sup> A *Common Law*, numa acepção primária, surgiu na conjuntura de um sistema de direito escrito e sistematizado, que se tornou comum às tribos dos povos anglo-saxônicos e que, por ter se tornado rígido e formalístico, exigiu a constituição de um sistema paralelo, deixando traços no tratamento de muitos institutos jurídicos da Inglaterra e do EUA. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 14.

<sup>334</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law*: uma introdução ao Direito Contratual Norte-Americano. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, n. 1, 2012, p. 535.



Com isso verifica-se que as partes, no âmbito dos conflitos do comércio internacional levados perante a via arbitral, não elegem a legislação estatal para ver seu caso sendo julgado propriamente pela mesma, mas optam pelo sistema consuetudinário a fim de que suas avenças sejam consideradas lei entre as partes, sem a relativização a que dá margem o sistema da *Civil Law*. O fato é que nos países filiados ao sistema romanístico, as normas contidas nos códigos são, em regra, gerais, impessoais e abstratas. Enunciam, primeiramente, os princípios gerais que informam determinada matéria, os quais devem prevalecer sobre a vontade das partes, se em sentido contrário<sup>335</sup>. Depois, acrescentam algumas regras específicas, aplicáveis a casos particulares a respeito dos quais as partes permanecem silentes no contrato. Assim, nessa tipologia, as partes apenas especificam os termos essenciais do contrato que estão concluindo entre si, submetendo-se a normas codificadas para regular as demais questões.

Isso porque, historicamente, a *Civil Law* fora formada no bojo do positivismo estatal e do dogma da separação dos poderes, cuja origem é associada há 450 a.C. na publicação das Doze Tábuas em Roma, tratando-se da tradição mais antiga e mais amplamente difundida. Com efeito, com a decadência do feudalismo e o conseqüente enfraquecimento da autoridade do Sacro Império Romano, houve uma tendência de que o Estado se tornasse a única fonte do direito<sup>336</sup>, invocando para si a soberania tanto no âmbito interno, como no âmbito internacional, tendo início a era da soberania absoluta. Nesse enfoque, o direito dependia e advinha da vontade do príncipe: se oriundo de outras fontes, somente era aplicado se assim houvesse determinação. Apenas o Estado detinha o poder de elaborar as leis, de modo que nenhum grupo ou indivíduo poderia criar o direito<sup>337</sup>. A capacidade dos indivíduos em obrigar-se por contratos e aquela dos membros de organizações em adotar regras que efetivamente governavam suas relações internas eram considerados negócios jurídicos privados que possuíam eficácia legal apenas na medida em que o Estado os reconhecesse e respaldasse.

---

<sup>335</sup> CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium, 2010, p. 27.

<sup>336</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 46-8.

<sup>337</sup> A teoria positivista, defendendo que a lei era a fonte exclusiva do direito, pareceu triunfar, de um modo geral, nos diferentes países da família romano-germânica nos primórdios da codificação. A lei num segundo momento, embora não plenamente aceita pela prática, passou a ser considerada a fonte primordial, onde os juristas procuravam descobrir as soluções, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados de autoridades governamentais, consistindo sua função a de descobrir, com auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso correspondesse à vontade do legislador. Atualmente, prevalente na Europa continental e na América Latina, essa tradição encontra-se, todavia, abrandada, diferenciando-se no interior de cada sistema de direito nacional, encontrando-se, em maior ou menor grau, vestígios desse pensamento impregnado no modo de pensar e atuar dos juristas. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 110-3.

No contexto atual, essa eleição de um sistema, com a junção, fusão, do outro e de demais disposições do segmento, restou clara na investigação empírica, que retratou, inclusive, os problemas derivados disso quando as partes e os árbitros não se mostram suficientemente instruídos dessa complexidade, dessa policontextualidade. Essa manifestação da *Lex Mercatoria* faz com que a escolha de uma lei oriunda do sistema civilista (ou o inverso) não seja interpretada enquanto tal para aplicação ao caso, mas com sua relação com o sistema do foro do local que irá julgar, com as outras normatividades que foram inseridas e com aquelas que foram excluídas. Não se trata de um mero exercício de subsunção, o processo é muito mais complexo. A normativa é aquela construída para o caso, externada no contrato, que envolve todas essas disposições de origens diferentes:

Os casos de Common Law é sempre um desafio maior, porque fundamentalmente somos advogados da Civil Law, então sabe, tem alguns mecanismos, princípios ao menos que eles utilizam e que nós utilizamos que além de menos flexível, ao meu modo de ver, a utilização é da arbitragem e dos tribunais.

Eu acho que muitas vezes se fala da lei aplicável etc, mas eu acho que um ponto que seria importante considerar é sobre a utilização, muitas vezes, dos modelos da Civil Law, por exemplo, ou modelos contratuais de Common Law, com aplicação de lei do outro sistema, ou seja, às vezes nós temos modelos de contratos de Civil Law que aplicam, sei lá, o direto inglês, e o contrário, ou seja, modelo de contrato do tipo americano que depois aplica, na verdade, a lei da França, então, muitas vezes, o problema não fica tanto nas regras de regulamentação da arbitragem enquanto tal, mas quanto os modelos de direto, os institutos mesmo de direito. Ou seja, por exemplo, para um país, nos contratos de joint venture, o que um país considera conselho de administração, talvez não é a mesma coisa no outro país, ou seja, os poderes são diferentes, então se acaba na verdade se expressando mais um trabalho de direito comparado que de um verdadeiro, vamos dizer assim, estudo sobre o funcionamento da arbitragem mesmo. Então, na verdade, eu acho que teria que ser importante nesses contratos internacionais, do modelo da Common Law, verificar a verdadeira essência de algumas cláusulas, como cláusula de boa-fé ou cláusulas de princípios gerais de direito, isso deveria ser consequência em relação a utilização do modelo arbitral, mas acaba sendo uma análise que, na minha cabeça, teria que ser feita antes, porque no final tudo se reduz ali.

Um dos problemas que nós tínhamos era exatamente isso, ou seja, você pode considerar, sei lá, você pode fazer referência a conceitos que nominalmente são conceitos que existem nos dois sistemas, mas depois na substância são regulamentados de forma diferente. Então o que você entende que funciona aqui, não funciona lá ou funciona de forma diferente na outra parte, então você pode ter toda garantia do mecanismo da arbitragem, ou seja, do fato que é um juiz neutro, se aplica um tipo de direito que você quiser, mas você não conhece como ele é regulamentado da outra parte, aí fica voltando ao problema originário, que é aquilo de enfrentar um tribunal ordinário de outro país. Isso que na minha visão é o grande desafio, vamos dizer assim, atual sobre isso. (Entrevista L).

Pela minha experiência, até mais fora daqui do que aqui dentro - porque aqui a gente não aplica nenhum direito material, quem vai aplicar é o árbitro, a gente só aplica nossas regras de direito administrativo e depois que o árbitro é eleito quem vai decidir sobre a aplicação do direito material é ele, mas obviamente que você vê como ele aplica - o que acontece, quando tem árbitro da Common Law e as duas

partes são da Civil Law, por exemplo, tem um problema de cultura aí, até de nomenclatura e tudo. Há diferenças, é óbvio que há, uma delas é a questão do discovery, por exemplo, o famoso discovery que aqui eles tanto reclamam da parte da Civil Law.

Aqui eles querem, normalmente um advogado da Common Law vai pedir o procedimento específico que eles usam aqui do direito estatal, e a parte da Civil Law não sabe nem o que é isso direito. Aí o que acontece, a gente tem guidelines do próprio Centro Internacional, da Associação Arbitral, há guidelines que tratam dessa questão, então, por exemplo, o que vai acontecer, é um guidelines, não é obrigatório obviamente, as partes se elas não quiserem elas podem não aplicar, mas vai ser uma forma de você minimizar esse crack que tem entre Civil Law e Common Law. E há outros guidelines que tratam da questão de como tratar de questões pertinentes, por exemplo, a discovery em si que eles chamam.

Normalmente a gente sugere ao árbitro nesses casos aqui da Common Law para que ele não aplique um discovery num caso internacional, porque é uma arbitragem internacional, não é um caso estatal americano, então a gente sugere, a gente propõe, tem árbitro que enfim, já trabalhou mais com casos internacionais, que está mais aberto para isso e têm outros que até por pedido normalmente das partes, até por acordo entre as partes em si, eles continuam aplicando o discovery. Obviamente se as duas partes forem de Civil Law, a discovery não vai ser aplicada, porque nenhuma das partes vai concordar com isso, mesmo que o árbitro queira. Agora se você tem umas das partes já que é de Common Law, o que acontece muito, normalmente uma das partes aqui é americana, você vai ter um problema de como é que o árbitro vai decidir isso. O americano vai dizer eu quero discovery, a brasileira vai dizer não, não quero, até porque meu cliente não está nem preparado para isso e a decisão vai ficar a critério do árbitro, a gente sugere que ele não aplique, amenize a situação, vai depender dele e normalmente eles entendem que é um caso internacional e que demanda uma variabilidade, uma flexibilidade muito maior do que um tratamento como se estivesse na corte aqui, então normalmente é isso que acontece. (Entrevista M).

A diferença entre os sistemas legais codificados e jurisprudenciais é, com efeito, apontada por Timm. Embora ambos contenham princípios semelhantes de liberdade contratual e boa-fé, a extensão e o exato conteúdo desses princípios tende a variar. Os países da família da *Common Law* normalmente são mais simpáticos às disposições criadas pelas partes em seus contratos, havendo menos intervenção das cortes nas barganhas das partes. Na *Civil Law*, por sua vez, as cortes tendem a ser mais intervencionistas, exigindo um cuidado maior com o direito doméstico<sup>338</sup>. Enquanto na *Common Law* os mesmos são redigidos visando reduzir ao máximo a existência de incertezas e interpretações judiciais divergentes, nas avenças sujeitas ao direito romanístico há regras automáticas de concessão de prazo para acomodar a situação fática e remediar o contrato<sup>339</sup>, tendendo esses a ser, em face disso, mais concisos, enquanto aqueles extensos e bastante detalhados.

<sup>338</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 15.

<sup>339</sup> CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium, 2010, p. 24.

Assim, a negociação dos contratos internacionais exige dos advogados que entendam perfeitamente como os contratos são interpretados em diferentes sistemas jurídicos e como esses funcionam. Isso não quer dizer, entretanto, que a referência a determinado direito torne a avença igual aos contratos internos, isso é apenas a utilização da informação a partir de critérios próprios. O contrato, enquanto sistema autopoietico num universo de sistemas autopoieticos, conserva a originalidade que lhe é dada pela internacionalidade de seus efeitos<sup>340</sup>, circunstância essa prestigiada pela tradição consuetudinária.

É precisamente nesse sentido que a escolha de um sistema, com sua reconstrução a partir de critérios próprios de cada relação contratual, representa outra manifestação da *Lex Mercatoria*, para além das já tradicionais consagradas: usos profissionais, contratos-tipo, regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e jurisprudência arbitral. O fato é que as partes não pretendem ter aplicadas as peculiaridades de determinada legislação escolhida, mas sim que seu contrato seja a verdadeira lei, sem qualquer interferência externa que o relativize, sem qualquer interpretação que desprestige as cláusulas que passaram por todo um processo de negociação até a conclusão da avença. Desse modo, a autonomia do comércio internacional, ao contrário do que se poderia olvidar, não resta corrompida. E, isso, porque, paradoxalmente, utiliza esse *modus operandi*, captando as informações externas, para promover o seu fechamento operacional, para que somente aquilo pactuado seja a lei.

Essa fora a maneira, por oportuno, que o comércio internacional encontrou para marcar seus limites, representando a escolha de um sistema com sua reconstrução (abertura à informação) um jeito de fazer com que os usos e costumes do segmento, que foram eleitos pelas partes e, somente esses (fechamento operacional), sejam prestigiados. De tal sorte, constitui essa conjuntura uma manifestação por excelência da *Lex Mercatoria*, a qual resta utilizada no fito de neutralizar eventuais interferências, no intuito de evitar que usos não eleitos pelas partes sejam introduzidos, mantendo-se e prestigiando-se, com isso, a autonomia da vontade, circunstância ímpar para o setor. Ou seja, as normas expressas pelas formas tradicionais da *Lex Mercatoria* estão à disposição, só que as partes elegeam as de sua preferência e incorporam ao contrato, sendo o sistema jurídico que formam a partir dessas com as normativas de outros uma nova manifestação da *Lex Mercatoria*. Tem-se a constituição de novas normas a partir de anteriores. Eis a hipercomplexidade do setor.

---

<sup>340</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 175.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho “Autorregulação e Comércio Internacional: do percurso teórico à demonstração empírica” foi desenvolvido em face da inquietação frente às fórmulas tradicionais de tratamento normativo e jurisdicional. Buscou-se demonstrar que há um mundo muito maior que este centrado na figura do Estado, que a dogmática jurídica tradicional procura ocultar. Evidencia-se ser hora de avançar em direção a outro nível de realidade. Muita coisa está acontecendo e não está sendo observada devidamente. A sociedade evoluiu de tal maneira, com uma especialização extraordinária de segmentos, que resta imperioso repensar a postura jurídica diante dessa conjuntura.

### **Premissas para observação**

Nesse passo, como ponto de partida, demonstrou-se que a explicação lógico-dedutiva das normas jurídicas não se mostra suficiente, que a realidade atual, de uma sociedade policêntrica global, demanda uma observação refinada, capaz de ser propiciada pelas premissas autopoieticas. Apontou-se, pois, que cada vez mais os olhares se voltam para a diferença, já que é através dela que os setores sociais marcam seus limites, distinguindo-se do entorno, conseguindo evoluir e conquistar sua unidade. Ou seja, a partir de um sistema de função geral, com o aumento da complexidade, assiste-se determinado mote especializar-se de tal modo até efetivamente diferenciar-se funcionalmente do primeiro, tornando-se um subsistema. Isso faz, prudencialmente, a partir de então, com que aceite do outro âmbito funcional apenas aquelas informações que lhe pareçam pertinentes, decodificando-as, ainda, de acordo com seus próprios pressupostos internos.

Esta condição mostra-se de suma valia na contemporaneidade, na medida em que o fenômeno da globalização demanda que os (sub)sistemas se abram ao novo. A diferenciação auxilia na decodificação de tamanha quantidade de informação, fazendo com que os mesmos preservem seu elemento (código) caracterizador. O sistema irá captar essas informações e por seus elementos próprios, internos, decidirá qual providência irá adotar em relação a elas. Logo, um sistema tem condições de se abrir mais à medida que se mantém intacto, que eventual nova produção de seus elementos seja feita a partir da repetição das comunicações anteriores. Somente se mantendo fechado é que consegue abrir-se e abrindo-se é que se fecha.

### **Evolução do processo comunicativo**

No capítulo inicial - *Globalização Policêntrica*, o tópico abordado, na sequência dessas premissas, fora precisamente a marcha do processo comunicativo. A partir da concepção de que o sentido depende da observação, não se podendo dizer que a globalização é um fenômeno bom ou ruim isoladamente, sem falar em que aspecto, denunciou-se que a explosão por seu interesse faz com que, não se tendo isso nítido, haja muitos problemas. Ao contrário do implantado no imaginário da grande massa social, a globalização já existia nos antigos impérios, o que se apresenta novo hoje é a dupla tempo e espaço, podendo este ser acessado tão rapidamente como nunca antes imaginado, podendo um acontecimento de dado local influenciar a ocorrência de fatos do outro lado do globo instantaneamente. Vive-se, com isso, em uma sociedade em que se amplia de modo vertiginoso, não em pequenos saltos como ocorria antes, a segurança e a insegurança. A velocidade do desenvolvimento tecnológico chega a ordens quantitativamente novas, que propicia projetos qualitativamente originais.

A engrenagem institucional arquitetada a partir da figura soberana é, deste modo, colocada à prova, sugerindo-se que determinados problemas não tem mais condições de continuarem a ser encaminhados para a perspectiva estatal cuidar. A essa altura, o poder privado se estabelece como nova forma de organização. Sem conseguir impor-se sobre as demais racionalidades que começam a tomar forma diante de sua perda de capacidade, o Estado começa a ser percebido apenas como mais uma estratégia, ao lado de outras de diversas procedências. É hora, pois, do monopólio e do sistema hierárquico ser substituído por uma visão de um conjunto de poderes e normas em rede, considerando as próprias elaboradas pelos diversos segmentos sociais para reger suas relações. Há uma variabilidade de fontes. A emergência da sociedade global exige diferentes interpretações.

### **Dispersão dos núcleos**

O policentrismo, último tópico do primeiro capítulo, visou exatamente demonstrar isso: a dispersão do poder em vista da formação de vários subsistemas sociais autônomos, capazes de regulação por si próprios. Com o presente, objetivou-se evidenciar que os sistemas sociais estão se globalizando, não sendo isso privilégio da economia, embora, através da mesma, isso fique mais clarividente. O fato é que em cada vez mais espaços existem comportamentos obrigatórios, critérios de controle das expectativas normativas, que não derivam do Estado e isso está a ser observado agora graças à globalização.

Essa circunstância, pontualmente, leva à abordagem a partir do conceito de rede que, no lugar de centro, possui nós, no sentido de que não se prega o fim do Estado-Nação, mas o reconhecimento de sua convivência com outras formas de poder paralelas, de onde emanam também normas de caráter jurídico. Justificou-se, com base nessa, a avaliação da concepção centro/periferia, com o questionamento da visão hierárquica. O Estado é um jogador a mais, não detendo seu direito posição superior. A periferia ganha contorno de centro, onde o direito oficial e não, ambos através do código lícito/ilícito, conectam-se a outros discursos sociais. Isso leva a uma desconstrução das concepções tradicionais de hierarquia, legitimidade de uma Constituição política e processo legislativo parlamentar. Os tribunais nacionais, concebidos como centro, são relegados à periferia diante da resolução dos conflitos próprios. O sistema comunicacional mostra-se capaz de evoluir, então, por essa quebra de paradigmas, reconhecendo que o direito não tem vocação para reger tudo e que o sistema político tradicional encontra-se enfraquecido, sendo a saída realizar uma reconfiguração atenta ao papel que a sociedade civil vem desenvolvendo.

### **Multiplicidade de perspectivas**

O segundo capítulo do trabalho – *Pluralismo Jurídico Transnacional*, exatamente nesse viés, visou apresentar uma proposta de observação dos direitos que tem surgido na periferia, a partir da organização social, adquirindo para seu setor contorno de centro. Trata-se da policentexturalidade, que evidencia que a complexidade traz uma multiplicidade de possibilidades. Cada dado, cada coisa, cada situação é a uma junção de um número infinito de contexturas, para além daquela que transparece. A sociedade, por exemplo, pode ter sua complexidade descrita de inúmeras formas, a característica da auto-observação não quer dizer que exista somente uma possibilidade de observação. A abertura cognitiva mostra que apesar de seus conceitos próprios, a mesma busca informações para evoluir.

Enunciou-se com isso que a presente forma, rompendo com a unidade dos discursos, com a contextura ligada ao Estado, mostra-se imprescindível para observação atual, em que não se pode mais conceber que fragmentos sociais específicos sejam ignorados. Ocorre que se vive em uma situação de hipercomplexidade, onde um sistema observador começa a descrever as descrições de complexidade de outro sistema, em que as formações da periferia do direito descrevem as operações do centro e passam a tomar providências diante dessa complexidade, gerando mais complexidade no fito de reduzi-la.

A policontextualidade, nesse ponto, permite que se observe que não há, invariavelmente, sistemas grandes e pequenos, mas complexidades diferentes em cada dimensão. E essa complexidade, em face da autorreferencialidade, que ultrapassa a capacidade sensitiva, traz a possibilidade de situações sucederem-se de forma diversa da esperada. A contingência mostra-se ligada à policontextualidade nesse passo, demonstrando a possibilidade de algo ser diferente do que é. O direito busca, exatamente nessa linha, como meio simbolicamente generalizado de comunicação, disponibilizar meios que permitam ao outros sistemas enfrentar essa circunstância. Só que isso está cada vez mais difícil, habita-se em um mundo de racionalidades específicas, que produzem ressonâncias nos demais sistemas. Não há mais lugar para pretensões de univocidade, a distinção hierárquica cede lugar, desaparecendo a função privilegiada da legislação política, cuja função é de ser repensada.

### **Pluralidade dos discursos**

O segundo momento do capítulo, ocupou-se, então, de assinalar que existem outros direitos independentes do Estado, outros processo comunicativos que não dependem deste que empregam o código comunicativo lícito e ilícito, que não lhe é exclusivo. Registrou-se que depois de séculos de um mosaico, tomou forma o absolutismo legislativo, contra o qual diversas correntes, de inspirações diversas, contrapuseram-se. O estudo percorreu essas diversas concepções, findas quais se assinalou ser hora da teoria do pluralismo jurídico ajustar seu foco para os novos discursos, já que o direito atual somente pode ser adequadamente compreendido dessa forma, em face da normatividade gerada pelos diferentes subsistemas, transcendendo a problemática a forma como normas sociais vão se cristalizando e transformando-se em jurídicas, a coesão das comunidades étnicas e suas tradições.

A teoria contemporânea deve centrar-se na relação do direito com os diversos jogos de linguagem hoje existentes, na medida em que se assiste a uma constelação de governos privados, estando o direito mundial a se desenvolver nas periferias sociais, no bojo de cada subsistema, de modo fragmentado a cada campo de ação, não no centro de instituições do Estado ou internacionais. Precisamente, a abertura informativa do sistema pregada pela teoria autopoietica não tem sido devidamente explorada pelo direito, representando o pluralismo jurídico um método à disposição para tanto, já que nenhum sistema apresenta superioridade para ignorar os demais, vivenciando-se, concomitantemente, uma relação de independência e interdependência.



### **Arranjo do eixo político**

O tópico destinado à governança acentuou essa situação, demonstrando a criação cada vez maior de normas pela sociedade civil por intermédio da coordenação de atores, em face da incapacidade do sistema político estatal proceder diante da complexidade. Através do mesmo, evidenciou-se que a sociedade possui capacidade própria de se autorregular e que o Estado de Bem-Estar ignorou isso, devendo, em face da circunstância atual, ser adotada outra atitude pela política, consciente de seus limites e dos limites dos outros sistemas. O fato é que resquícios do Estado Social ainda se mostram presentes, o que faz com que a política assuma a responsabilidade por uma multiplicidade de aspectos que fogem ao seu controle. Só que não há como a mesma conseguir o controle dos problemas dos demais por seu código. Não há como centrar uma sociedade funcionalmente diferenciada na política. É necessária uma nova postura do governo diante da complexidade, para além de agir ou determinar.

Isso fica claro quando, a partir da diferença entre centro e periferia, passa-se a observar que, para além do Estado, encontram-se na periferia organizações políticas. Diante da sua deficiência, há o renascimento não institucional da política. A governança sugere exatamente isso, a participação cidadã diante da incapacidade do Estado responder às demandas da sociedade. É necessária uma nova leitura que perceba a pluralidade de atores que participam do processo de implementação de políticas. De maneira policontextual, as mesmas não emergem apenas do sistema político, mas também de outros que se organizam para exercê-la. E cabe ao Estado respeitar essa auto-organização. Cada contexto exigirá conhecimentos que estarão disponíveis mais a certos atores, devendo-se encontrar um desenho institucional que proporcione essa interação, não tendo o Estado mais capacidade de agir sozinho. A política dividiu-se em vários centros de poder.

### **Heterorregulação jurídica**

Com esse substrato é que o terceiro capítulo – *Organização Setorial* debruçou-se sobre a problemática da regulação jurídica, questionando o papel do direito diante da regulação própria dos setores. Buscou-se, com o mesmo, elucidar que não se pode pretender regar pelo direito certas relações sociais, com o que se vislumbra a caducidade das formas tradicionais, que pretendiam a tudo abarcar. E, mais do que isso, cada sistema particular é que decidirá o que fazer com a pretensão de regulação (informação) externa.

Ao direito cabe, assim, aceitar a autonomia social como um dado e, a partir dessa perspectiva, estruturar-se de forma mais condizente com essa realidade. A regulação pelo direito só é possível pela informação e interferência, pela abertura e fechamento do sistema. O sistema jurídico constrói um modelo interno do mundo exterior. A sociedade, igualmente, capta as informações que o mesmo transmite e decodifica de acordo com suas próprias concepções. Assim, cabe ao sistema jurídico desenvolver laços com a realidade. Para evoluir tem que interagir, sendo essa abertura para evolução possibilitada pelo fechamento, pela manutenção do próprio elemento característico. Essa dupla possibilita, assim, que o sistema não fique estático e nem seja dissolvido.

O presente propicia, nesse passo, a observação de que a produção da norma já não vem de um único centro, mas que há uma multiplicidade de modos de produção, de sorte que cabe aos legisladores trabalhar com um novo modelo, com um novo modo de proceder, onde sejam encarregados de possibilitar uma autonomia regulada e de neutralizar os conflitos entre os diversos âmbitos. Procedendo uma orientação da sociedade, através de normas que apresentem possibilidades diante de situações, não determinando comportamentos, devem deixar cada um deles a função de resolver seus problemas internos, cuidando o Estado dos conflitos intersistêmicos, induzindo processos de mútuo entendimento, promovendo o engate estrutural das diversas ordens jurídicas, fazendo-os aprender a ouvir as pressões dos outros, com uma reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões.

### **Decisões organizacionais**

Fora nesse enfoque, com efeito, que o segundo tópico do capítulo investigou as organizações, responsáveis por observar e decidir. Sucede que são as mesmas que, operando através das informações captadas e processando-as de acordo com o código interno do próprio sistema, proferem decisões, garantindo ao mesmo uma duração apesar das perturbações. Após o resgate das concepções organizacionais existentes, enquanto ciência autônoma ou de sua sociologia, na acepção clássica e mais recente, partiu-se do entendimento de que cada força, para ser efetiva, necessita de um órgão e que essa organização deve ser independente da sociedade que a rodeia, só reconhecendo como próprias as comunicações de seus membros. Acentuou-se que as mesmas, cada uma delas, restringe-se, atualmente, ao cumprimento de metas específicas, não funções difusas, como ocorria na sociedade estratificada.

As mesmas não são, pois, um fenômeno universal, presentes em todas as sociedades, mas se constituem uma aquisição de processo evolutivo relativamente alto. Representam, pontualmente, sistemas que se compõe de decisões que se tomaram, a partir de outras decisões que se proferiram. As comunicações são, nesse passo, os elementos da organização, que assumem essa forma, requerendo novas decisões, que limitam as possibilidades de ação, condicionando o ingresso e a permanência na mesma.

### **Posições jurídico-fundamentais**

Em face de tamanha estruturação, capaz de inclusive garantir direitos, o último tópico do terceiro capítulo buscou investigar a designação de constituintes que hoje se atribui. No presente, argumentou-se que a padronização centrada no Estado, com a globalização policêntrica, foi dissipada em fragmentos. Cada um dos subsistemas passou a criar sua própria normatividade, a disciplinar as situações que melhor do que qualquer outro conhece, assim como prega a sociologia do conhecimento, que cada pessoa conhece-se melhor do que qualquer outra. A obediência do direito porque ele é direito sucumbiu. Nenhum sistema se sobrepõe a outro, toda legislação está condicionada a sua aceitação. Há uma segmentação das soberanias em setores especializados, sendo que alguns adquirem um nível tão alto de complexidade, que acabam dotam-se de esquemas regulatórios semelhantes ao de uma Constituição. A questão constitucional, tradicionalmente pensada em disciplinar o poder político absoluto, diante dessa queda, sofre uma reconfiguração.

O intento de um direito constitucional mundial, transportando-se sua conjuntura do plano nacional para o mundial, não vai longe, vez que se ignora as mudanças que o conceito deve sofrer diante da nova realidade, que coloca em cheque a soberania e a hierarquia das decisões. Uma rede de constitucionalismo, albergando o espaço privado, diante da construção complexa dos setores, mostra-se mais realista, na medida em que leva em conta a clara dissociação entre Estado e Constituição. Com a globalização política, não há como se pensar em uma Constituição da sociedade mundial a partir das instituições políticas internacionais, capaz de abarcar todos os âmbitos sociais. Nessa quadra da história e desenvolvimento da sociedade, esse ideário somente se mostra coerente partindo da constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos. A regra política está agora espalhada por diversos fragmentos, impossível de se conjuntar de um único documento.

### **Contrato como comunicação**

O quarto e último capítulo – *Comércio Internacional*, diante de toda essa estrutura construída no bojo da sociedade, representou uma proposta de observação da diferenciação funcional vislumbrada na era setorial. Como primeiro ponto, tomaram forma os contratos enquanto elementos comunicativos do comércio internacional. Enunciou-se que esse setor, estabelecendo seus limites, diferenciou-se da atividade comercial padrão, criando os contratos com suas particularidades, como seus elementos comunicativos. Os mesmos constituem os instrumentos com o quais o comércio internacional consegue operar de maneira cognitiva, mostrando sensibilidade às mudanças e comunicando como agirá diante delas. Aperfeiçoando-se constantemente e inclusive incorporando tendências à proteção de posições jurídico-fundamentais, este setor questionou os arranjos clássicos, tendo criado, em face disso, suas próprias normativas e organizações para tanto.

Com isso, as disposições estabelecidas pelas partes deixaram de ser individuais e concretas, ganhando conotação geral e abstrata através das organizações constituídas pelo *Comércio Internacional* que passaram a operar ditando regras padronizadas, visando reduzir a complexidade ao disponibilizar aos atores expectativas. Os contratos-tipo contribuíram de sobremaneira para a crescente formação de um direito uniforme do comércio, que demonstram uma situação de hiperciclo, onde o contrato particular é formado a partir desse, que se inspirou no primeiro para sua formação e que servirá de base para as organizações encarregadas de dirimir eventual conflito guiarem-se, cuja decisão, por sua vez, trará validade aos elementos criados, com base nos quais novos serão elaborados, mostrando uma ponte comunicativa entre passado, presente e futuro.

Uma relação contratual desse jaz, de tal sorte, como tradução de diversos projetos discursivos, só pode ser analisada devidamente a partir de ótica policontextural, assinalada na primeira parte do estudo, em face das atividades multiformes e multidimensionais que envolvem, que vinculam o processo jurídico para geração de novas normas para regulações futuras e soluções de conflitos. Uma interpretação deve levar isso em conta, deve ser feita de modo especial, prestigiando-se os acordos estabelecidos. Legislações nacionais possuem características que não se coadunam com a realidade do setor, da formação do contrato, devendo a ordem pública internacional ser levada a sério quando o assunto demandar a intervenção jurídica estatal. Isso, especialmente, nos países que possuem menos especificações funcionais e tem dificuldade de observar essa complexidade.

## **Ordem arbitral**

O tópico seguinte, nessa esteira, ocupou-se da arbitragem enquanto organização responsável por conhecer dos conflitos a partir do ideário do setor externado pelos seus elementos (contratos). Sustentou-se que diante da insuficiência das decisões judiciais, o comércio internacional viu-se compelido a buscar outras vias. A arbitragem consistiu nessa via, responsável por propiciar condições de segurança para que o mesmo desenvolvesse cada vez mais sua autorregulação. Através da presente, tornou-se possível vislumbrar a quebra do ideário de monopólio, permitindo a reavaliação centro/periferia, proposta na primeira parte do trabalho. Os tribunais estatais, embora permaneçam como centro para o sistema jurídico, não o são para o comércio internacional, cuja arbitragem, originariamente tendo se formado na periferia, hoje constitui seu centro. O Judiciário tem observado esse quadro de setores com centros próprios e tem buscado desenvolver-se, reconhecendo a incapacidade de ali intervir, tal como tem feito com as demandas questionando as vias arbitrais.

A arbitragem constitui, pois, em um subsistema legal que permite o fortalecimento da autorregulação do comércio internacional através da solução que proporciona aos conflitos advindos de seus elementos (contratos). A mesma mantém intactos os sistemas jurídico e econômico. Representa, em última instância, uma ilustração apta a fazer compreender os comportamentos esperados diante da autonomia social. O direito não tem condições de continuar com pretensão de vocação universal, devendo trabalhar, enquanto um direito estratégico, regulando as interações das partes autônomas através de procedimentos, tal como faz com a arbitragem. Melhor do que qualquer outro, o comércio internacional compreende seus conflitos e possui melhores condições de solucioná-los. E o mesmo ocorre com os demais sistemas funcionais.

Aqui, o que surge, é que o custo de recorrer ao Judiciário vai muito além das taxas pagas à justiça, mas da demora do processo e do perigo de decisões não especializadas. O que fora diagnosticado latentemente na pesquisa de campo, que urge de ser levado a diante com mais intensidade no plano estatal, é o desenvolvimento da mediação. As partes que primam pela arbitragem não tem interesse de romper o pacto. Por isso, essa adoção preliminar senão resolve o problema, reduz a complexidade do litígio que será destinado à via arbitral. Tanto que o grau de cumprimento das decisões é alto, somado a isso, evidentemente, as sanções criadas pelo meio para os recalcitrantes.

### ***Lex a partir da fusão***

O último ponto do trabalho envolveu-se, então, com a normatização utilizada pelo comércio internacional para reger suas relações e dirimir seus conflitos, investigando a *Lex Mercatoria*. Buscou-se neste tópico, após trabalhar todo seu percurso, evidenciar o constatado na pesquisa empírica desenvolvida: a mistura e fusão dos sistemas jurídicos enquanto outra manifestação da *Lex Mercatoria*, para além dos tradicionais usos e costumes. Sustentou-se que as partes, partindo do direito estatal eleito, misturam e fundem disposições de outros sistemas, excluindo disposições daquele de elegeram, criando um sistema jurídico próprio para aquela relação, algo *sui generis*. Indicou-se que, para tanto, as partes preferem eleger um sistema que irá julgar as controvérsias nos limites do contratado e pactuado, havendo uma tendência a eleger sistemas mais flexíveis, como os consuetudinários.

Assim, enquanto as normativas tradicionais tidas como *Lex Mercatoria* inspiram a formação do contrato, o sistema consuetudinário garante que a avença seja respeitada. O presente não quer dizer que a *Lex Mercatoria* não esteja sendo utilizada, ela apenas não serve de norte aos julgamentos de modo amplo, como também não a legislação estatal enquanto tal, é a junção das normativas eleitas de ambas que faz com que o contrato seja a lei. Por isso aqui não cabe mero exercício de subsunção, está-se diante de uma perspectiva policontextual. Não são as disposições do sistema eleito que devem ser interpretadas enquanto tais para aplicação ao caso, mas sua relação com o sistema do foro do local que irá julgar, com as outras normatividades que foram inseridas e com aquelas que foram excluídas. A normativa é aquela construída para o caso. As partes não pretendem ter aplicadas as peculiaridades de determinada legislação escolhida, mas sim que seu contrato seja a verdadeira lei, sem qualquer interferência externa que o relativize. A *Lex Mercatoria*, nesse turno, marca os limites do comércio internacional, representando a escolha de um sistema com sua reconstrução (abertura à informação) um jeito de fazer com que os usos e costumes do segmento, que foram eleitos pelas partes e, somente esses (fechamento operacional), sejam prestigiados.

De tudo isso, o que fica é que o comércio internacional representa de maneira clarividente a capacidade setorial. Se isso ainda não se sente em todas as empresas no plano nacional é porque essa sistemática encontra-se em vias de desenvolvimento, vez que a preocupação da diferenciação funcional e autonomia dos campos de ação ganhou destaque, de fato, apenas nos últimos anos. O suporte da autonomia gradativa traz isso: um mesmo campo pode estar em um estágio inicial em um lugar, tendo atingido o último grau em outro.

## REFERÊNCIAS

AFANADOR, Walter René Cadena. *La nueva lex mercatoria: Un caso pionero en la Globalización del derecho*. **Papel Político**, n. 13, out.2001.

ARAUJO, Nadia de. A Nova Lei de Arbitragem Brasileira e os “Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT. CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

ARNAUD, André-Jean (direção de. et all). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. 2ª ed. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

BASSO, Maristela. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio. BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas - estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger**. São Paulo: LTr, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad Líquida**. Trad. Mirta Rosenberg. Argentina: FCE, 2004.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BELLEY, Jean-Guy Belley. Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. **Canadian Journal of Law and Society**, v. 26, n. 2, 2011.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido: a orientação do homem moderno**. Trad. Edgar Orth. Petrópolis: Vozes. 2004.

\_\_\_\_\_. **A Construção Social da Realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. O papel dos estudos pós-coloniais para a ressignificação do discurso de fundamentação dos direitos humanos. CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). **Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CAMARGO, Sonia de. Governança Global: utopia, desafio ou armadilha?. FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Governança global**: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARBONNIER, Jean. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e Direito**: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia e tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 193, 2012.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede - A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura. Vol. III – O Fim do Milênio. Trad. Klauss Brandini Gerhart e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: Repensando Categorias. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 3, 2003.



CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Dirección de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium, 2010.

CROZIER, Michel. **A Empresa à Escuta**. Trad. José Luís Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

D'ANDRADE, Wladimir. Brasil cai uma posição em ranking de globalização. **Revista Veja**, Caderno Economia, 23.01.2012.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Marketing and selling transnational 'judges' and global 'experts': building the credibility of (quasi)judicial regulation. **Socio-Economic Review**, n. 8, nov. 2009.

DICKEN, Peter. **Mudança Global: mapeando as novas fronteiras da economia mundial**. Trad. Teresa Cristina Felix de Souza. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DOWBOR, Ladislau. **A Reprodução Social**. Vol. I – Tecnologia, Globalização e Governabilidade. São Paulo: Vozes, 2001.

DUGUIT, Léon. **La Transformación del Estado**. Madrid: Francisco Beltrán, 1909.

DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na Nova Ordem Global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005.

EHRlich, Eugen. O Estudo do Direito Vivo. SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. (Org.). **Sociologia e Direito: leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Pioneira, 1980.

ENGELMANN, Wilson. A nanotecnociência como revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia *na* ciência. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

EUA desmontam rede de tráfico internacional de drogas pela internet. **BBC Brasil**, 17 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/04/120417\\_eua\\_trafico\\_internet\\_rede\\_rn.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120417_eua_trafico_internet_rede_rn.shtml)>. Acesso em: 20 abr. 2012.

EXCESSO de normas trava projeto ambiental. **Folha.com**, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1076009-excesso-de-normas-trava-projeto-ambiental.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. **Revue internationale de droit compare**, v. 50, n.2, abri./jun. 1998.

FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

GALGANO, Francesco. The New Lex Mercatoria. **Annual Survey of International & Comparative Law**, v. 2, 1995.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif**: essai critique. 2<sup>a</sup> ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Trad. Saul Barata. Lisboa: Presença, 2006.

GIORGI, Raffaele de. Problemi della governabilità democratica. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Diritto, Democrazia e Globalizzazione**. Trad. Elisabetta Santoro. Lecce: Pensa Multimedia, 2000.

GOLDMAN, Berthold. Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria. **Festschrift Pierre Lalive**, Basel, Frankfurt a.M. 1993.

GOOGLE ameaça excluir sites jornalísticos franceses das buscas. **O Globo**, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/google-ameaca-excluir-sites-jornalisticos-franceses-das-buscas-6453453#ixzz2DR6SAEVq>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

GOULENE, Alain; RACINE, Jean-Baptista. As Flutuações Processuais da Arbitragem. CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: LTr, 1999.

GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no cotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GÜNTHER, Gotthard. **Life as Polycontextuality**. In: [www.vordenker.de](http://www.vordenker.de) (Edition: February 2004), J. Paul (Ed.), p. 5 - first published in: H. Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für WalterSchulz, Pfullingen 1973.

GURVITCH, Georges. **La Déclaration des Doits Sociaux**. Paris: Philosophique J. Vrin, 1946.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública: perplexidades dos nossos dias. WOLKMER, Antonio C.; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos na contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade Global**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teorias da Globalização**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KOOIMAN, Jan. **Governing as governance**. London: Sage Publications, 2003.

KRISTEVA, J. **Introdução à semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

LADEUR, Karl-Heinz. 'Abwägung' - em neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdis kurse. **Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie** 69, 1983.

\_\_\_\_\_. **Postmoderne Rechtstheorie**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*. **Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman**. Paris: Librairies Thechniques, 1982.

LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policon-textualidade. SCHWARTZ, Germano A. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Univerdad Iberoamericana/Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sociología del Riesgo**. Trad. Silvia Pappé et al. México: Universidad Iberoamericana, 1992.

\_\_\_\_\_. **Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia**. Trad. Jostxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Univerdad Iberoamericana/Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão et all. **Revista Sequência**, n. 28, jun. 94.

\_\_\_\_\_. **Organización y Decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. México: Universidad Iberoamericana, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la Sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2002.

MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Trad. Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: FGV, 1975.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio-ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Governança global**: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MORIN, Edgar. **O Método**. Vol. I - A natureza da natureza. 2ª ed. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Europa-América, 1977.

NESTLÉ vai investigar se há trabalho infantil no cacau que compra. **BBC Brasil**, 29 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos\\_e\\_fotos/2011/11/111129\\_cacau\\_nestle\\_dg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2011/11/111129_cacau_nestle_dg.shtml)>. Acesso em: 20 abr. 2012.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, Ijuí (Universidade de Ijuí), ano V, n. 5.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

OLGIATI, Vittorio. Direito Positivo e Ordens Sócio-Jurídicas. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Oficina de Derecho Internacional**. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Curso XXXIII, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PINEAU, Gaston. O Sentido do Sentido. CETRANS (Coord.). **Educação e Transdisciplinaridade I**. Brasília: UNESCO/São Paulo: TRIOM, 2000.

PLANTULLO, Vicente Lentini. **Teoria Geral da Administração**: de Taylor às redes neurais. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

RANGEL, Paulo Castro. Diversidade, Solidariedade e Segurança: notas em redor de um novo programa constitucional. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, ano 62, v. 3, dez. 2002. Disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887). Acesso em 04.11.2012.

RAY, Michael; RINZLER, Alan (Org.). **O Novo Paradigma nos Negócios**. Trad. Gilberto César Cardoso de Souza. São Paulo: Cultnx, 1999.

REVISTA VEJA. **Peso do Estado reduz a competitividade do país**. 27 de julho de 2010. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/estado-gastador-reduz-a-competitividade-do-pais>.

ROBALO, António. **Teorias Contingenciais de Organização**. Lisboa: Síbaló, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoietica do sentido do direito. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito na forma de sociedade globalizada. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

\_\_\_\_\_. Observação sobre a observação luhmanniana. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

\_\_\_\_\_. Tempo e Constituição. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.1, dez. 2006.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. **Revista Seqüência**, n. 53, dez. 2006.

\_\_\_\_\_; LUZ, Cícero Krupp da. Lex Mercatoria e Governança: a policontextualidade entre Direito e Estado. **Revista Direitos Culturais**, v.1, n.2, jun. 2007.

RODRÍGUEZ, Darío. ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991.

ROMANO, Santi. **L'ordre juridique**. Paris: Dalloz, 1975.

ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: fim do Estado moderno?. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS. Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SCHWARTZ, Germano. João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 38, n. 109, 2008.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. SCHWARTZ, Germano A. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constituição, Estado Constitucional e Paradoxo: centro de controle e direção de uma sociedade policêntrica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, 2008.

\_\_\_\_\_; PAGANI, Fernanda; GOMES, Giles. Observação social e pluralismo Jurídico: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil. **Ciência & Consciência**, Brasília/DF, n. 2, dez. 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SÓLIO, Marlene Branca. **Comunicação, Psicanálise e Complexidade: abordagem sobre as organizações e seus sujeitos**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

\_\_\_\_\_.; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Privado**: parte geral, direito civil internacional e direito comercial internacional. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, n.33, v.14. Piracicaba: UNIMEP, 2003.

\_\_\_\_\_. As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Contracting Worlds: The Many Autonomies Of Private Law. **Social and Legal Studies**, vol. 9, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Trad. Jürgem Volker Dittberner. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

\_\_\_\_\_. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Edición de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

\_\_\_\_\_. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 4, out. 2011.

\_\_\_\_\_. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993.

\_\_\_\_\_. Os Múltiplos Corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. **Filosofia do direito e direito econômico**: que diálogo? Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law*: uma introdução ao Direito Contratual Norte-Americano. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, n. 1, 2012.

\_\_\_\_\_. Globalização e Internacionalização do direito. **Valor Econômico**, Legislação & Tributos, 17 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, jun. 2007.

\_\_\_\_\_; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Um Panorama da Arbitragem no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo**: em busca da reconstrução do mundo. Trad. Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEICK, Karl E. **A Psicologia Social da Organização**. São Paulo: Edgard Blücher, 1973.

WILLKE, Helmut. Entrevista realizada por Pablo Fraser e José Tomás Guzmán. Tradução e transcrição Patricio Velasco. **Revista Doble Vínculo**, jul. 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

YOUNG, Oran. Regime dynamics: the rise and fall of international regimes. KRASNER, Stephen (ed.). **International regimes**. London: Cornell University Press, 1995.



## **APÊNDICE A – PESQUISA EMPÍRICA**

**Degração das entrevistas realizadas acerca das práticas comerciais internacionais e do instituto da arbitragem**

## **Entrevista A**

Gerente Jurídica de empresa calçadista, tendo atuado antes, por mais de dez anos, como Assessora e Gerente Jurídica de Contratos de uma cooperativa da área de saúde. Pesquisadora da Coordenadoria da Advocacia Corporativa (OAB/RS) e membro do Comitê de Departamentos Jurídicos do Rio Grande do Sul. Com formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e pela Fundação Getúlio Vargas em *Business Law*.

### Relação contratual da empresa

*A grande parte dos contratos são nacionais, mas nós temos uma exportação e nessa área de exportação, então, nós temos um grupo, algumas pessoas e algumas vendas na exportação. Nessa questão da exportação, então, entram contratos. Esses dias eu fiz um contrato com a Rússia, por exemplo, esse contrato da Rússia falava em arbitragem inclusive, que era um contrato de fornecimento de calçados para a Rússia. Mas assim, regra geral, a empresa não tem como praxe utilizar contratos com arbitragem.*

### Conjunto normativo e Câmara fixada

*Nesse contrato com a Rússia era um volume “x” de calçados que foram para lá e a proposta do contrato veio bicolunado, inglês-russo. Eu fiz mais uma tradução de português e ele falava do Tribunal Arbitral Russo, aí eu fui verificar que nos contratos anteriores dessa mesma empresa nós tínhamos o Tribunal de Haia como uma sugestão e entre o Tribunal de Haia e o Tribunal Russo eu optei, então, por exigir que eles mantivessem a mesma sugestão anterior, que era o Tribunal de Haia.*

*No contrato foi estipulado a legislação da Rússia, isso foi exigência deles, porque teve uma discussão no detalhamento do contrato e aí esse item eles não abriram mão, eles trocaram o tribunal, mas não a legislação.*

*Mas isso é outra discussão interessante que dá para levantar. A gente sabe que na prática se houver algum inadimplemento, por parte tanto da calçados, quanto do cliente, a discussão vai ter que ser feita mais a nível de acordo e negociação do que efetivamente uma discussão judicial, mesmo via arbitral, porque se torna muito caro. O contrato era um contrato, eu não*

*vou recordar exatamente o valor, mas era um valor em dólares, mas era tão expressivo a ponto de justificar eventualmente uma discussão em arbitragem. Então isso também é um outro ponto interessante, a gente faz contratos super bem elaborados e tal, mas na hora da discussão, olha, vamos esquecer um pouco o contrato e vamos negociar, porque na prática um discussão judicial vai ser muito onerosa.*

#### Razões da não utilização da arbitragem

*Eu acho que desconhecimento assim. As pessoas, elas ainda recebem com muita dúvida em relação à arbitragem sabe, até isso aqui no Rio Grande do Sul, a gente sabe, a pessoa já tem mais conhecimento, tem utilizado mais, mas aqui no Rio Grande do Sul o empresariado ainda não conhece a arbitragem e quem conhece ainda não tem certeza de como vai funcionar, como é que vai ser na prática. São poucos os cases que já aconteceram de discussão nesse sentido.*

*Fala-se em muito custo, enfim. E o que às vezes eu também percebo é que a arbitragem parece ser uma questão interessante, é mais rápida a solução do litígio e tal, só que o empresário ele às vezes gosta que demore a seleção de litígio, porque ele ganha tempo. Isso quando a gente está do lado da empresa assim e falando em geral, a gente tem essa percepção, às vezes o tempo é interessante, porque força um acordo, o tempo faz acontecer outras coisas que são importantes para o empresário, o tempo é interessante para o empresário.*

#### Prática comercial

*Não há a cultura da utilização de cláusula compromissória, sendo preferível a negociação de contratos antes da criação do litígio. A empresa costuma envolver-se pouco com situações de litígio e prefere utilizar o Judiciário como solucionador. É uma prática da empresa, porque você já teve várias ações que foram e a manutenção de ações acaba sendo muito mais prejudicial, então a gente está fazendo muito acordo, não só a questão contratual em si com o fornecedor, mas até com consumidor também, que ainda nem se fala em arbitragem em contratos de consumo, nem se orienta que seja feito isso, porque parece ser um instituto que não vai funcionar, mas a gente tem utilizado muito política de acordo para evitar em casos*

*reais, porque mesmo uma sentença arbitral, ou uma coisa assim, acaba sendo mais oneroso, mais custoso, mais estressante, do que um acordo realizado extrajudicialmente.*

### Utilização de Tribunal Arbitral

*A empresa nunca chegou ao ponto de utilizar a arbitragem, tanto que assim foi o único contrato. Não faz muito tempo que eu entrei na empresa, eu fiquei treze anos, eu fui gerente jurídica, de uma cooperativa da área da saúde, agora em junho é que eu entrei na calçados, mas, assim, pela própria experiência anterior, nós também não tínhamos contrato arbitral, até fiz, um pouco antes de eu sair, nós fizemos uma aquisição de uma carteira, que foi o Luciano Timm, teu orientador, que me apoiou na aquisição da carteira de plano de saúde de um concorrente e ele sugeriu a cláusula arbitral e a diretoria não aceitou, até em função disso que te falei assim, do conceito de que tem dúvida, não se sente a vontade de fazer. O contrato não sei como ficou, porque eu acabei saindo em junho, cheguei na calçados e nesses seis meses que aqui estou, até agora eu não tive nenhum caso assim, salvo esse russo de exportação realmente, em que constava a cláusula arbitral.*

*Essa da compra de carteira que a equipe do Luciano que me ajudou na construção da aquisição, CADE, aquelas coisas todas, nós chegamos a oferecer essa opção na época e a diretoria optou por não aceitar por desconhecimento. A calçados, na verdade, contratos grandes acabaram não sendo, nos casos maiores não aceitou também, eu cheguei a oferecer, mas também não aceitou.*

### Conclusivamente

*O foco é realmente o convencimento do empresário e a divulgação, eu acho assim, eu tenho a impressão que mais do que fazer campanhas, enfim, trabalhos com advogados, eu acredito que para o instituto ser acreditado tem que fomentar isso no empresariado, porque na verdade, o advogado dentro da empresa, ele encontra limites no que o patrão decide, a gente oferece, aborda, só que se eles não estão convencidos disso, eles não aceitam bem que faça isso no contrato deles, então, assim, a sugestão é fomentar no empresário, mesmo até do que no próprio advogado.*

## **Entrevista B**

Advogado Militante, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Parecerista. Diretor do Comitê Brasileiro de Arbitragem e Vice-presidente da *International Law Association*. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; *Master of Laws* pelo *Institute of Comparative Law*, McGill University, Canadá; Mestre em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais, PUC-Rio. Professor de Direito Internacional Privado da PUC-Rio e de Direito do Comércio Internacional da FGV-Rio.

### Experiência contratual

*Eu sempre fui advogado de escritório, sou advogado há mais de vinte anos e sou Procurador do Estado do Rio de Janeiro, então exerço advocacia pública e privada e durante um período de três anos fui Diretor Jurídico de uma empresa canadense instalada no Brasil, isso uns dez ou doze anos atrás e, um pouco mais recentemente, eu pela Procuradoria do Estado fui designado Diretor Jurídico de um fundo de pensão dos servidores do Estado. Em termos de jurídico interno minha experiência é pequena, reduzida. Eu tenho também experiência acadêmica, dou aula na PUC do Rio há mais de vinte anos e minha matéria é Direito Internacional Privado, mas eu já ensinei Direito Civil Contratos e coordeno há quatro anos um grupo de estudos em Direito do Comércio Internacional e Arbitragem.*

*A minha experiência é mais robusta em contratos nacionais, eu diria que 80% em contratos nacionais e 20% internacionais. Nos contratos que eu atuei como assessor jurídico, a maioria deles, entre cinco e seis anos para cá, prevê cláusula compromissória, tanto internacionais, quanto nacionais. Os contratos mais propensos são os societários, que prevêem compra e vende de empresas, acordos de acionistas, consórcios de empresas, de um outro lado os contratos de construção de grandes obras. Há também contratos de compra e venda de imóveis que também prevêem cláusulas compromissórias, mas essas cláusulas elas são de uma aplicação um pouco mais restrita, já que elas dependem para a sua eficácia da iniciativa do próprio do comprador ou promitente comprador, já que se trata de uma relação de consumo. Fora isso, contratos de compra e venda de energia elétrica. Essencialmente eu diria, em grandes linhas, isso. Agora, eu tenho visto também, contratos administrativos ou celebrados por empresas sujeitas a regulação estatal em áreas como transporte ferroviário, portos e também energia, enfim, que prevêem cláusula arbitral.*

### Comparativo com o Judiciário

*Nos contratos societários e nos contratos de construção de grandes obras, eu não tenho a menor dúvida de que a arbitragem é utilizada mais que o Judiciário. Por exemplo, contrato de construção de hidroelétricas e aquisição de empresas, fusões e aquisições, esses contratos, a grande maioria, prevê cláusula arbitral em detrimento da solução judicial.*

*O Judiciário brasileiro, ele se tornou da década de oitenta para cá, um prestador de serviços massificado, em razão de transformações sociais, econômicas e jurídicas que aconteceram nessas últimas três décadas, o advento da proteção do consumidor, sobretudo a criação de juizados especiais, etc. Então, de um lado a justiça demorou muito a se modernizar e entregar esse serviço de uma maneira mais rápida e eficiente e, de outro, os juízes se viram, digamos assim, impedidos de se especializarem, de darem conta de demandas mais complexas, isso causou um gargalo, sobretudo na justiça do sudeste que é mais empresarial, sudeste-sul.*

*O advento da lei da arbitragem em 1996 trouxe uma solução para essa demanda por um serviço de resolução de conflitos que fossem essencialmente mais rápido e mais especializado, como se você retirasse também da esfera pública, tanto no sentido da publicidade do litígio, determinadas disputas. Pela natureza comercial delas, os parceiros que volta e meia estão juntos para a construção de obras, negócios comerciais e tal, preferem ter as suas disputas resolvidas no próprio meio em que atuam advogados especializados no direito desse meio, no direito comercial, dos contratos, do que ter suas disputas dispostas ao público da justiça estatal e resolvidas por um juiz que muitas vezes não tem a especialização necessária e não pode dedicar o tempo necessário a solução de uma disputa mais complexa.*

### Situações de não utilização

*Há situações muito claras em que a arbitragem não é recomendável quando, por exemplo, as situações em que a relação jurídica envolve um título executivo extrajudicial, em que não adianta você sujeitar o árbitro a uma disputa em que exige essencialmente uma intervenção coativa do juiz através da penhora de bens, do uso de alguma medida constritiva de apreensão de bens ou de pagamento imediato. Então, por exemplo, alguns acordos de acionistas, eles ressalvam que o cumprimento específico de alguma cláusula, tal como prevê*

*o art. 118 das SA, fique de fora da arbitragem e só aquelas questões que demandem um juízo não coercitivo é que ficam abrangidas pela cláusula arbitral.*

*Outras questões que ficam de fora são também questões de valor inferior, eu diria assim, de grosso modo, valor inferior a R\$ 800 mil, um milhão de reais. Essas questões elas não justificam a solução pela via arbitral, a não ser que o juízo arbitral seja constituído por um único árbitro, o que é uma situação um pouco mais rara do que aquele juízo arbitral constituído por três árbitros. E, por uma razão muito simples, é que custa muito caro em honorários de árbitros e tal, a submissão de um litígio de valor inferior a um milhão de reais, R\$ 800 mil, a um tribunal de três árbitros, proporcionalmente falando.*

*Se a gente falar só dos custos da câmara arbitral, digamos assim, a diferença relativamente às custas judiciais não é tão grande. Mas, se você fala dos honorários do árbitro, sim, porque eles normalmente são estipulados sobre o valor da causa, com um mínimo. Então, esses custos para uma empresa se a causa, se o contrato tem um valor inferior a isso, a cláusula arbitral tem que prever a solução da disputa eventual por um juízo formado por um único árbitro e não por três, aí sim o custo da solução da disputa será, na maioria das vezes, proporcional ao valor do contrato em relação à disputa, porque se for por três árbitros aí começa a ficar caro.*

#### Atuação perante Tribunal Arbitral

*Eu já atuei como árbitro, sei lá, umas trinta vezes e como advogado, umas seis ou sete.*

*Como árbitro o que eu experimento, eu nunca fui juiz, então não tenho muito comparativo em relação, mas minha família tem muitos juízes, o que eu acho interessante da arbitragem é o fato de você acompanhar a causa como árbitro desde o começo até o final, guardando a memória desta causa, coisa que é raro acontecer com um juiz, primeiro porque juízes de primeiro grau costumam mudar muito, não sei aí em Porto Alegre como é, mas aqui no Rio de Janeiro é muito difícil um juiz ficar na mesma vara mais do que um ano ou dois, eles acabam mudando muito, entram de férias, saem de férias, entram de licença, não sei o quê, vai para outra vara, enfim, acontece que aí a memória do processo acaba se diluindo e se perdendo.*

*E, em segundo lugar, o sistema recursal do processo civil faz com que evidentemente não seja o mesmo juiz que aprecie a causa na sua inteireza e ela vai no final das contas ser apreciada no limite pelo STJ, pelo STF. Então, há uma, em termos assim de coerência, para o bem e para o mal, em termos de decisão na arbitragem eu entendo, pela experiência que eu tenho, que a gente acaba conseguindo ter uma apreensão mais profunda da causa, mais informada da causa, porque ao longo de um ano, um ano e meio, dois anos, nós árbitros não só estudamos o que as partes alegaram e debateram por escrito, mas também nós assistimos as audiências, participamos das audiências, inquiremos testemunhas, ouvimos os advogados falarem e isso tudo tem um lado assim metajurídico também e, um lado de percepção da causa mesmo jurídico, que muitas vezes em um processo judicial, porque é um entre cinco mil em que os juízes tem na vara, o juiz é incapaz de perceber.*

*Então eu acho que, regra geral, o árbitro pode ter, na maior das vezes, uma percepção mais aprofundada do litígio e, com isso, teoricamente, melhor julgá-lo que um juiz. Esta é minha percepção então, a minha percepção como um árbitro, da minha responsabilidade.*

*Outra coisa importante é que o árbitro é um prestador de serviço privado, no mais das vezes é também um advogado que está no mesmo meio em que atuam os advogados que estão litigando, no mais das vezes ele foi indicado por um desses advogados que está litigando. Então, o árbitro tem um compromisso de resultado, no sentido de prestar a sua jurisdição da forma mais eficiente e de melhor qualidade possível, que muitas vezes o juiz não tem, porque essa responsabilidade está mais diluída em meio a cinco mil processos, porque o padrão dele é o Estado, quer dizer, entendeu, há um compromisso diferente do que o compromisso que tem o árbitro, que eu acho que há uma vigilância um pouco mais efetiva do meio sobre o árbitro do que sobre o juiz.*

*Como advogado eu diria que o relacionamento entre advogados de partes opostas ele é muito mais civilizado e o advogado tende a dar o melhor de si porque fica mais exposto do que no Judiciário, justamente por este fator de diluição, dispersão das coisas. Então, na arbitragem, você não pode peticionar requerendo coisas que você sabe infundadas e que muitas vezes você faz em juízo. Na arbitragem você é obrigado, é levado a discutir o caso mais pontualmente, mais assim profundamente, é obrigado a focar no caso, você não tem muito espaço para manobra dilatória, isso faz com que os advogados se policiem mais também.*



### Diminuição dos litígios

*A arbitragem contribui mais do que um litígio judicial para que as partes se componham, porque o ambiente da arbitragem é um ambiente de maior proximidade entre as partes e os advogados das partes, de um lado, e é um ambiente de menor litigiosidade, se comparado ao Judiciário, porque as partes do Judiciário elas estão muito distantes umas das outras, elas não se comunicam, ao passo que na arbitragem elas se comunicam o tempo inteiro, existe uma completa simetria de informação entre o tribunal arbitral e as partes e elas sabem que não podem despachar sozinhas como um dos árbitros, não podem falar com um dos árbitros sobre seu caso de modo unilateral, enfim, não podem fazer várias coisas que são admissíveis e lícitas até em juízo.*

### Conjunto normativo

*Eu não tive ainda nenhum caso meu em que eu tenha sido levado a utilizar a Lex Mercatoria, mas como eu estudo isso bastante, eu sempre pergunto aos meus colegas se eles têm, tiveram e tal algum caso e já soube, assim, de uns três ou quatro no Brasil que sobretudo os princípios do UNIDROIT foram utilizados para justificar a solução encontrada à luz do direito brasileiro, isso na maioria dos casos e, em um caso específico, que eu ainda não tenho resultado, que é de um contrato internacional, de uma arbitragem em curso em São Paulo, a cláusula de lei aplicável não determinou propriamente um direito nacional aplicável ao contrato de parceria, compra e venda, entre uma empresa brasileira e de uma empresa estrangeira, mas determinou que qualquer litígio fosse julgado segundo os princípios do Direito Comercial Internacional, uma fórmula bem genérica. Então, a empresa estrangeira que iniciou a arbitragem, ela pediu ao tribunal que os princípios do UNIDROIT fossem aplicados como direito dessa disputa na medida em que eles exprimem, refletem esses princípios gerais do Direito do Comércio Internacional.*

*Fora isso, minha experiência é muito mais significativa em arbitragens nacionais, em que o direito brasileiro é o direito aplicável, mais as disposições contratuais e, em alguns casos, as práticas da indústria específica, da construção, por exemplo, cujo caso que me vem a cabeça não posso agora explicitar, porque ele está ainda super fresco e eu estava tratando dele lá em São Paulo, em que a gente ainda nem prolatou sentença, nem nada.*

*Eleger a Lex Mercatoria nessa expressão, com essa expressão, eu acho que não faria, porque eu acho essa expressão muito polivalente, muito ambígua, mas eleger os princípios do UNIDROIT, por exemplo, eu elegeria, desde que o contrato, também, fosse suficientemente bem definido com relação as normas contratuais, porque os princípios do UNIDROIT são uma parte geral do direito dos contratos internacionais, então eles não contemplam regras específicas de certos contratos típicos, como compra e venda, prestação de serviços, contratos de transporte, contratos de comodato, etc. Então, talvez, não seja suficiente eleger os princípios do UNIDROIT como de direito aplicável, quando o contrato requer normas específicas e típicas de algum contrato que a gente conhece como típico, mas eu não tenho dúvidas de eleger os princípios, por exemplo, quando nenhuma das partes quer que o direito da outra parte seja o direito aplicável, o direito eleito, eu acho que uma hipótese típica em que a utilidade dos princípios fica evidente, mas eu teria esse cuidado de me certificar de que em relação as obrigações de um contrato típico, as normas contratuais são exaustivas e, enfim, prevêm tudo que é preciso prever.*

#### Conclusivamente

*A minha percepção é que a arbitragem no Brasil veio para ficar e ela tem sido encarada com muita seriedade por quem a pratica e com muito respeito pelo Poder Judiciário e uma das razões para isso é a homogeneidade da comunidade arbitral brasileira e trabalho do Comitê Brasileiro de Arbitragem, do qual o Luciano Timm é diretor e eu também.*

## Entrevista C

Advogada/*Legal Adviser* de indústria metalúrgica, segmento metal-mecânico automotivo, com unidades fabris em sete países (Brasil, Colômbia, Argentina, México, Índia, Egito e África do Sul), que atingiu Receita Líquida de R\$ 2.755,9 milhões, segundo divulgação dos resultados referentes ao desempenho no terceiro trimestre de 2012 e acumulado.

### Relação contratual da empresa

*Eu faço muito mercado externo e então todos os nossos contratos, todos os contratos de mercado externo em que nós atuamos, nós colocamos a cláusula da arbitragem, não uma cláusula compromissória propriamente dita, mas a arbitragem em primeira instância em caso de litígio. Em todos os contratos internacionais é utilizada a arbitragem. Na verdade eu estou aqui na empresa há cinco anos e nesses cinco anos eu venho inserindo em todos os contratos internacionais cláusula de arbitragem, seja um contrato de joint venture, aquisição, prestação de serviços ou simples fornecimento. O que eu vejo é uma propensão muito grande dos contratos de joint ventures, principalmente, que a gente firmou no mundo inteiro, à arbitragem.*

### Motivos que justificam a eleição da arbitragem

*Na verdade, o que a companhia entende, é que muito mais fácil tu fazer uma composição, apelar, recorrendo à composição arbitral antes de um litígio propriamente dito entre países distintos, culturas distintas, então a gente prefere tentar uma composição, porque não é mais barata, porque na verdade é bem mais cara, do que entrar em um litígio e um litígio internacional a gente nunca tem precisão de como vai encerrar e como vai ser o suporte no exterior, então a gente prefere a arbitragem.*

*A intenção de utilizarmos a arbitragem é termos condições de discutir o tema em esfera não judicial (praticamente não litigiosa), visando evitar rompimento. Toda a vez que eu recebo um contrato que não tenha e é difícil, são poucos os contratos internacionais que não vem com a previsão da arbitragem, eu insiro, se não tem eu insiro a previsão da cláusula arbitral. Na verdade a gente faz uma proposição e escolhemos, elegemos um território neutro, alguns*

*casos se elege sim um Tribunal, se determina, mas não nos prendemos a um único tribunal geralmente.*

#### Conjunto normativo e Câmara fixada

*A gente faz referência à Câmara Internacional de Comércio e aí novamente tem uma composição, geralmente tem uma negociação com a outra empresa, mas geralmente são as regras da CCI, não é feita uma remissão especificamente à Lex Mercatoria, mas existe uma remissão e aí tem alguns países que, por exemplo, no Egito tem que fazer uma remissão específica às leis do Egito, não pode tentar escolher alguma outra câmara, ainda que seja a critério, tem que usar, aplicar a legislação local, então tem muito de particularidades dos países que tu está lidando. Dependendo do país costuma-se utilizar a legislação nacional, algumas muito específicas, geralmente a preferência é sempre por territórios neutros, de nenhuma das partes, mas quando tu estás usando joint adventure, são duas empresas que formam uma nova em determinado país, então aplica a legislação daquele país, considerando que a empresa está sediada lá e tem toda uma relação fabril no local.*

*Eu geralmente fixo Londres e é uma determinação da própria empresa assim, então a gente usa Londres, não saberia nem te informar o porquê, mas a gente fixa quando está se falando de Europa, África, a gente procura fixar então em Londres.*

*É que na verdade também, como a gente nunca teve um caso prático, a gente não sofreu, talvez se eu tivesse tido alguma experiência prática, eu pudesse te dizer porquê a gente se sentiu mais confortável. Foi o que se definiu, que a gente entendeu que era importante fazer parte dos contratos internacionais e resolveu usar. Decidiu-se por, optou-se por, mas a gente nunca usou, nunca utilizou, não houve nenhuma necessidade até o momento, talvez se acontecer um dia alguma coisa, a gente pode entender que ela não é adequada, mas como a gente sempre determinou que seriam três árbitros, um de escolha de cada parte, então a gente entende que está conseguindo com isto ter uma neutralidade e uniformidade nos nossos procedimentos. Nossa experiência é de inserir a cláusula nos contratos e não de utilizá-la.*

#### Experiência perante Tribunal Arbitral

*A empresa nunca foi acionada perante um arbitral tribunal. Fica difícil eu te falar se a arbitragem contribui para evitar litígios, porque nestes cinco anos eu não tive experiência no*

*mercado externo com relação a uma quebra de contrato que fosse necessária, então, como eu não tive nenhuma quebra contratual nesses cinco anos nesse nível, fica difícil opinar, eu não saberia te dizer se ajudou, talvez ela ajude numa composição, mas eu não saberia te precisar se talvez nós não tivéssemos esta cláusula arbitral, se nós teríamos quebrado esta regra, eu não poderia te falar.*

## **Entrevista D**

Advogada Corporativa, com formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atuando perante empresa de refrigeração que opera em mais de 170 países, com 43 mil funcionários - a *joint venture* chegou em 2012 à marca de 1,8 bilhões de vendas.

### Relações contratuais

*A empresa assume a arbitragem em alguns poucos contratos de caráter internacional. A gente tem uma instrução, a gente obedecia até pouco a multinacional e a multinacional tinha como preferência não utilizar a arbitragem. Quando a gente passou agora por uma joint venture, a gente está com esse momento agora mais aberto e aí a gente tem cogitado e proposto em alguns contratos usar a arbitragem. Isso vem ocorrendo há cerca de seis meses. Os contratos em que fora utilizada a arbitragem foram contratos em que estão sendo reavaliados a estrutura da empresa hoje, modelo, indústria e varejo, enfim, é um contrato de consultoria onde a gente está reavaliando o modelo de negócio e a gente assumiu a cláusula de arbitragem.*

### Razões de opção pela arbitragem

*A opção pela arbitragem deu-se em face da demora do Judiciário, então a gente pensando o seguinte, o serviço que a gente está negociando, se ele der errado, a gente precisa de uma solução mais rápida, mais célere, então a gente quis evitar o Judiciário e a arbitragem hoje já está muito mais firme, muito mais sólida, então fica mais fácil de justificar isso para empresa.*

*A iniciativa da arbitragem foi minha. Teve casos em que a gente cogitou e propôs, mas esse caso em que a gente acabou fechando, por exemplo, foi um caso em que a empresa propôs, tinha o contrato dela que já previa e nós acabamos aceitando.*

*A gente teve umas experiências em questão de propriedade intelectual com a OMPI que foram bem sucedidas e levaram um tempo menor, então foi mais ou menos um comparativo assim, teve um processo diferenciado e a gente conseguiu aí justificar porque seria mais*

*vantajoso, tramite, especialidade técnica, possibilidade de celeridade mesmo, algumas coisas assim.*

#### Situações de não utilização

*Existem alguns casos de fornecimento de materiais que o valor é bem grande, bem alto e que a arbitragem teria que ser possivelmente internacional, porque envolve inúmeros países. Então, como a gente teria limitação como departamento para obter autorização para brigar fora do Brasil, a gente acaba optando pela briga aqui mesmo e pela briga judicial. Estabelece o foro no Brasil, mas é mais por uma limitação de poder do departamento para atuação, para a autorização e atuação fora do país.*

#### Experiência perante Tribunal Arbitral

*A empresa só chegou a ter atuação perante tribunal na questão de propriedade intelectual perante o OMPI, não outras arbitragens.*

*Acredito em que a arbitragem tenha contribuído de alguma maneira para a redução dos litígios, eu acho que quando você está bem ciente de todo teu processo de negociação, sabe que às vezes é uma questão técnica, uma divergência técnica que está impedindo a conclusão do negócio, ocasionando divergências, tu pegares profissionais especializados para trabalhar aquele ponto traz uma vantagem enorme.*

#### Paralelo com o Judiciário

*Embora o Judiciário também esteja agora com processo eletrônico, esse procedimento que nós tivemos ele foi totalmente digital, totalmente virtual, a comunicação entre as partes se dava por e-mail, existiam prazos, que não os processuais obviamente, mas prazos que eram cumpridos. Em cerca de seis meses eu tive um resultado e seis meses cumprindo todos os prazos, mesmo com a outra parte contestando, demorando para contestar, fazendo alguma coisa para tentar postergar esse período e ele conseguiu, porque a previsão do processo era um pouquinho menor, mas em seis meses nós resolvemos a questão, então isso foi assim, extraordinário comparativamente ao Judiciário.*

### Conjunto normativo utilizado

*O embasamento desta decisão foi toda na legislação internacional mesmo, que relaciona a propriedade intelectual, a competência da organização para julgamento desses casos, a obrigatoriedade desde 2001 que todos os domínios que são registrados no país eles podem ser submetidos a essa câmara arbitral para resolução desses conflitos, mais ou menos isso que a gente utilizou.*

*Nos contratos atuais não me recordo a legislação que está sendo mencionada, eu acho que a gente não mencionou na cláusula, eu citei que faz referência à arbitragem no Brasil esse que a gente assinou, mas a gente não refere exatamente a lei, a gente só fala isso, que será no Brasil, pela câmara arbitral tal e o outro que estava em andamento a questão era se seria no exterior ou aqui, mas eu não lembro como a gente redigiu. É feito só uma cláusula arbitral geral, que será por arbitragem, segundo as leis brasileiras, mas não com eleição propriamente dita.*

### Práticas internacionais

*A empresa como um todo, por pertencer a um grupo multinacional, ela tem preocupações de limitações, de cláusulas que são típicas em nossos contratos e obrigatórias, até a limitação a lucros cessantes. A gente tem muito preocupação com questões mesmo de corrupção e de lavagem de dinheiro, de não trabalhar com empresas que tenham esse tipo de conduta, então essas, com certeza, são cláusulas que sempre constam em nossos contratos. A gente sinaliza como a empresa age e que se o contratado ou o mesmo o contratante ele agir de uma forma diversa, a gente pode sim resolver o contrato por uma questão ética e porque a empresa responde à multinacional. E prevê até multa, dependendo do caso, dependendo do que for desrespeitar, um produto, uma ação perante um consumidor. A gente prevê indenização inclusive da nossa empresa se algumas daquelas coisas ocorrer. O que acontece na prática, com grandes empresas a gente não consegue às vezes negociar essa cláusula, mas com empresas menores a gente consegue sim impor, dizer olha você não pode ter essa prática, porque a cláusula vai te prejudicar.*



## **Entrevista E**

Gerente Jurídico/*Legal Manager* com formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; estudos complementares na Universidad Nacional de Córdoba e Università degli Studi di Lecce; *LLM International Economic Law* pela University of Warwick (UK). Empresa com atuação na área de defesa e espaço, programas na área de defesa com a força aérea, basicamente desenvolvimento de software de aviões de aeronaves, transporte e combate, para aplicação militar, aviões e helicópteros também.

### Relações contratuais

*Hoje nós temos em torno de, basicamente, toda a parte de contratos da cadeia produtiva, que são contratos de fornecimento, contratação, tirando aqueles que são realizados com o Governo Federal, onde existe a questão da ordem pública, todos os outros contratos privados, basicamente 90% dos contratos, tem cláusula arbitral, tanto contratos nacionais, quanto internacionais. Depende, obviamente, do valor envolvido, do projeto envolvido, questões de transferência de tecnologia, mas hoje 90% dos nossos contratos tem cláusula arbitral.*

*Do ponto de vista da corporação, a empresa que eu trabalho é subsidiária de uma israelense, hoje a prática da mesma, que é a matriz, ela utiliza a cláusula arbitral desde sempre e aqui no Brasil também desde os últimos três ou quatro anos se aplica a cláusula arbitral.*

*Na verdade assim, do ponto de vista, não é relacionado ao projeto em si, obviamente que dependendo do valor do contrato, que a gente faz custo-benefício, pode ser tanto em contrato de fornecimento, mas muitas vezes nós temos em contratos, por exemplo, em contratos societários, contratos de joint venture, contratos de acionistas contra acionistas. Todos os contratos que tem relevância a gente usa cláusula arbitral, às vezes cláusula arbitral nacional e às vezes internacional.*

### Conjunto normativo e Câmara eleita

*Basicamente a gente utiliza as regras da CCI e obviamente a câmara arbitral depende. A gente usa as regras da CCI, mas muitas vezes a gente tem sede em Londres, Nova York, sede*

*muitas vezes na Suíça, vai depender de quem é nosso parceiro comercial, onde esta empresa está localizada. Muitas vezes a gente aplica cláusula arbitral com foro neutro, se a empresa é europeia e brasileira a gente usa cláusula arbitral americana, de Nova York, lei material americana, depende muito do caso.*

*Normalmente a gente não utiliza a Lex Mercatoria, porque são conceitos muito amplos, a gente normalmente utiliza a lei do Estado-parte. Por exemplo, quando a gente quer uma jurisdição independente, neutra, a gente normalmente aplica a lei de Nova York, foro de Nova York ou, muitas vezes, lei da Inglaterra, que é muito conhecida, foro inglês, isso nas arbitragem internacionais. E quando a arbitragem é nacional realmente a gente aplica a lei brasileira, porque ela é mais sugestiva e a que melhor se adequa. Na prática eu não tenho visto aplicação dos princípios do UNIDROIT ou Lex Mercatoria, não tenho visto isso, fica mesmo em termos de legislação estatal. Eu não me sinto seguro em aplicar princípios, eu acho que é muito complicado, então normalmente aplica lei do Estado-parte.*

#### Motivo de eleição da arbitragem

*Na verdade o que acontece, quando uma minuta sai de nós, da nossa empresa, eu já sugiro sempre a arbitragem e quando eu recebo também a minuta, nesse setor dos contratos internacionais é difícil achar algum contrato que não tem arbitragem, é muito difícil, pela questão da celeridade, fora aqueles contratos realmente padrões, acordos de confidencialidade, que eventualmente se identifica que não tem cláusula arbitral, mas 99% dos contratos que sai do nosso lado, quando eu recebo, possui cláusula arbitral.*

*Os motivos são aqueles conhecidos, proteção da informação, celeridade, uma maior expertise do árbitro, normalmente a gente até coloca árbitros com formação na área de espaço e mediação, a questão da celeridade quando comparado com o Poder Judiciário, esses são os vetores que mais a gente aplica, o custo-benefício da celeridade quando comparado e também a possibilidade de eleição neutra quando perante empresas de diferentes Estados e também outra seria a possibilidade do procedimento ser feito em inglês.*

#### Prática comercial

*Hoje basicamente a gente utiliza muito cláusula escalonada, então num todo, como a empresa tem poucos parceiros na cadeia produtiva, a gente utiliza muitas vezes cláusula*

*escalonada e, antes da arbitragem, a gente prevê a possibilidade da mediação entre, por exemplo, os presidentes das duas empresas, então, na verdade, a arbitragem, um litígio, mesmo sendo arbitral, é a última alternativa sempre. Dependendo do parceiro comercial a gente faz cláusula escalonada em que as empresas têm 60 ou 30 dias para resolver o litígio e, não chegando a um consenso, os presidentes das duas empresas vão solucionar a questão. Somente nesse caso aí, que isso não aconteça, é que se faz arbitragem.*

### Experiência perante Tribunal Arbitral

*Nos últimos dois anos, desde que eu entrei na empresa, a gente nunca esteve perante um tribunal arbitral. A arbitragem, sem dúvidas, contribuiu de alguma forma para isso, ela é um vetor de possibilidade de acordo. Realmente ir para arbitragem é quando o relacionamento das empresas não tem mais sustentabilidade e isso não acontece, isso acaba se resolvendo no campo da mediação, então, na verdade, a cláusula arbitral incentiva o acordo, incentiva achar a solução.*

### Especialidade do setor

*Nós não temos nenhuma prática internacional, só prática de negócios, nada que a gente aplica aos contratos como uma prática comum de mercado. A gente pega a arbitragem para ter árbitros que conhecem como funciona o mercado aeronáutico e o mercado espacial, justamente para preencher essas lacunas de como isso se aplica, mas não existe uma referência expressa a uma prática que tenha se incorporada a este setor.*

*Dependendo da situação, por exemplo, quando você fala em certificação, tem a comunidade de certificação aeronáutica, mas não existe na área de defesa algum organismo internacional que fixe as regras, é uma área muito específica, até pela questão de tecnologia, que não existe regulação.*

*Quando tu fala em contratação internacional, tu tem uma série de regras, entendimentos comuns, que são mais fáceis de aplicar. Por exemplo, a arbitragem é uma coisa muito bem consolidada, muitas vezes no Brasil algumas pessoas não aceitam bem porque não conhecem a arbitragem. A escolha de uma outra lei, que não seja a lei do Estado-parte da empresa, também é uma questão muito tranquila de colocar. Então esse tipo de coisa muitas vezes é difícil de colocar quando a contratação é nacional, a não ser que nós estivéssemos falando de*

*empresas multinacionais, que conhecem o instituto da arbitragem e se sentem confortável com isso. Mas, com certeza, a arbitragem como ela está consolidada há muito tempo no Brasil, ela é uma questão que é bem tida, eu acho que com câmaras concretas como a FIESP, Brasil-Canadá, a partir de 2005 ou 2006. Ainda é uma coisa não muito disseminada em todas as empresas, quando tu fala em cláusula arbitral, as pessoas tem receio, claro, eu não estou falando de empresas multinacionais, que operam no mercado internacional e sabem como funciona, mas essa ela é uma questão que é cotidiana.*

### Conclusivamente

*Eu acho que tem uma questão que é importante salientar que hoje a cláusula arbitral ela também passa por uma negociação do contrato. Hoje, por exemplo, muitas vezes o contrato está pronto e tu fica discutindo qual vai ser a legislação aplicável e onde é que vai ser a sede de arbitragem, porque cada empresa quer reduzir o seu custo, cada empresa quer se sentir mais confortável aplicando sua própria lei. E, também a cláusula arbitral é hoje um dos elementos de negociação do contrato, que muitas vezes a empresa tem que abrir mão para dizer olha, meu poder de barganha não é esse, então eu vou aceitar uma jurisdição estrangeira, vou aceitar eventualmente uma arbitragem na Suíça, porque esse contrato é importante para mim. Então, a cláusula arbitral também passa por uma negociação, eu acho que é uma questão bem interessante de como estes parâmetros jurídicos internos às vezes tem que se portar diante de uma cláusula arbitral, muitas vezes em virtude do contrato tem que se abrir mão do foro local, da câmara arbitral brasileira e ir para o mercado internacional, porque a outra empresa não abre mão disso, uma questão também interessante do cotidiano.*

## **Entrevista F**

Diretor Jurídico de empresa do ramo moveleiro, que conta com quatro marcas, tendo encerrado o ano de 2011 com 2.662 revendas exclusivas e Pontos de Venda Multimarcas no Brasil e 17 revendas exclusivas e lojas multimarcas no exterior, exportando produtos para 13 países (Paraguai, Uruguai, Martinica, Angola, Costa Rica, Chile, Colômbia, México, Argentina, Peru, Guatemala, Emirados Árabes e República Dominicana).

### Relação contratual e utilização da arbitragem

*A empresa costuma utilizar a cláusula arbitral nos contratos tanto nacionais, quanto internacionais, o que vem ocorrendo desde 2004 ou 2005. A arbitragem é utilizada nos contratos comerciais e de distribuição. A empresa opta pela arbitragem por ser uma justiça mais especializada, confidencial, por ser mais célere. A arbitragem não é utilizada quando o contrato não é relevante ou o valor é inexpressivo, leva-se em conta o valor e o objeto, nós sempre temos que fazer custo-benefício justamente porque as custas da arbitragem são mais elevadas, embora tenha outros pontos positivos, nós também temos que fazer um custo-benefício de aplicar ou não. O estabelecimento da arbitragem é de parte a parte, está dentro de um dos critérios, pontos negociais, quando chega algum contrato internacional sem a cláusula costuma-se sugerir e aí se começa a fazer a negociação dela.*

### Conjunto normativo e Câmara eleita

*Dentro da cláusula já é eleito o tribunal arbitral, câmara da FIESP-CIESP, Brasil-Canadá. As normas da câmara são utilizadas como regra processual e definimos já a lei e quais serão os balizadores, os princípios. Nós costumamos utilizar legislação estatal, acaba se examinando de acordo com o objeto do contrato, o entendimento da legislação que vai ser aplicada, então isso tudo vai para dinâmica de cada negócio, os termos da CCI também são utilizados em alguns casos.*

*Nos casos de arbitragem levada perante o Tribunal, foi utilizada a legislação estatal, até porque nós sentimos do próprio árbitro um certo receio de utilizar a equidade ou qualquer outra referência. Na verdade, inicialmente já debatemos, antes da instauração da arbitragem, sobre o que seriam os balizadores e o próprio árbitro manifestou na ocasião a*

*preferência por não ter que julgar pela equidade, tendo em vista a dificuldade de se prender a somente princípios e não ter uma regra para seguir, foi uma dificuldade que o próprio árbitro revelou e aí para deixá-lo à vontade, já que a situação assim permitia, nós optamos por definir a legislação brasileira e definir a ordem em que seriam aplicados, por exemplo, primeiro literalidade das cláusulas, depois os princípios tais, tais, tais, então nós delimitamos o que o árbitro deveria utilizar quando do seu julgamento.*

### Experiência perante Tribunal Arbitral

*A empresa nunca foi acionada perante um tribunal arbitral, mas já o acionou algumas vezes. A experiência foi excelente, tanto do nível de dedicação e atenção para as questões contratuais envolvidas, exame ponto-a-ponto de cada argumento, de cada postulação, fundamentação, aplicação do contrato, da intenção das partes, nossa experiência sempre foi a melhor possível.*

*Houve apenas uma dificuldade no tempo do termo de instauração, até a definição do árbitro e aí o termo de instauração, mas nada relevante frente aos resultados concretos.*

### Práticas comerciais

*Não necessariamente há uma prática internacional do setor que seja incorporada nos contratos, ainda não tivemos nenhuma arbitragem internacional e quanto a prática não fizemos referência nenhuma. Não há um órgão internacional que discipline a questão moveleira. Quanto a particularidades, vai muito de que negócio está sendo feito e com que país, então a preocupação sempre de estudar a legislação do país e de dar alguns norteadores para colocar de salvaguarda nos contratos e evitar algumas situações. Eu acho que a arbitragem está caminhando bem, mas ainda a gente pode ver que está em um momento inicial, não está em um momento de consolidação, portanto as próprias entidades, associações, setores, todos os ramos setoriais, ainda não tem uma leitura exata, uma contribuição que pudesse servir para o setor como uma referência, a nível de práticas comerciais ou alguma coisa que se pudesse utilizar. Ainda não vi nada avançar nas entidades setoriais nesse sentido.*

## **Entrevista G**

Consultor jurídico com formação pela Universidade de São Paulo, *Master of Laws in Business Law Program*, acerca dos Limites da Autorregulação do Mercado de Capitais. Banco múltiplo com carteira de investimento, trabalhando com financiamentos de fábrica para venda de produtos de fábricas e distribuidores, presente em mais de 25 países na América, Europa, Ásia e Oceania.

### Experiência contratual

*A cláusula compromissória fui eu que introduzi aqui, não tinha esse costume. Nós temos dois tipos de contratos, nós temos parcerias com as empresas, cujos equipamentos nós financiamos e temos também contratos com os clientes finais, as pessoas que recebem os empréstimos. Os contratos com os clientes finais não tem o porquê ter cláusula arbitral, até porque muito está sujeito a lei do consumidor, além de outros motivos, a gente trabalha com varejo também, então são valores que às vezes não justificam uma cláusula compromissória. Mas, nos contratos com os parceiros, que são os fabricantes sim, a gente utiliza atualmente cláusula compromissória, inclusive em contratos internacionais. Essa prática vem sendo adotada desde 2008 mais ou menos, na verdade até antes, é algo que eu utilizo desde 2006 ou 2007.*

### Motivos de utilização da arbitragem

*A arbitragem é utilizada em razão de maior celeridade, preparo maior dos árbitros em comparação aos membros do Judiciário, maior conhecimento técnico. Acredito que sejam essas basicamente, principalmente maior conhecimento técnico específico. Quando você está falando em operações de aquisições, fusões, mercado financeiro e mercado de capitais em determinado nível, eu acho que a realidade do Judiciário hoje ela é muito diferente, mais própria do mercado comum, mas esse mercado acaba sendo diferenciado e exige um foro mais especializado.*

### Conjunto normativo e Câmara eleita

*Costuma se utilizar a Câmara Brasil-Canadá. E, geralmente, a legislação brasileira, não se costuma utilizar Lex Mercatoria, termos da CCI ou princípios da UNIDROIT. Eu, particularmente, não, nem aqui e nem nos lugares em que passei, geralmente não é conveniente para operação em si. Embora sejam contratos com partes internacionais, geralmente são contratos cujo objeto é realizado todo no Brasil, então é mais conveniente para as partes que seja utilizada a legislação brasileira.*

#### Experiência perante Tribunal Arbitral

*O banco nunca esteve perante o tribunal arbitral. Eu, pessoalmente, quando trabalhava em escritório, já participei de algumas. A experiência foi boa, o processo é muito célere, você tem as regras de cada uma das câmaras, você tem um diálogo melhor, você consegue dar mais enfoque ao direito material e ao mérito do que a forma, então todas aquelas questões processuais, todas aquelas ferramentas instrumentais do direito processual, que muitas vezes são utilizadas como mecanismos de proteção, elas não existem na arbitragem, então você acaba tendo muito mais celeridade e você acaba conversando, tendo contato e tendo o mérito julgado por profissionais que tem conhecimento e preparo do mercado, tanto quanto ou maior que o seu.*

#### Prática internacional

*Trata-se de uma prática comum, nada específico do setor, acima de determinados níveis de contrato sim, para varejo não. Então quando você faz contratos acima de cinco milhões, por exemplo, dependendo do banco, geralmente eles têm uma cláusula arbitral e contratos mais complexos, contratos que não são geralmente empréstimo, normalmente tem cláusula compromissória.*

*Na verdade são mercados distintos, comércio exterior, comércio internacional é uma área que me parece exigir cláusula compromissória, até para que exista uma legislação regente dos contratos do negócio jurídico que seja de conforto de ambas as partes, você não tem uma territorialidade do negócio em si, então faz todo o sentido. O mercado que atuo é, na verdade, o mercado financeiro, fusões e aquisições, eu te diria, assim, que em ambos é uma prática comum, mas em mercado financeiro, fusões e aquisições é uma questão de opção,*



*existem contratos que optam por não seguir a arbitragem enfim, por razões inúmeras, mas eu te diria que é uma prática comum sim, principalmente em comércio exterior.*

### Comparativo com o Judiciário

*A parte ruim da arbitragem é o custo, ela tem um custo alto, então é necessário que você tenha uma demanda, um negócio que justifique o gasto disso, porque você recorrer a arbitragem é algo caro, já foi mais caro no passado. Então essa barreira já foi muito maior, hoje já não é mais tanto, mas ainda assim é relevante, não tem comparação com relação ao Judiciário.*

*Outro ponto seria o bom relacionamento com os árbitros, conhecimento do mercado, porque não deixa de ser um setor, uma jurisdição paralela. A gente tem o duplo grau de jurisdição, primeira e segunda instância, mas você tem a via alternativa que seria a arbitragem, então isso é importante ter em mente quando você utiliza a cláusula arbitral.*

*E, por fim, acho que vale lembrar que a cláusula arbitral não impede que você recorra ao Judiciário para questões emergenciais, então você nunca vai estar amarrado, você tem sim o compromisso de discutir o mérito e a questão definitiva no tribunal arbitral, mas você tem sempre a opção de recorrer ao Judiciário para alguma medida de urgência, uma antecipação de tutela, um pedido liminar e assim por diante.*

## **Entrevista H**

Responsável pelo Departamento Jurídico de indústria automobilística, cuja linha de montagem brasileira tem capacidade de produção anual de 60 mil veículos. Mundialmente é a 3ª maior montadora, com 37 fábricas, 24 centros de pesquisa e desenvolvimento, 05 estúdios de design e mais de 10 mil pontos de vendas.

### Relação contratual

*Não costumamos pactuar a cláusula compromissória nos contratos, no Brasil a gente não pactua, até se vem cláusula arbitral nos contratos a gente inclusive pede para tirar, isso no Brasil. Em face do custo, acaba que a justiça brasileira é muito barata, então a gente não tem como até mesmo justificar para o exterior dizendo olha, a gente pode resolver essa questão pagando lá as custas do Judiciário, vai demorar um pouco mais ou, a gente pode pagar cinco vezes mais, o que vocês preferem, em termos custo-benefício a empresa acaba optando por não utilizar a arbitragem.*

*No cenário internacional a arbitragem só é utilizada também em casos pontualíssimos, que eu tenho conhecimento são só uns três contratos com pactuação de cláusula arbitral e só quando é extremamente técnico ou quando é internacional, aí a gente procura. Por exemplo, eu EUA estou pactuando com a Inglaterra, então para ter alguma coisa mais independente eles procuram um terceiro Estado, já que até as Câmaras arbitrais de um Estado e outro às vezes considera-se que não vai ter aquela independência, então assim procura um terceiro Estado para resolver as questões, aí também não se procura a justiça do Estado e sim a Câmara arbitral de um terceiro Estado, mas casos assim, coisas que envolvem altíssimo valor que aí dá para justificar o valor que vai ser gasto com a Câmara arbitral, porque se não realmente nenhum país procura resolver os conflitos por arbitragem. Mediação é mais usado nos EUA, que aí é outro procedimento, a empresa aqui no Brasil também não usa mediação, porque aqui é complicado, no exterior sim, principalmente nos EUA usa-se mediação.*

### Eleição da arbitragem

*Os contratos que houveram envolvendo arbitragem foram de tecnologia, eu acho que para esses casos de grande complexidade, tecnológicos, você precisa realmente de pessoas especializadas, daí sim. Mas, em termos gerais, a justiça tem a fase probatória, eles nomeiam perito que a gente tem acesso a ele através do assistente de perícia, acaba sendo uma coisa assim mais barata e que ao fim acaba dando o mesmo resultado, um risco ou outro que se tem é provisionado com antecedência, então acaba sendo menos custoso mesmo e infelizmente a linguagem das empresas é a linguagem financeira e não a linguagem econômica. Eu não consigo sustentar para fora uma decisão de ter um custo de sei lá, três ou quatro vezes maior pela questão de diferença de tecnicidade, é algo muito subjetivo: é uma coisa que é mais técnico, mas a justiça brasileira não funciona? É muito difícil essa comunicação para fora.*

*Na verdade tenho conhecimento de contratos já assinados que foram firmados no exterior, então eu não participei na formação do contrato, então não consigo te dizer quem que propôs enfim, mas eu acho que posso te informar que a regra geral da empresa é não utilizar mesmo. Nesses poucos casos que houveram não ocorreu a necessidade de acionar a arbitragem, não que eu tenha conhecimento. Dos casos que houveram, a escolha da legislação foi de um dos Estado-parte.*

## **Entrevista I**

Gerente de Departamento Jurídico com formação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Vale do Rio dos Sinos. Indústria de alimentos, panificação, 100% nacional que desponta hoje entre as quatro maiores no segmento do Brasil, contando com duas unidades fabris e quatorze filiais.

### Relações contratuais

*Não tenho conhecimento que algum momento a cláusula arbitral tenha sido utilizada, até porque eu estou aqui há dois anos e nos contratos em que eu normalmente redijo e recebo para revisar a gente nunca teve experiência de ter cláusula compromissória.*

*Eu acho que com relação à cláusula compromissória e arbitragem em si, o que existe normalmente e até por não haver um uso muito comum aqui no Brasil, culturalmente falando, a gente não utiliza, não tem uma ideia muito bem de como se, como se operacionalizaria.*

*Eu, na minha experiência, advogo há mais de dez anos, enfim trabalhei em diversos escritórios de advocacia empresarial, os grandes, trabalhei até com o Luciano que é teu orientador, Machado Meyer, Trench, Rossi & Watanabe, Veirano enfim, e nesse período todo eu nunca tive oportunidade de trabalhar em nenhum caso, em nenhuma situação que envolvesse a cláusula compromissória. Então a gente não tem nem muita ideia de como isso funciona aqui no Brasil, a gente mais ou menos tem uma ideia de como isso se operacionaliza no exterior, mais em função da literatura que nós temos à disposição, informações que nós sabemos enfim, mas no Brasil eu nunca vi uma situação de utilização de cláusula compromissória dentro de todo esse período em que trabalho.*

### Motivos de não utilização

*Eu acho que um dos outros motivos é que também a gente não lida em nosso dia-a-dia com contratos que sejam tão expressivos, pelo menos não é a todo momento e, nesses dois anos que estou aqui, não me lembro de ter tido contratos assim que fossem tão expressivos mesmo, o que nos faz pensar que incluir a cláusula compromissória poderia não ser algo economicamente interessante, porque a ideia que nós temos é que é algo que tem um custo*

*bem mais elevado, que se justificaria a utilização quando nós temos contratos cuja representatividade econômica é maior. A empresa não tem contratos internacionais, a gente até trabalha com matéria-prima importada enfim, mas a gente compra diretamente dos importadores, não fazemos importações por nós mesmos, a empresa atua basicamente no mercado interno.*

## **Entrevista J**

Advogado com experiência profissional nos últimos 22 anos, inclusive trabalhando como advogado *in-house* em empresa controlada por acionistas Norte-americanos e Europeus. Mineradora global, com sede no Brasil, presente em 37 países, com escritórios, operações, explorações e *joint ventures* espalhados pelos cinco continentes.

### Prática contratual

*A empresa costuma avançar a cláusula compromissória na maioria dos contratos, principalmente aqueles referentes ao Direito Marítimo, procurement, fornecimentos, serviços, EPCs, contratos financeiros e M&A. A estipulação deve-se principalmente a especialização que as Câmaras Arbitrais têm nesse sentido, na certeza de que os árbitros ou experts conhecem as matérias com profundidade e têm experiência nesse tipo de julgamento.*

*É uma posição definida pela empresa em que trabalho a cláusula compromissória, a gente coloca em todos, salvo em contratos de valor muito pequeno ou de pequena especialização, em que é melhor evitar a arbitragem, pois os procedimentos arbitrais, ainda que conduzidos por um único árbitro, são muito caros.*

### Legislação aplicável e Câmara eleita

*Depende, contratos financeiros vai muito pela lei do próprio banco que te garante o financiamento, se for Banco Estatal tudo bem, agora se você for pegar um financiamento de lá fora, provavelmente Lei de Nova York. Agora a parte de procurement, a empresa é uma grande compradora de tecnologia, equipamentos, a gente compra portos, plantas, locomotivas, ferrovias, a gente constrói usinas, o mercado internacional, África, Ásia, ele é muito mais ligado às leis da Inglaterra, se for sugerir aos fornecedores de tecnologia que não são americanos lei de Nova York eles vão dizer não aceitamos, não é a tradição do mercado. Então, assim, para questão de construção de plantas, equipamentos, viadores de vagão, construção de portos, ferrovias, leis da Inglaterra. Direito marítimo é um direito que é quase todo ele baseado no direito inglês, existe um quadro de diversas convenções internacionais, mas a grande lei que rege é a lei da Inglaterra, não existe uma tradição de países civilistas,*

*não existe, nem no mercado os armadores se você quiser colocar uma lei civil, não se procede dessa forma, até pelo local onde os navios são registrados.*

*O que a gente coloca de referência a algumas convenções é até no sentido de excluir quando elas não são vantajosas. Então, por exemplo, existe no direito marítimo uma série de regras que atraem princípios que excluem a responsabilidade, por exemplo, dos contratados, as regras de Haia, que atraem a cláusula paramount, que é aquela que, por exemplo, o armador só responde pelos danos se o navio na ocasião que partiu não tivesse, se ele não fez bill lading, um monte de negligências, então a gente exclui estas regras, mas é muito difícil você conseguir essa exclusão porque o mercado é muito pequeno.*

*A gente exclui, por exemplo, quando a gente é vendedor, a aplicação da Convenção de Viena, porque se colocar simplesmente a lei da Inglaterra ou a lei de Nova York e não excluir a Convenção da lei de Viena, como os EUA aderem esta parte da convenção, você acaba caindo na Convenção de Viena, que ela é mais favorável ao vendedor, então a gente tem esse cuidado, dependendo do tipo de contrato em excluir algumas convenções. Assim como em outros contratos, mesmo que a gente coloque as leis da Inglaterra, a gente menciona algumas legislações externas que devem ser aplicadas, por exemplo, porque a gente é listado na bolsa de Nova York, então a gente coloca aquelas coisas todas. São essas as convenções que a gente menciona, a gente não menciona nenhuma outra.*

*A gente trabalha muito com a CCI, mercado de construção a gente trabalha muito com a CCI, direito marítimo a gente trabalha muito com a london meantime arbitration association. No Brasil a gente utiliza muito FGV, a gente utiliza muito quando o contrato é feito aqui para dentro do Brasil, a gente utiliza muito a arbitragem, a Câmara Brasil-Canadá, que é uma Câmara arbitral muito boa. Eu já usei inclusive em contratos feitos com empresas brasileiras a CAMARB, que é uma Câmara arbitral de Minas Gerais. A gente utiliza várias câmaras, tem uma na China, mas é muito pouco usada. O que a gente usa: direito marítimo, london meantime arbitration association; contratos de fornecimento, serviço, normalmente a CCI, porque ela tem uma receptividade muito grande fora do Brasil. Quando tem alguma parte brasileira a gente tenta usar Brasil-Canadá que tem custo menor e são pessoas altamente qualificadas, FGV são pessoas altamente qualificadas também, tem custo menor.*

Experiência perante Tribunal Arbitral

*Já houve alguns casos de arbitragem, mas normalmente as partes resolvem as reclamações de forma amigável. As duas maiores vantagens foram a celeridade e a certeza de que as pessoas que estavam a julgar o assunto tinham experiência na matéria em discussão. As dificuldades foram pequenas. A crítica que eu faço é que os custos são elevados, portanto fazem mais sentido em contratos complexos e de valor elevado.*

*Há uma eliminação do conflito de competência, uma especialização da Câmara Arbitral ou dos julgadores, árbitros ou experts, porque muitas vezes você tem procedimentos que são expert determination procedure, que podem ser binding ou não, quando ele é binding se assimila muito a uma arbitragem, mas aí você tem geralmente uma empresa, com dois experts, que eles fazem essa avaliação. Por isso, normalmente, a empresa em que trabalho sugere na própria minuta qual a Câmara Arbitral, se será um ou três árbitros, depende do valor. A gente sempre sugere, não gosta de deixar para discutir depois, porque quando começa as desavenças fica mais difícil ainda. No direito internacional é muito difícil que as partes utilizem o Judiciário local, exceto para cautelares, pois a prática, em razão da neutralidade, celeridade e do conhecimento prévio das regras por ambas as partes é a utilização de arbitragens.*

#### Comparativo com o Judiciário

*Todas essas câmaras que eu estou te falando a gente está usando a Common Law e aqui no Brasil nosso Judiciário é totalmente voltado ao direito positivo. Eu acho que seria muito difícil para o Judiciário brasileiro entender um princípio que é mais baseado no costume e na vontade das partes e muito menos no direito positivo. Eu fiz um estágio uma época na World Trade Organization, que embora não é uma arbitragem privada, são painéis que nada mais é do que arbitragem entre países e eu vi a forma como um brasileiro interpreta um acordo da OMC e a forma como um advogado baseado no direito consuetudinário, na Common Law verifica, é bastante diferente. Claro que isso não impede que tenha brasileiros que sejam verdadeiras referências na OMC. O Luiz Olavo foi presidente, diretor da OMC, a Vera Thorstensen é assim super reverenciada na OMC, mas a maioria da gente, a gente pensa muito com uma cabeça no direito civil e eu não sei senão existe aí também uma certa resistência, então eu não consigo imaginar um árbitro brasileiro julgando nossos contratos internacionais, eu não sei como eles veriam isso.*



*E eu acho que mesmo que você pegasse o Judiciário da Inglaterra, a gente tem alguns contenciosos internacionais que eu trabalhei, me parece que é muito mais demorado sempre o contencioso, já participei de contenciosos na França, na Inglaterra, agora estou com contencioso na Colômbia, mas me parece um pouco mais demorado, é uma crítica que eu imaginava que era só o Brasil, mas não, me parece que o Judiciário é mais moroso.*

*Sinto essa diferença de interpretação entre os sistemas da Civil e da Common Law e digo mais, eu acho que se você parte para um contrato com um grande fornecedor de tecnologia, nenhum grande fornecedor de tecnologia aceita um contrato baseado na lei brasileira para ser julgado por uma corte brasileira. Primeiro porque não tem o entendimento de como seria o contrato no direito civil, que é completamente diferente, porque contrato no direito civil você faz com cinquenta ou trinta páginas, contrato no direito inglês são duzentas páginas, porque o que não está escrito não existe e é uma forma de pensar muito diferente, de interpretar as cláusulas. Embora eu acho o Judiciário brasileiro extremamente capacitado, eu só acho para este tipo de contratos internacionais, primeiro lugar, eles não são aceitos pela outra parte, é uma utopia e, número dois, eu acho que eles tem uma dificuldade muito grande de entender como é que é feita a proposta, como a outra parte viu o contrato ao assinar o contrato, porque o raciocínio é diferente, um baseado no direito civil e outro na Common Law, na vontade das partes.*

*Essa questão da Common Law tende a ser mais preservada através da arbitragem, porque, número um, o Judiciário dos países é muito caro, o custo de um processo judicial na Inglaterra talvez seja tão caro ou mais até que a via arbitral. Normalmente o mercado já sabe que determinados tipos de contratos são as leis deste país, lei de Nova York, lei de Londres, lei da Inglaterra, então já faz parte, é assim que funciona, essa é a prática de mercado, não existe uma prática de mercado coloca a lei do meu país, com o tribunal do meu país, não, não existe. Normalmente as pessoas querem uma câmara neutra, de preferência com uma lei neutra e a grande lei que rege o direito marítimo é a lei da Inglaterra e se for Ásia, África ou Europa é a lei de Londres, se for EUA é a lei de Nova York, exportação também usa a lei da Inglaterra, que rege o mundo, ou de Nova York, ninguém usa pelas leis da França ou da Suíça, embora tenha até uma empresa na Suíça, mas não é prática de mercado.*

*Essa prática é muito maior sim no comércio internacional, porque quando você tem contratos dentro do próprio mercado interno normalmente você trabalha com a mesma lei do país, as partes já conhecem como funciona o sistema jurídico local, já sabem como funciona o Judiciário local, então não há esse medo de como será julgado, como será interpretada a lei.*

*A arbitragem é muito, muito mais forte e eu diria que nos nossos contratos 100%, porque para as duas partes oferece mais conforto saber que tem um sistema que ambas as partes conhecem, que são profissionais de renome, com tradição e com uma lei que é normalmente utilizada para aquele tipo de contrato.*

*Agora contratos nacionais não, a gente usa o Judiciário, do Espírito Santo, Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo, sem problema algum, sendo que as duas partes brasileiras, leis brasileiras sem problemas.*

*Existem alguns países, por exemplo, que a gente não pode usar lei diferente. Moçambique se for, por exemplo, uma obra civil, obrigatoriamente o contrato tem que ser pelas leis de Moçambique, é o que diz a lei. Então a gente tem que sempre olhar nos países se permitem a convenção de uma lei, se aceitam arbitragem, se é homologada, se ela vai ser exequível, porque o país tem que ter assinado o tratado. Se o contrato é de concessão sempre, em todos os países em que eu trabalhei em contratos de concessão, eles exigiram que fosse a lei local, nenhum país você que vai conseguir uma concessão com uma ferrovia, por um porto ou por alguma coisa, vai aceitar que seja a lei da Inglaterra. Se é uma concessão em Moçambique eles vão querer que seja determinada pela lei de Moçambique, uma concessão na Guiné pelas leis da Guiné, uma concessão na Libéria pelas leis da Libéria, mas, na minha experiência, os outros todos sem problema. A empresa que trabalho consegue, a gente negocia com empresas chinesas com leis da Inglaterra; Indonésia, sem problema, França. A grande resistência que a gente teve foi quando você teve um contrato com uma estatal ou concessão, que aí é sempre a lei do país, disso não tem como escapar, não vai aceitar nunca.*

*Existe, por exemplo, em diversos tipos de indústria, não é só a arbitragem que já faz parte da prática do mercado e uma lei neutra, existem indústrias que o próprio contrato já existe um template internacional que a maioria das empresas conhecem e utilizam fazendo adequações para sua realidade. Então, por exemplo, se você vai em construção, você tem os contratos da FIDIC, que é para toda e qualquer tipo de construção, tem só para engenharia, engenharia básica, detalhada, EPC, EPCN e ali você tem inclusive, que é muito utilizado fora no Brasil,*

*que aqui no Brasil ainda não se fala, no Brasil a gente fala só em arbitragem, mas existe o dispute adjudication board, que é muito comum em contratos internacionais. No Brasil, pela lei brasileira, não seria válida, é quando você estabelece um comitê que cada parte tem o seu representante e se houver qualquer problema a parte tem 45 ou 80 dias, os números eu não lembro direito, para fazer a reclamação.*

*A outra parte tem tantos dias para responder a isso, se outra parte não responder morreu; se a parte negar, a outra parte tem que contra-argumentar em tantos dias, então você não tem as disputas chegando ao final do contrato. Quando você tem uma arbitragem ou no Judiciário, geralmente as disputas, as reclamações, contratos de construções, de plantas maior, só aparecem no final. Quando você tem isso obriga as partes através desse comitê, que resolvam pontualmente. Então os monstros não se criam, os volumes não se acumulam. Isso é muito usado, isso não é uma arbitragem, mas é um comitê, cuja decisão não é vinculante, mas que ela se depois houver uma arbitragem é levada em grande consideração. Nos contratos da FIDIC tem um modelo de cláusula.*

*Quando eu falo também que não é só a câmara arbitral que é prática de mercado, existem determinados mercados que existe um modelo, um template, que já é prática usada na Ásia, na África. Na empresa em que eu atuo nós temos, por exemplo, nossos próprios, mas muitas empresas não têm, porque sai caríssimo, você tem que ter bons advogados para redigir, são template de 200 páginas. Então existe na área da construção os template da FIDIC, que é Federação Internacional de Engenheiros Consultores, que é largamente utilizados na África, na Ásia, já foi mais usado na Europa, mas um pouco mais pró-fornecedor.*

*Então você tem, por exemplo, direito marítimo, você tem template que todo mundo conhece, então quando você recebe o contrato você não faz, você não escreve o contrato, você diz olha é o template tal e o que você não concordar com o template você simplesmente risca em cima da cláusula. Então, eu acho assim, o mercado internacional está cada vez mais, todas elas evidentemente consideram arbitragem, então o mercado internacional, quem decide, é prática de mercado ser arbitragem, ninguém manda para a legislação de algum país.*

## **Entrevista K**

Presidente de Centro de Arbitragem e Mediação desde 2007, tendo já exercido essa função nos anos de 1993 a 1995, além da vice-presidência executiva da mesma entidade de 1999 a 2006. É membro do Conselho Consultivo do *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) e do *Comité de Normas y Reglas Arbitrales de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje* (ALARB).

### Perfil da arbitragem

*A experiência que nós temos é fundamentalmente com empresas. O nosso centro de arbitragem eu diria que embora existam, digamos assim, algumas pessoas físicas também litigando, mas a nossa grande especialidade são empresas ou empresários brigando com empresas, litigando com empresas, acionistas com questões entre si. Agora, na verdade, eu vejo dois tipos básicos de clientes. Primeiro, aqueles constituídos pelas grandes empresas, sejam nacionais ou subsidiárias de empresas estrangeiras no Brasil, portanto elas já trazem, digamos assim, na própria orientação empresarial, a ideia de que a melhor forma de solução de uma controvérsia é a arbitragem. Agora, no que diz respeito às empresas nacionais, também acho que são empresas grandes ou de médio porte, que por orientação dos advogados e principalmente procurando dois aspectos básicos, a celeridade do processo e o sigilo com que o mesmo se reveste. Para mim são essas.*

*Eu diria para você, pelo menos dentro da nossa experiência, que eu acho que é uma experiência importante, porque nós somos efetivamente a câmara mais antiga e eu acho que a que mais atua em arbitragem, pelo menos em arbitragem de grande porte, eu tenho que dizer que, assim, disparadamente as questões que mais se fazem presentes são aquelas questões relativas ao direito societário e também obviamente dentro desta vertente as discussões entre acionistas em função de acordos de acionistas. Isso é a grande maioria, depois nós temos contratos digamos variados, depois nós temos hoje também contratos de construção, principalmente construção de grandes estruturas, de usinas e fábricas e, a partir de uns dois ou três anos para cá, mais voltadamente quando se começou a se fazer sentir essa crise em 2008 ou 2009, nós começamos a ter também muitas questões de caráter financeiro, eu diria que financeiro, eu diria que bancário, questionamentos de clientes com bancos, de bancos com bancos, então são esses as nossas principais matérias aqui estabelecidas.*

### Legislação aplicável

*Com relação a lei aplicável, por enquanto a grande maioria de nossos casos a lei aplicável é a brasileira. Embora tenhamos alguns casos, poucos aí, de aplicação de lei estrangeira, às vezes lei americana, às vezes a lei que diz respeito à sociedade, a company law inglesa, então é isso que nós temos. Quanto à Lex Mercatoria não, aí já é um aspecto que, veja bem, eu não teria condições de te dar uma resposta clara, porque nós não temos um filtro nesse sentido.*

*Quer dizer, a arbitragem ela, o sigilo dela, de uma certa maneira, ela é muito levada a sério aqui pela gente, de sorte que eu como presidente eu tenho conhecimento daqueles casos que efetivamente dão problemas, seja na fase anterior à instauração do procedimento arbitral, seja eventualmente após a instauração por alguma circunstância, a ocorrência de algum fato superveniente impeditivo do árbitro, às vezes uma substituição, uma renúncia do árbitro, às vezes do próprio tribunal em função de variadas causas, então são os momentos em que a presidência intervém.*

*Agora a gente e obviamente, por uma questão também de interesse de sentido de monitorar os nossos trabalhos, a gente cria algum, faz algum tipo de filtro que nos dão alguns elementos. Como eu posso dizer para você algumas coisas, como em números precisos, pelo menos em percentuais precisos, quanto eu tenho de cada tipo de assunto, qual o percentual de valor de causa que a gente tem maior incidência aqui, mas ainda não chegamos no aspecto da, digamos assim, se você tem aplicação da Lex Mercatoria, dos princípios do UNIDROIT.*

*Isso já é uma coisa que eu posso até dizer para você, por exemplo, que em abono do que eu estive falando antes, de que esses casos que eu te disse, olha a lei, a company law, essa coisa toda, surgiu algum tipo de incidente no curso do processo que eu precisei intervir e, portanto, em que eu precisei ter conhecimento dele como um todo. Mas, a princípio, a maior incidência seria de legislação estatal e brasileira.*

### Fundamentação das decisões

*Veja bem a jurisprudência internacional obviamente ela é sempre, independentemente da fonte, desde que seja uma boa fonte, ela é sempre um orientador, até porque nós não temos praticamente jurisprudência nacional relativa a arbitragem.*

*Até, nesse sentido, posso até mesmo te dizer em primeira mão que na reunião última do ano, reunião ordinária, o nosso conselho consultivo, ficou estabelecido que nós vamos permitir que dois conselheiros comandem um grupo de trabalho que vai começar a selecionar para publicação jurisprudência nossa, fazendo a limpeza adequada de nome de partes e até mesmo outros aspectos característicos de cada caso, que possa efetivamente gerar algum tipo de identificação, mas nós vamos começar isso. Então nós devemos ser os pioneiros nesse assunto. Então, portanto, a gente usa isso, eu mesmo muitas vezes.*

*Nós temos uma fase que eu procurei até incluir nas novas normas nossas, regular, para que, pelo menos, já que ela existe, que ela fosse pelo menos regulada, que é o que eu costumo chamar de um contencioso pré-arbitral. Quando você tem partes ou quando a própria situação jurídica apresentada é uma situação complexa, com múltiplas partes, com partes que tem uma interferência no processo, digamos negocial em si, mas que por alguma razão não são firmatárias da convenção da arbitragem, então em muitas e muitas vezes a gente precisa como diretor, como presidente no meu caso, atuar no sentido até de ordenar o procedimento, até que se instaure a arbitragem propriamente dita e muitas e muitas vezes nós usamos efetivamente até, quando é o caso, subsídio da jurisprudência internacional.*

### Arranjo procedimental

*Veja bem, qualquer que seja a relação jurídica submetida à arbitragem ou a relação jurídica que esteja sendo, por assim dizer, pano de fundo para disputa, ela, como eu disse para você, normalmente, no nosso caso, a grande maioria é regulada por direito brasileiro, portanto legislação estatal. Quer dizer, obviamente, a legislação estatal ela diz respeito à matéria de fundo, a matéria substancial em discussão. É óbvio que a parte procedimental ela não existe influência na legislação estatal, porque aqui, pelo menos, o código de processo, os nossos árbitros não usam o código de processo, nem em caso, digamos, de eventuais lacunas.*

*O nosso procedimento é um procedimento, eu diria, bastante abrangente, embora seja flexível, ele é abrangente, ele tem um número bastante, como nós somos uma câmara antiga, essa coisa toda, inclusive estamos na terceira revisão das nossas regras, no terceiro conjunto de normas. Na verdade, nós tivemos um primeiro quando fomos fundados em 1979. Depois, quando houve o advento da lei em 1996 da arbitragem, foi feito também logo depois em 1997 ou parece que no começo de 1998. Nós já tínhamos um conjunto de normas que se afeiçoavam a nova legislação e por acaso havia sido elaborado inclusive por dois árbitros*

*que eram árbitros nossos, mas que também foram coautores do projeto de lei que resultou na lei da arbitragem, o professor Carmona e a professora Selma. Agora, recentemente, começou a vigorar no ano passado, aliás, desculpe, neste ano, foi aprovado o ano passado, mas começou a vigorar em janeiro, nós estamos com o nosso terceiro conjunto de regras. Então, esse conjunto de regras, além de, digamos assim, de se valer de toda experiência nossa nesse período anterior, nesses quase 14 anos ou 15 anos de lei nova, nós também procuramos captar também as soluções que foram sendo estruturadas no exterior, seja nas câmaras, seja na jurisprudência, elaboramos um novo conjunto de regras, ele é bastante assim abrangente.*

*Então quando surge e mesmo porque tem um aspecto, quer dizer, na medida em que ele tem algum tipo de lacuna, ele pode ser suprido por ato do presidente. O presidente tem essa competência de interpretar e regulamentar dispositivos das regras, então realmente o código de processo, nesse particular, de legislação estatal nesse sentido procedimental, nós não usamos.*

#### Comparativo com o Judiciário

*Na verdade o que eu acho é que existe uma sutileza nisso daí. Obviamente você sabe que a arbitragem pode, inclusive, se as partes permitirem, vir a ser julgada por equidade, você não precisa sequer fundamentar sua decisão na legislação. Equidade não tem haver com legislação. Agora posso até dizer para você que nós não temos um caso dos nossos 325 casos digamos, que já temos aqui processados e em processamento, não temos um caso julgado por equidade.*

*O que existe, efetivamente, é o seguinte: primeira coisa, os árbitros eles não se vinculam a jurisprudência estatal. Eu acho que é mais isso do que a própria legislação estatal. Eles não se vinculam, eles não julgam subordinados à jurisprudência estatal, jurisprudência oriunda dos tribunais. E, por outro lado, existe da parte do árbitro, até por ser um indivíduo que não tem aquela formação, eu diria, às vezes, um pouco deformante, até eu nem sei se é formação ou deformação dos juízes, ele é uma pessoa que tem uma sensibilidade diferente. Exemplo é o conceito estatal dos juízes do periculum in mora.*

*É um absurdo periculum in mora, tudo aquilo que pode ser de alguma maneira revertido ou recomposto não manifesta uma situação de periculum in mora, porque eles pensam sempre em uma perspectiva estatal. O Estado é permanente; as pessoas físicas, os negócios, as*

*empresas não são. Então é uma coisa desesperadora você querer, por exemplo, convencer um juiz de que realmente. “Não, porque isso aqui se você não conseguir fazer agora, o senhor ainda tem direito de uma ação de perda e danos”, quer dizer essas coisas não acontecem na arbitragem, existe uma sensibilidade de pessoas que estão vivendo no dia-a-dia, uma vida normal, uma vida do planeta, uma vida que sabe que as coisas precisam acontecer e como as coisas acontecem de verdade.*

*Por outro lado existe uma possibilidade de você trazer provas e argumentos de seu ponto de vista, que de forma nenhuma você tem na discussão do procedimento estatal. Então eu acho que esses aspectos, efetivamente, é que podem ser. A interpretação que o árbitro dá a legislação não é uma interpretação balizada pela jurisprudência dos tribunais, pode às vezes até ser, não quero dizer que não exista, mas não é normalmente a primeira fonte. No Judiciário também tem isso, para tentar agilizar as coisas e evitar sei lá recursos, esse negócio todo, o pessoal não vai mais para doutrina, o pessoal não vai, vai na jurisprudência, como é que um caso parecido com esse é resolvido e assim faz e muitas vezes, e eu diria geralmente, aquilo acarreta uma distorção brutal da situação.*

*Você tem coragem, digamos, de discutir numa arbitragem coisas que você já saberia que se fosse no juízo estatal você já estaria derrotado de cara, porque o juiz não ia ter o trabalho, não ia te permitir o espaço suficiente para você procurar demonstrar os seus pontos.*

*Basicamente, em comparação ao Judiciário, o processo em si ele acaba sendo formatado de acordo com a vontade das partes, com a conveniência das partes, os prazos de produção dos vários documentos processuais, das várias etapas processuais, são coisas estabelecidas normalmente, normalmente não, são sempre estabelecidas de comum acordo com as partes, de acordo com a conveniência, de acordo com o calendário. Onde, digamos, você em função da complexidade do tema a ser tratado, do volume de provas a ser produzidas, você consegue prazos que você, você consegue o prazo que lhe é mais conveniente, diferentemente do processo estatal, em que você tem aqueles prazos rígidos, para as partes pelo menos, para os juízes e para os cartórios nunca é rígido, só é rígido para as partes, ao passo que na arbitragem também existe uma rigidez relativa no que diz respeito a conduta dos árbitros. Os árbitros eles tem um time para atuar, inclusive tem um limite normalmente estabelecido pelo ordenamento da entidade que está administrando a arbitragem, relativa ao tempo que ele pode demorar, por exemplo, para dar uma sentença depois de encerrada a instrução do processo.*



### Diminuição da litigiosidade

*Sem dúvida nenhuma, nós temos um número bastante grande de arbitragens resolvidas por acordo, que se processa, às vezes, nos mais diversos momentos, às vezes basta a parte entrar com o procedimento arbitral que a outra procura, ao ser notificada, estabelecer um contato e fazer um acordo.*

*Eu acho que isso acontece primeiro porque na arbitragem quem não tem razão sabe que não vai ter vantagens, então nem aquela vantagem que normalmente anima a pessoa que não tem razão a ficar discutindo em juízo, porque ele sabe, não, eu posso levar essa discussão, sei lá, dependendo do lugar que eu me situo do Brasil, que óbvio é diferente de lugar para lugar, mas se você estiver, por exemplo, aqui no estado de São Paulo, você tem uma grande chance de discutir de sete a dez anos para ter uma decisão no processo de conhecimento e depois demorar mais quatro ou cinco anos até conseguir ser executado. Então, quer dizer, na arbitragem isso não tem muito e também arbitragem tem um conteúdo litigioso obviamente, é um processo litigioso, mas ela tem um conteúdo, digamos, de litigiosidade menor do que o processo estatal, por isso existe, digamos, eu diria, uma forma diferente de você atuar.*

*O próprio advogado, os contatos com os árbitros, o contato com as partes, o contato dos advogados entre si é uma coisa muito freqüente, então é complicado você efetivamente passar a falar besteira, a falar falsidades no bojo do processo, porque essas coisas vão ficar muito claras e o advogado vai ficar desmascarado na frente de todo mundo, é desagradável isso, então essas coisas todas eu acho porque ajudam e possibilitam.*

### Grau de cumprimento

*Eu acho que o grau de cumprimento dos laudos arbitrais são altíssimos. Eu acho que isso é outra coisa. Felizmente criou-se um paradigma novo, está se estabelecendo uma cultura diferente, no sentido do que os laudos sejam cumpridos nos prazos estabelecidos. Normalmente você percebe quem eventualmente não vai cumprir laudos, são aqueles que já começam a criar problema no início da arbitragem.*

*Quinze minutos antes eu acabei e mandei para um professor aqui de São Paulo que está publicando um livro sobre arbitragem e ele me pediu para fazer um prefácio e eu terminei o prefácio agora a pouco e mandei por e-mail. E uma das coisas que eu estava dizendo era*

*exatamente isso, a mudança da cultura arbitral, a mudança da cultura no sentido de, inclusive, da implementação e a necessidade de que a arbitragem, ela é fundamentalmente o teatro onde efetivamente você precisa atuar com boa-fé processual e onde a busca da verdade material ela é absolutamente o principal objetivo.*

*Então, quer dizer, você não perde uma arbitragem por uma firula de caráter, digamos, processual, como acontece muitas vezes, você muitas vezes não tem razão, mas você por uma bobagem ou por um artifício de processo, você acaba perdendo o caso.*

*Eu acho, posso dizer para você até, eu acho que uma coisa muito importante, vocês estão até inclusive experimentando um pouco que tardiamente no Rio Grande do Sul, mas felizmente antes tarde do que nunca e, além disso, em compensação parece que vocês tinham aí uma espécie de demanda reprimida, em matéria de evolução de arbitragem, noto que vocês estão trabalhando muito nesse sentido e vocês estão ganhando terreno. Mas uma coisa assim, muito importante para o progresso da arbitragem e para o fortalecimento da arbitragem do país, e isso vem acontecendo, a começar principalmente pelos tribunais superiores, é o prestígio que a arbitragem tem com a magistratura, porque isso dá um clima de segurança jurídica. Eu sei disso porque eu trabalho muito em função de minha situação de presidente de uma entidade enfim, a mais importante de arbitragem do país e hoje a única que é realmente uma referência internacional, eu viajo muito inclusive para fazer conferências essa coisa toda e digo, com satisfação, que o Brasil hoje em dia tem uma situação em que o Judiciário é extremamente amigável e isso é bom porque isso dá segurança jurídica, isso induz inclusive o indivíduo a cumprir a sentença arbitral independentemente de execução e exatamente no prazo e nas formas como o tribunal determina.*

*Eu posso dizer para você até que o nosso percentual, pelo menos aquilo que nos chega ao conhecimento e, a rigor, normalmente chega, o nosso percentual de descumprimento ou contestação é coisa, assim, baixíssima. Eu acho que é um negócio que chega a, está assim entre dois e três por cento do total das arbitragens processadas, o que é quase nada. Então esse é o aspecto que eu queria salientar: a importância do prestígio da arbitragem em relação ao Judiciário para que, inclusive, se desestimule qualquer tipo de questionamento, de atitude menos, no que diz respeito a conduta das partes durante o processo e após ele.*

## **Entrevista L**

Diretor Jurídico, Contratos e Internacional, com formação pela *Università degli Studi di Verona*, especialização na *Organization of American States* e PhD em Law, *International and Comparative Law* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Maior empresa em processamento de proteína animal do mundo, atuando nas áreas de alimentos, couro, biodiesel, colágeno e latas, presente em todos os continentes, com plataformas de produção e escritórios no Brasil, Argentina, Itália, Austrália, EUA, Uruguai, Paraguai, México, China, Rússia, entre outros países.

### Arbitragem e Relação contratual da empresa

*A empresa costuma pactuar a cláusula compromissória nos contratos, mais nos contratos internacionais do que nos contratos internos, vamos dizer assim. Isso na maioria dos contratos comerciais, tipo fornecimento de um determinado produto para qualquer país de fora e aí na maioria dos casos pede a utilização da cláusula arbitral. Na verdade é cinquenta a cinquenta, muitas vezes quando é a outra parte que apresenta o contrato, esse contrato já tem cláusula arbitral deles, a gente negocia muitas vezes sobre quais regras de arbitragem serão utilizadas, por exemplo, eles estão querendo, sei lá, a aplicação das regras arbitral de Estocolmo e a gente pede a regra da câmara arbitral de Paris, mas os outros 50% a gente que manda já nossa cláusula arbitral modelo. A opção pela arbitragem é fundamentalmente segurança, ou seja, é mais no sentido da insegurança que a gente vai ter que enfrentar em um tribunal perdido no mundo, que a gente não conhece, que um tribunal arbitral, que é mais fácil, mais conhecido.*

### Conjunto normativo e Câmara eleita

*Normalmente a gente utiliza a ICC, prefere, puxa para usar a ICC. Dependendo do país ou a gente utiliza, puxa sempre para utilizar o direito brasileiro, que dá sempre problema, no sentido de que os outros não querem utilizar, então ou a gente utiliza o direito francês, que a gente considera, vamos dizer assim, um direito neutro ou, por exemplo, convenções internacionais, aí a gente puxa claramente para os princípios da Convenção de Viena em caso de compra e venda ou até o Código de Comércio Uniforme dos EUA. Então*

*dependendo, vamos dizer assim, é um pouco de negociação, mas usualmente é isso, estamos tentando agora com países da Europa inserir, vamos dizer assim, os princípios de algumas diretivas européias, mas ainda em fase de estudo esse assunto. Os princípios do UNIDROIT colocamos algumas vezes, mas não tivemos muito sucesso na verdade. Então é aquele assunto que é bastante atual, a utilização da Lex Mercatoria nos vários contratos, mas eu acho que ainda a Lex Mercatoria ela opera por princípios e alguns os falam, vamos dizer assim, regionais, ou seja, dependendo com quem você utiliza, você pode utilizar ou menos, ou seja, é muito ainda em princípios.*

*Eu acho que tem muitas, legislação, mais do que legislação, tem muita regulamentação, só que poucas conseguem se impor nas outras, então fica tendo um pouco de confusão. Não seria falta de normas, mas falta de forças das normas que existem. O Brasil é firmatário da Convenção de Nova York de 1959 sobre sentenças arbitrais, mas ao mesmo tempo ele é firmatário também da Convenção de Panamá de 1975 da OEA, que na verdade fala a mesma coisa, só para te dar um exemplo assim, mas seria bom se tivesse um código, vamos dizer assim, internacional dos contratos. Você pega, por exemplo, Europa, tem o UNIDROIT, que ele é bem orientado no sentido comercial, agora tem esse projeto do Código dos Contratos, Código Civil Comum, que enquanto seja uma boa idéia, está longe de ser realizado na minha opinião, tem ainda muita discussão acontecendo, que na verdade é mais civil do que comercial e depois tem o resto, ou seja, várias normativas, setorial, regional, então isso nós estamos falando no âmbito ocidental, se depois pega médio oriente e Ásia, com o qual a gente trabalha bastante, aí muda tudo. A gente prefere não utilizar nenhuma normativa setorial específica, porque dá sempre problema na negociação depois do contrato, porque nem sempre a outra parte aceita ou a gente talvez prefere utilizar algo mais geral, mais conhecido, exatamente por ter mais garantia em caso de problemas.*

#### Experiência perante Tribunal Arbitral

*A empresa já esteve perante tribunal arbitral várias vezes. Eu acho que é uma experiência positiva, porque se não sai uma decisão rápida, sai uma negociação, então uma negociação paralela. Só uma vez tivemos um caso meio assim com complicação da arbitragem Triple A, que é um modelo americano, porque eles têm algumas normas internas ali de regulamentação que é sobre exigências de provas, que é feita na minha cabeça mais para o*

*sistema americano do que para o sistema de Civil Law, então isso criou alguns problemas por causa do discovery.*

*Nesse ponto eu acho que é mais preocupante ter uma cláusula de foro, seja um foro de outro país, porque na verdade a cláusula arbitral eu acho que dá uma certa tranquilidade, tem mais tranquilidade a respeito de um foro, daquele que talvez não é o foro teu, que é do outro país, então eu realmente acho que dá uma certa tranquilidade, então talvez a gente briga um pouco mais, mas a gente sabe que qualquer forma vai ter uma solução.*

### Comparativo com o Judiciário

*Eu acho que a arbitragem em relação ao Judiciário dá para controlar melhor, porque o tribunal arbitral no final são menos processos, os juízes, os árbitros, estão mais focalizados sobre o assunto, então estão bem mais preparados e, depois, assim, é rápido, é confidencialidade, tudo isso, mas eu acho que mais que tudo é pelo o fato da sensação que tem de controlar melhor. É particular, porque a maioria das vezes se chega numa negociação antes de chegar ao laudo. Nós tivemos quase cinquenta a cinquenta de cada casos de composição antes do laudo e para a empresa é até melhor, porque é poupança de dinheiro. Tem algumas cláusulas escalonadas, mas por enquanto não implementamos muito esse sistema.*

*Dependendo de qual o direito que vai ser aplicado sinto uma diferenciação entre a utilização do mesmo pela arbitragem e pelo Judiciário. Até mais, vamos dizer assim, a sensação que tenho é que até é mais liberdade, é mais controle sempre no contencioso, mas dependendo qual direito ou qual regulamentação a gente aplica.*

### Civil e Common Law

*Nós, na maioria dos casos, nós tivemos o Civil Law, aí é mais fácil, vamos dizer assim, de lidar. Os casos de Common Law é sempre um desafio maior, porque fundamentalmente somos advogados da Civil Law, então sabe, tem alguns mecanismos, princípios ao menos que eles utilizam e que nós utilizamos que além de menos flexível, ao meu modo de ver, a utilização é da arbitragem e dos tribunais.*

*Eu acho que muitas vezes se fala da lei aplicável etc, mas eu acho que um ponto que seria importante considerar é sobre a utilização, muitas vezes, dos modelos da Civil Law, por exemplo, ou modelos contratuais de Common Law, com aplicação de lei do outro sistema, ou seja, às vezes nós temos modelos de contratos de Civil Law que aplicam, sei lá, o direito inglês, e o contrário, ou seja, modelo de contrato do tipo americano que depois aplica, na verdade, a lei da França, então, muitas vezes, o problema não fica tanto nas regras de regulamentação da arbitragem enquanto tal, mas quanto os modelos de direito, os institutos mesmo de direito. Ou seja, por exemplo, para um país, nos contratos de joint venture, o que um país considera conselho de administração, talvez não é a mesma coisa no outro país, ou seja, os poderes são diferentes, então se acaba na verdade se expressando mais um trabalho de direito comparado que de um verdadeiro, vamos dizer assim, estudo sobre o funcionamento da arbitragem mesmo. Então, na verdade, eu acho que teria que ser importante nesses contratos internacionais, do modelo da Common Law, verificar a verdadeira essência de algumas cláusulas, como cláusula de boa-fé ou cláusulas de princípios gerais de direito, isso deveria ser consequência em relação a utilização do modelo arbitral, mas acaba sendo uma análise que, na minha cabeça, teria que ser feita antes, porque no final tudo se reduz ali.*

*Um dos problemas que nós tínhamos era exatamente isso, ou seja, você pode considerar, sei lá, você pode fazer referência a conceitos que nominalmente são conceitos que existem nos dois sistemas, mas depois na substância são regulamentados de forma diferente. Então o que você entende que funciona aqui, não funciona lá ou funciona de forma diferente na outra parte, então você pode ter toda garantia do mecanismo da arbitragem, ou seja, do fato que é um juiz neutro, se aplica um tipo de direito que você quiser, mas você não conhece como ele é regulamentado da outra parte, aí fica voltando ao problema originário, que é aquilo de enfrentar um tribunal ordinário de outro país. Isso que na minha visão é o grande desafio, vamos dizer assim, atual sobre isso. Nós já temos alguns modelos, alguma segurança, então na verdade a gente puxa nas negociações para que sejam inseridas e aplicadas aquelas regras com diferente graus, vamos dizer assim, de segurança.*

## Entrevista M

*International Case Manager*, com formação pelo Centro Universitário Curitiba, estudos na Universidade de Lisboa, *Academic Exchange Program*, *Private International Law*, *International Trade*, *European Union Law and International Relations* e *LL.M. International Dispute Settlement* no Graduate Institute & University of Geneva.

### Perfil da arbitragem

*Tem o que a gente chama aqui de o International Arbitration Reporter, que ali tem uns, estou vendo aqui agora, tem algumas estatísticas referente a 2001, a do ano passado (2012) não saiu ainda, mas tem 2001, então tem estatísticas interessante aqui sobre, por exemplo, caseload, casos que a gente teve no ano, estou vendo aqui um gráfico do ano de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, então tem aí quantos casos internacionais passaram aqui pela gente. Por exemplo, ano passado foram 994, em 2010 foram 888, em 2009 foram 836, em 2008 foram 703 e 2007 foram 621, então dá para ver que cada ano está aumentando, inclusive com relação as partes brasileiras. Daí tem um outro gráfico que mostra os casos com as partes européias, então em 2011 teve 994 casos, dentro desses casos 430 foram com partes européias, então, vamos dizer, quase metade é europeu.*

*O que nós administramos, a maioria são, para não dizer a totalidade, a grande, grande parte é caso comercial, então arbitragem comercial internacional, onde as partes são do mundo inteiro e mais, são duas partes privadas, duas organizações privadas e parte, como arbitragem de investimento em si, que uma das partes é o Estado, eu não sei se já teve algum caso ou não, mas pelo que eu me recordo, eu sei que houve já casos onde há uma agência do Estado, atividade estatal com uma agência, mas são assim porcentagem bem menor. A maioria é, como eu te falei, casos comerciais e as características são desde, a gente tem muito caso envolvendo empresas de engenharia, a parte de bancos financeiros, entidades financeiras, a gente tem também casos de energia no geral, do setor elétrico, até de empresas que tem franchising, tem também questões de companhia de seguro, insurance, questões envolvendo propriedade intelectual, questões de direito marítimo também, questões de direito comercial em si, telecomunicação é importante, essas são, vamos dizer, as principais indústrias que eu poderia te passar. Então é isso, entidades comerciais, a maioria desses*

setores e há casos sim em que há envolvendo entidades ou agências estatais, mas é bem menor a porcentagem, é bem menor.

### Composição entre as partes

*Tem muita composição aliás aqui, é uma pena que a mediação é muito pouco desenvolvida no Brasil, mas aqui, por exemplo, a porcentagem é bem alta de casos que há acordo logo no início da arbitragem. Normalmente o que a gente faz, a gente propõe assim que o caso é iniciado, a gente propõe as partes para ver se elas aceitam ou não mediar o caso. Quais que são as vantagens de mediar o caso aqui, uma das vantagens é primeiro não cobrar nenhum custo da instituição para administrar das partes, elas só vão arcar com o custo do mediador e, na maioria dos casos o que eles fazem, eles iniciam a mediação junto, mas não suspendem a arbitragem, o processo arbitral, então correm os dois juntos, aí normalmente quando eles aceitam mediar, normalmente a gente ajuda no processo de seleção do mediador também, a gente tem nomes de diversos mediadores e assim que o mediador é eleito, quando chega-se a fase de sessão da mediação, normalmente em um dia eles entram em acordo, normalmente não dura mais de um dia a sessão de mediação e, normalmente, quando chega nesse ponto que vai a sessão, a maior parte, a maior parte que digo cerca de 80% dos casos, sai acordo. A porcentagem aqui é bem alta dos casos que se vai à mediação e daí dos que vão, normalmente 80% sai acordo, então é um custo-benefício ótimo.*

*Obviamente que há casos em que as partes não aceitam mediar e vão direto para a arbitragem e há cláusulas que também forcem as partes a mediar, também tem isso, a cláusula escalonada, tem cláusula escalonada que normalmente as partes já chegam aqui e já negociaram ou mediarão, depende do que a cláusula exige, mas tem casos que sim, que eles começam a mediação porque são obrigados, mas acaba saindo acordo e acaba dando certo. Isso é uma coisa que no Brasil eu vejo que está um pouco não tão desenvolvida essa parte da mediação, é mais uma coisa formal que eles acabam pulando essa etapa, do que realmente fazendo como deve ser feito.*

### Conjunto normativo

*Aqui, como se trata de uma instituição, a gente tem as próprias regras, que é a regra do Centro Internacional, que a gente chama aqui das regras internacionais, e as da Associação*



*Arbitral, que são outras regras que as partes podem usar aqui na entidade. Então tem nessa parte das regras internacionais, tem as commercial da Associação Arbitral, que podem ser aplicadas aqui, que é mais focada, a diferença elas têm a dateline um pouco mais curta, enfim é um processo mais, vamos dizer, adaptado para casos típicos comerciais. Depois tem as regras, por exemplo, de construction, que são mais para casos de construção, então os casos nossos a gente só pode utilizar as regras ou da Associação Arbitral ou a do auxiliar, a gente não utiliza outras regras, por exemplo, as regras da CCI ou as regras aí do Brasil-Canadá, isso das regras de procedimentos administrativos.*

*Direito material em si tem de todo jeito, a maioria, obviamente, que o direito americano, mas tem da Noruega, tem da França, dá onde você quiser vai ter um caso, mesmo alguns aplicando aquelas regras dos países lá do Oriente Médio, enfim tem várias regras de direito material. Agora regra de soft law, por exemplo, como Lex Mercatoria, ou mesmo modelo do UNCITRAL ou as regras da IPA, a gente não utiliza de nenhuma dessas regras. Se as partes elas quiserem aplicar a Lex Mercatoria, ou as regras da IPA, a própria modem law ou algum aspecto nesse sentido elas podem, não há problema nenhum e acontece. Por exemplo, a gente trabalha também, muitas vezes as partes elas acabam seguindo uma arbitragem ad hoc, pelas regras da UNCITRAL, mas elas só querem nosso serviço de seleção do árbitro, por exemplo, então é um caso que está sendo aplicada regra de arbitragem internacional da UNCITRAL, que a gente só está sendo como uma autoridade para selecionar os árbitros, mais nada, assim que eles são selecionados acaba e o caso prossegue pelas regras UNCITRAL.*

*Têm árbitros que gostam de aplicar e, as partes concordam em aplicar, as regras da IPA, no geral, são muito aplicadas. Lex Mercatoria em si nunca vi nenhum caso em que uma parte tenha pedido para ser aplicada Lex Mercatoria ou mesmo lá do UNIDROIT, por exemplo, eu nunca vi, mas pode ser. É mais em termos de direito material a legislação de um país concreto ou alguns casos, vamos dizer, que seguem pelas regras da UNCITRAL, mas aí a gente tem uma autoridade limitada e as regras de administração do caso em si, pode ser qualquer uma Associação Arbitral ou do Centro Internacional.*

### Civil e Common Law

*Tem Civil Law e Common Law, não sei te dizer a porcentagem aqui agora de qual tem mais, tem dos dois. Eu como pego casos mais, como estou na parte das Américas, eu cuido de casos do Canadá até o Uruguai, eu fico mais com Civil Law, mas dentro dos outros times muda,*

*então tem dos dois. Pode ser que Common Law prevaleça, mas não sei te dizer, a diferença não é assim tão grande.*

*Pela minha experiência, até mais fora daqui do que aqui dentro - porque aqui a gente não aplica nenhum direito material, quem vai aplicar é o árbitro, a gente só aplica nossas regras de direito administrativo e depois que o árbitro é eleito quem vai decidir sobre a aplicação do direito material é ele, mas obviamente que você vê como ele aplica - o que acontece, quando tem árbitro da Common Law e as duas partes são da Civil Law, por exemplo, tem um problema de cultura aí, até de nomenclatura e tudo. Há diferenças, é óbvio que há, uma delas é a questão do discovery, por exemplo, o famoso discovery que aqui eles tanto reclamam da parte da Civil Law.*

*Aqui eles querem, normalmente um advogado da Common Law vai pedir o procedimento específico que eles usam aqui do direito estatal, e a parte da Civil Law não sabe nem o que é isso direito. Aí o que acontece, a gente tem guidelines do próprio Centro Internacional, da Associação Arbitral, há guidelines que tratam dessa questão, então, por exemplo, o que vai acontecer, é um guidelines, não é obrigatório obviamente, as partes se elas não quiserem elas podem não aplicar, mas vai ser uma forma de você minimizar esse crack que tem entre Civil Law e Common Law. E há outros guidelines que tratam da questão de como tratar de questões pertinentes, por exemplo, a discovery em si que eles chamam.*

*Normalmente a gente sugere ao árbitro nesses casos aqui da Common Law para que ele não aplique um discovery num caso internacional, porque é uma arbitragem internacional, não é um caso estatal americano, então a gente sugere, a gente propõe, tem árbitro que enfim, já trabalhou mais com casos internacionais, que está mais aberto para isso e têm outros que até por pedido normalmente das partes, até por acordo entre as partes em si, eles continuam aplicando o discovery. Obviamente se as duas partes forem de Civil Law, a discovery não vai ser aplicada, porque nenhuma das partes vai concordar com isso, mesmo que o árbitro queira. Agora se você tem umas das partes já que é de Common Law, o que acontece muito, normalmente uma das partes aqui é americana, você vai ter um problema de como é que o árbitro vai decidir isso. O americano vai dizer eu quero discovery, a brasileira vai dizer não, não quero, até porque meu cliente não está nem preparado para isso e a decisão vai ficar a critério do árbitro, a gente sugere que ele não aplique, amenizes a situação, vai depender dele e normalmente eles entendem que é um caso internacional e que demanda uma*

*variabilidade, uma flexibilidade muito maior do que um tratamento como se estivesse na corte aqui, então normalmente é isso que acontece.*

### Grau de cumprimento

*O grau de cumprimento é bem elevado, a maioria dos casos é cumprido, a gente fica sabendo de poucos casos aqui que a sentença foi anulada em algum país ou que a parte não. Por exemplo, há casos em que a parte não paga mesmo as custas dos árbitros, aí o árbitro ele pode suspender o procedimento ou prosseguir, fica critério dele. Se suspender e não for pago, ele tem autoridade até de terminar o caso e normalmente isso não acontece, alguns árbitros prosseguem, acreditam que vão receber, mas no final acabam não recebendo. E aí a gente tem aqui um legal department que cuida dessa parte vamos dizer, se for aqui nos EUA eles prestam serviço jurídico para cobrar isso na justiça comum, então ele presta serviços para o árbitro, isso acontece com mais frequência, com mais frequência eu digo uma porcentagem no total assim, vamos dizer, de não sei quanto, mas menos de, entre zero e cinco por cento dos casos, em que chega-se nesse estágio. Agora que um laudo foi anulado em algum outro país é bem menor, normalmente é cumprido.*

### Conclusivamente

*Eu acho que aí para nós a arbitragem já está bem desenvolvida, já está em um patamar assim atualizado, bem conforme os padrões internacionais. A única questão que eu coloquei, que eu acho importante, é desenvolver mais essa parte da mediação. Isso eu acho importante ser enfatizado e desenvolvido aí, porque a gente vê muito aqui e se você for pensar bem, se as partes em si, se elas querem realmente resolver o assunto, é muito melhor. Tanto que o próprio Centro Internacional ele incentiva isso, no sentido de que quando, por exemplo, nós aqui, os cases managements, eles conseguem convencer, vamos dizer, ou que as partes elas prossigam com a mediação, a gente recebe aqui até um bônus, então há um incentivo nesse sentido, não só para as partes, mas para instituição.*

*Para as partes é bem claro enfim todas as vantagens que elas têm, continuam tendo bom relacionamento, continuam fazendo business e é mais rápido, é mais barato e mesmo se não chegarem a um acordo, já muitas questões vão ter sido resolvidas quando eles vão para arbitragem. Obviamente que eles não vão poder usar o que foi discutido na mediação na*

*arbitragem, mas eles já vão, as partes em si tem um entendimento muito melhor no caso, o que é importante e o que não é.*

*Para a instituição também é importante porque - por incrível que pareça, se você pensar porque para a instituição é mais interessante se a instituição ganha muito mais dinheiro com o caso arbitral, que é cobrado inclusive aqui as despesas com a administração, se na mediação nem isso é cobrado - a vantagem é que você consegue ter um volume de casos muito maior, porque se resolvem muito rápido, essa é uma das vantagens e a instituição não é que ela não cobre nada, ela não cobra nada das partes na questão administrativa, mas é cobrado sim um free com relação a porcentagem que é pago aos mediadores, é um pouquinho mais baixo, mas enfim é cobrado e tanto isso é importante que eles incentivam, incentivam aqui e acham muito bom quando isso acontece, porque o caso consegue ser resolvido em dois meses ao invés do que aqui, a média do caso arbitral normalmente é onze meses, do início até chegar o laudo, então a mediação, até escolher o mediador e tudo, é um mês e meio, dois no máximo. Então para instituição também é bom, porque ela além de ter um volume maior, ela consegue resolver o caso mais rápido, ela consegue ajudar as partes a entrar em acordo mais rápido e conseqüentemente a taxa do período de quanto vai demorar para resolver um caso vai ser muito mais baixo, então isso é um bom marketing para a instituição e aumenta o volume.*

*Essa questão da mediação que eu colocaria, é que o que eu vejo que está faltando aí. Talvez, não sei, a própria educação mesmo dos clientes com relação a isso, para entenderem quanto isso é importante e quanto isso é bom para o cliente e quais as vantagens de estarem as coisas bem esclarecidas, para eles realmente terem idéia de que essa opção realmente existe, primeiro, e, não só existe, como é muito boa. Isso eu não vejo aí, não escuto, pelo menos assim, mesmo nos seminários, nos congressos que tem aí, fala-se muito pouco, realmente não vejo progresso nesse sentido, então acho que seria importante aí até para o lado acadêmico, pensar também em outras formas, não só a mediação, mas em outras formas e não só a arbitragem em si, outras formas alternativas de resolver conflitos.*

## **Entrevista N**

*General Counsel* com formação em LLM, Direito Corporativo pela *Ibmec Business School*. Companhia de pesquisa de fontes renováveis de energia, como biodiesel, hidrelétricas (com usinas e centrais hidrelétricas no Brasil, no Canadá e na Indonésia) e energia eólica, bem como de tecnologias visando à redução do seu consumo, além de investimentos em geração de energia através de gás natural (cuja carteira de exploração é composta por 19 blocos em quatro bacias petrolíferas do Brasil).

### Relações contratuais

*A empresa costuma pactuar a cláusula compromissória, mas nós temos um corte de materialidade nos contratos, não é qualquer contrato que a gente insere a cláusula compromissória, é acima de um determinado valor e também às vezes por importância do contrato, porque contratos de fornecimento, esses contratos do dia-a-dia, de valores pequenos, a gente entende que não vale a pena, em função dos custos envolvidos na arbitragem. Isso vem ocorrendo desde que o instituto se consolidou no Brasil, por ocasião daquele julgamento no Supremo da constitucionalidade da lei, a gente decidiu efetivamente inserir essas cláusulas nos contratos.*

*Nos contratos de tecnologia todos, nos contratos de transferência de tecnologia, contratos de know how, às vezes de licença de uma patente, todos os contratos têm cláusula compromissória, mas também a gente usa em contratos de grande fornecimento, por exemplo, um equipamento importado de grande valor ou um serviço de instalação de um grande equipamento, a gente também insere nesses contratos, que nada mais são que empreitada a preço global, então a gente insere também a cláusula compromissória, em contratos públicos não tivemos experiência isso.*

### Utilização da arbitragem e Câmara eleita

*A eleição da arbitragem tem dois fatores principais: primeiro o sigilo, depois a velocidade, o tempo de resposta de uma arbitragem. São dois fatores fundamentais para gente.*

*A discussão da cláusula é uma negociação à parte do contrato. Você tem a discussão do contrato em si, das cláusulas contratuais, de responsabilidade, de garantias, cláusulas penais e tal. Aí você tem uma outra discussão que é em relação a cláusula arbitral, que aí efetivamente consome muito tempo também, porque envolve, quando é contratos internacionais, você tem que escolher a jurisdição, você tem que escolher o foro, tem que escolher a Câmara, então isso tudo consome muito tempo, mas é uma negociação à parte do contrato.*

*A Câmara depende muito do contrato e das partes. No Brasil a gente tem eleito a FGV e tem tido experiências interessantes aí. Nos contratos internacionais varia muito, às vezes a gente usa ICC, às vezes a gente usa alguma outra câmara. Basicamente ICC, mas não tem também uma, porque vai depender realmente muito da negociação com a parte contrária.*

*Num conflito internacional a coisa é tão aberta e as possibilidades são tão grandes que a gente procura, por exemplo, na medida do possível, indicar a ICC, que a gente conhece, já tem experiências passadas, enfim. Mas a outra parte não necessariamente vai concordar com isso, então é muito difícil para gente estabelecer um padrão porque efetivamente nós vamos ter que discutir, nós vamos ter que negociar essa cláusula, então não existe um padrão pré-definido, existe uma preferência, mas que não necessariamente vai acontecer em função das escolhas, das preferências da outra parte.*

### Conjunto normativo

*Quando considerados contratos internacionais, normalmente há discussões com as partes, a gente procura uma jurisdição neutra daquelas onde as partes residem, não adianta a gente forçar a barra para ser uma jurisdição a nosso favor, que não vai dar certo. Então, em geral, o que acontece, a gente escolhe uma jurisdição neutra e aí varia muito também, não tem nada assim definido ou pré-definido. A gente, quando é assim, a gente estuda a jurisdição, vê se ela é adequada à natureza daquele conflito que eventualmente pode surgir naquele contrato, como é a interpretação da jurisprudência, como a jurisprudência vê aquele assunto naquela jurisdição, para só depois a gente aceitar aquela jurisdição no contrato. Então depende, é muito caso a caso.*

*Não se utiliza soft law, só legislação estatal mesmo, partindo de uma jurisdição neutra. Nunca utilizamos princípios do UNIDROIT, esse negócio de princípios é muito complicado*

*na minha visão. Qualquer princípio, Lex Mercatoria, isso aí, ao final, as partes acabam, às vezes, achando que o conflito foi mal resolvido em função dessa liberdade toda que se atribui ao árbitro ou ao tribunal. Então eu acho que isso gera uma insegurança muito grande e dá ao árbitro um poder muito maior de julgar a demanda. Então acho que assim, na nossa visão, a gente prefere muito mais ver qual é a lei que melhor se aplica aquele contexto específico, ver como é que são os comportamentos dos tribunais naquela matéria específica - eu falo tanto da lei material, quanto da lei adjetiva -, porque na verdade você tem muito mais segurança aí ao já saber que, naquele caso específico, o seu conflito tenderá a ser resolvido dessa ou daquela maneira, então para gente é muito mais seguro essa linha.*

### Experiência perante Tribunal Arbitral

*Tivemos já algumas arbitragens. Tinha uma arbitragem até interessante que envolvia a quebra de sigilo contratual, e aí esse sigilo foi quebrado, quebrado pela outra parte, aí instauramos a arbitragem, mas antes tivemos que obter uma medida cautelar para poder fazer com que a outra parte deixasse de prestar o serviço que ela vinha prestando e aí fomos discutir na arbitragem a matéria de mérito que era a rescisão do contrato em função da quebra de uma obrigação contratual, que era o sigilo. Essa arbitragem se desenrolou na FGV, foi enfim uma arbitragem interessante porque a gente no meio do processo acabou chegando num acordo, então eu não tive uma decisão de mérito nisso, essa foi a mais recente que eu me lembro.*

### Composição entre as partes

*A arbitragem favorece o acordo, porque uma das grandes apostas que eu acho para uma parte não cumprir sua obrigação em um determinado contrato é contar com a lentidão do Judiciário, então em função do fator tempo, eu acho que, quando a parte não tem um bom direito, ela vai procurar se encaminhar para um acordo antes da decisão do laudo arbitral, que é irrecorrível enfim e aí não tem mais jeito, então eu acho que o fator tempo é um fator estimulante para um acordo na arbitragem, diferentemente do Judiciário.*

*Em alguns contratos a gente coloca uma cláusula pré-arbitral, que normalmente é uma cláusula de mediação prévia ao processo, ao procedimento arbitral e, realmente, não havendo acordo, aí sim vai para arbitragem. Normalmente costuma ser um terceiro eleito de*

*comum acordo pelas partes, ele vai colher as provas de um lado e do outro, vai dar lá uma opinião, que não é vinculante e aí as partes podem se dar por satisfeitas e entabular um acordo; não sendo feito um acordo, aí sim instaura-se o processo arbitral. Recentemente tivemos um caso assim aqui no Brasil, onde foi eleito inclusive um escritório nesse caso, um escritório de advocacia que analisou juridicamente o pleito de uma parte contratada. O pleito se compunha de vários itens e aí de comum acordo nós elegemos um escritório que fez uma opinião de todos os pleitos dessa parte contrária; rejeitados alguns itens, eles disseram que poderia haver chances da parte contrária ganhar um ou dois itens. Nós chegamos, entabulamos um acordo e finalizamos o problema. Isso funciona bem, sobretudo quando as partes estão, digamos, o grau de conflituosidade não é tanto a ponto de eliminar qualquer possibilidade de acordo prévio, então quando o grau de conflituosidade é menor, ainda está muito no início, vale a pena você usar esse mecanismo de mediação enfim.*

#### Comparativo com o Judiciário

*No Judiciário, tirando o fator custo, no mais ele é todo desvantajoso em comparação com a arbitragem, ele só leva desvantagem. O problema da arbitragem hoje no Brasil ainda é o fator custo, porque é uma coisa mais sofisticada, você vai ter lá as despesas da própria arbitragem, depois os honorários dos árbitros enfim, não é um processo barato, vamos dizer, mas comparativamente a outros aspectos, sigilo, velocidade, especialização dos árbitros, qualidade nas decisões, eu não tenho menor dúvida que a arbitragem leva larga margem de vantagem em relação ao Poder Judiciário.*

*Eu acho que o tribunal arbitral ele tende a entender melhor o conflito, dada a especialização dos árbitros. Por exemplo, se eu tenho uma arbitragem que versa sobre a interpretação de uma cláusula de transferência de tecnologia, eu não vou entregar isso para qualquer árbitro, eu vou entregar isso para um árbitro familiar com aquele assunto. Então o Judiciário muitas vezes, o juiz não tem o menor conhecimento sobre aquela matéria em discussão, então eu acho que a arbitragem funciona muito melhor, porque quando você está numa câmara com lista aberta, que aí a maioria admite, onde que você pode indicar o seu árbitro, a gente sempre procura um especialista naquela matéria, uma autoridade assim que não tem contestação sobre ela, que é uma pessoa séria, idônea, respeitada enfim, e aí a resolução do conflito, a decisão nesse caso, ela é muito mais qualitativa, é muito melhor do que a decisão judicial, então a especialização aí é fundamental para mim.*



*Arbitragem tende a resolver o conflito de uma maneira muito mais rica, muito mais detalhada, os árbitros sendo especialistas no assunto eles vão procurar investigar melhor os fatos. Em função deles serem apontados para aquele conflito específico isso também é uma vantagem, porque na verdade eles não tem 300 ações para resolver, eles tem um conflito para resolver, então ele tende a se dedicar com muito mais empenho a resolução daquele conflito, aplicando o seu conhecimento, a sua experiência, do que o Judiciário.*

### Civil e Common Law

*Trabalhamos com os dois sistemas, Civil e Common Law. Não há dúvida, a diferença é muito grande, sobretudo pela possibilidade de no sistema da Common Law você se valer de precedentes jurisprudenciais para resolver dado conflito, o que não necessariamente acontece no sistema da Civil Law. Então eu vejo nesses sistemas de direito consuetudinário essa preocupação de se julgar com base em precedentes, em casos concretos, em living cases enfim, muito maior do que no sistema de direito legislado. Havendo possibilidade de escolha em um conflito internacional, prefere-se a Common Law sem dúvida. É que nesse caso acaba sendo difícil, quando a parte é de um sistema como esse, você querer aplicar o sistema de direito legislado, vai ser muito difícil você emplacar uma cláusula como essa, então é preferível você abrir mão e estudar a lei, estudar a jurisdição, para que você saiba de antemão como é que os tribunais estão se comportando diante daquela matéria.*

### Conclusivamente

*A grande questão hoje de todos esses conflitos é, na minha visão, você conseguir traduzir para o tribunal arbitral uma coisa que para o advogado e para o juiz ainda é, eu diria, muito difícil, que são os conceitos econômicos. Então, numa arbitragem, hoje o que eu vejo é o seguinte: às vezes as pessoas só indicam advogados para os tribunais e eu acho que a diversificação do tribunal ela é saudável. Eu vejo muita gente falar em independência do tribunal arbitral, mas eu vejo pouca gente falar em diversidade da composição do tribunal. Então eu acho isso um tema bastante interessante, porque mescla a experiência, mescla o conhecimento. Muitas vezes aquela demanda do ponto de vista jurídico tem uma relevância relativa, mas do ponto de vista econômico tem uma relevância muito grande, então a relevância econômica acaba desaparecendo ou sendo ofuscada em função da composição do tribunal ser totalmente coberta por advogados. A presença de um economista ou de um*

*engenheiro na resolução de um determinado conflito é fundamental para melhor compreensão do problema. Eu acho que tratar desse ponto, eu acho muito interessante e vejo pouca gente falar sobre isso.*

## **Entrevista O**

Coordenadora Jurídica, com formação pela Universidade Federal do Ceará, Especialização em Direito Internacional e Mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  *Holding* com sede na Alemanha, um dos líderes mundiais no segmento de elevadores (venda e manutenção), com produção descentralizada em fábricas na Europa, Ásia e América.

### Prática contratual

*A empresa não costuma incluir em seus contratos a cláusula compromissória, ainda não. Na verdade a gente está meio que querendo estudar melhor o assunto, ver como é que tem ocorrido esta questão da arbitragem aqui no Brasil, assim a gente não tem muita certeza se é, vamos dizer assim, vantajoso para a gente aqui. Nós trabalhamos com muito pouco contratos internacionais. Os nossos contratos de vendas novas de elevadores, a gente tem venda de elevadores, de escadas, sim são de valores elevados. Os contratos de manutenção geralmente não são de valores tão altos. Mas nós trabalhamos sim com importação e exportação, compra de insumos do exterior.*

### Motivos da não utilização

*Na verdade a gente ainda não viu na prática, acho que a grande questão da gente não ter incluído ainda é que ainda não viu na prática, então a gente não conhece casos de empresas próximas a nós ou até do mesmo grupo que tenham usado e que tenham dito olha foi bom, valeu a pena, a gente gastou menos dinheiro, a gente gastou menos tempo ou, enfim, algum relato assim mais na prática que não seja na teoria, de que efetivamente valeu a pena. Então hoje a gente não inclui mais por desconhecimento de como se dá a ciência da arbitragem na prática do que por outro motivo assim, não é que a gente tenha, já fez e não deu certo, é porque a gente não viu acontecer na prática.*

### Perspectiva da via arbitral

*A gente está buscando informações, através de grupos que a gente participa, através do próprio Luciano Timm, de informações dele, de que tipo de contrato ele recomenda que seja*

*utilizada a cláusula. Enfim, nós estamos buscando, mas ainda não tem nada muito formado, agora é um projeto para incluir as cláusulas arbitrais dentro de dois anos, cinco anos, um ano, a gente não tem esse projeto formalmente, é mais um curiosidade nossa, de que se isso vai realmente trazer algum benefício para empresa, do que propriamente um projeto formal.*

*A gente não tem ainda nenhuma câmara específica que a gente enviaria, a gente tem informações de algumas que são mais confiáveis, que são realmente mais sérias, a gente tem essas informações, mas a gente imagina, por aquilo que a gente tem conversado, que a gente tem visto, mais para contratos grandes, contratos entre empresas grandes, entre a nossa empresa com alguma outra empresa que seja de porte grande como nós assim ou maiores e para contratos internacionais, não só para contratos internacionais, mas para contratos internacionais principalmente.*

*Nunca chegamos a discutir sobre legislação aplicável, mas a princípio acho que a gente se sente mais confortável com legislação brasileira pelo pouco conhecimento, mas nunca chegamos a discutir sobre isso não.*

### Conclusivamente

*Eu acho que precisa ser mais divulgado, mas assim numa coisa mais de realidade mesmo a arbitragem, tem que ser: tem esses problemas, mas tem essas qualidades, porque eu vejo muito se falando das qualidades e é impossível uma coisa ter só qualidades, ela tem que ter problemas e aí, como só se divulgam qualidades, acaba que a gente fica um pouco com o pé atrás, alguma coisa está escondida aí, porque não é possível que uma coisa tenha só qualidades, seja só boa, algum problema tem que ter. Eu acho que precisa ser mais divulgada a realidade da arbitragem, eu acho que isso é um pouco ainda meio tabu, só se fala das vantagens, não se fala das desvantagens.*