

ARTIGO:

A LEX MERCATORIA ENQUANTO DIREITO: uma breve análise à luz do conceito de Direito embasado na combinação de normas primárias e secundárias, de H. L. A. Hart

THE LEX MERCATORIA WHILE LAW: a brief analysis in the light of the Law's concept based on the primary and secondary rules proposed by H. L. A. Hart



Aurélio Agostinho da Bôaviagem¹

Madson Douglas Xavier da Silva²

RESUMO

A *Lex Mercatoria*, entendida sucintamente como um conjunto de regras que regem o comércio internacional, é tema constante em matéria de Direito Internacional Privado, e sua juridicidade é frequente objeto de estudo. Contribuindo com o debate, o presente artigo tem por objeto analisar a *Lex Mercatoria* enquanto direito, com o objetivo de verificar se esta possui *status* jurídico, à luz do conceito de direito de Hart, compreendido sucintamente como combinação de normas primárias e secundárias. A hipótese a ser testada posiciona-se no sentido de que, embora a *Lex Mercatoria* apresente pontualmente alguns dos elementos utilizados por Hart para conceituar um sistema jurídico, ela não constitui uma estrutura suficiente que combina normas primárias e secundárias e, portanto, não pode ser entendida como direito. Ao fim, concluímos que o fato de a *Lex Mercatoria* dispor apenas de elementos que eventualmente podem ser classificados como normas primárias de obrigação, este fator isoladamente não pode conceder às regras que regem o comércio internacional o *status* jurídico, segundo a doutrina de Hart em questão, e pode ser classificada como um sistema rudimentar ou primitivo de normas primárias que estabelecem um comportamento a ser seguido pelos atores do comércio internacional. A pesquisa é essencialmente bibliográfica.

Palavras-chave: *lex mercatoria*. Direito Internacional Privado. Teoria do Direito. H.L.A. Hart.

¹ Professor Emérito de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutor e Mestre em Direito pela mesma instituição. Advogado aurelioboaviagem@gmail.com

² Doutorando e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), na linha de Direito Internacional e Globalização. Advogado. madsonxavier@hotmail.com

ABSTRACT

The *Lex Mercatoria*, succinctly understood as a set of rules that conduct international commerce, is a constant theme in the Private International Law classes, and its veracity is a frequent object of study. Contributing to the debate, the actual article has the objective of analysing the *Lex Mercatoria* as law, with the objective of verifying if it has the legal status in the light of Hart's law concept, understood as the combination of the primary and secondary rules. The hypothesis to be tested stands in the sense that, although the *Lex Mercatoria* presents promptly some elements used by Hart to conceptualize a legal system, it does not constitute a sufficient structure that mixes the primary and secondary rules, and, therefore, it cannot be understood as law. At the end, we conclude that the fact of the *Lex Mercatoria* affords just the elements that eventually can be classified as the primary rules of obligation, and this factor singly cannot grant the rules that govern the international commerce the legal status. According to Hart's doctrine, it can be classified as a rudimentary or primitive system of the primary rules that establish a behavior that is followed by the international commerce actors. The research is essentially bibliographic.

Keywords: *Lex Mercatoria*. Private International Law. International Commerce. Theory of Law.

1 INTRODUÇÃO

A *Lex Mercatoria* é, sem dúvida, um dos temas de maior relevo e interesse no campo do Direito Internacional Privado. Diversos doutrinadores defendem, por um lado, sua importância histórica como um conjunto de normas criadas costumeiramente pelo comércio transnacional (termo utilizado neste trabalho como sinônimo de internacional), que funciona como uma regulação do comércio entre fronteiras, conferindo a estas normas uma natureza jurídica; e, por outro lado, há entendimento contrário que sustenta não constituir a *Lex Mercatoria* um sistema jurídico, aduzindo ser esta desprovida da coerção típica do direito.

A diversidade das concepções a respeito da *Lex Mercatoria* possuir ou não um *status* jurídico, questão aparentemente propedêutica, depende, em grande medida, do recorte dado à pesquisa por cada doutrinador, do referencial teórico adotado ou dos elementos problematizados. Em suma, este tema parece ser inesgotável.

O presente trabalho visa analisar se a *Lex Mercatoria* pode ser compreendida enquanto direito, utilizando como referencial teórico a obra *O Conceito de Direito*, de Herbert

Lionel Adolphus Hart, publicada originalmente em 1961. O artigo se divide em dois momentos: no primeiro, são expostos os principais elementos utilizados por Hart para estabelecer o seu *conceito de Direito*. No segundo, contrapõe-se a *Lex Mercatoria* à conceituação de Hart, buscando analisar se ela pode ser considerada direito com base nas premissas postas.

Da obra de Hart serão abordados precisamente os capítulos que se relacionam à sua definição de direito enquanto estrutura resultante da combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento, passando pelo debate da norma última (ou fundamental) de reconhecimento.

A hipótese a ser testada se põe no sentido de que, embora a *Lex Mercatoria* conte com comandos que se assemelham a normas primárias de obrigação (um dos elementos essenciais indicados por Hart como qualificador de uma norma jurídica), sob a ótica da definição de direito adotada pelo referido autor, as normas que regem o comércio internacional carecem de combinação de normas primárias e secundárias, estruturada por uma norma de reconhecimento, fator que não permite a sua qualificação como um sistema jurídico.

Este trabalho não possui a pretensão de esgotar o tema, consideradas as multifacetadas concepções da *Lex Mercatoria* e a dimensão e a profundidade da obra de Hart, mas visa, tão somente, contribuir com o debate acadêmico.

2 NOTAS SOBRE “O CONCEITO DE DIREITO”, DE HART

2.1 INTROITO

“O que é o direito?” É a pergunta elementar presente logo na primeira página da obra “O Conceito de Direito”, de Hart. O autor afirma que, ao contrário de outros ramos do conhecimento humano, como a química ou a medicina, por exemplo, nos quais uma pessoa da área pode facilmente conceituar em poucas frases uma dessas ciências, no mundo jurídico ocorre o oposto: há incontáveis teorias ou correntes jusfilosóficas que dão, cada uma em seu tempo e lugar, uma conceituação distinta de direito, utilizando critérios que são refutados ou complementados por outras correntes.

Segundo Hart, essa gama de conceituações acaba por esclarecer e confundir ao mesmo tempo, pois lançam luzes sobre determinado aspecto estudado e tornam os juristas ce-

gos para outros aspectos. Mas, longe de considerar tal debate conceitual estéril ou desnecessário, posto que pode aparentar ser “grandes exageros de algumas verdades indevidamente negligenciadas pelo direito”, Hart os prefere a “frias definições”, pois “lançam uma luz que nos faz ver muito do que jazia oculto no direito; mas essa luz é tão brilhante que nos torna cegos para os outros aspectos, impedindo, assim, uma visão clara do todo”(HART, 2009, p. 01).

Hart atribui a dificuldade de responder ao questionamento “o que é o direito”, bem como as múltiplas respostas discrepantes elaboradas ao longo dos séculos, aos “casos duvidosos” que surgem no mundo jurídico, ou seja, aqueles que extrapolam os “casos-padrão”. Determinados casos duvidosos que se apresentam aos juristas têm sua natureza jurídica questionada, e a consideração destes casos para fins de definição do direito seria, portanto, um fator que contribui para as múltiplas definições deste ramo do saber. O direito primitivo e o Direito Internacional, segundo Hart, seriam exemplos desses casos “duvidosos”.

Os casos que extrapolam a concepção do caso-padrão e, portanto, daquilo que, segundo os juristas, indiscutivelmente pertence ao sistema do direito, evidenciam um aspecto limítrofe que força a reflexão sobre a definição esquemática de um sistema jurídico, que “pouco faz além de afirmar que, no caso-padrão normal, leis de vários tipos se aglutinam”. (HART, 2009, p. 04-05)

O debate trazido pelo presente trabalho pretende trilhar exatamente o caminho que Hart indica como o ponto inicial de vários debates acerca da definição do direito: analisar a *Lex Mercatoria* enquanto aspecto limítrofe, que não possui uma clara definição de sua natureza, e investigar se esta possui caráter jurídico.

Os casos-padrão, por inquestionavelmente pertencerem ao mundo jurídico, não servem, portanto, à tarefa de definição dos contornos do direito; todavia, os casos-duvidosos, por não haver clareza se se encontram dentro da moldura limítrofe do direito, servem à tarefa de delimitá-lo e defini-lo. Este exercício de definir o direito para Hart é, em última análise,

uma descrição esquemática, considerando o modelo positivista de decisão³. Nesse modelo limítrofe, o que permanece dentro da moldura jurídica é direito.

Ao definir uma linha de raciocínio para elaborar uma definição do Direito, Hart aponta a existência de três problemas recorrentes nos debates conceituais. Primeiro: “Em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas?” Segundo: “Em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este?” Terceiro: “O que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do direito?” Para Hart, expressiva parcela das teorias sobre a natureza do direito se centra em responder esses três problemas recorrentes (HART, 2009, p. 04-05).

Quanto ao primeiro problema, Hart critica as teorias que defendem que um sistema jurídico se assemelha aos “casos simples de ordens apoiadas por ameaças”, considerando apenas o caráter vinculante e coercitivo das normas jurídicas, pois este critério é, num prisma, insuficiente para se definir o direito e, noutro, lança dúvida quanto aos fatores que diferenciam uma mera coação da imperatividade de um sistema jurídico.

A coincidência de incontáveis comandos e obrigações comuns à moral e ao direito, juntamente com a ideia de justiça, dá o tom à segunda pergunta. Hart questiona, então, se o direito deve ser compreendido como um ramo da moral ou da justiça, e se a conjugação desses dois elementos, ao contrário das ordens e coações, seria de fato o elemento essencial do direito.

Em relação ao terceiro problema, o papel das normas na formação de um sistema jurídico é posto em debate. Hart entende que afirmar a existência de uma norma implica dizer que a maioria dos membros de um grupo se comporta geralmente de uma forma semelhante e específica, sob determinados parâmetros. Entretanto, pode haver uma convergência de comportamentos de indivíduos mesmo sem a imposição de um dever por uma norma.

A diferença entre o comportamento geralmente seguido por um grupo, embasado em normas, e aquele espontâneo, desprovido do dever, reside no fato de que, havendo viola-

³ Sobre o modelo positivista de decisão adotado por Hart, veja-se Ralf Poscher: “Esse modelo divide o processo de decisão dos casos difíceis em duas fases: em primeiro lugar, uma fase jurídica; em segundo lugar, uma fase não jurídica, na qual os juízes utilizam standards morais ou políticos. Ao invés disso, quando juízes, advogados ou doutrinadores utilizam teorias morais ou políticas para desenvolver concepções jurídicas de conceitos compartilhados, eles não mudam de área. Eles realmente não produzem Direito até um caso ficar difícil e então trocam de área para fazer decisões morais ou políticas”. In: POSCHER, Ralf. A mão de Midas: quando conceitos se tornam jurídicos ou esvaziam o debate Hart-Dworkin. São Leopoldo: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 10(1), janeiro-abril, 2018, Unisinos, p. 2-13, página da citação: 11, doi: 10.4013/rechtd.2018.101.01. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.01/60746253>. Acesso em: 08 abr. 2025.

ção de comportamento regido por uma norma jurídica, a reação hostil à conduta é organizada e delimitada.

Contudo, essa reação hostil organizada, a sanção, embora seja um fator relevante das normas jurídicas, não é suficiente para transmutar uma norma social em norma jurídica (HART, 2009). Isso deve-se ao fato de que, para Hart, o operador do direito, ao aplicar uma punição, “toma a norma como guia, e a infração àquela como sua razão e justificativa para punir o infrator” (HART, 2009, p. 14). A reação à infração da norma não seria, assim, elemento formador desta, mas sua consequência.

Considerando essas premissas, Hart entende que a definição do direito passa pela resposta aos três problemas recorrentes indicados, “e que é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta às três questões” (HART, 2009, p. 21). Ao encontrar-se a resposta aos três problemas, se encontraria uma delimitação do direito.

2.2 LEIS, COMANDOS E ORDENS

Nessa parte do debate, Hart analisa a imperatividade dos comandos e se aprofunda nos fatores que diferenciam as ordens jurídicas de meras ordens apoiadas por ameaças, como no exemplo de um mandamento dado por um assaltante durante a execução de um roubo. Para o autor, o fator preponderante da imperatividade de uma norma não é a ameaça premente de dano em si, mas a posição hierárquica de comando caracterizada pelo exercício da autoridade sobre o subordinado (HART, 2009, p. 26).

Para tornar didática a sua exposição quanto à diferença entre ordens coercitivas (aqui utilizadas como sinônimo de meras ordens apoiadas por ameaças) e ordens jurídicas, Hart utiliza o exemplo do assaltante de banco, que, ao chegar armado ao caixa, ordena que este lhe passe o dinheiro ali guardado. Com base neste exemplo, o autor identifica elementos que diferenciam a ordem coercitiva dada por um assaltante do comando imperativo inerente a uma norma jurídica. Unicamente debatendo o caráter vinculante das ordens, que é comum

tanto ao direito quanto ao exemplo do assaltante, Hart consegue extrair claros elementos que evidenciam a diferença primordial entre esses dois comandos.

Ainda tomando por parâmetro o exemplo do assaltante, Hart sinaliza a existência de cinco elementos que diferenciam as normas jurídicas dos meros comandos apoiados por ameaças:

1) **instruções gerais**: o direito consiste no controle exercido por comandos gerais no sentido duplo destacado no parágrafo anterior (ordens coercitivas e ordens jurídicas), que se dirige a todos, genericamente; já o assaltante do banco ordena diretamente ao caixa que este lhe passe o dinheiro. A ordem é particularizada neste último caso.

2) **Forma de comunicação**: nas meras ordens embasadas em ameaças, é necessário que o ordenador se dirija diretamente ao subordinado. Se o assaltante der uma ordem numa sala vazia, o comando será inócuo. Por outro lado, o legislador, ao criar leis, age de forma sistemática e cria normas que têm validade e que podem se aplicar inclusive ao próprio legislador. A promulgação de uma lei, enquanto ato de publicação, pode ser feita até em uma sala vazia, e mesmo assim produzirá efeitos. 3) **Ordens permanentes**: enquanto o assaltante dá um comando pontual à sua vítima, o direito possui um caráter permanente. Existe uma crença generalizada de que a desobediência à lei será seguida de uma sanção, e a exoneração da obediência a determinado comportamento persiste até uma eventual revogação da lei. A crença persistente nas consequências oriundas da violação à lei é o fator que mantém as normas vigentes.

4) **Hábito geral de obediência**: remetendo-se a Austin, Hart discorre que a maioria das ordens é mais frequentemente obedecida do que descumprida. Neste aspecto, o vetor preponderante seria, então, compreender quantas pessoas e por quanto tempo esses comandos de caráter geral precisam ser obedecidos para caracterizar a existência do direito. O hábito geral de obediência atrelado à constância temporal é o elemento que mais se relaciona com o debate quanto à juridicidade da *Lex Mercatoria*, na medida em que conjuga a repetição de determinados comportamentos no decurso do tempo ao fato de que o costume é muito mais resultado de conduta voluntária do que de imposição coercitiva. Já o assaltante demonstra o oposto do que é o direito, pois suas ordens não possuem a estabilidade e o caráter permanente típicos das ordens jurídicas.

5) **Supremacia e independência (vertente hierárquica)**: Hart delinea que os sistemas jurídicos contemporâneos são lastreados no exercício da supremacia nos limites do território do Estado e pela independência em relação a outros sistemas jurídicos. Neste aspecto, o legislador, ao produzir leis, não é subordinado a nenhuma autoridade, e é a autoridade suprema no exercício do poder soberano estatal. Caso houvesse mais de uma autoridade suprema produzindo leis nos limites do mesmo território, se estaria diante de uma situação pouco sustentável de multiplicidade de ordenamentos. É a supremacia centrada numa única autoridade que permite a unidade e a coerência de um sistema jurídico. Ausente esta autoridade, a supremacia e a independência, resta impossível existir o direito (HART, 2009).

2.3 A DIVERSIDADE DAS LEIS

Adentrando no debate acerca da diversidade das leis, Hart apresenta três objeções que diferenciam as normas jurídicas de simples comandos apoiados em ameaças, quais sejam, o conteúdo, o âmbito de aplicação e a origem das leis.

Quanto à primeira objeção, o **conteúdo**, Hart traça uma linha a respeito da função social de uma lei. Assim, a lei penal cuida de fazer com que os indivíduos se abstenham de praticar determinados atos; já a lei civil tem o “principal objetivo [de] oferecer reparação aos indivíduos afetados por prejuízos decorrentes da conduta de outros” (HART, 2009, p. 37).

Contudo, entrando em nichos mais específicos do direito, como o contratual, por exemplo, a analogia das normas jurídicas com ordens apoiadas em ameaças deixa de fazer sentido, uma vez que a função social do conteúdo da norma se torna totalmente diversa. Há categoria de leis que apenas conferem aos indivíduos “meios para realizar seus desejos, outorgando-lhes poderes jurídicos para criar estruturas de direitos e deveres na moldura coercitiva do direito” (HART, 2009, p. 37), desde que cumpridas as formalidades por ela previstas.

A diferenciação entre o conteúdo desta categoria normativa e o conteúdo da lei penal, que é a mais próxima do modelo embasado em ameaças, reside justamente no tipo de consequência jurídica que a violação à norma autorizativa acarreta, pois o não cumprimento das formalidades estabelecidas por esta última – como a não observância dos requisitos legais para a elaboração de um testamento – não implica numa infração ou violação à lei, mas apenas na nulidade do ato.

Neste esteio, discordando da compreensão do direito como norma dotada de sanção, na perspectiva kelseniana (“a lei é norma primária que estipula sanção” (KELSEN, 1990, p. 87), Hart não considera tão simplista entender a nulidade como a “sanção” derivada da violação a uma norma autorizativa, pois há, evidentemente, diferenças substanciais entre o reconhecimento da nulidade de determinado ato e a penalização de uma conduta. Assim, a nulidade não pode ser compreendida como uma espécie de sanção, e a extensão da segunda para incluir a primeira “é uma fonte (e também sintoma) de confusão” (HART, 2009, p. 45).

Hart defende outro ponto interessante, distanciando-se da concepção kelseniana do direito, na medida em que faz a distinção, num primeiro momento, entre a norma proibitiva de determinada conduta e, num segundo momento, da disposição que imputa sanções caso o comando seja violado. Para ele, a norma jurídica enquanto comando existe independentemente da punição, de modo que o primeiro momento pode existir sem o segundo. Assim, mesmo extraindo-se a punição, ainda subsistiria “um padrão inteligível de comportamento” estipulado pela norma a ser seguida pelos indivíduos (HART, 2009, p. 47).

A segunda objeção diz respeito ao **âmbito de aplicação** das leis. Hart insere no debate a interpretação como fator que pode alterar o âmbito de aplicação de determinada norma, que também pode ser alterado pela atividade do legislador.

A ideia de Hart quanto à segunda objeção – âmbito de aplicação da norma – se aproxima bastante do objeto em estudo do presente trabalho, a *Lex Mercatoria* (que será analisada no segundo capítulo deste artigo), pois defende o professor inglês, numa construção interessante, que “o elemento mais necessário como corretivo para o modelo de ordens ou normas coercitivas é uma concepção nova da legislação como a introdução ou modificação de padrões gerais de comportamento a serem seguidos pela sociedade em geral” (HART, 2009, p. 59).

Quanto aos **modos de origem**, a terceira objeção de Hart, o autor entende que as teorias que utilizam o modelo de ordens embasadas em ameaças se centram de modo semelhante no ato legislativo, e as normas devem sua condição jurídica a um ato deliberado de criação. Contudo, essa concepção conflita diretamente com a noção de direito consuetudinário e com o papel do costume nos ordenamentos jurídicos.

O autor evidencia que há uma recorrente discussão se o costume é de fato uma fonte do direito, que deriva do fato de não se esclarecerem duas questões relevantes: a primei-

ra questiona se o costume como tal é uma fonte do direito, na medida em que há dentro de uma sociedade costumes que não compõem o ordenamento jurídico e que são apenas permitidos por este; assim, o costume só compõe o direito quando e se reconhecido como direito pelo sistema jurídico.

A segunda se relaciona à própria definição de reconhecimento jurídico: sua juridicidade se deve a algum ato de autoridade? Essa seria a razão pela qual o costume não possui grande relevância no mundo moderno, pois se transmudou em uma fonte subordinada em razão do poder do legislador de não atribuir a uma norma consuetudinária a natureza de lei. E mesmo quando os tribunais aceitam ou rejeitam determinado costume, exercem um poder discricionário virtualmente absoluto (HART, 2009, p. 60-61).

Hart critica essa descrição do *status* jurídico do costume utilizando dois argumentos: inicialmente, considera que não é de fato verdadeiro que os costumes não possuam caráter jurídico até serem aplicados em um caso concreto. Isso porque uma lei editada pelo legislativo, mas ainda não aplicada pelos tribunais, possui *status* jurídico antes mesmo de sua aplicação, e não haveria motivos para subtrair do costume a sua juridicidade em razão de ainda não ter sido aplicado por um tribunal. Posteriormente, questiona se seria admissível interpretar o fato de o legislador não interferir na aplicação de um costume como uma expressão tácita de sua vontade.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, o costume é subordinado à legislação, que pode retirar-lhe o caráter jurídico. Mas, em não fazê-lo, questiona se seria sempre correto compreender a inação como uma manifestação da vontade do legislador (HART, 2009, p. 62-64).

2.4 SOBERANO E SÚDITO

O cerne desse capítulo da obra ora estudada analisa a relação entre o soberano, aquele que profere normas, e o súdito, a quem estas são dirigidas, pois, segundo defende Hart, “em toda sociedade humana em que exista o direito, encontraremos em última instância [...] essa relação simples entre súditos, que prestam obediência habitual, e um soberano, que não obedece habitualmente a ninguém” (HART, 2009, p. 67).

De modo a viabilizar a análise desta relação, Hart estuda dois aspectos que pautam seu entendimento sobre aquilo que refere como a doutrina da soberania, sendo que o primeiro se relaciona à ideia de um hábito de obediência e à continuidade da autoridade de legislar; e o segundo se atrela ao questionamento se a natureza soberana e ilimitada do legislador é condição indispensável à existência do direito.

Quanto ao **hábito de obediência**, é exposta uma noção interessante de que a autoridade daquele que profere normas ou manifesta ordens não é imanente à própria pessoa, mas deriva de um comportamento de obediência às ordens pelos seus destinatários. Somente com o decurso do tempo e o reiterado cumprimento das ordens do soberano pelos súditos é que surge o hábito de obediência (HART, 2009).

Este ponto do debate parece retornar à noção do costume como fonte do direito, já tratada no subtópico anterior, e se aproximar de um dos objetos de estudo do presente artigo, que é a *Lex Mercatoria*, compreendida rasamente como um conjunto de normas de origem consuetudinária que regem o comércio internacional (HART, 2009).

Contudo, Hart não utiliza o termo “costume”, mas sim a palavra “hábito”. Não é possível, embora haja uma evidente aproximação semântica entre os dois termos, afirmar que Hart trata nesse caso costume e hábito como sinônimos. O que há efetivamente é o questionamento do autor neste sentido: “Em que um hábito difere de uma norma?” (HART, 2009, p. 71).

Hart reconhece que há uma explícita semelhança entre normas e hábitos sociais. Contudo, apresenta três diferenças primordiais entre um e outro: 1) para haver o hábito, basta existir uma convergência de comportamento; se houver um desvio ao hábito, não há como resposta uma crítica correspondente. Todavia, havendo uma norma, o desvio à convergência de comportamento – ou a ameaça de desvio – enseja uma crítica por parte da sociedade. 2) Existindo uma norma, a censura à conduta desviada é tida como justa ou legítima, tanto por aqueles que criam a norma como pelos destinatários do comando, havendo obviamente exceções. 3) Esta é a diferença mais interessante entre hábito e norma apresentada por Hart: o aspecto interno da norma.

Para haver o hábito, basta que haja um alinhamento do comportamento de um indivíduo com o da maioria do grupo; mas para existir norma, é necessário que parte deste gru-

po encare esse comportamento como um padrão geral que deve ser seguido por todos os membros, razão pela qual uma norma possui um caráter interno (HART, 2009, p. 75-76).

Já em relação à **continuidade da autoridade legislativa**, é possível extrair do entendimento de Hart que esta deriva da prática social que exprime a aceitação de uma norma. Utiliza Hart a metáfora de um rei que a muito custo conseguiu consolidar sua autoridade sobre o seu povo. Após a sua morte, seu filho e sucessor ao trono se torna o soberano. Como saber se haverá a continuidade da obediência à autoridade de um rei que não foi aquele que consolidou o poder? Para Hart, somente o decurso do tempo poderá demonstrar se haverá a continuidade do hábito de obediência ao rei. Situação diferente seria se a hipótese já fosse internamente consolidada no reino de que o filho que sucede o rei também é rei em toda a sua autoridade e deve ter suas ordens obedecidas (HART, 2009).

Quanto à **soberania do legislador** como condição indispensável à existência do direito, Hart evidencia, de imediato, que a doutrina da soberania entende que, em toda sociedade onde há direito, existe um soberano dotado de poderes para impô-lo.

Embora *prima facie* essa assertiva possa indicar que Hart se fecha numa concepção monista rasa do direito, no decorrer de sua análise o autor deixa evidentes pontos que permitem que ele conceba a possibilidade de existir direito sem a figura de um soberano. Isso porque, além das normas jurídicas, há evidentemente inúmeras outras normas que governam a vida dos indivíduos, como princípios ou padrões religiosos, morais ou consuetudinários, por exemplo.

Além disso, a própria ideia de soberania é genérica, pois não permite uma definição única que se aplique a todos os casos, pois “a própria concepção de um soberano não limitado juridicamente deturpa a representação da natureza do direito em muitos Estados modernos”, bem como “dos sistemas de direito consuetudinário ou internacional, aos quais há quem pretenda negar o caráter de direito apenas por carecerem de um poder legislativo” (HART, 2009, p. 78-79).

Infelizmente Hart não se aprofunda na defesa que faz do caráter jurídico dos sistemas consuetudinário ou internacional, nem apresenta a justificativa para reconhecer nesses sistemas não centralizados na figura de um legislador o caráter de direito, o que seria extremamente relevante para este artigo.

2.5 O DIREITO COMO UNIÃO DE NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Neste subtópico procede-se a uma análise meramente superficial do capítulo do livro em estudo que analisa a relação entre as normas primárias e secundárias na formação de um sistema jurídico, pois, para uma melhor compreensão desse ponto de extrema relevância da obra de Hart, mostra-se mais pertinente um aprofundamento em conjunto com a própria análise dos aspectos que se relacionam à *Lex Mercatoria*, o que será feito na parte seguinte.

O objetivo central de Hart no referido capítulo é demonstrar que a definição de direito como um conjunto de normas coercitivas é insuficiente, pois apresenta deficiências que não explicam liames dos ordenamentos jurídicos modernos, a exemplo da continuidade da autoridade legislativa no decurso do tempo.

O autor afirma que a sua explanação nos três capítulos iniciais de sua obra, que foram analisados nos três primeiros subtópicos deste artigo, é o “registro de um fracasso”, pois os elementos centrais que fundamentam a concepção de direito como normas coercitivas – ameaça, obediência, ordens, hábitos, por exemplo – ainda que combinados, não incluem nessa equação uma ideia de direito (HART, 2009).

Hart, ao contrário de Bobbio, parece indicar que a sua concepção de direito se centraliza na norma, e não no sistema normativo. Assim, a combinação de normas de diferentes tipos e finalidades é o fator que transmuda um simples comando, geralmente derivado de um hábito social, em norma jurídica. Este é um ponto que demonstra um distanciamento da teoria de Bobbio, que apenas considera possível a existência do direito enquanto sistema, e que não seria possível definir o direito utilizando como parâmetro apenas a norma.

Isso porque Hart insere no debate a figura das normas primárias e secundárias, que evidenciam o norte da sua definição de direito e que servem de ponto de partida para uma análise complexa e indicadora da existência de um sistema jurídico, apartado da concepção que compreende o direito somente a partir de normas embasadas em ameaças, considerada limitada pelo referido autor.

A combinação de normas primárias e secundárias é, portanto, o fator basilar que forma a sua concepção de direito, ao passo que Hart deixa bem claro que o seu entendimento

não ambiciona servir como uma uniformidade teórica a ser seguida, ante a complexidade e diversidade das situações nas quais o termo “direito” é empregado (HART, 2009).

Assim, as **normas primárias** se relacionam à ideia de obrigação e ao estabelecimento de condutas a serem observadas pelos membros de um grupo social. Para fundamentar esta concepção, discorre sobre uma série de elementos que diferenciam a situação do assaltante, utilizada como exemplo desde o início do livro, com a ideia de obrigação jurídica, pois a mera ameaça imposta pelo assalto à vítima não é suficiente para uma completa compreensão de que existe ali de fato uma obrigação (HART, 2009).

A objeção fundamental que Hart faz a esse respeito é que a mera situação embasada em coação desconsidera o aspecto interno das normas. Para que o indivíduo considere que existe uma obrigação, é necessário que antes compreenda que ele realmente está sujeito a uma norma e que a maioria da sociedade irá ter seu comportamento moldado de acordo com a obrigação (HART, 2009).

De outra banda, há o aspecto externo da norma, que se relaciona às regularidades observáveis do comportamento (como um expectador em pé ao lado de um semáforo observa que, quando o sinal fica vermelho, há um padrão de comportamento geralmente seguido, pois os condutores param os veículos). No âmbito externo, a infração a uma norma não apenas constitui a base para uma reação hostil do grupo, mas gera uma razão para a hostilidade. Nesse esteio, discorre que uma teoria do direito complexa necessita considerar tanto o aspecto interno quanto o externo da norma (HART, 2009).

As normas primárias, portanto, impõem obrigações e a exigência geral de obediência a estas e, no caso de ameaça ou de efetivo descumprimento, acarretam uma grande pressão social sobre os efetivos ou os possíveis infratores. Desse modo, a importância ou a seriedade da pressão social é o fator preponderante que determina se estas geram obrigações.

Outros dois fatores relevantes das normas primárias mencionados por Hart são que estas servem como mecanismo de pacificação e manutenção da vida social e expõem a constante possibilidade de conflito entre a obrigação e o interesse pessoal do indivíduo (HART, 2009).

Já as **normas secundárias** funcionam como a suplementação das normas primárias e pertencem a uma espécie normativa diversa, que, na prática, transformam uma realidade

pré-jurídica em jurídica (HART, 2009). Esse tipo normativo não impõe obrigações, mas efetivamente regula como estas devem ser cumpridas.

Para sanar a incerteza decorrente de um sistema puramente formado por normas primárias, as secundárias introduzem a “norma de reconhecimento”, que indica que determinado comando efetivamente faz parte do sistema normativo; é a fonte de autoridade que indica inquestionavelmente a existência da norma. Já para sanar o caráter estático das normas primárias, as secundárias inserem as “normas de modificação”, base da atividade legislativa e criação de novos comandos (HART, 2009).

Por fim, para sanar a ineficiência da pressão social difusa, as normas secundárias dão lastro à criação de uma estrutura formada por indivíduos incumbidos de analisar se houve a violação a determinada norma primária, bem como prescrevem o ritual a ser seguido nessa análise. Estas fundamentam, portanto, a existência do Judiciário, necessário para uma eficaz centralização da pressão social (HART, 2009).

Para Hart, “a estrutura resultante da combinação de normas primárias de obrigação com as secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento [são] é o cerne de um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 127). Chega-se, enfim, a uma superficial compreensão do conceito de direito de Hart.

2.6 OS FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO

Tal como o subtópico anterior, que analisou o capítulo da obra de Hart relativo às normas primárias e secundárias, o presente subtópico trata de um capítulo do livro em estudo que também apresenta uma questão central da teoria do direito em análise. No capítulo “Os fundamentos de um sistema jurídico”, Hart aprofunda o debate quanto à definição satisfatória do direito como uma combinação de normas primárias e secundárias, emprestando ênfase à norma de reconhecimento e validade do sistema jurídico.

Neste sentido, defende Hart ser necessária para a identificação de normas primárias de obrigação a existência de uma norma secundária de reconhecimento, e a simbiose destes dois fatores é o fundamento de um sistema jurídico (HART, 2009).

Com isso, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas possuem critérios para identificar normas primárias de obrigação, seja por meio de um texto legislativo ou da

prática consuetudinária, por exemplo. Todavia, dentro de um sistema jurídico moderno, a norma de reconhecimento é a fonte do direito mais complexa, pois apresenta, de acordo com o sistema, diversos critérios passíveis e distintos capazes de identificar uma norma como jurídica.

Para Hart, uma norma de reconhecimento nem sempre é explicitamente declarada, mas sua existência pode restar evidente “pela forma como se identificam normas específicas” (HART, 2009, p. 131). Explica-se e exemplifica-se: um tribunal, ao julgar determinado caso, pode chegar a uma conclusão específica de que certa norma, como um princípio, por exemplo, deve ser qualificada como jurídica. A partir de tal reconhecimento judicial, a norma passa a ter um “caráter especial de autoridade imperativa” (HART, 2009, p. 131).

Esse reconhecimento, na essência, é um exercício de aceitação de determinadas normas como diretrizes a serem seguidas; e os critérios de reconhecimento nem sempre são explícitos – como quando uma constituição estabelece que as normas criadas pelo legislativo, seguindo um determinado rito, são normas jurídicas – mas podem ser implícitos, como a aceitação ou exigência de determinado comportamento habitual pelos membros de um grupo.

Dentro desta *ratio* de aceitação compartilhada de normas, há duas formas de expressão das normas de reconhecimento: o “enunciado interno” e o “enunciado externo”. O primeiro relaciona-se ao ponto de vista interno do indivíduo, que aceita a norma de reconhecimento por entendê-la válida.

O segundo é relativo ao observador externo ao sistema, que, embora não aceite ele próprio a norma de reconhecimento, constata que outros a aceitam e que há ali um sistema jurídico (HART, 2009). Pode-se ilustrar essa segunda forma com o exemplo de um cidadão brasileiro que, embora não aceite ou não esteja submetido ao sistema jurídico argentino, reconhece a existência e a validade deste, que é vinculante para aquelas pessoas submetidas ao referido sistema jurídico.

Esse exercício de aceitação que configura a norma de reconhecimento se relaciona diretamente com a ideia de validade de uma norma jurídica, pois será válida a norma que, de acordo com o critério da norma de reconhecimento, for considerada jurídica. De acordo com Hart, “dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema” (HART, 2009, p. 131).

Reflexamente, a ideia da validade como resultado da norma de reconhecimento traz consigo um questionamento que norteia robusta parcela das “teorias gerais do direito”: o critério supremo de validade do sistema jurídico. Questionando de forma diferente: de onde a norma de reconhecimento extrai sua validade para atribuir validade às demais normas?

Hart expõe que, para alguns autores, enquanto a validade jurídica das demais normas do sistema pode ser demonstrada fazendo referência à norma de reconhecimento, a própria validade desta não é demonstrável, mas é presumida ou constitui uma hipótese (HART, 2009, p. 138-139).

Este ponto se aproxima substancialmente da Teoria da Constituição, de Carl Schmitt, que define o fundamento da validade na decisão política fundamental, no âmbito constitucional; teoria esta estudada no Brasil pelo professor José Alfredo Baracho (BARACHO, 1978); bem como se aproxima inegavelmente da ideia de norma fundamental de Kelsen⁴.

Ao fim do capítulo, Hart evidencia que há duas condições mínimas para a existência do direito. Primeiro, são necessárias normas de comportamento válidas (primárias), tendo como parâmetro a norma de reconhecimento, que devem ser geralmente obedecidas pela maioria da sociedade. Segundo, as normas de reconhecimento, de modificação e julgamento (secundárias) necessitam ser oficialmente reconhecidas como padrões públicos de comportamento (HART, 2009).

Hart defende que a sua noção de direito enquanto combinação de normas primárias de obrigação e normas secundárias derivadas apresenta melhor completude para explicar o fenômeno jurídico, e seria “a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 151), pois o modelo de direito embasado em obrigações geralmente obedecidas, embora seja essencial, expõe apenas o produto final do sistema jurídico, e não sua definição (HART, 2009).

Portanto, afirmar a existência de um sistema jurídico é uma ação bifronte como Jano (BARBOSA & LORETO, 2017), que acomoda ao mesmo tempo a obediência por parte

⁴ “A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 217.

do indivíduo e a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que aplicam seus mandamentos como padrão (HART, 2009).

3 *LEX MERCATORIA*: UMA REGULAÇÃO JURÍDICA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL?

Como mencionado na introdução, este artigo analisa se a *Lex Mercatoria* possui natureza de direito, utilizando o referencial teórico de Hart, a partir de sua obra “O Conceito de Direito”. No capítulo anterior foi exposta uma explanação abreviada dos elementos indicados pelo autor que tornam um conjunto de normas em comandos jurídicos.

Importante reiterar que o presente artigo não irá expor as variadas definições da *Lex Mercatoria*, ou tratar dos embates teóricos já realizados quanto à sua natureza, ou traçar um panorama evolutivo do tema, pois estes aspectos já foram satisfatoriamente estudados em outra produção acadêmica anterior destes autores ⁵.

A pretensão do segundo capítulo deste artigo é sobrepor os elementos da teoria do direito de Hart aos elementos característicos da *Lex Mercatoria*, para assim analisar se esta configura ou não efetivamente um sistema jurídico.

O ponto de partida à referida análise é compreender a razão pela qual tanto se debate na academia sobre a natureza jurídica – ou não – da *Lex Mercatoria*. Uma possível justificativa seria o fato de esta, enquanto matéria afeita ao campo do Direito Internacional, extrapolar os casos-padrão que os sistemas jurídicos internos dos Estados julgam com frequência.

Como já referido, Hart afirma que avançar a análise para além dos casos-padrão e estudar os casos-duvidosos tem o poder de delinear o aspecto limítrofe de um sistema jurídico e esclarecer o que está dentro ou fora do campo de abrangência do direito interno. O Direito Internacional é um dos mais expoentes desses casos duvidosos (HART, 2009).

Assim, é facilmente atribuível o caráter jurídico a um contrato de locação simples, posto que essa relação jurídica corresponde a um singelo caso-padrão corriqueiro que torna o

⁵ A respeito veja BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da; SILVA, Madson Douglas Xavier da. *A Lex Mercatoria enquanto direito: uma análise da natureza das normas que regem o comércio internacional à luz da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio*. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* - ISSN: 2448-2307, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 178-198, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252575>. Acesso em: 10 fev. 2025.

locador credor do valor contratual do aluguel a ser pago pelo locatário, devedor. Situação diferente e bem mais complexa é analisar se um padrão de comportamento de atores do comércio internacional em relação a subsídios agrícolas em conformidade com a Rodada Uruguai do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) é seguido por ser norma jurídica e se o descumprimento desta deve gerar uma sanção jurídica ao violador.

O fato é que, independentemente de ser norma jurídica ou não, habitualmente a referida disposição da Rodada do Uruguai do GATT é cumprida há décadas. Todavia, afirmar a existência de uma norma de caráter obrigatório no referido exemplo somente em razão de existir um comportamento convergente da maior parte dos atores do comércio global é uma concepção bastante simplista do direito e, consequentemente, insuficiente para defini-lo.

Alerta-se de pronto que não se está a “personificar” a *Lex Mercatoria* como um resultado da ação de mecanismos ou instâncias multilaterais, como o GATT ou sua sucessora, a Organização Mundial do Comércio (OMC). Tais atores do comércio global possuem relevância indubitável na tentativa de se estabelecer um marco regulatório do comércio em âmbito internacional (BARZA & CAVALCANTE FILHO, 2021, p. 16), mas não é possível entender a *Lex Mercatoria* apenas como o produto da atividade destes organismos internacionais.

Seguindo o ritmo da escrita do livro ora estudado, observa-se que Hart inicia a sua conceituação de direito a partir de debates mais elementares, discutindo a ideia de leis, comandos e ordens, o funcionamento de um sistema isolado de simples ordens apoiadas por ameaças e a diferença deste para um sistema de normas jurídicas; posteriormente passando para a análise de perspectivas mais complexas, como discurso quanto à origem do poder soberano, o conteúdo e a origem das leis.

Somente após amadurecer as referidas análises é que o autor adentra efetivamente nos aspectos mais relevantes e centrais de sua teoria e passa a debater a validade das normas, obrigações, o fundamento último que valida todo o sistema, e apresenta sua compreensão de que o direito deve ser compreendido como uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento.

Há, portanto, uma progressão natural e necessária do debate, dos pontos mais basilares para os aspectos mais complexos daquilo que Hart considera o cerne de uma definição satisfatória do direito. Contudo, o presente capítulo irá tomar o caminho oposto: inicialmente se fará uma análise quanto à juridicidade da *Lex Mercatoria* a partir dos temas centrais da teo-

ria hartiana, ou seja, efetivamente a partir da sua norma de reconhecimento e da necessária relação entre normas primárias e secundárias. Isso porque, analisados estes pontos estruturantes do conceito de direito de Hart, os demais serão reflexamente assimilados.

Uma norma, aqui considerada genericamente, impõe obrigações quando há uma exigência geral de obediência aliada a uma grande pressão social sobre aqueles que a infringem ou ameaçam infringi-la. Na origem, as normas podem ser completamente consuetudinárias e desprovidas de um sistema organizado que processe e aplique as sanções.

Quanto a este ponto, é inquestionável a possibilidade de a *Lex Mercatoria*, que possui origem essencialmente nos usos e costumes do comércio internacional (BARZA & GUIMARÃES, 2015), produzir normas. A questão é identificar se essas normas são jurídicas, pois a *Lex Mercatoria* constitui um conjunto esparso de normas, desprovidas de uma cadeia hierarquizante e de um sistema centralizado que a crie, valide ou aplique (BOAVIAGEM & SILVA, 2021).

Para Hart, quando a origem da norma é essencialmente consuetudinária e a censura à violação desta é feita não por uma autoridade, mas substituída pela pressão social exercida pela comunidade, se está diante de uma forma primitiva ou rudimentar de direito (BARZA & GUIMARÃES, 2015). No âmbito da *Lex Mercatoria*, não se pode se afastar do fato de que, pela sua criação pelos usos e costumes do comércio internacional, a censura a eventual violação de suas disposições ocorre geralmente por meio dos próprios atores do comércio internacional, de modo esparso e não centralizado.

Isso não quer dizer que esta pressão social de modo descentralizado e não oficial seja ineficiente ou desprovida de seriedade, tendo em vista que habitualmente os atores do comércio internacional cumprem suas obrigações e não voga neste meio um estado de natureza, e, pelo contrário, existe uma certa estabilidade que permite que uma corporação sediada num país A fabrique seus produtos no país B e os venda para os países C, D e E. Por óbvio, também não se está atribuindo à *Lex Mercatoria* o poder único de regular o comércio internacional.

O que é possível extrair desse contexto obrigacional criado pelas relações comerciais além fronteiras é que o aspecto interno das normas – ainda que eventualmente não jurídicas – é mais preponderante do que o externo.

No subtópico 1.4 foi analisado que é necessário ao reconhecimento da existência de uma obrigação que o indivíduo internamente compreenda que ele de fato está sujeito a uma norma, e que seu comportamento irá interferir na vida dos demais membros do grupo. Hart critica a ideia de direito como norma embasada em coação justamente porque esta desconsidera o fator interno acima descrito, haja vista que, no caso do comércio internacional, as obrigações são evidentemente mais cumpridas em razão da obrigação internalizada pelo agente do que pelo temor de sofrer possíveis sanções.

Assim, se uma empresa X com atuação transnacional contrata com a empresa Y a compra e venda e a entrega de determinado produto que, habitualmente, é entregue dentro de um prazo Z e com condições de acondicionamento já conhecidas pela dinâmica do mercado, a empresa vendedora não irá cumprir as obrigações contratuais em razão de um temor de sofrer uma coação institucionalizada caso desobedeça os termos ou os prazos contratuais, mas cumpre a obrigação por se sentir obrigada a fazê-lo.

Um eventual descumprimento do contrato de comércio internacional acima exemplificado irá gerar uma reprimenda por parte dos agentes do comércio transfronteiriço, de modo descentralizado, e uma das reações possíveis é que outras empresas podem, por exemplo, deixar de contratar com a empresa X, em razão de esta não ter honrado os termos do contrato. Contudo, não haverá uma resposta institucionalizada que imponha sanções à empresa.

Neste prisma, a *Lex Mercatoria* não forma um sistema, adotando a concepção de Hart, mas consiste num conjunto de padrões isolados que são aceitos por grupo específico. E, em alguns casos, podem surgir celeumas que se prolonguem no tempo, questionando se uma norma contratual foi efetivamente descumprida ou não. Nesta situação, seria necessária a existência de uma instância apta a julgar e resolver hipotético conflito.

Como já afirmado, não há uma autoridade central encarregada de tal solução. Evidentemente há mecanismos multilaterais e instrumentais que se prestam a resolver conflitos no âmbito do comércio transfronteiriço, como a OMC e a arbitragem internacional, por exemplo, mas seria forçoso atribuir a estes o *status* de “tribunais da *Lex Mercatoria*” que não possuem.

Hart defende que em toda sociedade em que há direito existe a figura do soberano, dotado de força vinculante para impor normas, e que esta característica seria indispensável à juridicidade de um sistema.

Todavia, o comércio internacional ainda sofre de vulnerabilidades quanto ao poder de aplicar sanções no plano internacional (WEBERBAUER, 2019, p. 73-74), pois não há ainda uma autoridade “soberana” apta a impor o direito. Sem a existência dessa instância dotada de força, a *Lex Mercatoria* deixa de cumprir a referida característica da concepção de direito de Hart.

Neste viés, é importante relembrar que Hart considera que, para se instituir uma autoridade que possa julgar os conflitos, é necessário o estabelecimento de normas secundárias que estruturam de fato um sistema jurídico. Na perspectiva de Hart, as normas primárias são aquelas que estabelecem obrigações, e para identificar essas obrigações como pertencentes a um sistema jurídico, é necessária a existência de normas secundárias que as reconheçam.

No âmbito da *Lex Mercatoria*, é possível supor, para fins do presente estudo, que as normas primárias obrigacionais são mais facilmente identificáveis. Considerando-se os Princípios do UNIDROIT como uma expressão da *Lex Mercatoria* e uma resposta à carência de codificação desta, como defendido academicamente (GAMA JR, 2006, p. 181), será possível observar de modo mais claro o que poderia ser uma norma primária de obrigação que estabelece uma conduta a ser seguida.

O artigo 1.8 dos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010 estabelece que “uma parte não pode agir contrariamente às expectativas suscitadas na outra, quando esta confiou razoavelmente naquelas expectativas e agiu em prejuízo de si própria” (UNIDROIT, 2010, s.p.).

Há no referido artigo alguns elementos que poderiam, na visão de Hart, indicar a existência de uma obrigação imposta pela referida norma, como estabelecimento de um padrão de comportamento genérico a ser seguido por todos os membros do grupo, o disciplinamento das questões de comércio internacional (BARZA&PEREIRA, 2010) e a delimitação daqueles a quem a ordem seria dada.

Contudo, embora seja indicado um padrão de comportamento, na ausência de uma norma secundária de reconhecimento que identifique tal disposição como pertencente a um sistema jurídico, o referido comando comportamental não pode constituir uma obrigação jurídica e, portanto, não pode ser considerado direito até que se verifique a combinação da norma primária de obrigação com uma eventual norma de reconhecimento.

Dentro deste escopo, é pertinente questionar se há uma norma de reconhecimento no âmbito da *Lex Mercatoria*. Cynara Costa defende que, no âmbito do comércio internacional, os contratos estabelecem, além das normas primárias obrigacionais, normas secundárias “que regulam o reconhecimento das normas primárias, sua identificação, sua interpretação e os procedimentos necessários para a resolução de conflitos” (COSTA, 2016, p. 189).

Esse caso exporia, portanto, o paradoxo da auto-validação, na medida em que, contratualmente, tanto as normas comportamentais como as meta-normas (secundárias) teriam origem no mesmo contrato; e, em que pese esse embaralhamento, a autora defende que seria possível extrair do corpo desse contrato uma hierarquia que viabilizasse a existência de uma norma secundária regulando uma norma primária (COSTA, 2016).

Contudo, com a devida vênia, pode-se discordar da existência de uma norma secundária de reconhecimento no caso contratual utilizado como exemplo pela mencionada autora, por dois motivos. Primeiro, porque considerar que num único contrato há normas primárias de obrigação e normas secundárias de reconhecimento seria considerar que há, no mesmo instrumento, uma combinação de normas que terminariam por criar um sistema jurídico autônomo, que teria abrangência apenas nos limites das estipulações contratuais.

Em suma, cada contrato de comércio internacional teria a potencialidade de gerar um novo sistema jurídico. Fazendo-se um exercício similar ao imperativo categórico kantiano, uma generalização dessa possibilidade tornaria inviável um comércio internacional baseado em infinitos “direitos” distintos.

Segundo, porque Hart descreve que a norma de reconhecimento depende, além do ato de indicar que determinada norma pertence ao sistema, de uma pressão social que tanto imponha como devido determinado comportamento quanto considere justa a aplicação de uma sanção ao infrator.

Limitar a existência de um direito aos termos de um contrato torna impossível que haja uma pressão social que embase a norma de reconhecimento, pois esta pressão seria inclusive externa ao direito que ali se alega a existência.

E, ainda, a *Lex Mercatoria* utiliza justamente a pressão dos atores do comércio internacional e outros mecanismos como “equivalentes funcionais equiparados aos utilizados pelo Estado” (COSTA, 2016, p. 87).

Desta feita, não é possível constatar no âmbito da *Lex Mercatoria* a existência de uma norma de reconhecimento evidente, que indique que determinado comando efetivamente é uma obrigação e que faz parte do sistema normativo, e em um só tempo sane a necessidade de uma maior centralização da pressão social (HART, 2009).

Inexistente uma norma secundária de reconhecimento que atribua o *status* de norma primária à *Lex Mercatoria*, torna-se impossível a simbiose entre normas primárias e secundárias, característica essencial à definição de direito de Hart. Não é possível indicar, por este critério, que a *Lex Mercatoria* deixou de pertencer ao mundo pré-jurídico e adentrou ao jurídico.

Outro fator atrelado à norma de reconhecimento é a compreensão quanto à fonte de autoridade do sistema, ou seja, o modo de indicação de que uma norma existe. Hart considera que evidentemente a norma pode ser criada por um órgão específico, ou ter origem no costume reiterado de uma sociedade, ou ser fruto da prática judicial.

Contudo, estes modos isoladamente não possuem vinculação, pois não apresentam as características do direito enquanto não forem marcados com o “selo da autoridade” atribuído pela norma de reconhecimento.

Somente a partir desta é que surge um sistema jurídico. Um costume social reiterado não pode, segundo Hart, por si só apresentar viés jurídico, como tratado no subtópico 1.3, pois cuida apenas de um conjunto de elementos desconexos. É com a autoridade advinda da norma de reconhecimento que os costumes passam a ser unificados em um único sistema jurídico, dotado de validade (HART, 2009).

Por outro lado, não é possível conferir à *Lex Mercatoria* ao menos a ideia de um conjunto uniforme de normas e princípios (BOAVIAGEM, 2016) que tenha seus contornos facilmente identificáveis (SANTOS&BOAVIAGEM, 2018), reunidos sob a autoridade de uma norma de reconhecimento; embora funcione como um conjunto normativo estruturado como um sistema reticular (BARZA&GUIMARÃES, 2015).

Um dos pontos mais relevantes da teoria de Hart em estudo é a “norma última de reconhecimento”, hipotética, que dá fundamento ao sistema jurídico e é o recurso que origina toda a validade do sistema, como salientado no subtópico 1.5. Entretanto, a *Lex Mercatoria* não apresenta de modo claro a existência de uma norma que dê o fundamento de validade às

demais normas do conjunto e que tenha o poder de identificar todas as normas consuetudinárias como pertencentes ao mesmo sistema.

Além disso, um aspecto relevante da norma última de reconhecimento de Hart é que esta estabelece critérios hierarquizados por ordem de subordinação, conservando seu caráter de supremacia, e não depende de outra norma que forneça critérios para sua própria validade.

Todavia, não há no âmbito da *Lex Mercatoria*, até pelo seu caráter consuetudinário na origem, uma norma que se posicione como uma autoridade hierárquica no sistema, ou que dê fundamento de validade às normas jurídicas de hierarquia inferior, ou que forneça uma uniformidade a esse conjunto de normas.

A noção da hierarquia do sistema como resultado da existência de uma norma última também se aproxima da doutrina de Bobbio, que entende que só é admissível um ordenamento jurídico coerente hierarquicamente organizado, e que este fator depende da existência de uma norma hierarquicamente superior (BOBBIO, 2020).

Por fim, Hart elucida que a afirmação de que algo existe necessariamente é um enunciado factual externo. Em outros termos, para que um determinado conjunto de normas seja compreendido como direito, também é necessário que este seja identificado como direito de modo amplo pela sociedade, tribunais e indivíduos, pois a existência do direito é uma questão de fato, e não de convicção.

Todavia, como este próprio artigo evidencia, não há um consenso ou um reconhecimento amplo no sentido de considerar a *Lex Mercatoria* efetivamente como direito, sendo frequente o debate quanto à sua natureza.

Diante das considerações de Hart, é possível compreender que a *Lex Mercatoria* só se torna direito, de acordo com os parâmetros estudados, ao ser aplicada pelos tribunais em casos concretos. Contudo, essa aplicação torna a *Lex Mercatoria* não um sistema jurídico independente, mas a insere no ordenamento interno ao qual o tribunal está vinculado.

As duas condições mínimas necessárias à existência de um sistema jurídico – normas de comportamento válidas e normas de reconhecimento que dão validade, modificam e julgam as violações normativas – não se evidenciam no âmbito da *Lex Mercatoria*, e, ausentes esses fatores, não é possível, segundo a teoria de Hart, considerá-la direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Hart aqui estudada, embora profunda e densa, permitiu traçar uma singela definição daquilo que o autor considera “O Conceito de Direito”, sucintamente descrito como uma simbiose de normas primárias de obrigações com normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento; que combinadas formam um sistema jurídico que tem seu fundamento de validade lastreado na norma última de reconhecimento.

Chega-se à conclusão, ao fim do presente artigo, de que a *Lex Mercatoria* não apresenta os elementos indispensáveis à concepção de direito de Hart, pois, por um lado, não restam evidentes nela normas primárias que imponham obrigações jurídicas; deficiência esta motivada pela inexistência de uma norma secundária de reconhecimento que identifique eventuais normas obrigacionais como pertencentes a um mesmo sistema jurídico.

Conclui-se que as disposições da *Lex Mercatoria* quanto à regência do comércio internacional apenas se assemelham a normas primárias de obrigações, pois, ausente uma norma secundária que as reconheça como jurídicas, não é possível atribuir a elas validamente o *status* de direito. A ausência de uma norma última de reconhecimento que dê fundamento, validade e imprima à *Lex Mercatoria* uma organização hierárquica também é um fator que subtrai dela a possibilidade de identificação com o direito.

Tomando como parâmetro o pensamento de Hart exposto neste trabalho, somente quando aplicada pelos tribunais internos dos Estados como expressão de costume juridicamente tolerado e passível de aplicação é que a *Lex Mercatoria* passaria à condição de direito. Contudo, esta dinâmica, ao contrário de conferir uma autonomia às referidas normas costumeiras, acabaria por incuti-las nos ordenamentos internos.

Não obstante a inegável relevância da *Lex Mercatoria* na dinâmica comercial global, a ausência dos elementos caracterizadores do direito na concepção de Hart leva à compreensão de que este conjunto de normas consuetudinárias constitui hodiernamente uma forma primitiva ou rudimentar de direito, embasado em disposições não vinculantes, bastante distante da concepção contemporânea de direito. A ausência dos citados elementos formadores não permite afirmar que a *Lex Mercatoria* mudou de uma fase pré-jurídica para uma fase jurídica.

A pressão social produzida pela *Lex Mercatoria*, portanto, não pode ser compreendida como uma imposição jurídica, posto que desprovida inclusive da força vinculante característica do direito, mas efetivamente como uma pressão econômica.

Reitera-se que as conclusões aqui apresentadas não visam afirmar que sob nenhuma ótica a *Lex Mercatoria* pode ser considerada direito, mas apenas evidenciam que, de acordo com os critérios teóricos do “Conceito de Direito” de Hart, este conjunto de normas consuetudinárias não possui a natureza de um sistema jurídico.

Chega-se a conclusão similar quando analisada a juridicidade da *Lex Mercatoria* sob a perspectiva da Teoria do Ordenamento Jurídico, de Norberto Bobbio, para quem a existência do direito presume a existência de um ordenamento, e este assume natureza jurídica ao apresentar unidade, coerência, completude e relação com outros ordenamentos jurídicos (reconhecimento externo). Ao confrontar-se as principais características da *Lex Mercatoria* com os quatro elementos da citada teoria de Bobbio, chega-se à conclusão de que as normas que regem o comércio transnacional não formam um ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não possuem natureza de direito. Assim, o referido regramento do comércio transfronteiriço não é jurídico, mas parece ser, em grande medida, econômico⁶.

⁶ BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da; SILVA, Madson Douglas Xavier da. A *Lex Mercatoria* enquanto direito: uma análise da natureza das normas que regem o comércio internacional à luz da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 178-198, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252575>. Acesso em: 3 abr. 2025.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Brasília: **R. Inf. legisl.** v. 15, n. 58, abr./jun. 1978, p. 27-54. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181036/000360754.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de mar. 2025.

BARBOSA, Pedro Henrique de Faria; LORETO, Sylvio. O mito de Jano: as duas faces da ordem pública no Direito Internacional Privado. **Revista InterAção, Santa Maria**, v. 12, n. 12, p. 103-120, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/29929>. Acesso em: 9 abr. 2025.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; CAVALCANTE FILHO, João Maurício Malta. **Investimento estrangeiro e integração regional: as contribuições da União Europeia e do MERCOSUL para a regulamentação do investimento estrangeiro direto em espaços regionais**. In: BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da; BARZA, Eugênia Cristina Ribeiro Nilsen; SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e; WEBERBAUER, Paul Hugo (Orgs.). *Integração Regional, Globalização e Direito Internacional – Vol. 3*. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

_____; GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Os Princípios da Haia sobre a escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais**. Fortaleza: UNIFOR. 13º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2015, v. 1, p. 1-12.

_____; SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. Disciplinamento do comércio internacional na América Latina: um estudo sobre a integração regional de acordo com o Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 51, p. 2-18, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/48/45>. Acesso em: 11 mar. 2025.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. Sobre princípios dos contratos internacionais de comércio. Recife: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, 2016, v. 88, n. 2, p. 63-81. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/download/8682/15781/31658>. Acesso em: 18 jan. 2025.

_____; CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros. **Da moderna Lex Mercatoria e o costume jurídico: uma visão a partir da Quarta Revolução Industrial**. In: BARZA, Eugênia Cristina Ribeiro Nilsen; SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e; WEBERBAUER, Paul Hugo (Orgs.). *Integração Regional, Globalização e Direito Internacional – Vol. 2*. Recife: Editora UFPE, 2019.

_____; SILVA, Madson Douglas Xavier da. *A Lex Mercatoria enquanto direito: uma análise da natureza das normas que regem o comércio internacional à luz da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio*. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife - ISSN: 2448-2307**, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 178-198, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252575>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2.^a ed., 3.^a reimpressão, 2020.

COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira *lex mercatoria*: o direito além do Estado: um estudo sobre as antigas e novas teorias da *lex mercatoria***. 2011. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4772/1/arquivo6701_1.pdf. Acesso em: 9 abr. 2025.

_____. **Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional**. 2016. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/18084>. Acesso em: 9 abr. 2025.

GAMA JR., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: *soft law*, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HART, H. L. A. **O conceito de direito** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010. Tradução de Lauro Gama Jr. Roma: UNIDROIT, 2010. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2025.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 5.^a ed., 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 8.^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSCHER, Ralf. A mão de Midas: quando conceitos se tornam jurídicos ou esvaziam o debate Hart-Dworkin. São Leopoldo: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 10(1), janeiro-abril, 2018, Unisinos, p. 2-13, doi: 10.4013/rechtd.2018.101.01. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.01/60746253>. Acesso em: 08 abr. 2025.

SANTOS, Victor Alves dos; BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. O Estado como parte contratante nas relações comerciais internacionais – uma releitura do exercício da soberania à luz da “nova nova” *Lex Mercatoria*. Brasília: **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, 2018, v. 13, nº 2, p. 364-382. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/9698>. Acesso em: 22 jan. 2025.

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Anotações sobre as vulnerabilidades do Direito Internacional contemporâneo: a questão do fundamento e da sanção jurídica no plano internacional**. In: BARZA, Eugênia Cristina Ribeiro Nilsen; SILVA NETO, Francisco Antônio de Bar-

ros e; WEBERBAUER, Paul Hugo (Orgs.). Integração Regional, Globalização e Direito Internacional – Vol. 2. Recife: Editora UFPE, 2019.