

FERNANDA GARIBALDI BARRETO DE OLIVEIRA

**O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO À LUZ DA
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DESAFIOS E
PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professora Associada Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

FERNANDA GARIBALDI BARRETO DE OLIVEIRA

**O MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO À LUZ DA
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DESAFIOS E
PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação da Professora Associada Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Oliveira, Fernanda.

O método conflitual clássico à luz da internacionalização do direito e desafios e perspectivas do Direito Internacional Privado/ Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira; orientadora Maristela Basso – São Paulo, 2018.

184 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito internacional privado. 2. Método conflitual. 3. Internacionalização do direito. 4. Direito transnacional. 5. Diálogo das fontes. 6. Pluralismo ordenado I. Basso, Maristela, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira

Título: O método conflitual clássico à luz da internacionalização do direito e desafios e perspectivas do Direito Internacional Privado.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação da Professora Associada Dra. Maristela Basso.

Aprovado em:/...../.....

Banca examinadora

.....

Prof.(a) Doutor Maristela Basso
(Orientadora)

.....

1º Examinador

.....

2º Examinador

.....

3º Examinador

AGRADECIMENTOS

A conclusão de um trabalho acadêmico é uma missão coletiva. Embora a escrita seja um processo solitário, sem o apoio de algumas pessoas esse trabalho jamais poderia ter sido escrito. Em primeiro lugar, agradeço a minha orientadora, Prof.^a Maristela Basso, por me receber na Universidade de São Paulo e em seu escritório logo nos meus primeiros anos na cidade de São Paulo, no período feliz e profícuo que trabalhamos juntas. Em seguida, agradeço aos meus pais, pelo apoio irrestrito à minha formação e por todo o amor que sempre dedicaram a mim e às minhas irmãs. Além deles, esse trabalho não poderia ter sido concluído sem o apoio do meu amor, Filipe, e de toda sua compreensão nesse período de tanta entrega, angústia intelectual e de consideráveis limitações. Agradeço também a Solano Camargo pela revisão do texto e sugestões valiosas ao trabalho, bem como aos professores André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes pelos apontamentos imprescindíveis durante minha banca de qualificação.

Além deles, não poderia deixar de destacar todo o aporte teórico que recebi, indiretamente, de outros professores da Universidade de São Paulo por meio das matérias que cursei nesse período, bem como todo o carinho que recebi (e recebo) dos meus amados amigos e da minha segunda família, na figura da minha sogra querida, pessoas extremamente especiais, sempre tão benevolentes diante das minhas incontáveis ausências.

Todos vocês foram fundamentais.

“Quem planta tâmaras, não colhe tâmaras.”

(ditado árabe)

“Felizes os que estudam o direito comparado e o direito internacional privado, por lidarem continuamente com o diferente, com o diverso, com o estranho, aprendendo a compreender, a respeitar, a tolerar¹.”

(Jacob Dolinger)

¹ DOLINGER, Jacob. Da “dignidade da diferença” ao moderno direito internacional privado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 373, p. 115, 2004.

RESUMO

OLIVEIRA, Fernanda Garibaldi Barreto de. *O método conflitual clássico à luz da internacionalização do direito e desafios e perspectivas do direito internacional privado*. 2018. 184 p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente estudo tem como objetivo a análise do direito internacional privado enquanto disciplina metodológica que regula conflitos pluriconectados, isto é, conflitos ligados a mais de uma jurisdição, à luz do processo de internacionalização do direito, ocorrido, sobretudo, na segunda metade do século XX. Por internacionalização do direito compreende-se o fenômeno descrito por Mireille Delmas-Marty² e identificado por André Jean Arnaud³ como o direito nascido não apenas da globalização econômica, mas também aquele evocado por conta da universalização dos direitos do homem e da consagração de sua autonomia da vontade. No primeiro capítulo, são destacadas as bases do direito internacional privado, como sua definição como matéria, seu objeto de estudo, as fontes de onde emerge e principalmente seu método conflitual clássico, baseado em normas de conflitos (regras de conexão) promovidas por elementos de conexão entre os ordenamentos em contato.

No segundo capítulo, analisa-se especificamente o fenômeno da internacionalização do direito e como esse processo levantou a hipótese de uma possível insuficiência do método conflitual clássico de Direito Internacional Privado. Para isso, são analisados alguns fenômenos privados de construção normativa, que evidenciaram um pluralismo jurídico de fontes e um recuo do Estado por meio da normalização e de uma intensa mimetização do setor privado com o poder público na produção do Direito. Segundo o conceito de direito transnacional proposto por Jessup, nesse capítulo pretende-se demonstrar que essas novas fontes normativas são criadas por processos de interação entre agentes e relações transnacionais, e revelam um modo diferente de internacionalização do direito com impacto sobre o direito internacional privado. Como exemplo desse novo plexo normativo, são analisados os aportes teóricos da nova *Lex Mercatoria*, da *Lex Sportiva* e da *Lex Eletronica*, como autênticas fontes transnacionais – ou *soft norms* – que concorrem com o método de direito internacional privado na solução de conflitos pluriconectados.

No terceiro e último capítulo, é proposta uma análise e levantadas algumas hipóteses do por que esse pluralismo jurídico, emergido da internacionalização do direito, vir ganhando proeminência, de onde emerge sua legitimidade e por que ele estaria concorrendo com o método clássico de conflitos de normas quando da ocorrência de conflitos multilocalizados. Finalmente, o trabalho trata de algumas possibilidades de conjugar e harmonizar o aporte teórico desse novo plexo normativo transnacional com o método conflitual clássico por meio do diálogo das fontes e de um pluralismo ordenado.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; método conflitual clássico; internacionalização do direito; direito transnacional; *Lex Mercatoria*; *Lex Sportiva*; *Lex Eletronica*; pluralismo jurídico; integração normativa; diálogo das fontes; pluralismo ordenado.

² DELMAS-MARTY, Mireille. *L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition?* Paris: Editions Esprit, 2012. p. 35-36.

³ ARNAUD, André Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* – lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12-14.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Fernanda Garibaldi Barreto de. *The classic conflict of laws method in light of the Internationalization of Law and the challenges and perspectives of Private International Law*. 2018. 184 f. Thesis (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This dissertation aims to investigate private international law as a methodological discipline that regulates pluriconnected conflicts, what means conflicts related to more than one jurisdiction, in light of the process of internationalization of law, especially in the second half of the twentieth century. Internationalization of law is indentified as the phenomenon described by Mireille Delmas-Marty and André Jean Arnaud as the law born not only of economic globalization, but also that evoked by the universalization of human rights and the recognition of its autonomy of will as a principle. In the first chapter, it is highlighted the bases of private international law, such as its definition as law discipline, its object of study, the sources from where it emerges and, mainly, its classic conflict method, based on conflict of laws promoted by the so called elements connection, between the legal orders in contact. In the second chapter, it is analyzed the specifically phenomenon of the internationalization of law and how this process raised the hypothesis of a possible insufficiency of the classic conflict method of Private International Law. For this, some private normative construction movements are analyzed, which have shown a legal pluralism of sources and a retreat of the State through normalization and an intense mimicry of the private sector with the public power in the production of Law. According to the concept of transnational law proposed by Jessup, this chapter intends to demonstrate that these new normative sources are created by processes of interaction between agents and transnational relations, and reveal a different way of internationalization of law with an impact on private international law. As an example of this new normative plexus, it is analyzed the theoretical contributions of the new Lex Mercatoria, Lex Sportiva and Lex Eletronica as an authentic transnational sources, or soft norms, that compete with the private international Law method in the solution of pluriconnected conflicts. In the third and final chapter, it is proposed an analysis and hypotheses on why this juridical pluralism, emerged from the internationalization of law, gained prominence, from where its legitimacy emerges and why it would be competing with the classical method of conflict of laws when transnational conflicts occur.

Finally, it is indicated some possibilities of combining and harmonizing the theoretical contribution of this new transnational normative plexus with the classical conflitual method through the dialogue of sources and an ordered pluralism.

Keywords: Private International Law; European conflict of laws method; internationalization of law; transnational law; Lex Mercatoria; Lex Sportiva; Lex Electronics; Legal Pluralism; normative integration; Sources Dialogue; Ordered Pluralism.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

CCI – Câmara de Comércio Internacional de Paris

CIDIPs – Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado

CISG – Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

DIPr – Direito Internacional Privado

FAO – Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura da Organização das Nações Unidas

FIFA – Federação Internacional de Futebol

ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. Em português, Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números

ISO – *International Standard Organization*. Em português, Organização Internacional de Normalização

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial de Comércio

OMS – Organização Mundial da Saúde

RFEC – Real Federação Espanhola de Ciclismo

TAS – Tribunal Arbitral do Esporte

UCI – União Ciclista Internacional

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

UNESCO – Organização das Nações Unidas para Ciência, Educação e Cultura

UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PRESSUPOSTOS DO ESTUDO	17
1. BREVES LINEAMENTOS SOBRE OS FUNDAMENTOS E MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	21
1.1 Conceito, domínio e denominação do Direito Internacional Privado.....	21
1.2 O objeto do Direito Internacional Privado.....	26
1.3 Origem, histórico e fundamentos do Direito Internacional Privado	28
1.3.1 A fase precursora.....	30
1.3.2 A fase iniciadora – as Escolas Estatutárias	31
1.3.3 A consolidação do DIPr – a fase clássica.....	32
1.3.4 A fase contemporânea do DIPr	33
1.4 As fontes tradicionais do Direito Internacional Privado.....	37
1.4.1 Fontes de origem nacional.....	39
1.4.1.1 O direito interno.....	39
1.4.1.2 A doutrina	40
1.4.1.3 A jurisprudência	40
1.4.1.4 O costume	41
1.4.2 Fontes de origem internacional	42
1.4.2.1 O papel da Conferência da Haia	44
1.4.2.2 As fontes comunitárias e regionais.....	45
1.4.2.3 As fontes institucionais e normas narrativas	47
1.4.2.4 O direito transnacional e a nova Lex Mercatoria	48
1.5 A norma de Direito Internacional Privado.....	50
1.6 A formação do Direito Internacional Privado clássico: o método conflitual.....	52
1.7 Os elementos de conexão.....	58
1.8 A evolução do método conflitual clássico	61
1.8.1 Brasil	61

1.8.2 América Latina	64
1.8.3 Europa.....	66
2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS FENÔMENOS PRIVADOS DE CONSTRUÇÃO NORMATIVA.....	69
2.1 O novo Direito Internacional Privado	69
2.2 O fenômeno da internacionalização do direito.....	73
2.2.1 O pluralismo jurídico	79
2.2.2 O direito transnacional e a transnacionalidade das questões jurídicas contemporâneas	84
2.2.3 A relação entre direito internacional e direito interno	91
2.2.4 A relação entre normas transnacionais, direito internacional e direito interno: a noção de transnormatividade.....	95
2.3 As normas transnacionais e seus ordenamentos autônomos – soft law?.....	99
2.3.1 Conceito e abrangência.....	99
2.3.1.1 A Nova Lex Mercatoria	104
2.3.1.2 A arbitragem transnacional	110
2.3.1.3 A Lex Sportiva	113
2.3.1.4 A Lex Eletronica	116
2.4 Os ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais como alternativa à resolução dos conflitos multiconectados.....	121
3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO À LUZ DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	125
3.1 O desafio do pluralismo das fontes, atores e centros decisórios na contemporaneidade	125
3.1.1 Os limites do positivismo jurídico e das fontes do direito em face de normas transnacionais	127
3.1.2 A legitimidade das normas transnacionais.....	131
3.1.3 A heterarquia dos ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais	136

3.2 O método conflitual de DIPr e os ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais	138
3.2.1 A persistente estruturação nacional dos sistemas de DIPr e o contraste com a noção de transnacionalidade	139
3.2.2 O territorialismo das normas de DIPr e o critério da funcionalidade dos ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais	142
3.2.3 Vantagens e desvantagens do aporte teórico dos ordenamentos autônomos de normas transnacionais para o Direito Internacional Privado	145
3.3 Novas perspectivas para o Direito Internacional Privado diante do direito transnacional: unificação ou anarquia?	148
3.3.1 A autonomia da vontade versus manipulação dos elementos de conexão	149
3.3.2 O diálogo das fontes	152
3.3.3 O pluralismo ordenado	155
CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS	169

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como escopo a análise do Direito Internacional Privado e de seu método conflitual clássico à luz do processo de internacionalização do direito, ocorrido, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX.

Logo no primeiro capítulo, analisam-se os fundamentos teóricos e a evolução doutrinária da disciplina, com o intuito de fincar as bases de análise que serão problematizadas no segundo capítulo.

De início, verificou-se a necessidade de se definir o que seria o processo de internacionalização do direito.

Nesse ensejo, em sentido específico, define-se esse processo como o fenômeno descrito por Mireille Delmas-Marty, para quem a internacionalização jurídica não remete apenas ao direito nascido da globalização econômica⁴, mas também à universalização dos direitos do homem, consagrados pela Declaração da Filadélfia como anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1944, e, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Com efeito, a segunda metade do século XX foi marcada não só por um fenômeno de ascensão e de criação de organismos internacionais multilaterais, mas também pela multiplicação de atores protagonistas de relações privadas com projeção na esfera internacional, com o deslocamento do homem e de suas relações para o centro dos ordenamentos jurídicos nacionais e com o notável adensamento de novas fontes normativas, emanadas de agentes econômicos privados, alçados a verdadeiros sujeitos de direito internacional.

⁴ Como a definição do termo globalização não é unívoca, nem de fácil apreensão, adota-se aqui a ideia trazida por Andre-Jean Arnaud: “É possível falar em globalização quando certo número de condições é preenchido: i) uma mudança nos modelos de produção; ii) o desenvolvimento de mercados de capitais ligados fora do âmbito das nações; iii) uma expressão crescente das multinacionais; iv) a importância crescente dos acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos; v) um ajuste estrutural passando pela privatização e pela redução do papel do Estado; vi) a hegemonia dos conceitos neoliberais em matéria de relações econômicas; vii) tendência generalizada, em todo o mundo, à democratização, à proteção dos direitos humanos, e a um renovado interesse pelo Estado de direito; viii) o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e a proteção aos direitos humanos” (ARNAUD, Andre-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização – lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12-14).

Diante desse contexto, o Direito Internacional Privado experimenta, na contemporaneidade, uma possível insuficiência metodológica do seu método conflitual de solucionar conflitos de leis mediante a designação do direito aplicável a uma lide ligada a mais de uma jurisdição, em face de um pluralismo de fontes, métodos e princípios flexibilizadores que ensejam, em última instância, uma uniformização e substantivação da resolução dos conflitos multilocalizados.

O estudo se propôs a investigar esse novo aparato normativo desencadeado por atores privados, mormente não estatais, que reivindicam seu reconhecimento como normas jurídicas transnacionais ou *soft norms* e que concorrem diretamente com o método de Direito Internacional Privado na solução de conflitos pluriconectados.

Segundo Philipp Jessup⁵, essas novas fontes normativas são criadas por processos de interação entre agentes e relações transnacionais, e revelam um modo diferente de internacionalização do direito, não construído por representantes dos Estados, dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional, mas por meio de processos comunicativos com maior autonomia, que podem ou não envolver os atores estatais.

Como exemplo dessa nova engenharia normativa, utilizou-se o aporte teórico da *Lex Mercatoria*, da arbitragem transnacional, da *Lex Sportiva* e da *Lex Eletronica*, como autênticos ordenamentos de normas transnacionais.

Em linha com Jessup, o estudo se propõe a investigar a emergência de um pluralismo jurídico de normas transnacionais, e compreendê-lo como espécie de ordenamento jurídico autônomo e independente dos Estados, segundo Teubner⁶, em que setores sociais produziriam normas com relativa autonomia para a resolução de conflitos privados de natureza transnacional.

Nesse sentido, procura-se fazer uma breve incursão sobre a já esmiuçada relação entre o direito internacional e o direito interno, apenas a título ilustrativo, com o intuito de se perquirir como as normas transnacionais se relacionariam com o direito internacional,

⁵ JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

⁶ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1996.

notadamente, com o DIPr e seu método conflitual clássico, como regramento emanado do direito interno dos Estados.

O estudo se propõe a investigar, portanto, a ideia de que a transnacionalidade dos problemas jurídicos contemporâneos exige considerações em dimensões igualmente transnacionais, e que as partes envolvidas em uma lide multilocalizada poderiam – como já o fazem – lançar mão de normas de natureza privada para resolução de conflitos, cotejando uma análise que sugere a ideia de transnormatividade entre direito internacional, direito interno e direito transnacional.

Por fim, o presente trabalho busca compreender como se legitimam esses ordenamentos autônomos transnacionais, dado que os regramentos que os compõem não seriam normas jurídicas em sentido estrito, conforme denominadas pelo positivismo jurídico, e porque essa normativa transnacional estaria afetando o método conflitual de Direito Internacional Privado na contemporaneidade.

Por conseguinte, ao final, buscar-se-á compreender como esse novo aporte jurídico-normativo transnacional poderá se relacionar com o método conflitual de DIPr e, notadamente, como poderão se alocar mutuamente diante da resolução de conflitos pluriconectados na atualidade.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PRESSUPOSTOS DO ESTUDO

Para o bom desenvolvimento do presente estudo e para que se possam compreender melhor os seus pontos de partida, são necessárias algumas considerações.

Inicialmente, é preciso sinalizar que a pesquisa apresentada se justifica pela inquietação da autora em analisar a internacionalização do direito usando como recorte primordial o aporte daquilo que denominou *fenômenos privados de construção normativa*⁷ (e.g., nova *Lex Mercatoria*, arbitragem transnacional, *Lex Elettronica*, *Lex Sportiva* etc.) e os impactos desse aporte teórico-normativo para o Direito Internacional Privado.

Nesse sentido, identificou-se que no contexto transnacional, fora do âmbito de determinado Estado ou grupo de Estados, emerge uma pluralidade de objetos normativos não identificados (*undefined normative objects*)⁸ que demandam esclarecimentos sobre sua qualidade, legitimidade e natureza jurídica.

O conjunto de objetos normativos oriundos de tais fenômenos privados é entendido por alguns estudiosos como um conjunto de regramentos que ensejam um direito global, emergido da periferia para o centro (Estado), a partir de uma zona de contato com outros sistemas⁹ sociais, e não entre instituições do Estado ou instituições internacionais¹⁰.

Nesse sentido, a primeira premissa deste estudo é que esse aporte normativo identificado como global nada mais é do que o direito transnacional tal qual a doutrina internacionalista o concebe: fontes normativas que não são nacionais ou internacionais, mas fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados.

Por conseguinte, entende-se que o direito vai além da lei, tradicionalmente concebida segundo critério de especialidade, hierarquia e sanção, tal qual enunciada pelo positivismo jurídico.

⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Dissertação (Tese de Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 104.

⁸ FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law, 2013, p. 3-4. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 1º set. 2017.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Social System*. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 627.

¹⁰ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: legal pluralism in the world-society* cit., p. 3-28.

Em vista disso, embora se tenha optado neste estudo pela terminologia *fontes normativas* ou *ordenamentos autônomos transnacionais*, como se verá ao longo da dissertação, não há espaço para uma análise hierárquica e piramidal das fontes tradicionais do DIPr, assim como apresentadas no primeiro capítulo.

Sendo assim, o modelo piramidal de Kelsen e Hart deve ser substituído pelo de rede¹¹, tendo em vista que o pluralismo jurídico, emergido da internacionalização do direito, levou o ordenamento jurídico a um aspecto tridimensional, em que o Estado não é mais o único centro produtor do direito¹².

A segunda premissa dessa pesquisa é que, embora para alguns estudiosos a possibilidade de normatização divergente no plano internacional consubstanciaria a chamada fragmentação do direito internacional¹³, para o presente trabalho, entretanto, o pluralismo jurídico emergido, sobretudo da interpenetração dos direitos, seria uma alternativa teórica aplicável à análise fática dessa aparente fragmentação.

Com efeito, o pluralismo jurídico decorrente, essencialmente, da internacionalização do direito se caracterizaria como uma abordagem que busca organizar todas as diferentes ordens jurídicas especializadas, compreendendo-as como autônomas, mas sujeitas a um sistema de coordenação uno e a um direito intersistêmico¹⁴, que não se coaduna com a ideia de fragmentação do direito internacional, e sim das soberanias nacionais¹⁵.

A terceira premissa, por fim, é de que esse estudo pretende cotejar, tão somente, o método conflitual clássico surgido na Europa com o aparato normativo transnacional, sem fazer referência ao sistema conflitual norte-americano. Isso porque o ordenamento jurídico

¹¹ LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varjão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 38.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ KOSKENNIEMI, Martti. Global governance and public international Law. *Kritische Justitz*, 37, p. 243, 2004.

¹⁴ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1540>>. Acesso em: 5 ago. 2017. p. 354.

¹⁵ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 215.

dos Estados Unidos, majoritariamente vinculado à *common law*, é alheio às regras abstratas codificadas da *civil law*¹⁶.

Além disso, na Europa, o direito privado tem passado por mutações significativas desde o início do século XX, daí advindo críticas contundentes quanto às regras inflexíveis e formais do Direito Internacional Privado não levarem suficientemente em consideração o aspecto da justiça material – crítica advinda, sobretudo, de estudiosos norte-americanos.

Segundo Dolinger, as críticas desses autores, contudo, não foram empreendidas com o intuito de promover um método conflitual mais plural e integrativo, mas, sim, parecem uma tentativa de justificar a aplicação primária da *lex fori*, revelando um provincianismo¹⁷ que não se insere na temática deste trabalho.

Feitas essas considerações iniciais, passemos ao desenvolvimento do estudo.

¹⁶ Sobre o Direito Internacional Privado norte-americano, ver: JUENGER, Friedrich K. A third conflict restatement? *Indiana Law Journal*, v. 75, Article 2, 2000; COX, Stanley E. Back to conflicts basics: choice of law and multistate justice. *Catholic University Law Review*, 1995, dentre outros.

¹⁷ DOLINGER, Jacob. A decadência do direito internacional privado norte-americano. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & amor*. São Paulo: Renovar, 2009. p. 155-203.

1 BREVES LINEAMENTOS SOBRE OS FUNDAMENTOS E MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1 Conceito, domínio e denominação do Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado é o ramo do direito em que a História teve, e continua tendo, papel mais decisivo para a constituição de um arcabouço teórico¹⁸.

É impensável conceber a teoria jusprivatista internacional sem considerar que a evolução da disciplina se deu aliada ao desenvolvimento histórico das nações e sem o reconhecimento de que o avanço lento e progressivo da matéria ocorreu, em boa parte, pelo caráter coletivo da produção de suas normas. Com efeito, a afirmação de Gutzwiller é incontornável: holandeses, italianos, franceses, alemães, estadunidenses e belgas contribuíram, em maior ou menor grau, para a compilação de uma unidade teórica que tinha o mesmo ponto de partida e se organizava em torno do latim¹⁹.

Dessa maneira, não foi no século XIX e com a denominação atual que nasceu o Direito Internacional Privado (DIPr), mas muito antes, com os glosadores e pós-glosadores dos séculos XIII e XIV, com grande desenvolvimento entre os séculos XV e XVIII, cujo objetivo maior não estava destinado a resolver conflitos internacionais de leis, mas os conflitos interlocais, de estatutos intermunicipais no norte da Itália, e os conflitos de direitos interprovinciais nos Países Baixos²⁰.

Nessa época, o Direito Internacional Privado não se restringia aos estatutos, costumes e direitos em matéria civil, mas também abrangia as questões penais e processuais²¹.

Da circulação e intercâmbio de pessoas e coisas no espaço, e da pluralidade de ordens jurídicas surgiu, então, o Direito Internacional Privado, diante da necessidade de se escolher a lei aplicável entre dois sistemas jurídicos que teriam conexão com a matéria *sub judice*.

¹⁸ GUTZWILLER, M. Le développement historique du droit international privé. *Recueil de Cours*, Den Haag, t. IV, p. 292, 1929.

¹⁹ *Idem*, p. 293.

²⁰ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 13.

²¹ *Idem*, p. 16-17.

De lá para cá, várias concepções foram cunhadas, e definir o alcance do Direito Internacional Privado não se tornou uma tarefa fácil. Ao contrário, a definição que se atribui ao DIPr guarda estrita relação com aquilo que se espera dele.

Para alguns, é matéria de sobredireito que regula tão somente o conflito de leis no espaço²². Para outros, é o direito da tolerância e que tem como seu desiderato filosófico político a aproximação entre os povos do mundo²³.

Para Maristela Basso, o Direito Internacional Privado representa, na atualidade, um dos ramos que mais crescem em importância e significado. Isso se daria pelo fato de que os povos do mundo, a cada dia, interagem de modo mais evidente e as relações individuais de caráter privado se acentuam cada vez mais mescladas de elementos estrangeiros²⁴.

Dentre as definições mais propaladas que se atribuem ao Direito Internacional Privado, uma das mais difundidas é a francesa, que entende a disciplina como um feixe de quatro matérias distintas: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito das leis e o conflito de jurisdições²⁵. Antoine Pillet adiciona uma quinta matéria, que é a relação dos direitos adquiridos na sua dimensão internacional²⁶.

Assim, o DIPr se apresenta, em última análise, como o direito dos ordenamentos jurídicos em contato, ou sob o fundamento das relações intersistemáticas entre ordens jurídicas²⁷. As relações de caráter privado, notadamente aquelas de caráter civil, tendo em vista a emancipação do direito do comércio internacional e do direito internacional do trabalho²⁸, bem como a diversidade dos ordenamentos jurídicos no mundo, são, pois, os fundamentos lógico e social legitimadores do DIPr.

²² VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado* cit., p. 18.

²³ DOLINGER, Jacob. A decadência do direito internacional privado norte-americano cit., p. 153.

²⁴ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 4.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1.

²⁶ PILLET, Antoine. *Théorie continentale des conflits de lois. Recueil des Cours*, Den Haag, t. I, p. 467 e ss., 1924.

²⁷ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 9-15.

²⁸ Idem, *ibidem*.

O intercâmbio entre povos, coisas e relações é pressuposto sociológico da matéria que se desenvolveu paralelamente à intensa mobilidade dos fatores de produção, particularmente no fim do século XIX²⁹.

Nesse sentido, Amilcar de Castro salienta que a existência do DIPr somente se torna possível quando os sistemas jurídicos particulares não se negam a coexistir dentro de um regime semelhante e de interpretação continuada³⁰.

Sua existência, portanto, decorre de dois fatores inegáveis: a diversidade legislativa e a existência de uma sociedade internacional.

Com efeito, e não à toa, ao longo do século XX – sobretudo no Brasil – o DIPr foi tratado como fenômeno peculiar ou estranho, uma exceção ao princípio pelo qual, dentro de um mesmo Estado, aplicam-se as leis, tão somente, domésticas. Seu fundamento primordial, uma vez que regula o conflito de leis no espaço, é definir qual a norma aplicável à lide pluriconectada (ou seja, a lide em que dois ou mais ordenamentos estão em contato), por meio de elementos de conexão definidos pelo próprio ordenamento jurídico interno.

Não obstante contar com elementos formais e instrumentais na construção do seu arcabouço teórico ou até como ramo autônomo da ciência jurídica, o DIPr surge como uma das vertentes internacionais do direito, responsável pela análise metodológica das questões estabelecidas pelas relações jurídicas com conexão internacional. Para uns, mera técnica jurídica de aplicação do direito, para outros, “verdadeiro direito”.

Para resolver as lides conectadas a mais de um ordenamento jurídico, o DIPr se vale de suas normas de conflito, que possuem estrutura e função diferenciada, especialmente por definir os limites da competência internacional e os limites espaciais de aplicação do direito material àqueles casos que se apresentam conectados a uma pluralidade de jurisdições.

Destarte, é possível afirmar que o objeto precípua do DIPr é determinar, diante de um fato jurídico que se ramifique por mais de um ordenamento jurídico, qual direito deverá

²⁹ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado: parte geral, direito civil internacional, direito comercial internacional*. São Paulo: LTr, 2005. p. 7.

³⁰ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 11.

reger a lide, indicando a norma aplicável ao caso concreto, mas não solucionando a questão jurídica propriamente.

O objeto do DIPr é um tema que gerou acalorados debates ao longo de sua construção teórica como disciplina, sobretudo no direito brasileiro³¹.

Para alguns estudiosos da matéria, como Haroldo Valladão, o DIPr teria por objeto o conflito de leis no espaço, sejam elas de quaisquer naturezas: cíveis, fiscais ou trabalhistas³².

Em linha com essa argumentação, Jacob Dolinger também entende que o DIPr não se restringiria às instituições de direito privado, mas também ao campo do direito público. Para ele, as questões trabalhistas, fiscais, financeiras e até penais estariam sob o guarda-chuva da matéria quando houvesse uma conexão internacional subjacente à relação jurídica.

Sempre houve dificuldades em se delimitar o objeto do DIPr, pairando dúvidas sobre sua unidade e cientificidade³³.

Sob uma ótica privatista, o DIPr diz respeito ao conjunto de possíveis soluções para o caso de conflitos de leis, oferecidas pelos ordenamentos nacionais às relações jurídicas de caráter privado que geram efeito em mais de uma ordem jurídica ao mesmo tempo.

Sob uma dimensão publicista, o DIPr refletiria um conflito de soberanias legislativas enfatizado pela concorrência entre competências internacionais.

Por último, sob uma ótica internacionalista, a matéria compreenderia as relações jurídicas entre sujeitos de direito, resultando na tutela de direitos no plano internacional e no plano extraterritorial³⁴. Essa última visão é a que mais se adéqua ao presente trabalho.

Para alguns, a questão a ser resolvida pelo DIPr é essencialmente um problema de *choice of law*³⁵, para outros, é possível pensar a disciplina sob dois prismas: o unilateralista e o multilateralista³⁶.

³¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado* cit., p. 38.

³² Idem, p. 42.

³³ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 21.

³⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., p. 14.

A corrente multilateralista, a mais antiga entre as duas, entende que o DIPr deveria encontrar a lei aplicável à lide pluriconectada, conforme a concepção de centro de gravidade da norma. Essa teoria, erigida por Savigny, será objeto de análise mais pormenorizada adiante.

Para os filiados à corrente unilateralista, entretanto, o DIPr realizaria uma comparação entre as leis dos sistemas legislativos divergentes e conectados à relação jurídica sob análise, indagando qual seria a extensão de aplicação da lei nacional.

Apesar das divergências quanto ao objeto da disciplina, a maioria dos estudiosos entende que suas normas se destinam a regular conflitos de leis no espaço, e isso sempre pressupõe fatos juridicamente relevantes com conexão internacional. Assim, para que o juiz da *lex fori* aplique a norma de seu ordenamento jurídico a um caso concreto com conexão internacional, será necessário analisar a sobreposição das normas de direito nacional e estrangeiro, e decidir qual deverá ser o ordenamento que se aplicará à lide em análise.

Contemporaneamente, o objeto do DIPr foi se expandindo e é possível falar que houve uma renovação e ampliação dele dentro do panorama de um chamado “novo Direito Internacional Privado”³⁷.

Com efeito, para além de toda a doutrina que se erigiu em torno do conflito de normas e de determinação da lei aplicável, o novo DIPr busca resolver conflitos mais abrangentes e que também decorrem da descontinuidade espacial dos ordenamentos jurídicos.

Nesse tocante, as relações transnacionais³⁸ que são objeto de análise na presente dissertação mudaram e continuam a influenciar as mudanças que perpassam o novo Direito Internacional Privado, trazendo o homem e suas relações para o centro de suas preocupações.

Nesse sentido, é possível notar um crescente número de normas emanadas por entes privados e pelo fortalecimento de entidades internacionais voltadas para a uniformização do direito – a exemplo da UNCITRAL, UNIDROIT, CCI (Câmara de

³⁵ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado* cit.

³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., p. 15.

³⁷ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 20-25.

³⁸ O conceito de direito transnacional será investigado no segundo capítulo deste trabalho.

Comércio Internacional de Paris) e CIDIPs (Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado), além das diversas câmaras de arbitragens ao redor do mundo.

Todas essas novas fontes normativas serão objeto de análise mais detida nos tópicos a seguir, a fim de que o leitor sedimente as bases fundantes do Direito Internacional Privado para, mais adiante, se apropriar das transformações sentidas pela matéria na atualidade e ter condições de perquirir qual a possível repercussão que elas vêm promovendo sobre o arcabouço teórico da disciplina.

1.2 O objeto do Direito Internacional Privado

Na contemporaneidade, o objeto do Direito Internacional Privado se vê coordenando a aplicação de normas no espaço em três momentos: (i) na determinação da lei aplicável; (ii) na fixação da jurisdição; e (iii) na cooperação jurídica internacional³⁹.

Apesar da importância da nacionalidade e da condição jurídica de estrangeiro como temas circunscritos à matéria, a maior parte dos doutrinadores entende que tanto a nacionalidade – como critério de determinação da lei aplicável – quanto os direitos adquiridos por um estrangeiro em seu Estado patrial – de modo a serem invocados em outro Estado – são tópicos melhor abordados pela doutrina constitucional ou do direito internacional público⁴⁰, do que pelo Direito Internacional Privado.

Tendo em vista que até meados do século XX o DIPr incluía, ainda, temas de direito público⁴¹, contemporaneamente legou-se à matéria a análise do fato transnacional de direito privado⁴².

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89246>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁴⁰ Pimenta Bueno, responsável pela primeira obra de Direito Internacional Privado no Brasil em 1863, sustentava que a disciplina englobaria matérias de direito civil, estritamente privatistas, mas também de direito administrativo, essencialmente publicistas. Como citado anteriormente, essa também foi a concepção encabeçada por Irineu Strenger já no século XX, em meados da década de 70. Vide: RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado cit., p. 599.

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. *Ibidem*.

⁴² Segundo Horwitz, a pretensão de se separar o direito público do privado guarda relação com a tentativa também obsessiva de separar Direito e Política (HORWITZ, Morton J. The history of the public/private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1423-1424, 1982).

É sabido que correu em paralelo ao século XX uma intervenção maior do Estado na economia, e, com isso, um esvaziamento da tradicional dicotomia entre direito público e direito privado⁴³.

Com efeito, o DIPr se privilegiou não apenas do estado regulador interferindo no domínio econômico, mas também do movimento de liberalização do comércio a partir da década de 1960, com a internacionalização das relações⁴⁴.

Segundo André Jean Arnaud:

A palavra “internacionalização” seria, aliás, um termo mais familiar para os juristas do que “globalização”, ou até mesmo “mundialização”. Entretanto, quando se diz hoje em dia que o comércio é “internacionalizado”, a expressão faz referência a toda uma rede de noções cujo núcleo é a ideia de “nação”. “Internacional” [com o prefixo “inter” e o radical “nação”] supõe a existência de relações necessárias entre nações – ideia que precisamente a globalização desafia. “Internacional” não é “global”.

Assim, o fato jurídico privado de natureza internacional passou a ser entendido de maneira mais ampla, tangenciando outros ramos do direito e não se restringindo, tão somente, ao direito civil, como na fase anterior.

De fato, o DIPr estuda a regência de fatos multilocalizados que interessam ao indivíduo como um todo. Sua esfera de proteção seria substancialmente reduzida caso não houvesse a possibilidade de se aplicar o direito estrangeiro em áreas além do direito civilista tradicional⁴⁵.

Por tudo isso, a contemporânea visão sobre o objeto do DIPr é perpassada por um pluralismo de objetivos, valores e fontes⁴⁶, que serão objeto de estudo mais aprofundado no segundo capítulo, em linha com a ideia defendida por Maristela Basso e Haroldo Valladão,

⁴³ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1988; SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; MUIR WATT, Horatia. Droit public et droitprivédans les rapports internationaux (versunepublicisation des conflits de lois ?). *Archives Philosophiques du Droit*, t. 41, 1997, p. 207-214.

⁴⁴ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 15.

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado cit., p. 600.

⁴⁶ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 20-25.

em que a matéria restaria frustrada e reduzida se em uma dada divergência legislativa o objeto do DIPr se limitasse às matérias que fossem estritamente privatistas⁴⁷.

Com efeito, o Direito Internacional Privado, diante dessa nova perspectiva de pluralidade de fontes e método, depara-se, hodiernamente, com a necessidade de perquirir sobre sua própria evolução doutrinária e sobre sua clássica forma de resolução do conflito de normas no espaço: estaria obsoleto o método conflitual do DIPr ou se trata apenas de reorientar o mesmo método para os novos problemas que se apresentam na contemporaneidade?

Embora o tema seja atual e instigante, não se tem a pretensão de desprezar os ganhos desenvolvidos pela doutrina jusprivatista internacional clássica, ou tampouco menosprezar o aporte teórico erigido pelos grandes estudiosos do DIPr na chamada Parte Geral da disciplina.

Nesse tocante, a maior limitação da presente pesquisa é justamente conjugar os esforços de uma visão dita mais tradicional com uma visão mais heterodoxa, a bem de se perquirir como melhor endereçar a solução dos conflitos multiconectados na atualidade.

1.3 Origem, histórico e fundamentos do Direito Internacional Privado

Em que pese toda a divergência teórica sobre o surgimento do DIPr – para uns, dividido entre um período jurisprudencial que vai da primeira metade do século XIII e fim do século XVIII até a fase das escolas estatutárias europeias⁴⁸, e para outros, a completa inexistência de uma doutrina de Direito Internacional Privado antes da Alta Idade Média⁴⁹ –, o fato é que apenas com a vida social fundada numa economia sedentária e concentrada em torno de um castelo, de uma abadia ou de um burgo⁵⁰ e, portanto, com a fragmentação do poder político é que foram fincadas as bases dos costumes tipicamente territoriais.

Com a crescente mobilidade das pessoas e seus bens ao longo dos séculos, assim como as trocas comerciais decorrentes desses fluxos migratórios, foi se erguendo uma teoria

⁴⁷ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado* cit., p. 41-43.

⁴⁸ Idem, p. 45.

⁴⁹ AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6. ed. Paris: Economica, 2000. p. 58.

⁵⁰ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

jurídica cujo pressuposto era a resolução dos conflitos decorridos dessa mobilidade humana. As normas jurídicas que regiam tais fatos, contudo, eram locais, limitadas ao território de cada Cidade-Estado.

Dado que as relações jurídicas que amoldam esses fluxos podiam ser resolvidas por qualquer um dos ordenamentos jurídicos em contato, gerava-se um concurso positivo de normas, e uma indagação primordial: qual das normas deveria ser escolhida para reger tais situações? Surge, então, a necessidade de coordenação da regência sobre esses fatos que envolviam diferentes localidades, o que explica a consolidação de um novo ramo do Direito – o Direito Internacional Privado⁵¹.

De início, como se verá adiante, o DIPr ficou restrito ao tratamento dado aos estrangeiros e seus direitos, bem como a algumas regras para determinar a regra aplicável no caso de concorrência de leis no espaço, temas desenvolvidos pelas Escolas Estatutárias.

Com efeito, a esse concurso de normas de incidência sobre um mesmo fato internacional chamou-se de “conflito de normas no espaço”, delineando um Direito Internacional Privado conflitual, com forte tendência ao estudo da escolha da lei aplicável diante de fatos de direito privado vinculados a mais de um ordenamento.

Por conseguinte, o Direito Internacional Privado se erigiu em torno de normas internas que apontavam a visão de cada Estado sobre a matéria e, portanto, com uma perspectiva essencialmente territorial.

Após a crise de 1929, essa visão clássica sofreu uma revisão, a começar pelo estudo da matéria nos Estados Unidos (a chamada “revolução americana”⁵² do Direito Internacional Privado), que não será objeto de estudo na presente dissertação.

O estudo das fases históricas do Direito Internacional Privado de matriz europeia – o sistema continental europeu, que influenciou a América Latina e, notadamente, o Brasil, objeto central de análise deste trabalho – pode, então, ser assim sistematizado: (i) a fase

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Secr. Trib. Revis.*, ano 3, n. 5, 2015, p. 424. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-direito-internacional-privado-e-consagra%C3%A7%C3%A3o-do-conflitualismo>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

⁵² Sobre o Direito Internacional Privado norte-americano, ver: JUENGUER, Friedrich K. A third conflict restatement? cit.; COX, Stanley E. Back to conflicts basics cit.

precursora (Antiguidade até a Idade Média Europeia); (ii) a fase iniciadora (final da Idade Média europeia até o início do século XIX); (iii) a fase clássica (século XIX até meados do século XX); e a (iv) fase contemporânea (meados do século XX até o atual momento)⁵³.

1.3.1 A fase precursora

A primeira fase, ainda que controvertida, enxerga no *jus gentium* romano um antecedente do DIPr, uma vez que ele consistia, inicialmente, no conjunto de regras aplicadas aos peregrinos – cidadãos livres, mas não romanos.

Apesar de formar um conjunto de normas materiais e não indicativas do direito material, o *jus gentium* seria um embrião do uso do direito uniforme, como uma possível forma de coordenação dos diferentes sistemas jurídicos⁵⁴.

Com a chegada dos bárbaros e a desintegração do sistema jurídico romano, várias ordens jurídicas emergiram vinculadas aos povos ocupantes e com aquela que seria a característica mais marcante do DIPr até meados do século XX: o forte apelo territorial de suas normas⁵⁵.

O regime feudal serviu de panteão para o apelo às regras e costumes de cada localidade, e, a partir dessa fragmentação do poder político e territorial, passaram a surgir dúvidas sobre o direito aplicável a situações envolvendo dois ou mais ordenamentos⁵⁶.

Nesse momento, consagra-se a aplicação do direito do intérprete local, a chamada *lex fori*, com o evidente apelo territorial e até mesmo uma rejeição ao direito estrangeiro.

Com o renascimento comercial que começa a se delinear ainda no século XI, as cidades-estados italianas, principalmente, passaram a consolidar regras próprias com forte influência do antigo direito romano codificado por Justiniano.

Em virtude do aumento da mobilidade urbana e dos intercâmbios comerciais, começam a surgir reações contra o uso exclusivo da *lex fori*.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo cit., p. 425-441.

⁵⁴ Idem, p. 427.

⁵⁵ Idem, p. 428-429.

⁵⁶ GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé cit., p. 291-400.

Para os comerciantes da época, que projetavam seus negócios para além de suas localidades de origem, havia o receio de se subordinar totalmente às leis locais. Dados os interesses econômicos subjacentes, portanto, consolidou-se a ideia de que há um limite máximo de alcance de uma norma e que não se poderia vincular aqueles que não têm relação com determinada localidade a tal produção normativa. É desse período a famosa indagação do glosador Acúrsio sobre qual lei deveria ser aplicada em Módena a um indivíduo oriundo de Bolonha⁵⁷.

1.3.2 A fase iniciadora – as Escolas Estatutárias

Com a consolidação efetiva do renascimento comercial, dos intercâmbios de valores e mercadorias no século XIV, os comerciantes da época já começavam a advogar a possibilidade do uso da nacionalidade como elemento de conexão que afastasse a aplicação da lei do foro, sempre que alguma controvérsia comercial ocorresse em uma localidade distante daquela de sua origem, e, claro, caso sua lei patrial lhe fosse mais benéfica.

Como mencionado, com a divisão do Império Romano e o apogeu do Império Bizantino (Império Romano do Oriente), houve algumas codificações e intervenções nos textos que integravam o direito romano a bem de se publicar aquele que seria o “Código de Justiniano”.

Durante a Idade Média, o Código de Justiniano foi redescoberto e reutilizado sob a alcunha de *Corpus Juris Civilis* – união entre *Digesto*, *Constitutiones*, *Istitutas* e *Novellae Constitutiones*⁵⁸, sobretudo pela Escola de Bolonha, onde a elite financiava o estudo da obra justiniana com o intuito de oferecer um substrato jurídico aos seus negócios⁵⁹.

As notas explicativas àquele texto tradicional foram denominadas *glosas* e, assim, os glosadores impuseram não só uma nova interpretação ao Código, mas também alterações que tornaram definitivas, à época, a interpretação que se deu ao *Corpus Juris Civilis*⁶⁰.

⁵⁷ ARROYO, Diego P. Fernández. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed., 2003. p. 39.

⁵⁸ LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos* cit., p. 38.

⁵⁹ Idem, p. 39.

⁶⁰ O crescente comércio e a fragmentação do Império Romano-Germânico incentivaram os juristas da época a tecerem comentários ao Código de Justiniano, mas desvinculados da glosa. A figura central da Escola dos

Com o desenvolvimento da codificação romana associada aos estatutos (regras legais ou costumeiras principalmente das cidades-estados italianas) que emergiam com o crescente comércio entre as diferentes regiões europeias, o conflito de normas passou a ser cada vez mais comum e diversos estudiosos surgiram tentando dar solução aos conflitos pluriconectados.

Assim, entre os séculos XIV e XVIII, o comércio internacional entre as diferentes regiões europeias passou a ser regido por leis e costumes próprios de cada localidade, e que muitas vezes colidiam entre si quando da resolução de um caso concreto. A esse período determinou-se chamar, pela teoria do DIPr, de *período estatutário*.

A característica fundamental do período estatutário foi a adoção de um ponto de partida único (a norma jurídica) para a solução de determinados conflitos de leis no espaço. Ao invés de se partir da análise das relações jurídicas, como defendeu Savigny séculos depois, ou da análise dos direitos subjetivos em questão, os juristas estatutários consideravam apenas as leis em causa, determinando-lhes sua extensão e campo de aplicação.

1.3.3 A consolidação do DIPr – a fase clássica

Em meio à consolidação do capitalismo industrial europeu e do ambiente cientificista que emergia com a revolução dos meios de produção, o Direito Internacional Privado finalmente se firmou e introduziu um sistema de regras de regência dos fatos multilocalizados.

Desse modo, a abordagem metodológica baseada na análise da natureza de cada relação jurídica, a fim de determinar-lhe seu “centro de gravidade”, ou a sede dos seus acontecimentos, proposta por Savigny⁶¹, foi inaugurada com o chamado “método conflitual clássico” que perdura até os dias de hoje em boa parte da Europa e América Latina, com poucas alterações.

A teoria de Savigny ancorou os principais fundamentos da disciplina e conduziu a travessia entre a passagem de um sistema de personalidade das leis para um sistema

Comentadores ou pós-glosadores foi Bártolo de Sassoferrato, que obteve grande êxito no avanço do estudo da codificação romana. Vide: CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado* cit., p. 145.

⁶¹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do direito romano atual*. Florianópolis: Unijuí, 2016. v. VIII.

territorialista da norma, que se erigiu sob o conceito de soberania e se equilibrou entre as constantes tensões entre particularistas e universalistas⁶².

Rompeu-se, assim, com as bases principiológicas das teorias estatutárias que mantinham o foco na norma e nos seus limites de aplicação territorial ou extraterritorial. Aqui, a solução dos conflitos de normas não mais se resumia à análise das leis em causa, com o intuito de se determinar o seu raio de alcance. Agora, passava-se a considerar a natureza de cada relação jurídica, buscando-se para a relação multiconectada a solução que lhe fosse mais conveniente⁶³.

Além de Savigny, existiram dois outros grandes expoentes desse período: Pasquale Mancini, com uma visão mais internacionalista e que chegou a defender na época a aceitação pelo Estado nacional da aplicação de norma estrangeira, e Joseph Story⁶⁴, um dos maiores expoentes e fundadores da escola norte-americana de Direito Internacional Privado.

Adiante, quando se analisar a evolução do método conflitual clássico europeu, voltaremos a tratar de alguns desses estudiosos.

1.3.4 *A fase contemporânea do DIPr*

O alvorecer do Direito Internacional Privado no século XIX, e até o início do século XX, tinha como objetivo gerir a forma pela qual o Estado realizava a aplicação da lei estrangeira e a escolha da jurisdição.

Tal objetivo nunca foi desenvolvido de maneira neutra⁶⁵, típico de uma fase na qual o capitalismo industrial consagrava apenas uma igualdade formal entre os indivíduos, sendo orientado à época por valores europeus que fundaram a produção de suas normas internas e internacionais.

⁶² MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit International Privé*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 2007. p. 50.

⁶³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do direito romano atual* cit.

⁶⁴ Juiz da Suprema Corte norte-americana em meados do século XIX, Story deu grande contribuição à disciplina ao substituir o fundamento da cortesia internacional para a aplicação de leis estrangeiras pela noção de que a aplicação do direito estrangeiro se faz na busca pela boa justiça. Para mais informações, vide: DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., p. 82.

⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo* cit., p. 441.

Com efeito, a escolha da lei e da jurisdição pouco considerava o resultado finalístico da norma, salvo, excepcionalmente, quando houvesse violação à ordem pública⁶⁶.

É dessa época a maior codificação internacional da primeira metade do século XX: a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado – o Código Bustamante, que será objeto de investigação mais detida quando analisarmos o método conflitual na América Latina.

É na segunda metade do século XX, contudo, que surge um novo momento histórico para o DIPr.

Com o desenvolvimento do comércio internacional e sua autonomia como disciplina dentro do campo teórico do direito internacional, assim como com a independência do direito internacional do trabalho e do comércio internacional, mencionado anteriormente, a doutrina jusprivatista internacional clássica tem seu vetor metodológico reorientado e presencia a emergência de novos agentes privados e organismos internacionais atuando na criação de regramentos paralelos e autônomos ao ordenamento estatal.

De lá para cá, o contexto se tornou ainda mais multifacetado e complexo e as últimas décadas do século XX estamparam que o direito é um sistema aberto a valores e interpretações, e não tão neutro como se queria acreditar outrora.

Com efeito, o Direito Internacional Privado clássico, inserido nesse atual contexto, vem experimentando uma possível insuficiência metodológica, advinda do contemporâneo pluralismo das fontes jurídicas, de métodos e de fenômenos privados de construção normativa⁶⁷, que se identificam com um direito transnacional⁶⁸.

⁶⁶ Segundo Maristela Basso, a ordem pública é noção de foro íntimo do intérprete que, em seu convencimento e decisão, no caso dos magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma nação. A noção de ordem pública deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado constituído (BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 379).

⁶⁷ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 11, n. 1, p. 118, 2013.

⁶⁸ No segundo capítulo do presente trabalho, o chamado “direito transnacional” será mais bem definido. Para fins metodológicos, contudo, entende-se o direito transnacional como uma ordem normativa composta por regramentos que não se limitam às normas emanadas do direito estatal, seja no âmbito interno (normas domésticas), seja no âmbito internacional (tratados e convenções internacionais).

É certo também que a matéria vem presenciando o protagonismo de princípios flexibilizadores⁶⁹, que pleiteiam em última análise, uma solução material do conflito pluriconectado, preocupação inexistente nos períodos anteriores.

Todas essas mudanças estruturais trazidas pela internacionalização das relações jurídicas e dos meios de produção afetaram intensamente a concepção tradicional do Direito, em especial do direito internacional, e do fundamento legitimador de suas regras⁷⁰.

Por trás dessa nova perspectiva tem-se um desejo de mais autonomia diante da regulação tradicional e da incredulidade no Estado como grande solucionador de controvérsias, espírito legado pelo Iluminismo e pelas grandes narrativas do século XIX⁷¹.

O alto investimento em segurança jurídica, racionalidade e organização, legados de valor inestimável advindos do Direito Internacional Privado clássico e da modernidade, não só deixou de resolver as grandes questões contemporâneas, como o paradigma de outrora se deslocou para a liberdade e para a autonomia da vontade.

Nesse sentido, Ralf Michaels alerta que o Direito Internacional Privado não mais se trata de pura técnica⁷².

A necessidade de uma teoria própria tornou-se premente e aguda novamente, tal qual o caldeirão sociológico que deflagrou a mudança paradigmática no século XIX, e isso

⁶⁹ Nesse sentido, ver o conceito de “princípio da proximidade” proposto por Dolinger (DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado – o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, jan.-mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45129>>). Acesso em: 18 ago. 2017.

⁷⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 23-28.

⁷¹ No posfácio de “A condição pós-moderna”, Silvano Santiago escreveu que, “Aos olhos revolucionários, a pós-modernidade é reformista. Aos olhos iluministas ela é uma freguesa contumaz, ou seja, mais uma rebelião anárquica de irracionalidade. Aos olhos verdadeiramente modernos, ela é apenas modernizadora. Porém, aos seus próprios olhos, é antitotalitária, isto é, democraticamente fragmentada, e serve para afiar nossa inteligência para o que é heterogêneo, marginal, marginalizado, cotidiano, a fim de que a razão histórica ali enxergue novos objetos de estudo. Perde-se a grandiosidade, se ganha a tolerância. Em lugar do dever histórico do homem, tem-se a integração plena do cidadão em comunidades. E é a estas placas (a palavra é de Lyotard) de sociabilidade que se dirige o olhar pós-moderno, buscando compreendê-las ao mesmo tempo na sua autenticidade e na sua precariedade. A grande questão para Lyotard é a de saber como, descartados os metarrelatos legitimadores do bom, do justo, e do verdadeiro, constituir formas de legitimação da nova ordem mundial” (SANTIAGO, Silvano. Prefácio. In: LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4).

⁷² “(...) conflict of laws is not ‘merely’ about pure technicalities; the need for a proper theory becomes acute again” (tradução livre) (MICHAELS, Ralf. After the revolution – decline and return of U.S. conflict of laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11, 2009, p. 22).

poderia ser comprovado, em particular, por meio de uma análise interdisciplinar sobre a disciplina⁷³.

O autor ressalta que os atuais lineamentos do DIPr abrem um novo potencial para um arcabouço teórico da disciplina, levando-se em consideração uma abordagem multidisciplinar que contemple a relação entre direito, economia e ciências políticas, além do pluralismo legal emergido principalmente da antropologia com seus componentes cosmopolita e pluralista, revigorando o debate metodológico em torno dos fatores tradicionais da disciplina: o interesse governamental e as conexões territoriais⁷⁴.

Existe na atualidade uma série de fontes materiais de Direito Internacional Privado que se contrapõem à clássica noção trazida pela Teoria do Direito⁷⁵, em que se concebem as fontes normativas de maneira hierarquizada segundo o *status*, a especialidade e a temporalidade dentro do ordenamento jurídico, e fruto do poder legislativo dos Estados nacionais⁷⁶.

Essas novas fontes serão objeto de estudo na presente dissertação, como evidência da flexibilização dos modelos formais de produção do direito que vem promovendo uma série de novos desafios, que se apresentam agora para o jusinternacionalista contemporâneo⁷⁷.

Nessa linha, o segundo capítulo desse estudo se propõe a investigar o fenômeno da internacionalização do direito como grande protagonista dessa mudança e como ele se reflete no pluralismo das fontes do DIPr.

Contemporaneamente, a produção hierárquica das normas cedeu espaço à produção heterárquica, a soberania do Estado-nação vem presenciando a autonomia de ordenamentos infraestatais, enquanto a racionalidade do ordenamento jurídico positivista elasteceu sua concepção para uma multiplicidade de lógicas setoriais pouco coordenadas⁷⁸.

⁷³ MICHAELS, Ralf. *After the revolution* cit., p. 23.

⁷⁴ *Idem*, p. 26.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷⁶ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 34.

⁷⁷ *Idem*, p. 35.

⁷⁸ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. *A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa* cit., p. 120.

O papel crescente de fontes normativas autônomas e infraestatais evocou o recuo de um Estado visível por meio da normalização⁷⁹ e da certificação, associadas, em contrapartida, a uma intensa aproximação do setor privado com os poderes públicos na produção do Direito⁸⁰.

Conquanto ainda seja pouco claro quais são e como atuam, é certo que essa segmentação e o aumento do número de agentes caracterizam o tempo (histórico) e o contexto (cultural) do qual emergem⁸¹, pleiteando na atualidade uma reconsideração sobre a função do Direito no comando das sociedades contemporâneas.

Para alguns autores, trata-se da crise dos direitos nacionais⁸² e da soberania estatal sobre o monopólio da legalidade jurídica na produção e na distribuição das leis. Para outros, é apenas uma evidência de que a regulação tradicional sozinha não mais atende às necessidades próprias da sociedade de consumo⁸³.

O Direito Internacional Privado, diante dessa nova perspectiva de pluralidade de fontes normativas e de entes não estatais como entidades legitimadoras da produção jurídica, depara-se com a necessidade de perquirir sobre como conciliar e harmonizar – ou não – esse novo arcabouço legal com o seu antigo papel, entendendo quais as reais implicações desse pluralismo de fontes sobre seu método conflitual clássico.

1.4 As fontes tradicionais do Direito Internacional Privado

O sentido jurídico da palavra fonte não difere daquele que lhe é atribuído cotidianamente.

Para o direito, fonte é sinônimo de nascente, origem, causa.

Os veículos ou fontes por meio dos quais o DIPr pode ser revelado são inúmeros, e cresceram quantitativamente nos últimos anos. Assim, far-se-á uma breve incursão sobre a

⁷⁹ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 50-51.

⁸⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit.

⁸¹ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁸² Idem, *ibidem*.

⁸³ Idem.

tradicional classificação das fontes jurídicas da matéria para, em seguida, se investigar o fenômeno contemporâneo do pluralismo jurídico, lugar de onde as fontes do Direito Internacional Privado vêm emanando com mais vigor nas últimas décadas⁸⁴.

No plano internacional, a Teoria das Fontes do Direito almeja justificar a obrigatoriedade de certas regras aos sujeitos de direito internacional e, por isso mesmo, as fontes do DIPr são compreendidas dentro da lógica de interdependência do Estados e de uma perspectiva positivista do direito que, na visão do presente trabalho, não mais endereça a nova engenharia normativa que se amoldou ao DIPr nas últimas décadas.

O Direito Internacional Privado apresenta-se, contemporaneamente, mais denso e complexo em virtude da multiplicação dessa quantidade de sujeitos de direito internacional e do aumento do número de normas, fruto tanto de um processo de autolimitação imposto pelo ente estatal quanto de um processo autônomo, em cuja gênese se encontra manifestações infraestatais públicas e privadas.

Trata-se de um conjunto de normas muitas vezes não cogentes – para muitos chamadas de *soft law*⁸⁵ –, que emolduram de maneira peculiar um direito cada vez mais plural e aberto. Essa nova engenharia normativa será objeto de análise do segundo capítulo da presente dissertação, com o intuito de perquirir, ao final, qual seria sua implicação sobre o DIPr e, especialmente, sobre o seu método conflitual de normas.

Por conseguinte, antes de se investigar a proliferação de fontes jurídicas edificadas por redes de atores infraestatais privados e a flexibilização da produção de normas de Direito Internacional Privado, por meio do aumento significativo do número de regramentos privados transnacionais tendentes à uniformização, o presente trabalho irá se debruçar sobre as tradicionais fontes do DIPr a fim de que, mais adiante, se possa diferenciar a produção erigida até meados do século XX daquela advinda contemporaneamente, à luz do fenômeno da internacionalização do direito.

⁸⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Collection Leçons Inaugurales du Collège de France. Paris: Ed. Fayard, 2003. p. 475-494.

⁸⁵ O conceito de *soft law* será definido no segundo capítulo deste trabalho.

1.4.1 Fontes de origem nacional

1.4.1.1 O direito interno

A primeira das fontes do DIPr – não poderia deixar de ser outra – é aquela considerada mais antiga pela doutrina: o direito interno.

No Brasil, o maior número de normas de Direito Internacional Privado encontra-se na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), que, para além do inquestionável valor dogmático, guarda um provincianismo que já não mais se esculpe à contemporaneidade das relações jurídicas transnacionais⁸⁶.

Além da LINDB, são fontes brasileiras de DIPr a Constituição Federal⁸⁷, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que trata de temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941), a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), entre outras legislações extravagantes.

A dispersão é notória⁸⁸ e não há um único diploma legal que abranja um corpo de normas de Direito Internacional Privado. Com efeito, mesmo a LINDB é insuficiente como corpo normativo, uma vez que sequer foi criada tendo como intuito a adoção de normas de Direito Internacional Privado.

A ideia que constava no anteprojeto de Clóvis Bevilacqua em 1916 tinha como bastião regular o conflito de leis no espaço em matéria de direito civil, tal como primeiramente se chamou (Lei de Introdução ao Código Civil).

⁸⁶ Nesse sentido, Maristela Basso aponta que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 deixou de oferecer soluções consentâneas para os problemas identificados nas relações entre ordenamentos jurídicos, a partir da perspectiva do direito brasileiro atual. E isso tem sido apontado pela doutrina como um dos *déficits* mais significativos da abordagem legislativa nacional em relação àquelas perseguidas por tantos outros Estados e ao movimento de renovação da disciplina impulsionado pelas fontes convencionais e institucionais, sobretudo nos trabalhos da Conferência da Haia, da UNCITRAL, da UNIDROIT, da Comissão Jurídica Interamericana e da Organização dos Estados Americanos (BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 45).

⁸⁷ A Constituição brasileira é fonte do DIPR ao dispor, genericamente, que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX) e também quando estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Vide: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 119.

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

Em 1942, a ditadura Vargas atualizou os comandos de DIPr (Decreto-Lei 4.657/1942) da LICC e, em 2010, houve apenas uma alteração de nomenclatura de LICC para LINDB (Lei 12.376/2010). Apesar da clara desatualização do texto normativo, no Brasil a LINDB ainda é a principal fonte legislativa do DIPr.

1.4.1.2 *A doutrina*

A doutrina tem papel fundamental como poder (re)criativo dentro do direito. Nesse sentido, os trabalhos científicos especializados dedicados ao estudo e práxis do Direito Internacional Privado apontam para a criação de novos modelos hemerêuticos⁸⁹, ainda quem não se possua natureza cogente sobre os indivíduos.

Nesse sentido, a doutrina nacional e principalmente a doutrina internacional assumem papel balizador da jurisprudência do DIPr, sobretudo por conta da codificação difusa da disciplina.

Os trabalhos científicos especializados da doutrina internacional tornaram-se referência para o desenvolvimento do Direito Internacional Privado, sobretudo os trabalhos da academia da Haia, e a função dessa doutrina especializada indica um movimento de atualização e provocação da matéria com importância primordial para a evolução e harmonização dos institutos que integram a disciplina⁹⁰.

1.4.1.3 *A jurisprudência*

Assim como a doutrina, a jurisprudência, sobretudo a internacional, aponta para a importância de diversas decisões e mecanismos para solução de litígios pluriconectados⁹¹.

Os tribunais e juízes nacionais e estrangeiros colaboram em grande medida para a sedimentação da experiência da disciplina, com a formulação indireta em suas decisões de diretrizes para a interpretação das normas de DIPr, sobretudo quando a solução do litígio transfronteiriço reclama a aplicação do direito estrangeiro e não da *lex fori*.

⁸⁹ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 104.

⁹⁰ Idem, p. 105.

⁹¹ BASSO, Maristela. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

Assim, casos envolvendo questões matrimoniais, sucessões de bens localizados no exterior, contratos internacionais, responsabilidade por danos que envolvam mais de uma jurisdição (ocorrência e efeito), entre outros, empurram a jurisprudência dos tribunais à necessidade de adaptação diante da rigidez das normas de DIPr e do método conflitual clássico⁹².

Vale ressaltar que, até a década de sessenta do século XX, a doutrina não era considerada fonte do direito no Brasil⁹³, e, como tal, não servia de parâmetro balizador de como se enxergava o Direito em si e qual interpretação se dava ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, com o avanço da contemporânea hermenêutica e das teorias sobre a decisão judicial, a maneira como o juiz decide passou também a ser valorada como importante substrato de que roupagem se dá ao Direito, e, nesse caso, que roupagem se dá ao Direito Internacional Privado. Afinal, decidir é, ao mesmo tempo, um modo de escolher e também uma maneira de se relacionar com o mundo, ou seja, uma forma de encetar a ação e o Direito⁹⁴.

1.4.1.4 O costume

O costume constitui-se como o comportamento adotado de maneira reiterada e generalizada de forma unânime, ante a convicção de sua obrigatoriedade (*necessitatis*).

O costume é uma das principais fontes do DIPr e um dos principais métodos de integração subsidiária autorizada pelos ordenamentos nacionais. A lição doutrinária tradicional ensina que o uso constitui simples fato e não é direito, ao passo que o costume só seria fonte do direito quando reconhecido pelo Estado⁹⁵.

Nesse tocante, o art. 4º da LINDB autorizou expressamente que, diante de omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito

⁹² JUENGER, Friedrich K. The problem with private international Law. In: BASEDOW, Jurgen et al. (ed.). *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Asser, I.M.C, 2000. p. 289 e ss.

⁹³ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. I, p. 16.

⁹⁴ Nesse sentido, muito mais do que a obediência às normas jurídicas, na decisão judicial está presente a própria produção do direito. Vide: MONTEIRO, Claudia. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em 25.08.2017.

⁹⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 95.

– todas constituindo importantes fontes normativas da matéria, eis que suprem as lacunas da lei.

O costume tem idêntico valor no plano do Direito Internacional Privado, desde que no direito estrangeiro aplicável se lhe atribua o mesmo valor de fonte do direito. Conclui-se, portanto, que a prova dos usos e costumes comerciais de Estados estrangeiros se submete aos mesmos meios de prova do direito estrangeiro em geral.

1.4.2 Fontes de origem internacional

Os tratados e convenções internacionais são considerados as principais fontes internacionais do DIPR, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, e principalmente por serem considerados meios idôneos de criação de um direito uniformizado, refletindo a dinâmica de ação dos estados na consolidação e convergência de soluções substantivas e procedimentais para várias áreas do direito⁹⁶.

As fontes internacionais constituem um consenso sobre a necessidade de regulamentação dos casos pluriconectados, especialmente aqueles que reclamam uma solução conjunta dos Estados, e dos problemas de distribuição da justiça no mundo.

A adoção de tratados e convenções levou, em grande medida, a uma indiscutível substantivação das normas de conflitos.

As fontes de origem internacional possuem caráter legislativo – como os tratados e convenções (ratificados ou não) –, caráter doutrinário – principais textos científicos de alguns países –, e também jurisprudencial – como o trabalho dos tribunais internacionais, a Corte Internacional de Justiça, os tribunais *ad hoc* de arbitragem, a CCI de Paris e as cortes regionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou a Corte Europeia de Direitos Humanos⁹⁷.

Apesar da participação do Brasil em foros internacionais dedicados à uniformização do DIPr somente ter ocorrido a partir da década de 1990, algumas convenções passaram já a constituir importantes fontes da matéria.

⁹⁶ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 52.

⁹⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

Dentre as fontes convencionais destacam-se os tratados e convenções de DIPr da Haia – que contribuíram, sobremaneira, para o adensamento das fontes convencionais do DIPr no Brasil e no mundo – e as convenções do UNIDROIT⁹⁸ ratificadas pelo Brasil nos últimos anos.

Nesse tocante, podemos citar a importante Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores – 1980⁹⁹ e a Convenção relativa à Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção – 1993¹⁰⁰, da Haia, a Convenção sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados – 1999, do UNIDROIT, e, mais recentemente, a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (conhecida como CISG) da ONU¹⁰¹.

À parte as divergências doutrinárias, os tratados não ratificados também constituem importante fonte normativa do DIPr, principalmente aqueles que resguardam direitos fundamentais reconhecidamente protegidos pela ordem internacional. Nesse sentido, Jacob Dolinger apregoa que:

“A falta de ratificação pelos órgãos competentes de cada estado, via de regra, o seu poder legislativo, decorre muitas vezes de problemas internos que não refletem discordância dos especialistas com o texto do acordo”¹⁰².

Daí a importância que deve ser atribuída às convenções assinadas, mesmo não promulgadas pelos governos, e mais ainda àquelas já promulgadas que ainda não entraram em vigor por falta de quórum dos países ratificadores.

⁹⁸ O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, também conhecido como UNIDROIT, é uma organização internacional independente cujo propósito é estudar formas de harmonizar e de coordenar o direito privado entre Estados e preparar gradualmente a adoção, pelos diversos Estados, de uma legislação de direito privado uniforme. Para mais informações, vide: <<http://www.unidroit.org/>>.

⁹⁹ Nesse sentido, ver: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁰⁰ Nesse sentido, ver: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

¹⁰¹ A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias é uma convenção internacional unanimemente aprovada, no dia 10 de abril de 1980, por uma conferência diplomática que contou com a participação de 62 Estados. Com a adesão do Brasil, em 2013, a CISG passa a ser adotada por 79 países que, em conjunto, respondem pela maior parte do valor negociado no comércio mundial. Para mais informações, vide: <<http://www.cisg-brasil.net/a-cisg/>>.

¹⁰² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., p. 73.

1.4.2.1 O papel da Conferência da Haia

O espírito de efervescência em torno do Direito Internacional Privado no século XIX deu origem a um convite feito pelo governo holandês aos Estados europeus para que participassem de uma conferência para a codificação do DIPr em 1892.

Essa conferência se realizou na Haia, em 1893, com a participação de treze Estados e marcou a primeira fase da chamada “Conferência da Haia”, caracterizada por reuniões episódicas de natureza diplomática entre governos¹⁰³.

Essa primeira fase tem uma produção precária e assistemática¹⁰⁴. Somente em 1951, quando se inaugura a segunda fase com a convocação da VII Conferência, é que o encontro toma forma de organização internacional com um *bureau* e perenidade, gozando de um apoio administrativo e segurança¹⁰⁵.

Atualmente, a Conferência da Haia é uma organização intergovernamental composta por mais de sessenta Estados-membros que se reúnem periodicamente com o intuito de unificação progressiva do Direito Internacional Privado.

Além da extensa agenda da Conferência – responsável pela elaboração de relevantes tratados em uma vasta gama de temas e importantes relatórios sobre questões de importância global –, suas convenções assumem importante valor doutrinário dentro das fontes do Direito Internacional Privado.

O Brasil fez parte do Estatuto da Conferência de 1972 a 1978, e voltou a ser parte em 2001, tendo ratificado algumas importantes convenções¹⁰⁶, como (i) a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (incorporada internamente pelo Decreto 3.413/2000; (ii) a Convenção sobre cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional (incorporada pelo Decreto 3.087/1999); (iii)

¹⁰³ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado cit., p. 605.

¹⁰⁴ NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, p. 303-430.

¹⁰⁵ Idem, ibidem.

¹⁰⁶ Sobre a participação do Brasil na Conferência da Haia, vide: RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil. Disponível em: <www.cairu.br/.../Direito/A_Conferencia_%20Haia_Direito_Internacional_Privado1.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

a Convenção sobre obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial; e (iv) a Convenção sobre o acesso internacional à justiça.

1.4.2.2 As fontes comunitárias e regionais

Além das fontes normativas fruto dos tratados e convenções internacionais e produto do esforço de sistematização normativa dos Estados, emergem, ainda, as fontes regionais e comunitárias (a exemplo do Mercosul e da União Europeia) com os diversos protocolos que constituem um importante trabalho de harmonização normativa no âmbito do DIPr.

No âmbito da União Europeia, as fontes comunitárias primárias, tais como o Tratado de Roma de 1957 e o Tratado de Maastricht de 1991, criaram uma importante tradição de cultura constitucional de Direito Internacional Privado europeu na atividade legislativa dos Estados do bloco.

Contudo, somente a partir da década de 1990 que, mais intensamente, o DIPr passou a compor um dos objetivos de harmonização normativa do bloco com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, em 1º de maio de 1999, e com o crescente exercício das competências dos órgãos comunitários (Parlamento, Conselho e Comissão) e da construção da diversidade de normas de conflito de origem legislativa estatal.

Na mesma medida, segundo Maristela Basso, o esforço de harmonização legislativa no Mercosul, apregoado pelo Tratado de Assunção, também buscou alcançar um mesmo patamar mínimo de aprofundamento legislativo de Direito Internacional Privado, como na União Europeia, notadamente, em matéria de responsabilidade civil entre os Estados-membros do bloco¹⁰⁷.

Nos últimos anos foram adotados diversos protocolos no âmbito do Mercosul compreendendo as áreas de direito processual civil internacional (cooperação judiciária e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras), contratos internacionais, responsabilidade civil em acidentes de trânsito e arbitragem comercial internacional.

¹⁰⁷ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 90.

Alguns desses protocolos são extremamente relevantes para o DIPR, a exemplo do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (“Protocolo de Las Leñas”), de 27 de junho de 1992, do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 5 de agosto de 1994, do Protocolo de Medidas Cautelares, de 16 de dezembro de 1994, do Protocolo de São Luís sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidente de Trânsito, de 25 de junho de 1996, do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 23 de julho de 1998¹⁰⁸ e do Acordo do Mercosul Sobre Direito Aplicável Em Matéria De Contratos Internacionais De Consumo, traduzindo-se em nova tentativa de harmonização legislativa consumerista pelo Mercosul, menos ambiciosa que o projeto de Regulamento Comum de Defesa do Consumidor e mais abrangente do que o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo.

Destarte, é possível notar que o fenômeno da integração, da regionalização e da comunitarização dos Estados, tanto na Europa quanto na América do Sul, interferiu decisivamente na dinâmica da produção das normas de Direito Internacional Privado.

Nesse sentido, Maristela Basso apregoa que: “A adoção de tratados e convenções em temas relativos ao direito internacional privado pelos Estados, levou, em grande medida, a uma indiscutível ‘substantivação’ das normas de conflito”¹⁰⁹.

Tal fenômeno enseja maior complexidade sociológica de definição e não será objeto de análise detalhada no presente trabalho.

Nesse tocante, a internacionalização do direito como recorte jurídico inserido dentro do movimento de mundialização do espaço e das relações será objeto de estudo no segundo capítulo desta dissertação, aliado à investigação sobre amplitude das novas fontes normativas do DIPr¹¹⁰.

¹⁰⁸ Para saber os decretos de incorporação desses Protocolos e mais informações sobre as fontes convencionais do Mercosul para o DIPr, vide: BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 91.

¹⁰⁹ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 55.

¹¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado* cit., p. 598.

1.4.2.3 As fontes institucionais e normas narrativas

Tendo em vista a flexibilização dos modelos formais de produção do direito, as fontes institucionais e as normas narrativas compreendem uma ampla categoria de fontes materiais do DIPr que se contrapõem à noção tradicional de formação da norma jurídica.

Tais fontes são as que nos interessam no presente trabalho.

Para alguns juristas, essas fontes seriam uma espécie de *soft law*, expressão que designaria leis cujo valor normativo seria limitado por não possuírem natureza cogente, e por não estarem adstritas à tradicional teoria das fontes normativas, concebida em suas relações de hierarquia e eficácia. Ou seja, *a priori*, pelo fato de essas normas não gerarem comandos obrigatórios no campo do direito positivo¹¹¹.

Essas novas fontes serão estudadas no segundo capítulo deste trabalho.

Nesse rol podem ser incluídas as recomendações, diretrizes, códigos de conduta, leis-modelos, guias e princípios que, à primeira vista, não são vinculativos, mas influenciam e inspiram o processo legislativo dos Estados e a negociação de tratados e convenções, além de servir de referencial para a atuação do juiz nacional e das partes no caso concreto¹¹².

Apesar de ter sido amplamente difundida, a expressão *soft law* enseja um paradoxo que advém do fato de que o direito representa, em linhas gerais, algo obrigatório, capaz de impor sanção, e, portanto, oposto a algo flexível e aberto¹¹³.

¹¹¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado cit., p. 600.

¹¹² BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 106.

¹¹³ Para Kelsen, o caráter de fonte de direito implica um fundamento de validade formal, que independe dos elementos materiais da norma. Assim, a norma jurídica é um *dever-ser* e seu conteúdo pode ser um comandar, um permitir e um conferir competência, e eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma implica a incidência de uma sanção. Na mesma linha, Bobbio entende o fenômeno jurídico por meio de uma metodologia capaz de isolar o seu objeto (o Direito) das questões filosóficas ou ideológicas, centrando também a norma jurídica em sua investigação. Diferentemente de Kelsen, entretanto, Bobbio procura observar a norma jurídica em sua essência de permitir, proibir ou obrigar. Para o autor, a norma jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada. No entender de ambos os estudiosos, as normas desvinculadas de sanção institucionalizada não se enquadram como jurídicas, podendo, no máximo, ser tidas como normas morais. Nesse sentido, vide: KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 6; e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 27-28.

Nesse tocante, há que se perguntar se o adjetivo *soft* qualifica-se como mais adequado para diferenciar as fontes institucionais e normas narrativas do DIPr da outra acepção usual (a chamada *hard law*).

Com efeito, antes de se qualificar as normas narrativas e institucionais, é preciso que o jurista faça uma escolha interpretativa: se admitida a *soft law* como fonte normativa, deve, então, ser identificada como norma diferente das leis usuais, por não ser obrigatória.

Se considerada como um não direito, constata-se que as regulamentações se ampliam de maneira, aparentemente, não jurídica. Essa temática será aprofundada mais adiante.

Nesse contexto, algumas escolhas são indispensáveis e a primeira escolha do presente trabalho está em considerar que o direito vai além do obrigatório.

Sendo assim, as normas narrativas e institucionais se configuram como expressão jurídica relevante e instrumento de tamanha importância que ampliou, sobremaneira, as fontes normativas do Direito Internacional Privado.

Tais instrumentos serão objeto de estudo detido no segundo capítulo, uma vez que se acredita terem emergido do fenômeno da internacionalização do direito e da técnica flexível e mais informal de produção normativa, aventando, quiçá, uma possível tentativa de substantivação das normas de DIPr¹¹⁴.

1.4.2.4 O direito transnacional e a nova *Lex Mercatoria*

O direito transnacional encerra diferentes acepções para a doutrina especializada e será abordado com mais vigor no segundo capítulo do presente trabalho.

Em meados do século XX, esse termo englobaria o conjunto de normas nacionais e internacionais – sobretudo advindas de atores privados, que regulam ações ou acontecimentos que transcendem as fronteiras nacionais¹¹⁵.

¹¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado cit., p. 599-600.

¹¹⁵ JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2.

Importante notar que seu pressuposto da existência é uma realidade econômica e social nascida no movimento de pessoas, bens e tecnologias, anteriores ao término da Segunda Guerra Mundial¹¹⁶. Essa nova realidade teria ensejado a emergência da *nova Lex Mercatoria*, definida como o conjunto de práticas advindas do comércio internacional, que se constituiriam no exemplo mais marcante de normas de direito transnacional.

Dentro desse contexto, vários são os autores que chegam a proclamar e defender o surgimento de um direito específico para essas relações comerciais internacionais, desvinculado dos direitos nacionais¹¹⁷.

Essa relação supranacional, estabelecida no seio da grande sociedade dos comerciantes internacionais, busca uniformizar as regras jurídicas e contratuais de sua própria e específica atividade, harmonizando suas práticas de comércio, simplificando e agilizando o sistema mercantil transfronteiriço.

Inúmeros e notáveis são os esforços no sentido de uma padronização dos costumes comerciais internacionais.

Nesse sentido, diversas entidades privadas dedicam-se à uniformização dessas regras, tais como UNIDROIT ou a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), que buscam adotar regras uniformes para a prática do comércio internacional de mercadorias¹¹⁸.

Não entraremos em detalhe sobre esse tema no momento, uma vez que ele será analisado no segundo capítulo deste trabalho.

Nessa linha, no cerne desse movimento está a ideia de adoção de um direito comum que se destina à regulação dos conflitos pluriconectados.

Essa feição privada do direito transnacional, sobretudo diante da criação de sistemas de resolução de controvérsias de matriz não estatal, teria como intuito a busca por autonomia dos agentes privados diante de políticas e regras nacionais que lhes fossem desfavoráveis.

¹¹⁶ JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 2.

¹¹⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria – horizonte e fronteira do comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175/69785>>, p. 213. Acesso em: 28 ago. 2017.

¹¹⁸ *Idem*, p. 214.

Contemporaneamente e com a evolução do conceito, o direito transnacional passou a deixar de lado um possível desejo de ruptura com o direito estatal – uma vez que precisa da validação dele para que exista –, para somente persuadi-lo a aceitar sua existência com seus dispositivos e mecanismos próprios de solução de controvérsias¹¹⁹.

A relação existente entre o DIPr e o direito transnacional é o cerne da investigação proposta no presente trabalho, na medida em que ambos os aportes normativos se destinam à resolução de conflitos pluriconectados.

Com efeito, essa relação, ora harmônica, ora atritante, tem como premissa a pluralidade de fontes normativas surgidas a partir do fenômeno de internacionalização do direito, que será investigado no segundo capítulo desta dissertação.

A interação entre o Direito Internacional Privado e o direito transnacional, para além de descortinar a flagrante complexidade do regramento dos fatos transfronteiriços na atualidade – que conta com regras de direito nacional, internacionais e, ainda, transnacionais, exige do intérprete e dos juízes domésticos uma robusta tarefa hermenêutica de escolha da solução mais adequada à lide pluriconectada.

1.5 A norma de Direito Internacional Privado

Como mencionado, o Direito Internacional Privado não regula diretamente o fato jurídico subjacente, limitando-se a indicar o direito aplicável à lide pluriconectada.

Dessa forma, a disciplina, em sua acepção clássica, não tem o condão de resolver por si só o litígio, mas tão somente a função de indicar a lei substantiva que irá resolvê-lo, quando duas ou mais delas forem, em tese, passíveis de aplicação. Assim, as normas de DIPr têm a particularidade de revelar uma unidade formal, e a importância de sua determinação está ligada ao próprio fundamento da disciplina.

¹¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 13, n. 2, p. 507-508, 2016. Disponível em: <[https://www. publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

A doutrina tradicional costuma dividir essas normas em diretas, indiretas e qualificadoras, ou, ainda, em unilaterais, bilaterais ou justapostas¹²⁰.

As normas diretas seriam aquelas que se referem à nacionalidade e à condição jurídica de estrangeiro¹²¹, para aqueles que entendem que tais temas são objetos de estudo do Direito Internacional Privado. As normas qualificadoras seriam aquelas que informariam como uma regra indicativa deveria ser interpretada. Por último, e mais importante, as normas indiretas seriam aquelas que indicariam o direito aplicável à lide pluriconectada, e, por isso mesmo, seriam chamadas de “normas de conflito” por serem aquelas que resolveriam o conflito de leis no espaço – a típica norma de DIPr.

Para Irineu Strenger, a principal razão para a existência das normas de conflito é a de coordenar várias leis, de forma a prevenir divergências ou concurso de normas, permitindo-se inferir que a típica norma indireta de Direito Internacional Privado constitui-se de dois elementos: o primeiro, de caráter indicativo; e o segundo, como o instrumento determinativo do direito aplicável¹²².

Para Strenger, as normas típicas de DIPr seriam normas indiretas delimitadoras das competências de outras normas jurídicas¹²³.

A estrutura da norma de DIPr (a norma típica, ou seja, a norma de conflito) inclui duas partes: o objeto de conexão e o elemento de conexão.

O objeto de conexão refere-se à matéria tratada pela norma, enquanto que o elemento de conexão é o fator que determina qual a regra aplicável quando do conflito de leis no espaço.

De maneira análoga, há ainda quem fale em previsão e estatuição para a estrutura das normas de conflito. A previsão seria o próprio objeto da norma de conflito, e haveria que

¹²⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63.

¹²¹ Com a entrada em vigor da nova lei de migração no Brasil (Lei 13.445/2017) em substituição ao antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), legislação oriunda do regime militar que abordava a migração do ponto de vista da segurança nacional, a expressão “estrangeiro” foi substituída na nova lei por “imigrante” levando em consideração o pleito de diversas entidades de direitos humanos e um tratamento mais equânime aos cidadãos que migraram de seus Estados para outros.

¹²² STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. aum. São Paulo: LTr, 1996. p. 43-62.

¹²³ Idem, *ibidem*.

se fazer a *depêçage* para fixar a ordem jurídica competente. A estatuição, em contrapartida, se daria por via do elemento de conexão, o qual se revestiria de várias modalidades¹²⁴.

Para outros doutrinadores, a hipótese de incidência da norma de DIPr é ligada à sua consequência jurídica por meio de um elemento de conexão que faz a ligação entre os dois predicados e une a categoria jurídica da norma à ordem jurídica de um país de onde sairá o direito a ser aplicado¹²⁵.

O conflito de leis dá origem, pois, ao principal método do DIPr, que visa capacitar o julgador a escolher, dentre as várias legislações conectadas com a situação, o sistema jurídico a ser aplicado para regê-la.

As normas de conexão ou regras de conexão constituem, assim, o instrumental de que se utiliza o juiz no processo de escolha da lei aplicável à relação jurídica privada de dimensão internacional. Têm elas a função de indicar o direito que irá solucionar – este, sim, de modo substantivo – a controvérsia de fundo.

Segundo Jacob Dolinger, o Direito Internacional Privado possui uma forte tendência a formular normas bilaterais¹²⁶.

Nesse sentido, a maioria das regras da LINDB se estrutura dessa forma, a exemplo do art. 10, que estabelece que a sucessão por morte (objeto de conexão) ou por ausência do defunto, rege-se pela lei do Estado onde este estava domiciliado (elemento de conexão), quaisquer que sejam a natureza e a situação dos bens.

1.6 A formação do Direito Internacional Privado clássico: o método conflitual

A ideia de normas de conflito consolidou-se a partir das escolas estatutárias, dando origem, ainda na Idade Média, ao chamado “método indireto de Direito Internacional Privado”.

Dentre os juristas da época, destaca-se a figura de Bártolo de Sassoferrato, da escola estatutária italiana, que desenvolveu, entre outros aspectos da teoria de DIPr, soluções

¹²⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 63.

¹²⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 175-182.

¹²⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 131.

para o conflito de normas aplicáveis aos contratos comerciais entre os mercadores das diferentes Cidades-Estados da região da atual Itália.

O método indireto, posteriormente, foi desenvolvido pelas escolas francesa e holandesa, mas somente no século XIX, com o direito positivado e o surgimento das teorias de Pasquale Mancini e, principalmente, de Savigny, foi se erigindo a noção do método de aplicação da sede das relações jurídicas, ou do “centro de gravidade”, ligada à lide pluriconectada¹²⁷.

Assim nasceu o método conflitual tradicional do DIPr, até hoje muito utilizado na Europa e na América Latina.

O método conflitual entende que a regra de conflito deve tão somente indicar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser requerida; dessa maneira, o DIPr não regula diretamente os fatos transnacionais que reclamam a sua atuação, mas tão somente indica a lei ou jurisdição adequadas ao litígio¹²⁸.

O método conflitual clássico é duramente criticado pelos internacionalistas atuais, uma vez que ele não abarca o fim teleológico das normas de DIPr, ensejando para alguns uma justiça meramente formal e indiferente ao resultado concreto¹²⁹.

Desse modo, ele apenas determina a solução do conflito de leis subjacentes à lide pluriconectada por meio da designação da lei aplicável apontada pela norma de conflito e não soluciona a litígio pluriconectado em si, mas tão somente indica o ordenamento jurídico ao qual a norma materialmente aplicável deverá ser requerida.

O método conflitual clássico inaugurou sua positivação em grandes codificações com o surgimento das teorias de Savigny e Mancini¹³⁰ no século XIX.

O volume VIII do *Traité de Droit Romaine* publicado por Savigny em 1849 encerra até hoje os principais fundamentos do Direito Internacional Privado, marcando uma mudança

¹²⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 145.

¹²⁸ Idem, p. 148.

¹²⁹ JUENGUER, Friedrich K. *Choice of law and multistate justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992. p. 106.

¹³⁰ MAYER, Pierre; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé* cit., p. 89.

de olhar sobre o objeto da matéria. Essa nova postura acentuou o caráter metodológico de que se reveste a solução dos conflitos de leis no Direito Internacional Privado até os dias atuais¹³¹.

Entre o século XVIII e o início do século XX, a doutrina e a jurisprudência trataram os conflitos de leis como conflitos de soberania.

Com efeito, as pessoas se vinculariam a determinada ordem jurídica e a ela se submeteriam como decorrência do exercício de autoridade de um poder político¹³².

Assim era o pensamento dos estatutários para os quais a aplicação da lei atendia sempre aos interesses do poder soberano criador da norma. Apenas com o advento da teoria de Savigny rompeu-se com essa ideia.

Destarte, não sendo um fim em si mesmo, a aplicação da lei não seria decorrente de uma homenagem efetuada pelo magistrado ao poder soberano que a editou, mas sim um meio de fornecer à relação jurídica multiconectada a norma jurídica que lhe fosse mais conveniente. Para que isso ocorra, entretanto, sempre seria necessário efetuar a análise de cada relação jurídica em particular, a fim de que se pudesse determinar a lei mais adequada¹³³.

Para o método conflitual clássico, portanto, é indispensável atribuir a cada categoria jurídica uma dada sede que possa se revelar como palco principal da sua ocorrência. Assim, é exigida a investigação dos elementos existentes em cada relação jurídica que se conecta a um dado território: o lugar da situação do bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, o foro da celebração do contrato etc.

O pressuposto básico do método conflitual clássico é a racionalidade da determinação das categorias jurídicas de conexão que seriam compreendidas e aceitas pelos Estados ante a igualdade formal entre as diferentes soberanias legislativas nacionais. Assim, para um determinado tipo de fato transnacional (*e.g.*, celebração de um contrato, sucessão de um bem, ou casamento) aplicar-se-ia o critério de conexão, não importando os ordenamentos potencialmente reguladores¹³⁴.

¹³¹ MAYER, Pierre; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé* cit., p. 90.

¹³² *Idem*, p. 91.

¹³³ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 63.

¹³⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 120.

É possível notar que a concepção defendida por Savigny, embora revolucionária à época, é essencialmente privatista para os dias atuais.

Para a solução do conflito de leis importava tão somente a análise da relação jurídica, levando-se em consideração, primeiramente, os interesses privados em causa. Para Savigny, inexistiria a possibilidade de haver regra jurídica sem que houvesse relação de direito¹³⁵.

Nesse sentido, a pergunta que se faz aqui é: são as regras que determinam as relações jurídicas ou o contrário?

Embora vanguardista, a teoria de Savigny não ficou imune a críticas.

Pierre Armijon criticou o conceito de comunidade jurídica das Nações¹³⁶ e a considerou uma *ficção jurídica inútil*¹³⁷. Autores mais contemporâneos também sustentaram que o método conflitual desenvolvido por Savigny despolitizava o conflito de leis, reduzindo-o a uma mera abordagem metodológica¹³⁸.

A título ilustrativo, no tocante às relações obrigacionais, Savigny considerava que a verdadeira sede da obrigação repousava sobre a declaração de vontade, ainda que tácita, das partes.

Nesse sentido, como a obrigação em si é abstrata, uma vez que se trata de coisa incorpórea, somente os aspectos tangíveis da relação obrigacional poderiam ser observados e eleitos como critérios usados para fins de fixação da jurisdição¹³⁹.

¹³⁵ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global* cit., p. 121.

¹³⁶ O fundamento da teoria de Savigny reside no controverso conceito de comunidade de direito entre Estados. Essa visão apregoa um direito comum a todos os povos e serviu de mote legitimador para a criação de regras específicas para a solução de conflitos de leis. Por meio desse conceito se justificaria a edição de normas supraestatais capazes de estabelecer elementos de conexão comuns a várias ordens jurídicas, impedindo a colisão de normas de Direito Internacional Privado, fundadas na escolha pelo legislador nacional de elementos de conexão diferentes para os mesmos objetos de conexão.

¹³⁷ ARMINJON, Pierre. L'objet et la methode du droit international prive. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 21, n. 1, p. 456, 1928.

¹³⁸ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global* cit., p. 122.

¹³⁹ Idem, p. 125.

A fixação da sede da relação obrigacional é apenas um exemplo do grau de subjetividade de que se revestem os critérios definidos por Savigny para a determinação da sede de cada relação jurídica em particular¹⁴⁰.

Embora criticável, é notória a mudança de prisma dessa teoria ainda no século XIX. A influência de suas ideias entre autores contemporâneos e, principalmente, entre aqueles que o sucederam é uma demonstração da força de suas teorias, inclusive em países com tradições jurídicas tão distintas, como Inglaterra, França, Áustria, Alemanha, Itália e países da América Latina. O modelo continental europeu é o mais utilizado até hoje na Europa e na América Latina¹⁴¹.

Em rota crítica, Antoine Pillet refletiu que, para determinar a sede das relações jurídicas, Savigny incorporou os mais diferentes motivos. A intenção das partes, a situação da coisa, o local do bem, ou qualquer outra circunstância que exercesse uma influência preponderante sobre a relação jurídica seria capaz de determinar-lhe a lei mais adequada.

É inegável notar que existiu, de fato, certa dose de arbitrariedade nessa escolha. Nos contratos sinalagmáticos, por exemplo, em que há mutualismo entre as obrigações contraídas pelas partes, não se pode afirmar sem pestanejar qual seria a sede da relação jurídica mais adequada, para então vinculá-la a um local específico e, conseqüentemente, a um determinado ordenamento jurídico¹⁴².

Josephus Jitta, no início do século XX, desenvolveu a doutrina de Savigny e substituiu a noção de comunidade jurídica de Nações pela “comunidade jurídica do gênero humano”, que mais tarde veio a ser conhecida como “sociedade internacional”¹⁴³. A principal

¹⁴⁰ O mérito da teoria de Savigny reside justamente na mudança de paradigma lançado sobre o conflito de leis no espaço, afastando-o de uma simples disputa entre soberanias legislativas distintas, para centrar sua análise sobre a natureza de cada relação jurídica em particular. Essa mudança de enfoque do ponto de partida da discussão dos problemas relativos ao conflito de leis, embora fundada no utópico conceito de comunidade de direito entre os Estados, obrigou os Estados influenciados por sua teoria a aplicarem o direito estrangeiro no âmbito de seu território quando a norma de conflito assim apontasse. Uma das principais críticas que se faz a Savigny, portanto, é justamente o caráter consideravelmente arbitrário da fundamentação da sede de cada relação jurídica.

¹⁴¹ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global* cit., p. 127.

¹⁴² Idem, p. 120.

¹⁴³ JITTA, Josephu. *La Rénovation du Droit International sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1919, p. 4.

contribuição desse autor para o método do DIPr foi a distinção entre o método individual e o método universal¹⁴⁴.

Para Battifol, o problema da determinação da lei aplicável poderia também ser estruturado entre particularistas e universalistas¹⁴⁵.

Os primeiros acreditam que os problemas de DIPr são próprios de cada Estado e, portanto, deveriam ser resolvidos pelo direito interno; já os segundos acreditam que tais problemas concernem à *sociedade internacional* e, portanto, deveriam receber soluções internacionais.

Alguns doutrinadores entendem, ainda, haver três grandes vertentes no método de determinação da lei aplicável: o multilateralismo, o unilateralismo e o materialismo – expressões dos dois grandes prismas metodológicos, que seriam o conflito entre soberanias e a localização da relação jurídica¹⁴⁶.

Nesse sentido, o multilateralismo seria a vertente inaugurada por Savigny, em que a determinação da lei aplicável seria realizada de acordo com o centro de gravidade dos fatos, por meio de regras de conexão que indicariam o ordenamento que estaria em maior contato com a lide pluriconectada¹⁴⁷.

O unilateralismo, por sua vez, buscaria determinar a lei aplicável a partir da verificação do âmbito de incidência relativo das leis concorrentes, embora também tenha em vista, em última análise, a proximidade da lei aos fatos (para esse sistema, a norma que soluciona o problema de uma relação multiconectada se propõe a delimitar, tão somente, o

¹⁴⁴ Para ele, o método individual se caracteriza pelo olhar específico de um dado estado sobre o DIPr: o Direito Internacional Privado francês, holandês, italiano etc. No método individual, portanto, empregam-se a lei, a doutrina e a jurisprudência nacionais. Já no método universal parte-se da ideia de que o conjunto de Estados deve ter o dever comum de assegurar o Direito mediante regras positivas (leis uniformes e de tratados internacionais) e uma organização internacional da justiça. JITTA, Josephu. *La Rénovation du Droit International sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1919, p. 6.

¹⁴⁵ O universalismo e o particularismo foram duas posições que se alternaram ao longo da trajetória de amadurecimento do DIPr: na segunda metade do século XIX – época em que Savigny erigiu sua teoria – prevalecia a ideia de universalismo; tempos depois, entre as duas grandes guerras do século XX, voltou-se ao particularismo. Contemporaneamente, há uma clara tendência de retomada ao universalismo (BATTIFOL, Henry; LAGARDE, Paul. *Droit international privé*. 8. ed. Paris : LGDJ, 1993, t. I; 7. ed., 1983, t. II).

¹⁴⁶ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado* cit., p. 44-49.

¹⁴⁷ Idem, p. 45.

domínio de aplicação das leis materiais do ornamento jurídico em que vigora, preconizando o primado da lei do foro¹⁴⁸).

Já o materialismo se caracterizaria pela preocupação com os princípios e normas de direito substantivo que deveriam reger os casos transnacionais, mediante a celebração de tratados uniformizadores e a observância de costumes internacionais¹⁴⁹.

Em relação a esse conceito, a doutrina especializada classifica a existência de dois tipos de prismas metodológicos.

O primeiro, de viés verdadeiramente internacional, em que se celebrariam tratados uniformizadores e no qual se levariam em consideração outras fontes como expressões normativas do costume internacional¹⁵⁰. E o segundo, chamado de unilateralista, apregoaria que a determinação da lei aplicável deve basear-se em valores de direito material próprios de dada jurisdição¹⁵¹.

1.7 Os elementos de conexão

Como salientado até agora, o problema de Direito Internacional Privado, para a concepção clássica, não é o problema de justiça material, mas sim o da escolha da lei aplicável indicada pela norma de conflito.

Com efeito, as regras de conexão do DIPr são as normas que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal.

Primeiramente, o DIPr cuida de classificar a situação ou a relação jurídica dentro de um rol de qualificações, em seguida localiza a sede jurídica dessa situação ou relação e, finalmente, determina a aplicação do direito vigente nessa sede.

¹⁴⁸ Esse é o método utilizado pelo sistema americano, que não será objeto de análise deste trabalho. Cf. ARAUJO, Nadia de. *Idem*, p. 49.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 50.

¹⁵⁰ DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 237-268.

¹⁵¹ *Idem*, p. 269-282.

Uma vez localizada a sede jurídica, foi encontrado o elemento de conexão indicando a aplicação do direito vigente nesse local – o que constitui a regra de conexão de DIPr.

A conexão, portanto, é a ligação entre uma situação da vida e a norma que irá regê-la. Sendo assim, a título exemplificativo, o art. 9º da LINDB determina a conexão para o estabelecimento da sede das relações obrigacionais, o local onde se constituiu a obrigação e, em seguida, o direito aplicável.

O processo de qualificação que leva ao elemento de conexão elege um dentre os três seguintes aspectos: o sujeito, o objeto ou o ato jurídico, a depender da categorização estabelecida inicialmente¹⁵².

Sendo assim, quando se trata de decidir o estatuto pessoal¹⁵³ e a capacidade do sujeito de direito, importa a localização da sede em função do titular do direito; já no estatuto real, importa a localização da sede jurídica da situação do bem; e, por fim, no que diz respeito à localização dos atos jurídicos, sua sede se define ou pelo local de constituição da obrigação ou pelo local de sua execução.

Essa classificação tripartite é mantida até hoje pela escola francesa, que divide as regras de conexão em três categorias: (i) o estatuto pessoal regido pela lei nacional; (ii) o estatuto real regido pela lei da situação dos bens; e (iii) os fatos e atos jurídicos submetidos à lei do local de sua ocorrência ou à lei escolhida pelas partes, expressa ou tacitamente¹⁵⁴.

Tradicionalmente, as regras conflituais se limitavam a uma só conexão em contrapartida à multiplicidade de conexões que se tem atualmente.

Haroldo Valladão sugere uma classificação objetiva de tais regras de conexão em reais, pessoais e institucionais¹⁵⁵.

¹⁵² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 295.

¹⁵³ Com a expressão “estatuto pessoal do indivíduo” se alude à capacidade e aos direitos de personalidade das pessoas físicas, das relações de família e das sucessões em razão de morte.

¹⁵⁴ Nos Estados Unidos o *Second Restatement* exprime a mesma ideia com a expressão “a mais significativa relação” (*most significant relationship*) norma que confere mais liberdade de escolha ao aplicador da lei (BATTIFOL, Henry; LAGARDE, Paul. *Droit international privé*. t. I, n. 276, 280 e 284, p. 324 e ss.).

¹⁵⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado* cit., p. 217.

As reais seriam todas aquelas que encerrariam um elemento espacial – situação da coisa, lugar do ato ou fato, lugar de nascimento, domicílio etc.

As regras de conexão pessoais seriam a nacionalidade, a religião, a raça, a tribo, a vontade expressa ou tácita. Já as institucionais seriam, por exemplo, o pavilhão ou matrícula do navio ou da aeronave e o foro¹⁵⁶.

Nos últimos anos, essa metodologia tem sido muito criticada por sua indiferença com o resultado concreto¹⁵⁷.

Isso vem acontecendo, em grande parte, pela elaboração de regras de DIPr em convenções internacionais, por meio do direito comunitário europeu e, principalmente, pelo que nos interessa aqui: pelos regramentos privados infraestatais, além da possibilidade de regras alternativas advindas das arbitragens internacionais, de cláusulas de exceção nos contratos e da utilização do princípio da autonomia da vontade¹⁵⁸.

Em que pese toda a classificação doutrinária apresentada neste tópico, a mudança fundamental ocorrida na contemporaneidade e que será objeto de estudo no próximo capítulo diz respeito justamente ao paulatino abandono de tais regras de conexão fixas, tidas como inflexíveis pela contemporânea doutrina do DIPr e a consagração de novas fontes normativas que acabam por ensejar métodos e teorias flexibilizadoras na determinação da lei aplicável a um conflito transnacional.

¹⁵⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado* cit., p. 266-274.

¹⁵⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international postmodern. *Recueil des Cours*, Haia, t. 251, 1995.

¹⁵⁸ Segundo Irineu Strenger, o princípio da autonomia da vontade trata-se de: “Faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva” (STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 300).

1.8 A evolução do método conflitual clássico

1.8.1 Brasil

A consolidação do Direito Internacional Privado no Brasil teve como precursores grandes nomes do direito nacional: Augusto Teixeira de Freitas, no final do século XIX, chamado de “o jurista do império”, e Haroldo Valladão, já em meados do século XX.

Após a independência do Brasil, a Constituição de 1824 determinou, em seu art. 179, XVIII, que deveria ser organizado um Código Civil¹⁵⁹. Os esforços para que isso acontecesse levaram décadas e, até lá, o Brasil foi regido pelas Ordenações Filipinas (de 1603), modificadas por leis e decretos extravagantes posteriores, até que o novo Código Civil entrasse em vigor¹⁶⁰.

O interessante a se notar aqui é que as Ordenações Filipinas foram revogadas em Portugal no ano de 1868 e continuaram a vigorar no Brasil até 1917, quando foi promulgado nosso primeiro Código Civil.

A manutenção das normas metropolitanas até a edição do novo Código civilista atrasou qualquer inovação em termos de regência do estatuto pessoal, tema típico do Direito Internacional Privado.

Assim, o uso da visão ibérica sobre a utilização do critério – ou elemento de conexão – da nacionalidade passou a compor a tradição brasileira e impediu a ruptura em favor da lei do domicílio, como aconteceria décadas depois¹⁶¹.

Somente em 1855 o Império brasileiro entendeu a necessidade de uma consolidação de leis civis, como passo antecedente de um novo Código.

Em 1858, Dom Pedro II autorizou a elaboração de um Código Civil, convidando Teixeira de Freitas para que formulasse um modelo, cujo projeto foi nomeado de *Esboço de*

¹⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anteriores1824lei-409510-20-Outubro-1823-574564-publicacaooriginal-976777-pe.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁶¹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

Código Civil. Esse trabalho foi rejeitado, junto com outros projetos, elaborado por diferentes juristas.

Apesar da rejeição do *Esboço*, a obra de Teixeira de Freitas é reconhecida pela doutrina jurídica nacional como um valoroso corpo sistemático de normas e a pedra angular do Direito Internacional Privado no Brasil. Nessa obra, percebe-se a grande influência da teoria de Savigny, e o jurista baiano chega até a delinear a admissão do princípio da autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais de comércio¹⁶².

Nessa época, e em paralelo ao seu *Esboço*, surgiu a primeira obra doutrinária de Direito Internacional Privado no Brasil, de autoria de José Pimenta Bueno, magistrado, diplomata e político paulistano, fortemente influenciado pela doutrina francesa, embora a doutrina especializada entenda que não se encontram ali a genialidade e a criatividade de Teixeira de Freitas¹⁶³.

A lentidão do Império brasileiro em romper integralmente os laços com o direito privado português reflete o modo pelo qual foi forjado o Brasil independente que seguiu tendo uma dinastia europeia na chefia do Estado, usando o direito português como bastião da economia no século XIX e evidenciando um desejo evidente de não romper diretamente com um ordenamento de viés europeu¹⁶⁴.

Somente com a promulgação da República em 1889 acelerou-se o desejo governamental de criação de um Código Civil, agora com o intuito de demonstrar um distanciamento da opção monárquica.

Assim, em 1899, Campos Salles nomeou o jurista cearense Clóvis Bevilacqua para elaborar o novo Código Civil e, após 16 anos de acirrados debates no Congresso, foi promulgado em 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917, há exatos 100 anos.

¹⁶² RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247.

¹⁶³ Idem, p. 248.

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

A temática do Direito Internacional Privado ficou a cargo da Lei de Introdução ao Código Civil e o elemento de conexão da nacionalidade seguiu sendo o vínculo determinante do estatuto pessoal das pessoas físicas.

Com a queda da República Velha em 1930, Getúlio Vargas iniciou um processo de revisão do ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de adaptá-lo às necessidades de um novo Brasil industrial. Dessa intenção modernizadora de Getúlio e dos diversos juristas nomeados para empreender essa tarefa resultou a substituição da Lei de Introdução por meio do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, constituindo ainda hoje a legislação básica de Direito Internacional Privado do Brasil, antes LICC e hoje LINDB¹⁶⁵.

Tanto a Lei de Introdução de 1916 quanto a de 1942 dedicam poucos artigos ao DIPr, mas existem duas diferenças primordiais entre as duas legislações: até 1942, o Direito Internacional Privado brasileiro aclamava o elemento de conexão da nacionalidade, tendo em vista o estatuto pessoal da pessoa física¹⁶⁶.

A partir de 1942, a nova legislação rompeu com essa tradição, substituindo o elemento de conexão da nacionalidade pelo do domicílio¹⁶⁷. Isso se deveu a inúmeras discussões entre os juristas da época sobre a importância em adotar a lei do domicílio em face dos estrangeiros domiciliados no Brasil, tendo em vista a entrada de mais de um milhão de estrangeiros no país entre 1918 e 1920¹⁶⁸.

Para Eduardo Espínola, era indispensável uma mudança radical, pois nos países de imigração haveria grandes vantagens na adoção da lei do domicílio, especialmente pelo fato de que a lei territorial se aplicaria ao grande número de estrangeiros que viessem aqui exercer sua atividade civil ou comercial. Desse modo, o elemento territorial da lei deveria desenvolver toda a sua força de universalidade e utilidade pública, preponderando sobre o elemento pessoal da nacionalidade¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Para outros diplomas legais com normas vinculadas ao DIPr, cf. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado* cit., p. 261.

¹⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

¹⁶⁷ Cf. arts. 7º a 10 da LICC.

¹⁶⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. II, p. 560.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 561.

Outra grande distinção entre a legislação de 1916 e a de 1942 foi a admissão, expressa, contida na Lei de Introdução de 1916 sobre a escolha do direito aplicável pelas partes a um contrato internacional, dentro dos limites aplicados pela lei. A legislação de 1942 é omissa à mesma questão.

Nesse tocante, o novo Código de Processo Civil privilegiou a autonomia da vontade ao dispor que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações “em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional” (art. 22, III), bem assim ao determinar que “não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo no estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação” (art. 25).

Destaque-se, contudo, que a eleição de foro pelas partes não implica, necessariamente, a escolha do direito aplicável à resolução do mérito (que poderá ser a *lex fori* ou *lex causae*, a depender do elemento de conexão da norma de conflito de DIPr no ordenamento do foro, ou de eventual nova escolha das partes).

Apesar das inúmeras críticas quanto ao anacronismo da LICC (hoje LINDB), houve algumas poucas alterações no decorrer das décadas¹⁷⁰.

1.8.2 América Latina

O século XIX foi marcado por diversas codificações civilistas nos Estados europeus¹⁷¹. Na América Latina, essa influência codificadora europeia também se fez sentir

¹⁷⁰ Em 1957, a Lei 3.238/1957 realizou alterações relacionadas ao DIPr, no tocante ao matrimônio e às autoridades consulares. Após a legalização do divórcio em 1977, a Lei 6.515/1977 tornou o § 6º do art. 7º da LICC compatível com a nova diretriz constitucional. Em 1995, a Lei 9.047/1995 também trouxe alterações em relação ao Direito Internacional Privado, compatibilizando a lei de introdução e o texto constitucional em relação à sucessão de bens de pessoas estrangeiras, situados no Brasil. Em 2009, houve novas alterações em relação ao divórcio e à homologação de sentenças estrangeiras meramente declaratórias de estado das pessoas, com a Lei 12.036/2009. Por fim, houve uma tímida alteração em 2010 com a Lei 12.376, que realizou a alteração da ementa do Decreto-Lei 4.657/1942, que passou a ser designado como “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”, com o intuito de validar a abrangência e o escopo da introdução à lei civil. Em 2013, a Lei 12.874/2013 também realizou uma alteração ao art. 18 da LINDB, possibilitando às autoridades consulares brasileiras celebrarem a separação e o divórcio consensuais de brasileiros no exterior. Vide: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* cit., p. 121-128.

¹⁷¹ O Código Civil austríaco em 1811, o Código Civil holandês em 1838 (embora o DIPr fosse regido por lei especial de 1829); o Código Civil sérvio em 1844; o Código Civil grego em 1856; o Código Civil italiano e também o Código Civil romeno em 1865; o Código Civil português em 1867; o Código Civil espanhol em

com a edição do Código Civil do Haiti em 1825; do Código Civil peruano em 1852; do Código Civil do Uruguai em 1868; do Código Civil da Argentina em 1869 (de Vélez Sarsfield, inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas de 1864); do Código Civil da Colômbia em 1873; e do Código Civil da Costa Rica em 1887¹⁷².

Na primeira metade do século XX, em 1928, deu-se a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado, em que foi firmado o Código Bustamante, tratado internacional mais significativo de Direito Internacional Privado das Américas. Ele faz menção a fatos transfronteiriços penais (Livro III) e à cooperação jurídica internacional em matéria penal, além da cível (Livro IV, em especial quanto à extradição), demonstrando a tendência clássica de intensa crença no Direito Internacional Privado para regular todos os fatos transnacionais (públicos ou privados)¹⁷³.

O Código Bustamante foi ratificado por quinze Estados da América Latina, embora com pouca aplicação prática no Brasil.

No que tange à América Latina, as Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado, organizadas pela OEA, desempenharam e desempenham um papel importante, tendo em vista a evolução do direito uniforme no continente.

De fato, a América Latina sempre foi precursora no tema da uniformização e harmonização do DIPr¹⁷⁴. Desde o início dos trabalhos de codificação do Direito Internacional Privado, promovidos pela OEA, discutiu-se o método a ser utilizado.

De um lado, defendia-se um enfoque global, que buscava um único corpo de normas para abarcar toda a normativa dessa disciplina.

De outro, um processo gradual e progressivo, envolvendo a formulação de instrumentos internacionais específicos em pequenos pontos do direito, a exemplo do trabalho desenvolvido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado¹⁷⁵.

1888 e, em 1898, o Código alemão. Vide: RAMOS, André de Carvalho. *Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo cit.*, p. 424.

¹⁷² Vide: RAMOS, André de Carvalho. *Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo cit.*, p. 437.

¹⁷³ *Idem*, p. 438.

¹⁷⁴ RECH, Carolina Magalhães; ARAUJO, Nadia de. *As conferências interamericanas de direito internacional privado*. Disponível em: <www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/.../dir_carolina_magalhaes_rech.pdf>, p. 1. Acesso em: 10 set. 2017.

Com relação à cooperação internacional na América Latina, existem inúmeros tratados e convenções – principalmente pós-Mercosul – surgidos sobre a matéria.

Talvez o exemplo mais importante, dentre aqueles que foram aderidos pelo Brasil, seja o Protocolo de Las Leñas, com o intuito de assegurar assistência mútua e ampla cooperação judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os Estados do Mercosul e, assim, estreitar o relacionamento entre eles¹⁷⁶.

Atualmente, tanto na Europa quanto na América Latina, o método aplicado para a resolução do conflito de leis no espaço, na sua essência, ainda é o mesmo quando do início da história moderna do Direito Internacional Privado.

Isso, no entanto, não quer dizer que não tenha havido críticas substanciais contra o método tradicional no decorrer do tempo. Tal era o caso, principalmente, dos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial¹⁷⁷.

1.8.3 Europa

Na Europa, além da obra de Savigny no século XIX, outras importantes contribuições para o método conflitual vieram do jurista italiano Pasquale Mancini (1817-1888). A principal contribuição de sua teoria internacionalista é a elaboração do conceito de nacionalidade¹⁷⁸.

O jurista, responsável pela Lei de Introdução ao Código Civil italiano, foi um dos difusores do elemento de conexão da nacionalidade no contexto europeu e o primeiro a alçar esse conceito à comunhão de regiões, raças, línguas, costumes, história, leis e religiões.

O critério da nacionalidade para Mancini refere-se, em última instância, ao conceito de cidadania, com a consolidação da tríade cidadão-nação-Estado que se firmou em

¹⁷⁵ RECH, Carolina Magalhães; ARAUJO, Nadia de. *As conferências interamericanas de direito internacional privado* cit.

¹⁷⁶ Vide: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/547/r144-19.PDF?sequence=4>>.

¹⁷⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado* cit., p. 231-245.

¹⁷⁸ MANCINI, Pasquale Stanislao. Prelezione al corso di diritto pubblico esterno ed internazionale privato, tenuta da P.S. Mancini nella R. Università do Torino, il 22 gennaio 1851. In: JAYME, Erik (a cura di). *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 45.

boa parte dos Estados europeus, e procedeu à submissão do indivíduo à própria lei nacional em grande parte das situações jurídicas que lhe digam respeito, até os dias de hoje¹⁷⁹.

Em meados do século XIX, a Itália se encontrava dividida em principados, com governo e leis próprias, e vivenciando um intenso movimento em torno de sua unificação¹⁸⁰. Nessa época, Mancini, um dos defensores da unificação italiana, ancorou sua teoria sobre três pilares fundamentais: nacionalidade, liberdade e soberania.

A razão do primeiro princípio é o elemento de conexão da nacionalidade, elemento dominante na doutrina de Mancini, conforme mencionamos.

O princípio da liberdade, por sua vez, se referia ao direito das partes de escolher livremente o direito aplicável dentro dos limites traçados pela lei (embrião da autonomia da vontade). O terceiro princípio, por fim, seria verificado quando, no bojo de uma lide pluriconectada, o elemento de conexão a resolver a questão apontasse a aplicação do direito estrangeiro, e este ofendesse a ordem pública do país local. Essa solução deveria ser afastada por contrariar os interesses da soberania nacional¹⁸¹.

Nesse ponto, Savigny e Mancini divergiram, tendo em vista que o elemento de conexão preponderante para a teoria de Savigny deveria ser o domicílio.

A doutrina de Mancini teve repercussão extraordinária e foi adotada por muitas legislações nacionais europeias, bem como pelas primeiras convenções internacionais elaboradas nas Conferências da Haia de Direito Internacional Privado.

¹⁷⁹ JAYME, Erik (a cura di). *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 46.

¹⁸⁰ O *Risorgimento* (em português: Ressurgimento) é o movimento na história italiana que buscou, entre 1815 e 1870, unificar o país, que era uma coleção de pequenos Estados submetidos a potências estrangeiras. Na luta sobre a futura estrutura da Itália, a monarquia constitucional, encabeçada na pessoa do rei Vítor Emanuel II do Reino da Sardenha, apoiado pelos conservadores liberais, teve sucesso quando, em 1859-1861, se formou a Nação-Estado, sobrepondo-se aos partidários da extrema-esquerda, maçons carbonários, jacobinos, republicanos e democráticos, que militavam sob Giuseppe Mazzini e Giuseppe Garibaldi. A desejada unificação da Itália se deu, assim, sob a Casa de Saboia, com a anexação ao Reino de Sardenha, da Lombardia, do Vêneto, do Reino das Duas Sicílias, do Ducado de Módena e Reggio, do Grão-ducado da Toscana, do Ducado de Parma e dos Estados Pontifícios. Vide: JANNUZZI, Giovanni. *Breve historia de Italia*. Buenos Aires: Letemendía, 2005. p. 80.

¹⁸¹ MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5618/3020>>, p. 1063. Acesso em: 15 set. 2017.

Contemporaneamente, o elemento de conexão da nacionalidade começou a perder sua hegemonia e está em franco declínio na Europa, em torno de adoção do elemento de conexão da residência habitual¹⁸².

A internacionalização das relações econômicas, do trânsito de pessoas e mercadorias na União Europeia e também do direito tem procedido à chamada comunitarização do Direito Internacional Privado europeu, aliado ao desenvolvimento e à afirmação de institutos e princípios presentes nos tratados supranacionais – tais como a cidadania da União Europeia e a não discriminação em razão da nacionalidade. Tudo isso vem proporcionando uma gradual ruptura ou flexibilização de conceitos fundamentais da clássica doutrina internacional privatista no continente¹⁸³.

A marginalização do elemento de conexão da nacionalidade em prol da residência habitual é um fenômeno que se intensifica atualmente no âmbito do direito doméstico dos países europeus, mas que também encontra correspondência em diversas convenções internacionais sobre a matéria¹⁸⁴, refletindo uma tendência de prestigiar mais a ligação econômica e territorial dos indivíduos com uma determinada comunidade social. Para o presente trabalho, esse seria um movimento ocorrido em decorrência do fenômeno da internacionalização do direito ocorrida nas últimas décadas.

Por conseguinte, no próximo capítulo pretende-se investigar o que seria o fenômeno da internacionalização do direito e qual seria o aporte teórico desse movimento apto a gerar implicações sobre as tradicionais fontes do Direito Internacional Privado e mudar a feição da resolução de conflitos pluriconectados na atualidade.

¹⁸² MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia cit., p. 1059.

¹⁸³ Idem, p. 1060.

¹⁸⁴ Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961 sobre competência de autoridades e lei aplicável em matéria de proteção de menores se constrói sobre a base do critério da residência habitual do menor; da mesma forma, a Convenção da Haia sobre a lei aplicável às obrigações alimentares de 2 de outubro de 1973 consagra como conexão principal a residência habitual do credor de alimentos e somente como subsidiária a da nacionalidade. Idem, p. 1080.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS FENÔMENOS PRIVADOS DE CONSTRUÇÃO NORMATIVA

2.1 O novo Direito Internacional Privado

O grande legado da metodologia savigniana de resolução de conflitos de leis erigida no século XIX, indubitavelmente, foi a segurança e a estabilidade jurídica na regência das relações pluriconectadas.

O uso de uma metodologia uniforme para o DIPr, e que se apresentava estável em diversos julgados, permitiu uma melhor previsibilidade de resultados e a modulação prévia de comportamentos sociais desejáveis, legados que perduram até os dias atuais.

A garantia da segurança jurídica e o baixo custo processual resultantes da metodologia de conflito de normas, contudo, acabaram por produzir uma rigidez e uma considerável superficialidade na solução dos litígios conectados a mais de uma jurisdição.

Para alguns autores, essa rigidez evidenciou certa despolitização da norma de conflito e um esvaziamento das decisões regidas pelo método do Direito Internacional Privado, justamente por desconsiderarem as complexidades de natureza material envolvidas na relação jurídica em análise pelo juiz da *lex fori*¹⁸⁵.

Com o processo de internacionalização das relações sociais e jurídicas na contemporaneidade, o DIPr começou a assistir a uma mudança na tradicional concepção designada para a disciplina e uma invasão de novas fontes normativas que vêm se colocando lado a lado com as normas de resolução de conflitos.

Segundo Maristela Basso, esse novo Direito Internacional Privado é produto do adensamento das novas fontes jurídicas que se acoplaram às tradicionais, para conferir à matéria a contemporânea vocação de criar instrumentos de interpretação normativa, conjugados aos métodos de análise de direito comparado¹⁸⁶, com o intuito de oferecer soluções uniformes aos atuais conflitos multiconectados¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ARMINJON, Pierre. L'objet et la méthode du droit international privé cit., p. 456.

¹⁸⁶ Para Erik Jayme, o direito comparado da modernidade se contrapõe ao direito comparado na pós-modernidade dos tempos atuais. O autor afirma: "A minha tese principal é a seguinte: o direito comparado na

Esse fenômeno é produto de uma série de fatores defendidos neste trabalho como decorrentes de um processo de internacionalização do direito, cuja mundialização – causada, sobretudo, pela revolução nas comunicações – estendeu-se, indistintamente, a todos os domínios da vida contemporânea¹⁸⁸.

As últimas décadas do século XX foram marcadas pela extraordinária expansão das normas jurídicas internacionais, acompanhada da formação de hierarquia normativa dentro do direito internacional, graças, sobretudo, ao reconhecimento do *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁸⁹.

Esse movimento tem sido marcado, precipuamente, pelo deslocamento da pessoa para o centro do direito internacional – não só do direito internacional público – e pela influência da gramática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no plano interno, na aplicação da matéria.

Nesse ensejo, a proteção do indivíduo e de suas relações é entendida na atualidade como a finalidade maior a orientar a aplicação do ordenamento jurídico e as decisões embasadas pelas normas que o compõem, ultrapassando as fronteiras iniciais do direito público e influenciando também toda a sistemática do direito privado¹⁹⁰.

O Direito Internacional Privado clássico não poderia ficar imune a esse movimento.

Nos últimos anos, essa tendência pôde ser observada nos países europeus – como Alemanha, França e Portugal –, onde as regras conflituais sofreram grandes modificações,

modernidade de determinar, de encontrar o que era comum, igual, e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide, as diferenças. A segunda tese afirma que, enquanto o direito comparado moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço das normas jurídicas, o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro. Menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu e, sim, mais para o atual, para o contemporâneo, cujo destino histórico e permanência ainda são incertos. A terceira tese de trabalho é interdisciplinar e afirma que: o objeto da pesquisa de direito comparado atual deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-moderno” (JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 759, 1999, p. 24-40).

¹⁸⁷ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 118-123.

¹⁸⁸ AMARAL JUNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. Disponível em: <http://bdpi.usp.br/single.php?_id=001813119>, p. 11. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 12.

¹⁹⁰ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 51.

sobretudo porque orientadas pelas peculiaridades da construção normativa europeia e pela regulamentação regional específica dos direitos humanos¹⁹¹.

A partir do marco estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os direitos do homem, ou aqui entendidos como os direitos de caráter iminentemente privados pela teoria jurídica clássica, passaram a assumir cada vez maior relevância para o DIPr, notadamente, no regramento do conflito de leis e na sua finalidade¹⁹².

Hodiernamente, a proteção da dignidade da pessoa (humana), bem como dos valores constitucionais fundamentais de cada jurisdição, passaram a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levadas a cabo pela aplicação da metodologia própria do DIPr¹⁹³.

Segundo Nádia de Araujo, essas condições de aplicação incluem as regras de conexão clássicas, assim como outras técnicas de caráter principiológico dotadas de maior flexibilidade, tais como regras materiais de DIPr, regras flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção¹⁹⁴.

A esse movimento que desencadeou um conjunto de novas normas que se espraiaram pelo ordenamento jurídico, notadamente aqui, ao microsistema do Direito Internacional Privado, denominar-se-á de pluralismo das fontes ou pluralismo jurídico, e defende-se que seja consequência de um processo de internacionalização do direito iniciado na segunda metade do século XX e que perdura até os dias atuais.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, existe na atualidade uma série de fontes materiais de DIPr que se contrapõem à clássica noção trazida pela teoria do

¹⁹¹ GANNAGÉ, Léna. *La Hiérarchie de Normes et lês Méthodes Du Droit Internatioal Privé*. Paris: LGDJ, 2001. p. 200.

¹⁹² JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration* cit.

¹⁹³ Nesse sentido, vide o caso *Affaire Losonci Rose et Rose c. Suisse n. 664/06* da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). A CEDH condenou o governo suíço por obrigar o cônjuge Laszlo Losonci Rose, de nacionalidade húngara, e a franco-suíça Iris Rose a adotar o sobrenome um do outro depois do casamento. Os dois se casaram na Suíça e o marido, húngaro, teve de adotar o sobrenome da mulher porque, de acordo com as leis suíças, é preciso escolher um sobrenome para ser o sobrenome da família – *principe de l'unité du nom de famille*. Depois de sucessivas perdas nos tribunais domésticos suíços, a CEDH acolheu o pedido de alegação de que as partes teriam sido vítimas de discriminação em razão do sexo (art. 14 da Convenção) e violação ao respeito da vida privada e familiar (art. 8 da Convenção).

¹⁹⁴ Nesse sentido, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações internacionais adotou a regra dos vínculos mais estreitos (princípio da proximidade) para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais (ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado* cit., p. 47).

direito, em que se concebem as fontes normativas de maneira hierarquizada e puramente emanadas pelo Estado nacional¹⁹⁵.

Essas novas construções teóricas assinalam uma nova permeabilidade do Direito, tradicionalmente concebido, e uma crescente abertura do DIPr, a valores e princípios historicamente legados ao direito material, sobretudo ao direito internacional público.

Com efeito, o novo Direito Internacional Privado está superando o excessivo formalismo das regras de conexão e do método conflitual europeu, deixando de ser um direito de remissão e dando lugar a um direito de ação, por meio da elaboração de normas materiais de resolução substantiva e uniforme de conflitos privados pluriconectados. Essa nova engenharia normativa se espalha pela metodologia do DIPr por meio de normas públicas e privadas – estas últimas, as que mais nos interessam aqui¹⁹⁶.

Com efeito, é possível notar que essa nova perspectiva metodológica do DIPr vem desejosa em trazer certa substancialidade a decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignorem as consequências do caminho encontrado¹⁹⁷.

O Direito Internacional Privado depara-se, portanto, com um novo cenário de pluralidade de entes não estatais como entidades normatizadoras de soluções para conflitos multilocalizados, vendo-se impelido a cotejar esse fenômeno com a sua própria evolução doutrinária: estaria obsoleto o método conflitual clássico de conflitos de normas diante dos desafios das novas relações jurídicas conectadas a mais de uma jurisdição?

Antes de se adentrar nos efeitos desse novo aporte teórico sobre o Direito Internacional Privado, se investigará o contexto no qual emergiu esse pluralismo das fontes e a legitimidade (ou não) desse novo plexo normativo, à luz do processo de internacionalização do direito ocorrido nas últimas décadas.

¹⁹⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 35.

¹⁹⁶ Segunda Nadia de Araujo: “Outra maneira de enfrentar essas diferenças entre regras conflituais, pela sua diversidade de país a país, foi a harmonização através da criação de normas conflituais internacionais uniformes. Para Dolinger, esse seria um DIPr uniformizado, em oposição àquele já existente quando se trata de determinada área de direito substantivo, resultante do esforço comum de dois ou mais Estados por casa da natureza internacional de um instituto. Há também iniciativas que visam uniformizar regras substantivas, como, v.g. a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL – ao contrário da acima descrita, com relação às normas conflituais uniformes, elimina o conflito de lei ao promover a modificação e unificação de uma parcela do Direito Privado Material – e os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT” (ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado* cit., p. 47).

¹⁹⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado* cit., p. 48.

2.2 O fenômeno da internacionalização do direito

Diante da internacionalização das relações econômicas e sociais, além do deslocamento da pessoa (humana) para o centro do direito internacional nas últimas décadas, sobretudo pós-1945, o DIPr passou a ter cada vez mais importância dentro do contexto da internacionalização do direito.

O número de indivíduos atingidos por problemas legais plurilocalizados aumentou consideravelmente nas últimas décadas do século XX e continua a crescer no século XXI.

A segunda metade do século XX foi marcada não só por um fenômeno de ascensão e criação de organizações internacionais, como também pela multiplicação de atores protagonistas de relações privadas com projeção na esfera internacional¹⁹⁸.

Em primeiro lugar, portanto, é preciso situar o fenômeno da internacionalização do direito junto ao processo de mundialização das relações jurídicas e econômicas, ocorridos principalmente no pós-guerra.

Segundo a doutrina, esse fenômeno foi deflagrado, sobretudo, pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com a assinatura do Tratado de Versalhes selando o fim da Primeira Guerra Mundial em 1919¹⁹⁹, mas consolidado posteriormente com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁰⁰.

Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty esclarece que o processo de internacionalização não remete apenas ao direito nascido da globalização econômica, mas

¹⁹⁸ Por muito tempo o Direito Internacional Privado foi conhecido como um direito das elites que podiam viajar e ter bens ou relações privadas com projeção em mais de uma jurisdição. Nesse tocante, a observação de cunho sociológico de Gannagé é que a compilação da jurisprudência francesa sobre a matéria no início do século XX contava com processos de príncipes e barões, ao passo que nos dias atuais é composta de nomes comuns. Vide: GANNAGÉ, Lena. *La Hiérarchie de Normes et les Méthodes Du Droit International Privé*. Paris: LGDJ, 2001. p. 5.

¹⁹⁹ A Constituição da OIT corresponde à Parte XIII do Tratado de Versalhes. Nesse sentido, João Carlos Casella afirma que: “A percepção de que as privações e a miséria advindas das péssimas condições de trabalho colocavam em risco a paz mundial ficou patente durante a primeira grande Guerra Mundial, a tal ponto que foi a primeira das razões invocadas no Tratado de Versalhes. É certo que os conflitos internacionais não têm por causa principal essa situação injusta, predominando outros fatores. Mas é certo, também, que não há como estabelecer uma paz duradoura senão com base na justiça social, como significativamente se inseriu na Constituição da OIT na Declaração de Filadélfia, de 1944” (CASELLA, João Carlos. Fundamentos da internacionalização do direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67305/69915>>, p. 380).

²⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition?* Paris: Editions Esprit, 2012. p. 35-36.

também à universalização dos direitos do homem, consagrados pela fundação desses marcos legislativos na história do direito contemporâneo²⁰¹.

Nesse cotejo, é preciso diferenciar a expressão “internacionalização do direito” da expressão “direito internacional”.

A internacionalização do direito é uma dinâmica, um conjunto de movimentos estimulados pelo jogo de interações entre os direitos internacionais – no plural, dado que são múltiplos – e os direitos internos dos Estados²⁰².

As transformações sociais impuseram novas formas de integração jurídica global que passaram a independender do poder central dos Estados.

Desse modo, o direito e os direitos internacionalizaram-se, mas não o fizeram de modo sistemático.

A segunda metade do século XX assinalou um fenômeno de ascensão e criação de organismos multilaterais e de órgãos infraestatais, cujo aparato normativo passou a desencadear um intercruzamento de normas²⁰³.

Trata-se de regramentos criados por novos processos de interação transnacionais, e de um modo diferente de internacionalização do direito, não construído por representantes dos Estados dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional (com a ratificação de tratados, consolidação de costumes ou ampliação de sistemas de integração pelos parlamentos nacionais), mas por meio de processos comunicativos com maior autonomia, que podem ou não envolver os atores estatais²⁰⁴.

É certo que elementos infraestatais e privados sempre foram válvulas propulsoras da construção do direito internacional.

Contudo, nas últimas décadas, surgiram novas formas de construção normativa a partir do processo de internacionalização das normas jurídicas, que acabaram por desencadear uma reestruturação na clássica teoria das fontes do direito internacional. Além dos tratados,

²⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition?* cit., p. 37.

²⁰² Idem, p. 38.

²⁰³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 116.

²⁰⁴ Idem, p. 202.

costumes, princípios e atos unilaterais, uma nova engenharia normativa tem sido construída por um processo de aproximação do direito interno dos Estados, notadamente em face de problemas comuns ou que toquem a realidade jurídica de dois ou mais ordenamentos jurídicos.

O fenômeno da internacionalização do direito, portanto, constata a impregnação de normas internacionais em todos os ramos do direito nacional e consagra o pluralismo de ordens jurídicas²⁰⁵ como sendo a coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social²⁰⁶.

Esse movimento descortina uma série de consequências relacionadas à convergência ou à divergência de sentidos entre normas e decisões de origens distintas – dada a pluralidade de ordenamentos jurídicos que se direcionam e concorrem na regência legal de um mesmo espaço nacional.

Pode-se afirmar que esse fenômeno é fruto de uma consistente ambição do direito internacional de expansão quantitativa e qualitativa sobre a normatividade dos fatos sociais que se refletem na ordem jurídica verdadeiramente internacional²⁰⁷.

Ao mesmo tempo, esse pluralismo advém de mudanças profundas no seio do constitucionalismo contemporâneo, notadamente diante do neoconstitucionalismo, e de abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional²⁰⁸, além da crescente importância de valorização dos direitos humanos.

²⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit* cit., p. 475-494.

²⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 498. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>.

²⁰⁷ Para Dolinger, o princípio da ordem pública teria três níveis de aplicação que seguiriam uma gradação decrescente na incidência da sua aplicação. O último nível seria a ordem pública *verdadeiramente internacional*, definida como aquela que inspira a disciplina das relações privadas internacionais e comanda uma atitude uniforme de todos os membros da sociedade internacional que, assim, deveriam renunciar a determinadas regras e tradições legislativas internas, em prol do bem maior da comunidade internacional. Nesse sentido, a ordem pública verdadeiramente internacional seria uma nova *communitas gentium*, em que os Estados considerariam os interesses de outros Estados e abdicariam de aplicar seu próprio direito – dada a transnacionalidade de alguns conflitos, em prol do bem-estar comum e dos interesses que compõem a sociedade internacional, consagrando a tolerância como grande princípio legitimador do DIPr. Vide: DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2003, p. 391-428.

²⁰⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* cit., 2005.

O movimento crescente de mundialização²⁰⁹ é o grande pano de fundo dessa proliferação normativa, cuja aparente falta de normatividade enseja a alcunha de *soft law* para uma parte da doutrina, dadas a ausência de coatividade e a não emanção pelo poder estatal desses regramentos.

Com efeito, é possível dizer que o direito se internacionaliza a partir da uniformização de categorias jurídicas entre os subsistemas internacionais e entre os direitos nacionais²¹⁰, ou seja, a aproximação entre os direitos nacionais e as interpretações do direito internacional pelo direito nacional, amplamente desenvolvidas por meio do discurso do direito comparado – uma das principais fontes de integração internacional dos direitos –, promove em grande parte o fenômeno da internacionalização do direito²¹¹.

Segundo Mireille Delmas-Marty, as ordens jurídicas entram em movimento, comunicam-se entre si, copiam-se mutuamente e se hibridam, gerando conceitos comuns²¹².

Para a autora, uma das maiores estudosas do movimento de internacionalização do direito, esse é um fenômeno amplo e perturbador que tem como arena de desenvolvimento a Europa – o chamado laboratório europeu²¹³.

Assim, argumenta que não existe uma entidade jurídica nomeada *Europa*, tampouco uma visão única e preestabelecida do continente.

Cada Estado europeu se construiu segundo suas próprias regras e viu o nascimento de um direito comunitário oriundo do Tratado de Roma (primeiro tratado constitutivo da

²⁰⁹ Segundo André-Jean Arnaud: “No que diz respeito às minhas leituras, não posso deixar de lado a distinção semântica que muitos autores fazem entre ‘global’ e ‘world’. Mesmo que algumas pessoas utilizem uma dessas palavras no lugar da outra, constata-se ao ler esses textos que o primeiro toma o lugar do outro com o passar dos anos, com uma conotação de integração econômica que esse último não o tinha. Estamos aí em presença de duas teorias, aquela segundo a qual a ‘mundialização’ é o estágio último da internacionalização e aquele segundo a qual há uma ruptura de um termo para o outro, sendo que internacionalização continua seu percurso em certos campos onde os Estados-Nações continuam sendo atores privilegiados, e a globalização manifestando a entrada do mundo em uma fase totalmente nova e comportando ainda numerosas incógnitas, já que o Estado-Nação não está mais em condições de desempenhar o papel que lhe tinha cabido até aí de controle do comércio mundial” (ARNAUD, André Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 5-6).

²¹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 204.

²¹¹ Idem, *ibidem*.

²¹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil, 1998. p. 14.

²¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 50.

Comunidade Econômica Europeia e modificado, sucessivamente, por outros tratados²¹⁴) e da unidade de interpretação normativa derivada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias²¹⁵ à época.

É bem verdade que alguns Estados que compõem a União Europeia vêm passando por um processo de reflexão a respeito da ideia de comunitarização, a exemplo da saída da Inglaterra do bloco em 2017, contudo a influência deflagrada pelo seu surgimento ainda é notória e com reflexos sobre o ordenamento jurídico de diversas nações do mundo.

Eis, então, a paisagem delineada pelo fenômeno da internacionalização do direito: uma ordem jurídica revolucionada por instrumentos normativos surgidos de todos os lados e que culmina com uma relatividade espacial, temporal e conceitual a embaçar os pontos de referência habituais, descortinando um espaço normativo *desestatizado*, um espaço temporal *desestabilizado* e uma ordem jurídica *deslegalizada*²¹⁶.

É nesse contexto que a máxima cunhada por Rudolf Von Jhering de ser o Estado a única fonte do Direito é posta em xeque²¹⁷. Esse processo também seria decorrente do contexto de pós-modernidade no qual o direito contemporâneo estaria inserido²¹⁸.

O presente trabalho optou pela expressão internacionalização do direito como recorte dentro do desiderato jurídico-filosófico contemporâneo para expressar um processo dinâmico de abertura dos sistemas legais e desfiguração das fronteiras anteriormente concebidas para o que seria direito interno e direito externo²¹⁹.

Nesse sentido, a complexidade das relações sociais na contemporaneidade é marcada pela velocidade das inovações tecnológicas, pelos problemas ambientais comuns,

²¹⁴ Principalmente, pelos seguintes documentos: Ato Único Europeu (1986); Tratado de Maastricht (1992); Tratado de Amsterdam (1997); Tratado de Nice (2000); Tratado de Roma (2004), entre outros.

Tratado de Lisboa (2007), a ser assinado dia 13 de dezembro de 2007, na cidade de Lisboa.

²¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum* cit., p. 52.

²¹⁶ Para mais informações sobre essas classificações, vide: DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum* cit., p. 46-73.

²¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum* cit., p. 67.

²¹⁸ *Idem*, p. 68.

²¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. Internationalization of Law: Diversity, Perplexity, Complexity Source: Proceedings of the Annual Meeting. *American Society of International Law*, v. 106, Confronting Complexity, 2012, p. 85-90.

pelo envelhecimento da população, entre outros desafios, que demandam uma nova regulação pelo direito.

A dúvida que surge, portanto, é: como o direito será capaz de responder a essa complexidade?

Para Mireille Delmas-Marty, a solução passa por introduzir, dentro da própria lei, a complexidade do mundo contemporâneo. E esse processo demandaria imaginação e abertura dos diferentes operadores jurídicos dos Estados²²⁰.

Ante a complexidade da moldura social contemporânea, o fenômeno da internacionalização do direito evidencia dois grandes aspectos em seu bojo: a diversidade de ordens legislativas e a diversidade de atores globais.

O primeiro aspecto não é exatamente novo, contudo é transformado por diferentes níveis de organização, diferentes matérias jurídicas legisladas e diferentes velocidades na evolução dos sistemas jurídicos. A relação entre os ordenamentos dos Estados não é linear, ao contrário, é descontínua e incompleta, e isso gera repercussões na seara do direito internacional²²¹.

Em relação à diversidade de atores globais, entram em cena não mais as relações interestatais, mas também a relação com atores infraestatais, principalmente grandes empresas multinacionais, cujo poder chega a ser maior do que o de pequenos Estados, além de importantes atores da sociedade civil, como organizações não governamentais e sindicatos de classe, e da comunidade científica²²².

E quais as implicações dessa nova rede de protagonistas para o direito?

A diversidade de atores globais vem ensejando maior consciência de pertencimento da comunidade global, e o Direito Internacional Privado, especificamente, vem promovendo um retorno a valores universalistas, cuja ambição reside em promover a resolução de conflitos de maneira mais uniforme e substantiva.

²²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Internationalization of Law: Diversity, Perplexity, Complexity* Source: *Proceedings of the Annual Meeting* cit., p. 85-90.

²²¹ *Idem*, *ibidem*.

²²² *Idem*.

Diante desse cenário de diversidade de atores infraestatais aptos a vocalizar instrumentos normativos em paralelo ao ordenamento posto, emerge uma perplexidade do duplo desafio gerado, tanto para o formalismo legal – notadamente, para o positivismo jurídico – quanto para a governança global²²³.

Hodiernamente, a pergunta que se faz é: a diversidade de novos regramentos evidenciados pela internacionalização do direito geraria uma disrupção do modelo jurídico clássico ou uma irrupção em um novo modelo?

Esse tema não será objeto de análise mais aprofundada na presente dissertação, mas parece claro haver uma dualidade de posicionamentos: o primeiro entende que a diversidade normativa infraestatal – aqui chamada de fenômenos privados de construção normativa, segundo expressão de Marcelo Varella – gera desordem, conflito e inconsistência²²⁴.

O segundo posicionamento entende esse novo aparato normativo como benéfico e necessário, na medida em que enseja uma combinação de diferentes objetivos legais²²⁵. Um bom exemplo é o surgimento do conceito jurídico-normativo de desenvolvimento sustentável, que combina os objetivos do desenvolvimento econômico e da preservação do meio ambiente²²⁶.

A seguir, far-se-á uma incursão sobre o fenômeno do pluralismo de fontes normativas evidenciadas pela internacionalização do direito, analisando-se como essas novas fontes se espraiam e vêm transformando o Direito Internacional Privado clássico.

2.2.1 *O pluralismo jurídico*

O processo de internacionalização do direito leva a três constatações imediatas.

²²³ Sobre a ideia de governança global, ver: ROSENAU, James N. Governance, order, and change in world politics. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (eds.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 1-29; DEEPAK, Nayyar (ed.). *Towards Global Governance. Governing Globalization: issues and institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 3-18; DINGWERTH, Klaus; PATTERBERG, Philipp. Global Governance as a Perspective on World Politics. *Global Governance – A Review of Multilateralism and International Organizations*, v. 12, n. 2, April-June 2006, p. 185-203.

²²⁴ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 433.

²²⁵ Idem, *ibidem*.

²²⁶ Idem.

A primeira delas é que o contexto sociológico contemporâneo deflagrou um processo de crise no direito e em suas instituições clássicas, seja via um movimento disruptivo dentro da tradicional teoria das fontes normativas, seja pela possível irrupção em um novo modelo.

A moderna coesão da razão estatal vem sendo substituída pela descentralização dos sujeitos na produção da legalidade, e o Estado vem, paulatinamente, dividindo sua onipresença em matéria de regulação da sociedade com outros atores²²⁷.

O Direito Internacional Privado, por certo, não passa incólume a esse movimento.

A segunda constatação é que a eficácia da regulação tradicional pela via jurídica, bem como a emergência da validade de outras formas de regulação e a concepção de desregulamentação como apelo indireto a outro direito surgiram como reflexos da mundialização das relações²²⁸ e como forma alternativa e espontânea surgida no seio das sociedades, esperançosas em dominar a complexidade e a complexificação dessas relações²²⁹.

A terceira constatação, por fim, é que esse contexto acabou por afetar diretamente as tradicionais fontes do direito e, especialmente defendido aqui neste trabalho, o Direito Internacional Privado.

Nesse tocante, a tradicional disciplina acaba por presenciar a possível insuficiência do seu método conflitual clássico – erigido sob fortes bases privatistas e territorializadas, à luz das novas fontes normativas surgidas com o anseio de substantivar o conflito de normas multilocalizadas.

O papel crescente de fontes normativas autônomas e infraestatais evocou o recuo de um Estado visível por meio da normalização²³⁰ e da certificação, associadas, em contrapartida, a uma intensa aproximação do setor privado com os poderes públicos na produção legal²³¹.

²²⁷ LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²²⁸ ARNAUD, André Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 7.

²²⁹ Idem, p. 18.

²³⁰ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., p. 33-35.

²³¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 458.

Destarte, como reflexo do processo de internacionalização do direito – ou justamente como seu motivador –, o pluralismo jurídico é uma realidade que permeia o direito contemporâneo e que culmina com a coexistência de diferentes direitos e sistemas jurídicos, desafiando o monopólio de elaboração e administração das leis por Estado que são cada vez mais interdependentes²³².

As relações existentes, ante essa pluralidade de normas e o direito nacional emanado por cada Estado, nem sempre são das mais pacíficas.

Diversos desafios se apresentam na ordem contemporânea – e que se assemelham às questões trazidas pelos pluralistas no passado, como a irredutibilidade da pluralidade de ordens jurídicas, a coexistência do direito estatal com outras ordens normativas, a falta de uma entidade hierarquicamente superior que transcenda as diferenças existentes e quiçá legitime os novos instrumentos normativos, entre outras²³³.

Para alguns estudiosos, seria possível, ainda, fazer uma dicotomia entre normas oficiais e não oficiais decorrentes da capacidade de a sociedade se auto-organizar e coordenar de forma relevante alguns aspectos de suas ordens públicas²³⁴.

O fato é que a existência de um contexto mundializado e de uma arena de Estados interdependentes onde se desenvolvem negócios privados e um comércio amplo entre Estados não elidiu, certamente, o controle estatal e internacional por completo. Contudo, esse controle foi alterado substancialmente²³⁵.

O pluralismo de fontes jurídicas e, também aqui, de centros decisórios – tendo em vista os diversos mecanismos privados internacionais de solução de controvérsias – coloca-se cada vez mais em concorrência com os Estados na formulação e aplicação do direito no caso de conflitos ligados por um elemento de estraneidade.

²³² MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, 2009; *Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper*, n. 259, p. 3.

²³³ O autor salienta que, quando se fala em pluralismo jurídico, é preciso definir o que se trata de direito e o que não se trata. Nesse sentido, o autor explica que, para fins de conflito de leis, a definição do que é direito e do que não é depende da perspectiva daquele que reconhece a ordem normativa. Assim, no âmbito do comércio internacional, a dificuldade reside justamente na ampliação pelo estado e pelos demais “reconhecedores” do que, para ele, é considerado direito (MICHAELS, Ralf. *Global Legal Pluralism cit.*, p. 14-16).

²³⁴ BERGER, Klaus Peter. The new Law Merchant and the global market place. A 21^o century view of transnational commercial law. In: BERGER, Klaus Peter (ed.). *The practice of transnational law*. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 31.

²³⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado cit.*, p. 14-20.

Nesse sentido, Erik Jayme reforça que a sociedade atual significa pluralidade, comunicação, velocidade, fluidez e internacionalidade das relações privadas. Pluralidade de sujeitos de direito, pluralidade de agentes no mercado, pluralidade de vínculos obrigacionais, além da pluralidade de fontes legislativas, internas e internacionais, de ordenamentos jurídicos e, conseqüentemente, de soluções jurídicas²³⁶.

Com efeito, o pluralismo das fontes jurídicas na contemporaneidade também pressupõe a existência de um direito comercial transnacional²³⁷.

A ordem transnacional seria aquela existente nos espaços ditos transnacionais, verdadeiras arenas econômicas dos mercados globais e, portanto, espaços que se descolam do suporte territorial nacional e de suas respectivas ordens jurídicas, dado que esses ordenamentos não seriam suficientes para regular inteiramente esse tipo de relação²³⁸.

Segundo Kronke, o conceito de transnacional reflete que o global e o local se impactam mutuamente, resultando em sua inseparabilidade. Assim é que os novos atores privados passaram a estar envolvidos no processo de elaboração normativa, enfraquecendo o conceito tradicional de soberania estatal²³⁹.

O surgimento, a evolução e o maior protagonismo de regras infraestatais transnacionais, sobretudo comerciais, se deram, portanto, devido a diversos desenvolvimentos jurídicos e à diversidade desses protagonistas evidenciados pela internacionalização do direito ou pela transnacionalização do direito comercial²⁴⁰.

²³⁶ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration* cit., p. 98.

²³⁷ Para alguns autores, essa expressão seria sinônimo de *Lex Mercatoria*, enquanto, para outros, a expressão teria um entendimento mais amplo, cujo sentido desembocaria em uma multiplicidade de regras surgidas por uma variedade de fontes que têm força de lei em mais de um Estado. Esse conceito será esmiuçado em tópico próprio sobre o aporte normativo trazido pelo direito do comércio internacional, contribuindo para o adensamento das fontes normativas do DIPr.

²³⁸ LOQUIN, Éric. *Les règles matérielles internationales. Recueil des Cours*, Académie de Droit International, Haia, v. 322, p. 22, 2007.

²³⁹ KRONKE, Herbert. *From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. Revue Hellénique de Droit International*, n. 62, p. 705, 2009.

²⁴⁰ BERGER, Klaus Peter. *The new Law Merchant and the global market place* cit., p. 35.

Segundo a doutrina, esses fatores levaram a uma crescente tendência de evolução da sociedade nacional para uma sociedade civil global, com o enfraquecimento do poder estatal e o aumento da tendência de informalidade do processo legislativo internacional²⁴¹.

Com efeito, um novo regramento vem surgindo paralelamente à regulação do Estado, descortinando uma desnacionalização do processo legislativo²⁴² e fazendo emergir um crescente pluralismo de fontes jurídicas.

Essa permeabilidade a regras não emanadas do poder estatal, por exemplo, no âmbito do comércio internacional, somada aos imperativos práticos das sociedades contemporâneas, tornou realidade a criação de soluções materiais para as relações de transporte, compra e venda de mercadorias, arbitragem internacional e outras atividades de cunho econômico, permitindo a harmonização desses instrumentos normativos com outros tantos que regulam a mesma matéria no âmbito nacional²⁴³.

É possível dizer que o surgimento desses regramentos paralelos e autônomos decorreu da necessidade prática das atividades econômicas contemporâneas. Assim, em matéria de obrigações contratuais, são as conexões de fato das transações econômicas com determinado espaço geográfico que determinam a resolução do conflito de leis²⁴⁴.

O fato de alguns interesses específicos do comércio internacional não serem endereçados, em muitas ocasiões, pelas regras aplicáveis internamente a essas relações abre caminho para que as normas materiais emanadas por ordenamentos infraestatais ganhem prestígio e venham a corrigir algumas dessas distorções.

Isso acontece porque o comércio internacional precisa de regras jurídicas que levem em consideração os riscos resultantes da situação geográfica das partes, das distâncias a serem percorridas, das fronteiras físicas, culturais e jurídicas a serem enfrentadas, das incertezas monetárias e das diferenças políticas entre as localidades, entre outros²⁴⁵.

²⁴¹ BERGER, Klaus Peter. *The new Law Merchant and the global market place* cit., p. 40.

²⁴² *Idem*, p. 45.

²⁴³ BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho internacional privado – derecho de las relaciones privadas internacionales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 71.

²⁴⁴ BERGER, Klaus Peter. *The new Law Merchant and the global market place* cit., p. 57.

²⁴⁵ LOQUIN, Éric. *Les règles matérielles internationales* cit., p. 41-42.

Em paralelo, além dos regramentos surgidos da necessidade prática da sociedade transnacional, os organismos internacionais passaram a ter papel relevante na elaboração de instrumentos normativos²⁴⁶ com diferentes formas e provenientes de diversas instituições, visando a facilitação das transações comerciais²⁴⁷.

Essa proliferação de sujeitos e normas de direito internacional concretiza-se, portanto, por duas grandes vias: (i) pelo aumento do número de instrumentos normativos tradicionais de direito internacional público – tratados, costumes, princípios gerais do direito internacional e atos unilaterais; e (ii) pelo surgimento de fontes jurídicas edificadas por redes de atores infraestatais públicos e privados.

Num primeiro momento, constata-se que o atual pluralismo jurídico das fontes de direito internacional revela um expediente de delegação da criação normativa internacional do Estado para organizações internacionais, a respeito de temas antes de domínio exclusivamente interno²⁴⁸.

Por outro lado, observa-se também a ampliação do rol de regramentos domésticos – públicos e privados – que tutelam questões com repercussão internacional, como proteção ambiental, regulação de mercados, combate à corrupção, terrorismo, lavagem de dinheiro, entre outros²⁴⁹.

2.2.2 *O direito transnacional e a transnacionalidade das questões jurídicas contemporâneas*

O conceito de direito transnacional é ambíguo e tem sido aplicado com vários sentidos, tornando-se necessário estabelecer, desde logo, o recorte realizado aqui.

²⁴⁶ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa cit., p. 120.

²⁴⁷ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global Sales and Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 33.

²⁴⁸ Idem, p. 34.

²⁴⁹ Idem, p. 35.

O primeiro doutrinador a cunhar a expressão “direito transnacional” foi Philip Jessup, em sua obra seminal sobre o tema *Transnational Law*²⁵⁰.

Posteriormente, esse termo ganhou significado próprio, desvirtuando-se do conceito original.

Segundo Jessup:

(...) o termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria-padrão²⁵¹.

Para a doutrina internacionalista contemporânea, a expressão “direito transnacional” designa a origem não estatal de determinado conjunto de normas ou decisões²⁵². Desse modo, as fontes normativas albergadas por esse direito seriam aquelas que não são nacionais ou internacionais, mas fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados²⁵³.

Segundo Jessup, a crescente complexidade das relações jurídicas no cenário mundial ensejaria a necessidade de superação do hiato hermenêutico e epistemológico estabelecido entre os ramos do direito internacional²⁵⁴. Para isso, o autor utiliza a expressão direito transnacional de modo a incluir todas as normas que regulem atos ou fatos que transcendam as fronteiras nacionais, especialmente caracterizadas por sua origem não estatal,

²⁵⁰ Anteriormente, McDougal introduziu o termo “transnacional” para descrever grupos ou atividades que transcendem as fronteiras nacionais, mas não atrelou qualquer significado jurídico a esse termo. Há notícia de que outros doutrinadores (em especial Joseph Johnson e Arthur Nussbaum) utilizaram o termo “transnacional” atrelado a conceitos jurídicos (JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 2). Entretanto, o desenvolvimento da ideia de um direito transnacional é creditado ao internacionalista Phillip C. Jessup, com base na sua aula magna (*stors lecture*) na Universidade Yale, nos Estados Unidos, que deu origem à obra *Transnational Law*, publicada em 1956. Nesse sentido, vide: BROUDER, Alan. Phillip C. Jessup: the original transnational lawyer. In: TIETJE, Christian *et al.* *Phillip C. Jessup's transnational law revised: on the occasion of the 50° anniversary of its publication*. Halle: Institute of Economic Law; Transnational Economic Law Research Center, 2006. p. 7.

²⁵¹ Tradução livre de: “(...) the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories” (JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 2).

²⁵² O conceito de direito transnacional proposto por Jessup é visto como um conceito mais amplo. Por outro lado, é corriqueira a utilização do termo “transnacional” em sentido estrito. Vide: FOZ, Flavia. Processo arbitral transnacional. Disponível em: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/Mange_Flavia_Foz_Tese_ versao_corrigida13_08_2012_completa.pdf>.

²⁵³ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia cit., p. 507.

²⁵⁴ JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 2.

por serem voltadas a eventos transfronteiriços e por contarem com a anuência dos Estados, seja pelo reconhecimento do princípio da autonomia da vontade, ou mesmo por meio da execução de laudos arbitrais.

Analisando a evolução do direito internacional e a entrada de novos sujeitos de direito internacional ao lado do Estado, Jessup menciona diversas situações transnacionais contemporâneas que podem envolver indivíduos, corporações, Estados, organizações de Estados e outros grupos, envolvidos em conflitos multilocalizados, em que uma série de leis ou normas de direito podem ser aplicadas, com o necessário recurso às normas de conflitos de Direito Internacional Privado, decorrentes de escolhas ou opções feitas pelos legisladores nacionais²⁵⁵.

Diante desse contexto de transnacionalidade dos conflitos, o autor questiona a aplicação das normas de conflito de leis e propõe a aplicação de um direito transnacional, que inclui o direito internacional público e privado, bem como qualquer outra categoria de normas que não se enquadrem perfeitamente em uma unidade-padrão. Nesse sentido, Jessup inova, e de maneira ousada propõe a necessidade de se refletir além do direito internacional público e privado, desenvolvendo o conceito de direito transnacional²⁵⁶.

Nesse sentido, o direito transnacional é mais um vetor integrante do pluralismo jurídico das fontes, evidenciado com a mundialização das relações, e integrando normas infraestatais, notadamente influenciado pelo fenômeno da internacionalização do direito.

A bidimensionalidade tradicional que contrapõe o direito internacional público (enquanto conjunto de normas que regula as relações entre os Estados) e o Direito Internacional Privado, portanto, não seria suficiente para compreender a conjuntura das contemporâneas situações pluriconectadas, e daí se justificaria um direito transnacional perpassando também outras vertentes.

Ainda nos anos 50 do século XX, o autor argumentava que deveria haver uma relação de complementaridade em vez da exclusividade entre o direito internacional público e o DIPr, dado que o direito transnacional se alimenta da crescente interação entre o interno e o

²⁵⁵ CALLIESS, Graf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 476; CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

²⁵⁶ JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 3.

internacional, regulando diversos segmentos com o intuito de promover a conjugação dos novos atores e um melhor resultado para os problemas multilocalizados²⁵⁷.

Com efeito, Jessup propõe a solução dos problemas transnacionais não pela aplicação de uma lei, tampouco pela violação delas, mas por um processo de ajuste de meios extralegais e metajurídicos em que, *a priori*, necessita interromper um pensamento da solução baseada em uma única jurisdição, e passar a considerar a possibilidade da existência de um tribunal que não esteja vinculado a um sistema de leis nacionais²⁵⁸.

O autor reconhece a dificuldade de introduzir uma nova solução desse tipo, especialmente quando o pensamento estabelecido já está condicionado a aplicar uma regra de conflito de leis e uma única jurisdição. Ele ressalta, contudo, que a transnacionalidade dos problemas jurídicos contemporâneos exige considerações em dimensões igualmente transnacionais, e que as partes poderiam fazer referência a esse método sem se preocupar se são normas de direito público ou privado²⁵⁹.

Uma vez que os objetivos centrais do Direito Internacional Privado são a gestão da aplicação da lei estrangeira, a escolha da jurisdição aplicável e a cooperação jurídica internacional, os valores que norteiam a aplicação contemporânea da matéria se ligam exatamente aos vetores hermenêuticos do direito transnacional: o respeito à diversidade legislativa e à autonomia da vontade das partes²⁶⁰.

Nesse ensejo, seria possível constatar elementos comuns nas situações nacionais e internacionais e, após a análise de alguns cenários comparativos, Jessup conclui não haver necessidade de escolha de uma única lei com base em critérios rígidos propostos por regras de conexão de DIPr – por exemplo, a territorialidade, a nacionalidade, o domicílio, entre outros – , e tampouco haveria razões para impedir que os tribunais fossem autorizados a escolher, somente dentre as normas jurídicas existentes no ordenamento nacional, aquela que fosse

²⁵⁷ JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 2.

²⁵⁸ *Idem*, p. 4.

²⁵⁹ “The use of transnational law would supply a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases” (JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 15).

²⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado e o direito transnacional* cit., p. 511.

mais conveniente para solucionar a questão controversa, defendendo, assim, a aplicação de um direito transnacional²⁶¹.

A obra de Jessup é tida como inovadora ao propor, ainda em meados da década de 1950, uma ruptura com os conceitos clássicos de conflito de leis e escolha da lei de regência, permitindo ao julgador ir além das regras rígidas de conexão, em busca da aplicação da norma mais adequada ao caso concreto.

Esse conceito foi desenvolvido por outros doutrinadores, a exemplo de Vagts, que caracterizou o direito transnacional com base em três elementos:

- i. Assuntos que transcendem as fronteiras nacionais;
- ii. Assuntos nos quais não há uma distinção clara entre o público e o privado; e
- iii. Assuntos com fontes abertas e flexíveis, além das tradicionais listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁶².

Sua obra trata de problemas jurídicos transnacionais e esclarece que seu objetivo é desenvolver um quadro conceitual para a compreensão de problemas envolvendo um ou mais sistemas jurídicos²⁶³.

Também dentro desse contexto, Koh desenvolve seu estudo sobre um processo jurídico transnacional, segundo o qual o processo descreveria não apenas a teoria, mas a prática em que diversos atores (públicos e privados) interagem em fóruns nacionais e internacionais criando, interpretando, executando e internalizando o direito transnacional.

Esse processo jurídico transnacional seria marcado por quatro características²⁶⁴:

²⁶¹ JESSUP, Philip C. *Transnational Law* cit., p. 106-107.

²⁶² É importante ressaltar que o conceito de direito transnacional de Jessup, tal como defendido por Vagts, não se preocupa apenas com as leis e as normas, mas com o comportamento adotado pelos atores que se engajam em práticas transnacionais. Vide: VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986. p. 12.

²⁶³ VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems* cit., p. 13.

²⁶⁴ “Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatic: the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, not static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this

- i. Não é tradicional, na medida em que se distancia das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional (público/privado e doméstico/internacional);
- ii. Não é totalmente estatal, uma vez que os atores envolvidos nesse processo não são apenas, e nem primordialmente, o Estado, incluindo atores não estatais; ^[L]_[SEP]
- iii. É dinâmico, e não estático, pois se transforma de público para privado, de doméstico para internacional, e vice-versa; e
- iv. É normativo, dado que nesse processo de interação novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas.

Por último, cabe ressaltar que o termo “direito transnacional” também foi analisado pela doutrina em sentido mais estrito. Sendo assim, ele estaria relacionado à emergência de um direito ou uma ordem jurídica transnacional, independente dos Estados e das ordens jurídicas nacionais²⁶⁵. Para aqueles que defendem a existência de uma ordem jurídica transnacional, argumenta-se que a análise pode ser realizada em duas etapas: na primeira, evidenciando a existência e a aplicação de normas transnacionais, e na segunda, reconhecendo que essas normas podem ser classificadas como uma ordem jurídica autônoma²⁶⁶.

Nesse sentido, discorrendo sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, Teubner defendeu a existência de ordenamentos jurídicos independentes dos

process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again” (KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 75, p. 181-206, 1996).

²⁶⁵ Nesse sentido, ver explanação de Cotterrell: “The international lawyer Philip Jessup wrote that transnational law includes ‘all law which regulates actions or events that transcend national frontiers’ (Jessup 2006, 45). In his view national and international law would be part of it insofar as they have these effects, and it could address both public (state and governmental) and private (non-governmental, civil society) actors. But other writers treat transnational law as conceptually distinct from national and international law because its primary sources and addressees are neither nation state agencies nor international institutions founded on treaties or conventions, but private (individual, corporate or collective) actors involved in transnational relations” (COTTERRELL, Roger. What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, London, v. 37, n. 2, 2012; *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, n. 103, p. 2, 2012).

²⁶⁶ Nesse sentido, Gaillard aponta que: “It takes a double qualitative lead to proceed from the acceptance of the application of transnational rules by the arbitrators to the acceptance of the existence of a true arbitral legal order. The first consists in moving from the recognition of the application of isolated rules to the acceptance of the existence of an organized system of norms; the second consists in the realization that this system in fact meets the more rigorous requirements of a legal order” (GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, London, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001).

Estados, segundo o qual setores sociais produziram normas com relativa autonomia dos Estados, possibilitando a emergência de ordenamentos jurídicos *sui generis*²⁶⁷.

Para exemplificar os ordenamentos jurídicos transnacionais criados por setores sociais, Teubner cita a nova *Lex Mercatoria* como caso mais exitoso e, ainda, a *Lex Sportiva*, a proteção de direitos humanos e ambientais. Os dois primeiros, juntamente com a *Lex Eletronica*, serão objeto de análise mais detida nos tópicos a seguir.

Sendo assim, ilustra-se aqui que em distintos sistemas jurídicos transnacionais, a exemplo da *nova Lex Mercatoria*, da *Lex Sportiva* e da *Lex Eletronica*, os conflitos são solucionados por normas próprias, processos de negociação e sanção entre os próprios entes privados, cuja efetividade normativa é desempenhada pelo próprio sistema e o conceito de obrigatoriedade é substituído por níveis de obrigatoriedade²⁶⁸.

Nesse cenário, exsurtem algumas questões: qual a relação dessas normas transnacionais com o Direito Internacional Privado? Qual a relação do Estado com esse conjunto de *soft norms* que concorrem com aquele na regulação de fatos plurilocalizados? O método conflitual clássico estaria obsoleto? As normas transnacionais seriam uma forma das corporações internacionais contornarem a jurisdição estatal? Qual a relação possível entre o direito transnacional e o Direito Internacional Privado?

Trazendo uma nova dimensão ao conceito de direito transnacional, Calliess e Zumbansen propõem que ele seja compreendido como uma metodologia em vez de um ramo autônomo. Esse conceito metodológico de direito transnacional combinaria o pluralismo jurídico com a teoria dos sistemas, e com uma variedade de teorias políticas e econômicas²⁶⁹.

Essa metodologia se mostraria mais adequada aos conflitos transnacionais contemporâneos com a oferta de um mecanismo de criação de normas variado e dinâmico, que combina o público e o privado e que supera as barreiras existentes para a normatização

²⁶⁷ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 3-28.

²⁶⁸ *Idem*, *ibidem*.

²⁶⁹ Nesse sentido, ver: CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code* cit., p. 6.

das relações transnacionais sem substituir os modelos normativos estatais ou internacionais, mas os complementando²⁷⁰.

Desse modo, pode-se dizer que seria um conceito intermediário, que parte de uma ideia ampla tal como defendida por Jessup, mas reconhecendo a existência de um sentido estrito²⁷¹.

Antes de analisarmos esses ordenamentos jurídicos independentes propostos por Teubner e evidenciados pelo processo de internacionalização do direito, relembremos a relação que o Estado desenvolve com o direito internacional e como o direito transnacional se insere nessa dinâmica.

2.2.3 *A relação entre direito internacional e direito interno*

Far-se-á, brevemente, uma incursão sobre a relação tradicional entre o direito internacional e o direito interno, com o intuito de mais adiante entender como essas novas normas transnacionais se relacionam ou irão se relacionar com as normas de DIPr, como regramento emanado, principalmente, dos direitos domésticos estatais.

Tradicionalmente, a relação entre o direito internacional clássico e o direito nacional sempre suscitou muita discussão na doutrina, mas quase sempre foi forjada de maneira pacífica²⁷².

Desde a consolidação doutrinária do direito internacional, sobretudo a partir da Paz de Westfalia²⁷³, e à medida que ele foi se desenvolvendo, houve uma maior inter-relação entre

²⁷⁰ CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code* cit., p. 6.

²⁷¹ Na doutrina nacional a discussão sobre o direito transnacional foi trazida a debate por Marcelo Neves, ao discorrer sobre o transconstitucionalismo. Neves também reconhece a ambivalência na expressão “direito transnacional”. Como mencionado, a referência ao termo “transnacional” de maneira abrangente seria semelhante ao conceito desenvolvido por Jessup, que teria como núcleo básico a noção de relações que ultrapassam as fronteiras dos Estados e que incluiriam não apenas ordens, instituições e problemas transnacionais, mas também internacionais e supranacionais. Por outro lado, a utilização da expressão no sentido estrito apontaria para a proposta de Teubner da existência de ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras, quanto de ordens constituídas com base no Estado (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 84).

²⁷² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginante du droit*, v. I: Le relatif et l’universel, Paris: Seuil, 2003, p. 25.

²⁷³ VIGNALI, Heber Arbueta. *Derecho internacional publico: temas de la teoria general*. Montevideo: Taleres Grafico, 1993.

as normas produzidas no plano internacional e as normas emanadas no âmbito interno dos Estados nacionais.

Assim, o direito internacional clássico, por muitas vezes, levou em conta o direito interno como prova do costume internacional e dos princípios gerais do direito, ao passo que o direito interno constantemente foi recebendo informações e se amoldando aos padrões normativos dados pela ordem internacional e desenvolvidos, principalmente, pelo comércio internacional²⁷⁴.

A discussão sobre o tipo de relação e o modelo ideal entre o direito internacional e o direito interno já foi amplamente esmiuçada por diversos estudiosos desde os autores modernos do século XVIII até os clássicos do século XIX e não iremos aprofundá-la aqui²⁷⁵.

Nesse sentido, as visões monistas e dualistas foram bastante debatidas nos anos 1930 por autores como Kelsen, Triepel, Verdross e Scelle e reforçam a ideia de que o direito internacional influencia aquele Estado que participou de determinado tratado ou que manteve alguma prática de costume internacional em seu direito interno²⁷⁶.

O direito internacional inspira o nacional e há um processo contínuo de importação de soluções para problemas comuns que derivam de discussões internacionais. Para alguns autores, a complexidade do direito internacional contemporâneo fomenta a construção contínua de um processo transnacional de interação, interpretação e internalização de normas para o campo doméstico²⁷⁷.

Contemporaneamente, a relação do direito interno com o direito internacional é marcada por uma dialética permanente entre o global e o local, em que o direito internacional pode ser caracterizado pela sua grande expansão temática – em temas antes não adstritos à sua competência, com forte repercussão no plano interno dos Estados que compõem a

²⁷⁴ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijui, 2004. p. 135.

²⁷⁵ Nesse sentido, ver: ANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *BSBDI*, n. 44-45, 1967, p. 29-64; WALZ, G. A. Les Rapports du Droit International et du Droit Interne. *RDC*, Paris, v. III, t. 61, 1937, p. 379.

²⁷⁶ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 136.

²⁷⁷ KOH, Harold Hongju. Transnational legal process after September 11th. *Berkeley Journal of International Law*, v. 22, p. 338.

comunidade internacional e a crescente influência desses regramentos no bojo do direito interno dos Estados²⁷⁸.

Há uma interpenetração cada vez mais profunda e o direito internacional deixou de ser eminentemente direcionado para os Estados, passando a afetar organizações internacionais, empresas e indivíduos.

Por meio dessa nova dimensão, o direito internacional vem penetrando em muitas esferas de competência do direito interno e influencia cada vez mais a produção de normas com o intuito de conformação dos objetivos traçados nos foros internacionais. Em paralelo, as instituições legislativas nacionais se obrigam a cumprir, paralelamente, diretivas originadas de compromissos de governo no exercício das relações internacionais²⁷⁹.

Com efeito, as normas internacionais cada vez mais influenciam o processo legislativo interno dos Estados e também os padrões de diversas empresas transnacionais e organismos privados internacionais. Alguns fatores explicam isso como a construção de consensos técnicos em torno de soluções comuns, a criação de fóruns internacionais de troca de ideias, o receio de eventuais sanções internacionais, entre outros²⁸⁰.

Desse modo, contemporaneamente, os Estados receiam adotar práticas que venham a ser interpretadas como dissonantes do direito internacional e, de fato, enquanto no passado o direito internacional impunha sanções meramente morais, os governantes domésticos sentiam-se mais livres para editar normas que eventualmente violassem tratados, uma vez que os efeitos da responsabilidade internacional não eram tão intensos²⁸¹.

Isso mudou consideravelmente nos últimos anos, sobretudo em relação a temas mais delicados, tais como o terrorismo e os direitos humanos, a ponto de regramentos privados também gozarem de relativo prestígio e exercerem pressões no ordenamento jurídico interno dos Estados.

Em relação a normas emanadas de organismos internacionais, é possível notar um avanço em relação a alguns regramentos subjacentes ao comércio internacional, sobretudo no

²⁷⁸ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 139.

²⁷⁹ Idem, p. 140.

²⁸⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 208.

²⁸¹ Idem, *ibidem*.

âmbito da OMC. Assim, não é raro que os governantes moldem suas políticas públicas de modo a não infringir ou gerar interpretações que possam ser caracterizadas como infrações às diretivas da OMC²⁸².

De forma mais suave, também é possível notar maior respeitabilidade dos governantes ante as normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas para Ciência, Educação e Cultura (UNESCO), não só em função de uma possível sanção internacional, mas também em virtude da legitimidade reputacional dessas normas.

Destarte, é também visível a efetiva influência da normativa internacional na construção de padrões de qualidade previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais e, nesse tocante, é a capacidade dessa engenharia normativa induzir conformidade dos atores (estatais ou não) que realmente importa, e não mais o *pedigree* da norma²⁸³⁻²⁸⁴.

Assim, é possível vislumbrar que a divisão radical de dois ordenamentos distintos – um de direito internacional e outro de direito interno, como defendiam os dualistas – já não mais é possível. Isso também se aplica a um direito puramente transnacional ou puramente internacional regulando os fatos transfronteiriços.

Assim é que as normas internacionais vêm passando por um processo de transnacionalização, atravessando fronteiras e emergindo nos ordenamentos nacionais, alterando substancialmente a feição da relação entre o internacional e o interno, evidenciando cada vez mais uma dimensão transnormativa²⁸⁵.

²⁸² VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 110.

²⁸³ Os guias de boas condutas ou a avaliação por pares da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) são bons exemplos. As normas são dirigidas aos membros da organização, mas outros Estados, observadores ou não, podem se submeter aos testes de qualidade de seu marco regulatório em diferentes setores. O Brasil, por exemplo, muito embora não seja membro da OCDE, submeteu sua legislação de defesa da concorrência ao sistema de avaliação por pares da organização internacional em 2005 e em 2010, recebendo uma lista de críticas e sugestões, algumas das quais serviram de subsídio para alterações no marco regulatório e proposta de uma nova lei de defesa da concorrência, aprovada em 2011. Vide: OECD. Country Studies. *Brazil – peer review of competition law and policy*, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2017.

²⁸⁴ BAHD, R. *Globalization of judgment: Transjudicialism, international human rights law and Commonwealth courts*. Thesis for LLM, Graduate Department of Law, University of Toronto, 2001, p. 34.

²⁸⁵ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 140.

2.2.4 *A relação entre normas transnacionais, direito internacional e direito interno: a noção de transnormatividade*

Phillipe Braillard, ao caracterizar a sociedade transnacional, definiu-a como um sistema de interação entre atores sociais, em que as interações são decididas por elites não governamentais, e continuadas diretamente pelas forças econômicas e políticas nas sociedades de que fazem parte²⁸⁶.

Para o autor, essa dinâmica de interação jurídica entre o internacional e o local acaba produzindo o que se poderia chamar de uma relação transnormativa entre direito internacional e direito interno²⁸⁷.

A teoria de Braillard vai de encontro à teoria de Jessup, na medida em que este último caracteriza o direito transnacional para além de uma concepção monista ou dualista do direito internacional²⁸⁸.

Para Jessup, os conflitos se dariam não por conta dessas teorias – ora bidimensionais, ora unitaristas –, mas pelas relações transnacionais que podem envolver pessoas, empresas, estados, organizações e grupos. Essa perspectiva enseja, nitidamente, uma concepção transnormativa entre o direito internacional e o direito interno.

A transnormatividade se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional que – por meio de seus instrumentos normativos emergidos do plano internacional – interpenetram o direito interno e traçam um novo panorama para a relação entre a normativa internacional e a doméstica.

Com feito, pode-se notar que a relação perpassa três pilares: o internacional, o global e o interno, que caracterizam uma interação transnormativa.

Para Wagner Menezes:

Essa relação transnormativa se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional que, através de seus instrumentos normativos produzidos no plano internacional, dissolvem as fronteiras e

²⁸⁶ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 141.

²⁸⁷ Idem, p. 142.

²⁸⁸ BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações interacionais*. Trad. J. J. Pereira Gomes e A. Silva Dias. Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. p. 275.

possibilitam uma interpenetração de normas jurídicas entre o local e o global em um mesmo espaço de soberania e competência normativa. Elementos de fundamentação da construção normativa, como as fontes do direito²⁸⁹.

Em linha com esse pensamento, Maristela Basso propõe uma interpretação integrativa que leve em consideração diferentes fontes normativas quando da resolução de um conflito pluriconectado:

(...) é importante que o jurista utilize não apenas as normas formais em sentido estrito (tratados, leis, regulamentos internos, etc.), como também as normas narrativas, expressas nas fontes institucionais. Elas dizem respeito às exposições de motivos, convenções não ratificadas e fontes institucionais em sentido amplo (recomendações, diretrizes, leis-modelo, princípios, códigos de conduta, etc.), e podem desempenhar uma função decisiva no momento de fundamentação das decisões relativas à aplicação do Direito Internacional Privado. Isso porque a sua função é dupla: de um lado, atende ao objetivo de (re)criação do direito, por construir princípios hermenêuticos e, de outro, ao objetivo integrativo, por servir de anteparo às inúmeras lacunas, levando, muitas vezes à efetiva solução dos casos contendo elemento estrangeiro²⁹⁰.

Diante desse cenário de transnormatividade e de certa integração normativa quando da resolução de um conflito transnacional, é possível notar que o conceito de soberania sofre fissuras – pela própria permissão do Estado, que não pode mais se conceber de maneira isolada nas relações internacionais – e vai abarcando a normativa transnacional que se amolda ao sistema normativo interno e que se torna cada vez mais internacionalizada²⁹¹.

Nesse sentido, não interessa a forma pela qual o direito transnacional é recepcionado pelo direito interno, mas sim a maneira como as normas nacionais encontram cada vez mais inspiração nesses sistemas normativos privados transnacionais, permitindo sua aplicação. Assim, os padrões técnicos, por exemplo, são fortemente influenciados pelo processo de normalização (criação de *standards* comuns) erigido por atores privados²⁹². As normas do *International Standard Organization* (ISO), entidade internacional sediada na Suíça que congrega instituições de padronização/normalização de mais de duzentos e cinquenta países ao redor do mundo e aprova normas internacionais em um grande número

²⁸⁹ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 204.

²⁹⁰ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 98.

²⁹¹ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 207.

²⁹² GLENN, H. P. *Transnational common laws*. In: *Fordham International Law Journal*, v. 29, n. 3, p. 460, 2005.

de áreas de interesse econômico e técnico, são algumas que exercem importante fixação de padrões mínimos de qualidade e que são referência mundial em diversos setores.

No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), uma instituição privada sem fins lucrativos e com utilidade pública criada na década de quarenta do século XX, é a grande responsável pela normalização técnica no Brasil, e é instituição associada à ISO²⁹³, certificando produtos com normas de padrão internacional.

No campo da segurança alimentar, o *Codex Alimentarius*, uma coletânea de padrões reconhecidos internacionalmente, códigos de conduta, orientações e outras recomendações relativas à produção de alimentos, estabelecida como forma de comissão em 1963 pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) da Organização das Nações Unidas e pela Organização Mundial da Saúde (OMS), também exerce um papel indicador de padrões sanitários seguros na produção de alimentos²⁹⁴.

Outros grandes exemplos de consolidação de ordenamentos normativos de caráter privado – e que serão objeto de análise mais detalhada nos próximos tópicos – são a *Lex Sportiva* e a *Lex Eletronica*.

No primeiro sistema se destacam as normas criadas, sobretudo, pela FIFA, em função de sua importância política e econômica para os países envolvidos e cujo efeito normatizador se espraia como se fossem normas públicas.

Assim, no intuito de controlar abusos ou infrações às normas e regulamentos, foram criados tribunais desportivos que funcionam em paralelo à justiça estatal, com instâncias internacionais que se sobrepõem às nacionais em graus de recursos e em situações previstas em um ordenamento processual comum e de natureza privada²⁹⁵.

Um processo diferente ocorre no âmbito da *Lex Eletronica* (ou *Lex Digitalis*), em que cada Estado está apto a regular internamente a natureza das relações jurídicas construídas

²⁹³ Para mais informações sobre essas instituições, vide: <<http://www.abnt.org.br/>> e <<https://www.iso.org>>.

²⁹⁴ O *Codex Alimentarius* é reconhecido pela Organização Mundial do Comércio como um ponto de referência internacional para a solução de disputas sobre segurança alimentar e proteção do consumidor. Para mais informações, vide: <<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>>.

²⁹⁵ LATTY, F. La Lex desportiva. *Rechercher sur le droit international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. p. 415-416.

por meio da internet, sendo que a própria rede possui uma regulação própria, controlada pelo *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*²⁹⁶.

O que é importante notar diante desses exemplos é que o crescimento da influência de um direito privado transnacional conduz a um cenário em que os ordenamentos normativos infraestatais podem, inclusive, prescindir de regras públicas de direito interno para serem válidas. Assim, o direito não estatal emergido desses regramentos privados pode tanto reforçar como ignorar ou até mesmo contrariar o direito estatal. Com efeito, a relação entre esses regimes normativos autônomos de caráter privado e o direito produzido pelo Estado pode ser de colaboração, indiferença ou, ainda, de oposição.

Para se considerar essas manifestações como normas jurídicas, para além do costume internacional reconhecido por Kelsen, é pressuposto necessário, contudo, sair do positivismo jurídico estatal.

O direito é também construído por elos formais ou informais de uma rede de atores privados com interesses variados e que contam com a vontade ou não dos Estados nacionais para existir.

As novas manifestações normativas produzidas por agentes subestatais transnacionais, públicos e privados, têm diferentes fontes de validação e influenciam sobremaneira o direito internacional contemporâneo, sobretudo, aqui, o Direito Internacional Privado clássico.

Esses fenômenos privados de construção normativa serão objeto de análise da próxima seção, assim como seus ordenamentos mais marcantes: a *nova Lex Mercatoria*, a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva*.

O que importa ressaltar nesse novo contexto é que as normas são criadas, pensadas e distribuídas na contemporaneidade, transpassando fronteiras não só geográficas e jurídicas, mas também filosóficas e sociológicas, desenvolvendo um mesmo espaço global normativo, nas mais variadas identidades culturais²⁹⁷.

²⁹⁶ O ICANN é uma associação civil, privada, localizada nos Estados Unidos, responsável pela alocação dos endereços de protocolos de internet (IP) e pela gestão dos domínios *web*.

²⁹⁷ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* cit., p. 209.

Como o DIPr se relaciona ou se relacionará com essa normativa transnacional? Por um lado, observa-se uma busca por soluções jurídicas pluriconectadas por meio das regras de conexão do DIPr, de forma a poder ampliar a efetividade de eventuais reparações de danos ocorridos no território nacional. Por outro, vive-se um processo crescente de intercruzamento normativo com a busca de soluções jurídicas comuns por meio de normas substantivas transnacionais²⁹⁸.

Com a ampliação das trocas comerciais em nível mundial, danos provocados em algum dos elos da cadeia produtiva se tornaram mais frequentes²⁹⁹. Com efeito, a busca por foros mais vantajosos em conflitos multijurisdicionais também se tornou uma prática relativamente comum tanto pelas grandes multinacionais, de maneira a aperfeiçoar suas estratégias jurídicas, como pelos Estados que buscam o direito mais efetivo na compensação dos danos por meio das regras de conexão moduladas pelo juiz nacional.

Nesse sentido, há na contemporaneidade um progressivo intercruzamento normativo³⁰⁰ na construção dos direito nacionais, marcado pelo desejo de desenvolvimento de soluções jurídicas comuns para problemas similares ou comuns, que tocam ordenamentos jurídicos distintos, evidenciados por uma sociedade transnacional e pela transnormatividade entre os regramentos aplicáveis³⁰¹.

2.3 As normas transnacionais e seus ordenamentos autônomos – soft law?

2.3.1 Conceito e abrangência

Antes de se investigar a nova engenharia surgida com esse intercruzamento normativo à luz do fenômeno de internacionalização do direito, buscar-se-á compreender

²⁹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 116.

²⁹⁹ Idem, *ibidem*.

³⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginante du droit*, v. I: Le relatif... cit., p. 25.

³⁰¹ Na doutrina nacional, Marcelo Neves também reconhece a existência de um sentido estrito ao termo transnacional e a existência de ordens jurídicas transnacionais. O autor aponta para um sentido intermediário desse movimento de transnacionalidade dos ordenamentos jurídicos, caracterizando o que ele chamou de “transconstitucionalismo”. Assim, haveria um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, incluindo as ordens estatais e também as transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ao esboçar uma metodologia para o transconstitucionalismo, Neves ressalta que não se pode ter como ponto de partida uma única ordem jurídica, mas a articulação e a coordenação entre as regras e os princípios de diversas ordens em face de um caso concreto (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 196).

como o positivismo jurídico apreende as tradicionais fontes do direito e como esse novo aporte teórico surgido da sociedade transnacional não se adéqua à tradicional concepção de *norma* cunhada pelo positivismo jurídico³⁰².

No século XX, sobretudo a partir dos trabalhos de Kelsen e Hart, o positivismo jurídico consolidou-se como principal teoria explicativa das fontes do direito internacional.

Para Kelsen, o caráter de fonte do direito implica um fundamento de validade formal da norma, que independe de seus elementos materiais. Destarte, há sempre uma norma hierárquica superior que prevê uma inferior, sendo o topo dessa cadeia hierárquica habitado pela norma que dá validade a todo o ordenamento jurídico – a norma hipotética fundamental³⁰³.

Este trabalho não pretende se aprofundar nas categorias legitimadoras da norma, tampouco nos meandros que tocam o positivismo jurídico, mas tão somente ilustrar que a internacionalização do direito e o pluralismo jurídico evidenciado por esse processo nas últimas décadas transformaram o paradigma normativo do direito internacional.

Nesse sentido, as novas manifestações normativas produzidas por agentes subestatais e transnacionais têm diferentes fontes de validação, e apenas podem ser entendidas se olharmos de fora do positivismo jurídico, aceitando a ideia de uma multiplicidade de normas hipotéticas fundamentais, ou de regras de validação além do Estado, o que não foi previsto por Kelsen, tampouco por Hart³⁰⁴.

Não é necessário negar absolutamente o positivismo jurídico para se entender os fenômenos privados de construção normativa.

Os Estados continuam a ser elementos nucleares na coordenação entre as ordens jurídicas, mas outras redes transnacionais ganharam importância vital na atualidade.

Assim é que foi cunhada a expressão *soft law*, a contragosto de alguns estudiosos que entendem que a expressão desprestigia a normatividade desses regramentos, para dar

³⁰² O tema da legitimidade dessas novas fontes transnacionais será mais aprofundado no último capítulo da presente dissertação.

³⁰³ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa cit., p. 121.

³⁰⁴ HART, H. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

nome a quaisquer instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada, ou seja, aqueles que, em princípio, não possuem vinculação *erga omnes*, nem criam obrigações jurídicas em sentido estrito, mas produzem certos efeitos concretos e vinculam seus destinatários³⁰⁵.

A *soft law*, ou aqui entendida como fruto de ordenamentos privados com poder normatizador na sociedade transnacional, pode ser definida como um conjunto de *standards* normativos, cujo escopo é criar vinculações de persuasão, exortatórias, em oposição às vinculações obrigatórias próprias da *hard law*, criando uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados e arbitrados sob o mútuo consentimento³⁰⁶.

Embora essa seja uma definição simplificada sobre o que seriam as *soft norms*, ela nos permite traçar um vetor hermenêutico apto a produzir a compreensão que se deseja no presente trabalho.

No plano doutrinário, a definição do que seria o conjunto normativo denominado *soft law* não constitui uma unidade teórica.

O fato é que autores mais recentes explicam a nova complexidade do direito internacional, dentro da tradicional teoria do direito, à luz da legitimidade de novas fontes normativas, cuja obrigatoriedade do vínculo jurídico seria mais bem entendida pelo consentimento tácito entre os destinatários da norma, e não pelo mandamento expresso da sanção³⁰⁷.

Trata-se de um conjunto de documentos escritos não obrigatórios, como diretrizes, recomendações, protocolos, normas narrativas, guias e códigos de conduta, elaborados por comissões e organismos não estatais que têm como intuito regular condutas sociais numa

³⁰⁵ ABBUD, André. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10-17.

³⁰⁶ GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF>, p. 3.

³⁰⁷ SHAFFER, Gregory C. et al. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*. University of Minnesota Law School, 2010. p. 9-23.

ótica de *peer pressure* (entre todos os atores internacionais) e *benchmarking* (no campo das políticas dos Estados diante dos fluxos econômicos e ambientais, por exemplo)³⁰⁸.

Para alguns doutrinadores, os Estados aceitam a existência e se utilizam da *soft law* por algumas razões, como (i) os atores envolvidos entenderem que essa categoria normativa é de coordenação fácil o suficiente para gerar o cumprimento das obrigações; (ii) os custos marginais de descumprimento ultrapassarem a perda esperada da violação, o que diminuiria a perda líquida para as partes envolvidas sem gerar sanções; (iii) alterações circunstanciais no cenário internacional permitindo que os Estados ou outros atores envolvidos renunciem às regras da *hard law* de maneira a tornar mais eficiente a negociação formal exigida; e (iv) a tentativa de contornar as exigências vinculativas da *hard law*, criando um sistema de cooperação entre os diversos atores jurídicos³⁰⁹.

De maneira ampla, existem três correntes doutrinárias que esboçam a interação desse conjunto normativo dotado de não vinculatividade: (a) a visão jurídico-positivista; (b) a visão construtivista; e (c) a visão institucionalista racional³¹⁰.

A primeira visão cria uma dicotomia entre a lei em sentido estrito (*hard law*) e as normas não vinculativas (*soft law*) justamente no que se define como legalmente vinculativo. Para alguns desses teóricos positivistas, sequer existiria o conceito de *soft law*, dado que o direito é, por definição, obrigatório e vinculativo³¹¹.

Sob outro prisma positivista, esse conjunto normativo seria capaz de exercer autoridade ou persuasão no direito interno e internacional, ainda que não seja formalmente jurídico e obrigatório³¹².

A segunda visão – aquela sob o prisma construtivista – entende esse conjunto normativo como parte de um processo de interação social, cuja capacidade primordial está em moldar entendimentos sociais e modular comportamentos desejados.

³⁰⁸ GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global* cit., p. 5.

³⁰⁹ GUZMAN, Andrew T. et al. *International Soft Law*. *Journal of Legal Analysis*, Spring, v. 2, n. 1, 2010.

³¹⁰ GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global* cit., p. 6.

³¹¹ SHAFFER, Gregory C. et al. *Hard vs. Soft Law* cit., p. 9-23.

³¹² Idem, *ibidem*.

Assim, para essa corrente, as questões formalistas do direito seriam menores, perto dos arranjos consensuais e persuasivos trazidos por regramentos, guias, normas padrões, normas narrativas, leis-modelo etc.³¹³. Um grande ponto de reflexão trazido por essa corrente é a visão de que esses instrumentos jurídicos não vinculativos colaboram com os entes estatais e não estatais para o desenvolvimento de ideias compartilhadas de negócios globais, com a prerrogativa de grande possibilidade de flexibilidade quando das incertezas contextuais dos negócios pactuados³¹⁴.

Ainda que, em certa medida, os construtivistas critiquem a eficácia desse conjunto normativo denominado *soft law*, esses teóricos entendem que, embora não haja a vinculação expressa obrigacional, os Estados e demais atores podem ser levados a mudar a percepção de seus interesses mediante processos transnacionais de interação, deliberação, persuasão ou mesmo aculturação ao longo do tempo³¹⁵.

A terceira e última corrente – os teóricos da escola institucionalista racional – entende que o mero compromisso vinculativo das *soft norms* pode ser importante, na medida em que o não cumprimento do compromisso implicaria maiores custos reputacionais ao Estado ou ao ator privado descumpridor, justificando até mesmo represálias por outros atores estatais (e não estatais) envolvidos.

Essa corrente, contudo, expressa ceticismo em relação ao caráter vinculativo do direito internacional e também em relação à possível complementaridade entre esse conjunto de normas não vinculantes e o direito dito obrigatório³¹⁶.

Como se pode notar, definir o aparato normativo fruto da internacionalização do direito e evidenciado pelo contemporâneo pluralismo das fontes não tem sido uma matéria convergente no campo do direito internacional.

Contudo, o que se percebe na prática é que tais instrumentos têm se materializado em muitos ordenamentos infraestatais – como se verá a seguir –, expressando uma verdadeira complementaridade aos instrumentos de *hard law*.

³¹³ SHAFFER, Gregory C. et al. *Hard vs. Soft Law* cit., p. 9-23.

³¹⁴ GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global* cit., p. 7.

³¹⁵ *Idem*, p. 7.

³¹⁶ *Idem*, p. 8.

Como e por que esse aporte normativo afeta o direito estatal, obrigatório e formalmente concebido, especialmente as regras de Direito Internacional Privado, é o que se pretende investigar no último capítulo do presente trabalho.

A seguir examinaremos o aporte normativo da *soft law* em quatro importantes ordenamentos subestatais: a nova *Lex Mercatoria*, a arbitragem transnacional, a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva*, com o intuito de demonstrar que, embora exista uma inegável independência em relação à lei estatal constituída, a *soft law* possibilita que compromissos políticos realizados entre Estados, bem como relações desenvolvidas entre entes não estatais, sejam utilizados em complementaridade à lei formalmente posta, à luz do processo de internacionalização das relações sociais e do direito³¹⁷.

Nesse sentido, o direito internacional contemporâneo reflete a complexidade e a diversidade do mundo sobre o qual atua, afirmando, por um lado, obrigações *erga omnes*, no âmbito do direito internacional público, como, por exemplo, nos Pareceres da Corte Internacional de Justiça, mas também nas Resoluções não vinculantes, mas que possuem força vinculativa entre os atores a que se destina o regramento, como aqueles emanados do UNIDROIT, anunciando a diversidade e a flexibilidade de manifestações normativas transnacionais e um quadro institucional mais extenso e complexo³¹⁸.

2.3.1.1 A Nova *Lex Mercatoria*

A expressão nova *Lex Mercatoria* nem sempre é utilizada para designar o mesmo fenômeno.

A imprecisão é relativamente comum e na literatura internacionalista, muitas vezes, *Lex Mercatoria* é usada para designar, em uma acepção mais ampla, todas as relações econômicas transnacionais ou o próprio direito econômico internacional. Em outros

³¹⁷ Nesse sentido, Fernando Gregório afirma que: “É principalmente neste cenário que a *soft law* tem relevância para o Direito internacional; ou seja, diante da dificuldade em manter-se um sistema normativo atualizado – e credível – a *soft law* permite que atores estatais desenvolvam compromissos com uma margem de flexibilidade que a *hard law* não possui. (...) Além do exemplo de sua maior facilidade para ser aprovada ante as normas restritivas de assuntos eivados de incertezas (como no caso da energia nuclear), os instrumentos de *soft law* poderão colaborar quando da necessidade de aprovação de determinados assuntos politicamente controvertidos, quando os atores internacionais envolvidos são resistentes a determinada política”. Vide: GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global* cit., p. 9.

³¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 169.

momentos, contudo, trata-se de um capítulo da matéria de comércio internacional e também de uma expressão usada para denominar um direito não nacional³¹⁹.

O fenômeno da *Lex Mercatoria* foi nomeado por diversas expressões ao longo da história: *ius mercatorum*, *law merchant*, direito mercantil, *droit commercial et maritime*, direito comercial, leis do comércio internacional, entre outras³²⁰. O mais importante a se notar aqui, ante uma possível imprecisão técnica do termo, é que essas expressões designam muito mais do que um ramo do direito, mas um modo particular de criá-lo (criação pela própria classe mercantil, sem mediação política)³²¹.

Para o presente trabalho, a acepção de nova *Lex Mercatoria*, que nos interessa nesse trabalho, é aquela que define esse complexo conjunto de normas como o mais exitoso caso de norma sem Estado.

Sendo assim, a nova *Lex Mercatoria* pode ser entendida como uma ordem jurídica transnacional de mercados globais, ou um ordenamento jurídico autônomo de natureza privada, criado à parte do direito nacional e internacional.

Refere-se a um rico fundo de práticas comerciais, formado sob as condições ora caóticas do mercado mundial, ou até mesmo das práticas impostas pelos interesses econômicos predominantes³²². Com efeito, um dos exemplos mais proeminentes desse rico fundo normativo são os contratos celebrados por empresas multinacionais não suscetíveis à jurisdição e lei nacional, mas à arbitragem internacional e à lei comercial transnacional, independente de qualquer direito estatal.

Para Goldman, a nova *Lex Mercatoria* seria um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras elaborados no âmbito do comércio internacional, sem referência a um determinado sistema jurídico³²³.

³¹⁹ SHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova lex mercatoria*. Dissertação (Tese) – USP, 2010, p. 47.

³²⁰ Idem, p. 50.

³²¹ Idem, p. 51.

³²² Idem, p. 53.

³²³ GOLDMAN, Berthold. The applicable law – general principles of law – the “Lex Mercatoria”. In: LEW, Julian D. M. *Contemporary problems in international arbitration*. London: Center for Commercial Studies, 1986. p. 116; Hermes Marcelo Huck (*Sentença estrangeira e lex mercatoria – horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 116), entre outros, entende que o jurista francês

Segundo Maristela Basso:

(...) ainda que a “*nova Lex Mercatoria*” não possa corresponder à totalidade da disciplina dos contratos internacionais, sua abrangência poderia concorrer com os direitos domésticos na solução dos casos. (...) a atuação e prática dos juízes nacionais, no momento da aplicação do direito, é que poderia corroborar o reconhecimento dos princípios gerais do comércio, usos e costumes como fontes normativas nos tribunais. Essa racionalidade também indica uma nova política legislativa, orientada para a experiência internacional sobre o tema e refletida especialmente na harmonização normativa em matéria de contratos internacionais do comércio³²⁴.

Na mesma linha, alguns estudiosos definem a nova *Lex Mercatoria* como um corpo de regras de comércio internacional que emerge como um conjunto normativo autônomo dos sistemas nacionais de direito, fundado em princípios universalmente reconhecidos como o da liberdade de contratar e o reconhecimento da arbitragem comercial internacional, complementado por uma legislação internacional que trata desses tópicos em específico³²⁵.

Com efeito, a nova *Lex Mercatoria* é formulada em condições gerais de contratação aceitas pela comunidade empresarial internacional, assim como em convenções internacionais uniformes incorporadas pelos Estados em sua legislação nacional³²⁶.

Seguindo uma abordagem histórica, a doutrina identifica três grandes períodos de desenvolvimento da nova *Lex Mercatoria*³²⁷.

O primeiro período seria identificado como o *ius mercatorum* da Idade Média, marcado pelo caráter unificador dos direitos das feiras, pelo universalismo dos usos

revisitou seus entendimentos sobre o tema, recuando e adotando outra posição quanto a constituir um ordenamento jurídico.

³²⁴ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado* cit., 2011, p. 210.

³²⁵ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et Lex Mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964, p. 122.

³²⁶ SCHMITTHOFF, Clive. *International Business Law – A new Law Merchant*. In: CHENG, Chia-Jui (ed.). *Select Essays on International Trade*. Dortrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers e Graham & Trotman, 1988. p. 36.

³²⁷ Goldman faz referência ao *jus gentium* do direito romano, sugerindo uma *Lex Mercatoria* anterior à Idade Média, período em que é mais frequente a referência ao início da *Lex Mercatoria*. Olgiati (*Lex mercatoria e communitas mercatorum nell’esperienza giuridica contemporânea*. In: *Sociologia Del Diritto*, v. 32, n. 2-3, p. 355, 2005) identifica quatro modelos ou fases da *Lex Mercatoria*, o primeiro deles sendo uma *Lex Mercatoria* arcaica, existente mesmo antes do advento das formas de constituição política estatais. Isto é, não havia sustento político e organizacional direto ao sistema ou grupo social. Nesse cenário, a força contratual era largamente baseada na relação entre as partes, sendo a confiança e a reciprocidade seus pressupostos normativos. Como resultado, as relações entre as partes eram altamente informadas pela equidade. Esse período não será objeto deste trabalho.

marítimos, pela definição de cortes específicas para julgar disputas comerciais e pelo desenvolvimento das atividades do notário público³²⁸.

O segundo período, a partir do advento do Estado moderno, é marcado pela nacionalização e localização do *ius mercatorum*, e pela eleição do direito positivo como o meio mais adequado para regular o comércio internacional, em franca expansão, em razão do crescente aprimoramento das técnicas produtivas.

Nesse momento, iniciou-se um formalismo constante em relação às fontes do direito, seja em relação aos meios de produção do direito, seja quanto a seus agentes produtores³²⁹. Outro importante movimento nesse período foi a fratura entre economia e direito³³⁰.

O terceiro período, e o que mais importa no presente trabalho, seria a *Lex Mercatoria* contemporânea (ou nova *Lex Mercatoria*), revolucionado pelas novas técnicas produtivas, pelo extraordinário avanço dos meios de transporte e de comunicação – sobretudo com o advento da internet – e pelo retorno da aspiração da classe empresarial a um direito cosmopolita, universal e desterritorializado, dado que a economia da sociedade pós-industrial é uma economia financeira e caracterizada, principalmente, pela desmaterialização das mercadorias³³¹.

O fato de a própria existência de leis nacionais dar causa a particularismos jurídicos que não favorecem o comércio faz da nova *Lex Mercatoria* o exemplo mais qualitativo de fenômeno privado de construção normativa que contorna a aplicação de leis estatais, dado que haveria uma possível inadequação do aparato normativo nacional diante do caráter dinâmico, instantâneo e simultâneo do comércio internacional.

³²⁸ SCHMITTHOFF, Clive. *International Business Law* cit., p. 22-24.

³²⁹ CUTLER, Claire. *Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge, 2003. p. 141-142. A autora (p. 147) relata que, segundo estimativas, o comércio britânico cresceu 500% do século XVII para o século XVIII. Fenômeno similar ocorreu na França, mas mais concentrado no século XVIII, e na Holanda, no século XVII.

³³⁰ Maria Rosaria Ferrarese (*Le istituzioni della globalizzazione – diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 22 e ss.) salienta, aliás, que o caminho para a globalização começou com o fim do equilíbrio entre política e economia.

³³¹ SHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial* cit., p. 54.

Nesse sentido, uma vez que o direito é essencialmente nacional e o Direito Internacional Privado não poderia ser diferente³³², vez que existe o Direito Internacional Privado brasileiro, alemão, francês ou italiano, a existência dessa diversidade normativa seria, por si só, um entrave aos negócios comerciais transnacionais³³³.

As relações jurídicas multiconectadas ensejam naturalmente a escolha da lei aplicável à lide *sub judice*.

Como vimos, o método clássico localiza o conflito, submetendo as partes à aplicação da lei de um determinado país. Essa lei nacional, contudo, pode não ser aquela mais adequada do ponto de vista material, ou aquela prevista idealmente pelas partes³³⁴. A situação se agrava quando não há a necessária certeza quanto ao foro competente, ou seja, aquele que, na prática, decidirá o caso, sobretudo quando houver a possibilidade de *electio iuris*, já que alguns países a admitem, enquanto outros não³³⁵.

É assim que questões sobre o foro competente e a lei aplicável têm sido cada vez mais levadas em consideração, tanto em relação à solução de disputas com o fortalecimento da arbitragem internacional, quanto na flagrante necessidade de um corpo autônomo de regras que possa, em certa medida, neutralizar as diferenças políticas e ideológicas reinantes no bojo da diversidade legislativa existente e vigente nos diferentes direitos internacionais privados de cada país³³⁶.

³³² SHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial* cit., p. 55.

³³³ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et Lex Mercatoria* cit., p. 12.

³³⁴ SHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial* cit., p. 63.

³³⁵ O art. 9º da LINDB é historicamente interpretado pelos tribunais brasileiros como *jus cogens*, ou seja, não derogável pela vontade das partes, aplicando-se o princípio *lex loci regit actum*. Já quanto ao foro, mesmo em casos de competência concorrente, interpretando o art. 88 do antigo Código de Processo Civil como regra de ordem pública, alguns julgados entendiam que a cláusula de eleição de foro não teria o condão de afastar a apreciação da causa pelo juízo nacional, embora pudesse fundamentar o julgamento da causa por juízo estrangeiro. O novo Código de Processo Civil dirimiu a dúvida. Anteriormente, como resultado, o foro planejado poderia vir a ser desconsiderado, sendo aplicáveis regras distintas daquelas escolhidas pelas partes, com desfecho imprevisível. Agora o novo CPC privilegiou expressamente a autonomia da vontade das partes ao dispor que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações “em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional” (art. 22, III), bem assim ao determinar que “não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo no estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação” (art. 25). Destaque-se, contudo, que a eleição de foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável à resolução do mérito (que poderá ser a *lex fori* ou *lex causae*, a depender do elemento de conexão da norma de conflito de DIPr no ordenamento do foro, ou de eventual nova escolha das partes).

³³⁶ Uma pesquisa realizada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 2008 apontou que 40% das empresas líderes no cenário mundial já deixaram de realizar negócios em razão da insegurança quanto a

A difusão da arbitragem internacional é um grande fator para a formação da nova *Lex Mercatoria*, conjugada com o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, e será conceituada com maiores detalhes adiante.

Não só esse meio de solução de disputas tem sido considerado pela comunidade empresarial internacional como o foro natural mais apropriado para disputas multiconectadas, como também os Estados deixaram de ser hostis à arbitragem, incentivando em seus ordenamentos jurídicos internos o instituto³³⁷.

Com efeito, hodiernamente, a *Lex Mercatoria* passou a ser um importante instrumento jurídico que, assim como a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva* (que serão objeto de análise mais detida no próximo tópico), opera na periferia do sistema jurídico e oferece uma interface jurídica entre as empresas, as transações econômicas e as relações globais³³⁸. Dentro desse contexto, possuem maior ou menor efetividade, conforme a legitimidade obtida por seus procedimentos próprios ou por suas capacidades de sanções³³⁹.

Os três ordenamentos privados mais proeminentes – a *Lex Mercatoria*, a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva* – possuem forte pretensão de autonomia, mas a *Lex Mercatoria* desponta na frente.

Numa visão positivista, que não se insculpe aqui, esse conjunto normativo seria um direito privado derivado do direito público, sobretudo por meio de contratos bilaterais, autorizados a existir pelo próprio Estado.

No plano internacional, há uma inversão da lógica público-privada no âmbito das multinacionais e das cadeias produtivas globais³⁴⁰, dado que códigos de conduta são criados por organizações internacionais e operam como *soft law* para as empresas transnacionais.

Nessa lógica, o conceito de sanção normativa deixa de ser elemento central para a configuração da norma jurídica e passa a exercer um papel de *apoio simbólico* à

determinações dessa natureza. Vide: *Jurisdiction certainty is essential in international contracts*. Paris, 2008. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/policy/law/iccef/index.html>>.

³³⁷ SHULZ, Alexandre Bueno. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial* cit., p. 64.

³³⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 122.

³³⁹ Idem, *ibidem*.

³⁴⁰ Idem, p. 32.

*normatização*³⁴¹. Trata-se de identificar a nova *Lex Mercatoria* como um processo de construção auto-organizado de normas, pelo respeito aos usuários e com pretensão global³⁴².

Indagar a forma pela qual esse movimento de construção normativa afeta o Direito Internacional Privado é o mesmo que analisar a forma como esse processo interfere e se relaciona com as leis emanadas do Estado.

Nesse tocante, nos interessa aqui, sobretudo, saber como essas novas fontes jurídicas transnacionais contornam o método conflitual clássico de DIPr e ensejam uma substantivação da decisão de conflito de normas no espaço.

Dessa forma, trataremos no próximo tópico a maneira pela qual a arbitragem transnacional, a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva* apontam para um caminho de solução substantiva do conflito advindo de relações jurídicas multiconectadas.

2.3.1.2 *A arbitragem transnacional*

Em relação ao processo arbitral transnacional³⁴³, a utilização do termo “transnacional” também é atrelada a diferentes significados. Constata-se a mesma dicotomia entre o sentido estrito e o sentido amplo encontrada no contexto geral.

Ademais, pode ser verificada a propositura de um conceito intermediário de direito transnacional, qual seja, como uma metodologia que parte do conceito amplo – incluindo diversas fontes normativas – e incorpora, dentre essas fontes, o conceito estrito, no sentido da existência de normas transnacionais independentes do Estado³⁴⁴.

³⁴¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 32.

³⁴² FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional*. Tese de Doutorado – USP, 2012. p. 86.

³⁴³ Pinheiro faz uma distinção entre o termo “arbitragem transnacional”, para se referir ao sentido amplo, e o termo “direito transnacional da arbitragem”, para se referir ao sentido estrito, isto é, relacionado às normas aplicadas pelos tribunais arbitrais que se formam independentemente da ação dos Estados. Entende-se aqui a arbitragem transnacional em sentido amplo, abrangendo, portanto, toda arbitragem voluntária que, em virtude de contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado, coloca um problema de determinação do respectivo estatuto. Por direito transnacional da arbitragem entende-se o conjunto das regras e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral que se formam independentemente da ação dos órgãos estaduais Nesse sentido, vide: PINHEIRO, Luis Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 447.

³⁴⁴ FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional* cit., p. 81.

No sentido amplo, o termo “transnacional” está relacionado ao uso da arbitragem para solução de conflitos que transcendem as fronteiras. Nesses casos, em decorrência do contato com mais de um Estado, surge o problema de determinação do estatuto, ou das normas, aplicável à arbitragem.

Por outro lado, a utilização do termo transnacional em seu sentido estrito é recorrente entre aqueles que defendem a existência de uma ordem jurídica arbitral, que é autônoma em relação aos Estados e às ordens jurídicas nacionais³⁴⁵.

Em linha com o conceito de Jessup, a arbitragem seria caracterizada como *transnacional* por solucionar conflitos que transcendem as fronteiras nacionais aos quais se aplicam normas de direito internacional público e privado (*i.e.*, convenções internacionais sobre arbitragem e regras nacionais sobre lei aplicável) e por ser regida por normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria jurídica padrão (*i.e.*, regulamentos de arbitragem e outras diretrizes de instituições arbitrais ou profissionais)³⁴⁶.

A escola francesa de Dijon é a principal defensora de uma ordem arbitral transnacional.

Com efeito, Berthold Goldman defendeu a ideia de que os árbitros não têm fórum e que, exceto quando se aceita um sistema de referência à lei do local da arbitragem, qualquer investigação que leve em consideração a natureza da arbitragem conduziria, inevitavelmente, a um sistema autônomo, não nacional³⁴⁷.

Na mesma linha, outros doutrinadores defenderam o desenvolvimento de um direito da arbitragem internacional criado pela comunidade internacional dos comerciantes, assinalando a existência de um direito transnacional³⁴⁸.

Segundo Fouchard, as fontes do direito arbitral seriam as cláusulas gerais de arbitragem, os usos profissionais codificados, os regulamentos institucionais de arbitragem e, em certa medida, as decisões contenciosas dos árbitros ou das autoridades corporativas, quando a elas se tem acesso, frente à confidencialidade a que estão submetidas.

³⁴⁵ FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional* cit., p. 81.

³⁴⁶ Idem, p. 82-99.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*.

³⁴⁸ Idem.

Nesse sentido, comparando-se a corrente francesa com a exposta no posicionamento de Teubner, seria possível a defesa de uma *Lex Arbitralis*, independente dos sistemas jurídicos nacionais³⁴⁹.

Para Mistelis, com a mundialização das relações comerciais internacionais, criou-se um sistema autônomo que opera com base em normas de direito, e não em sistemas jurídicos nacionais, podendo-se falar em uma *Lex Arbitralis Materialis* como normas substantivas transnacionais que compreenderiam os princípios gerais de direito e a prática expressa pelo trabalho das principais instituições de arbitragem e escritórios de advocacia internacional³⁵⁰.

Para outros autores, há um reconhecimento de que a perspectiva da tomada de decisão nas arbitragens internacionais é distinta e não baseada na lei nacional, todavia com a rejeição da ideia de existência de uma ordem jurídica autônoma ou arbitral independente das ordens nacionais³⁵¹.

Analisando o direito transnacional, no que tange ao processo arbitral, Gaillard questiona se este i) é definido pelo seu conteúdo ou pelas suas fontes e ii) se pode ser apresentado como uma lista ou como um método. Quanto à primeira indagação, Gaillard conclui que as normas transnacionais derivam de uma variedade de sistemas jurídicos e fontes e, portanto, devem ser caracterizadas pelas suas fontes e não pelo seu conteúdo. Quanto ao segundo questionamento, ressalta que o direito transnacional não é estático, dificultando um fechamento do seu conteúdo em um código ou uma lista. Dessa forma, deve ser compreendido como um método que não se vale das regras tradicionais de conflito de leis (ou Direito Internacional Privado), mas de uma análise de direito comparado que permite ao

³⁴⁹ FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional* cit., p. 82-99.

³⁵⁰ MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as ‘Most appropriate rules of law’ in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review*, Rome, v. 8, p. 631-640, 2003.

³⁵¹ Nesse sentido, Renner Moritz diz: “The concept of transnational law can therefore be understood as referring to the very peculiar perspective on decision-making that international arbitrators must take. On the one hand, they are not immediately bound by any domestic legal order, on the other hand, they are required to issue an award that is binding and enforceable at law. Transnational law, thus, denotes a body of law that comprises norms from domestic and international law as well as the usages of international commerce and general principles of law as embodied, for example, by the UNIDROIT Principles. It enjoys relative autonomy from domestic law, without, however, forming a legal system of its own” (RENNER, Moritz. Towards a hierarchy of norms in transnational law? *Journal of International Arbitration*, New York, v. 26, n. 4, 2009, p. 534-537).

árbitro a escolha de normas amplamente aceitas, em vez de uma regra peculiar de um determinado sistema jurídico³⁵².

Berger, sem entrar na discussão sobre a existência de uma ordem jurídica autônoma, defende que o direito transnacional aplicado à arbitragem seria baseado em uma comparação funcional, metodologia que vai além das diferenças dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos e busca valores e conceitos comuns³⁵³.

Paulsson também propõe que a arbitragem seja vista de uma maneira tridimensional, reconhecendo a complexidade do instituto e a pluralidade de ordens jurídicas nas quais a arbitragem se insere, incluindo nelas as ordens jurídicas estatais e não estatais e admitindo a sobreposição ou o entrelaçamento dessas ordens³⁵⁴.

Nesse sentido, Flavia Foz arremata que:

Assim como propõe Marcelo Neves, em defesa da sua teoria do transconstitucionalismo, o que se pretende nesta tese é a defesa de um processo arbitral transnacional que decorre do entrelaçamento entre diversas fontes normativas que operem em planos legais e ordens normativas diferentes, em vez da aplicação de um critério artificial encontrado nas normas de Direito Internacional Privado, em especial com remissão às regras de processo civil do local da realização da arbitragem³⁵⁵.

2.3.1.3 *A Lex Sportiva*

Assim como a *Lex Mercatoria* – e assim como o ordenamento arbitral transnacional –, a *Lex Sportiva*, enquanto fenômeno privado de construção normativa, também é um ordenamento autônomo privado dotado de lógica própria.

³⁵² FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional* cit. p.221.

³⁵³ BERGER, Klaus Peter et al. *The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 207-231.

³⁵⁴ “Arbitration in modern society is accurately perceived as a complex, three dimension form of pluralism, in which legal orders (i) are not exclusively those of states and (ii) frequently overlap”. Nesse sentido, vide: PAULSSON, Jan. *Arbitration in three dimensions. LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010*. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/32907/>. Acesso em: 15 set. 2017.

³⁵⁵ FOZ, Flavia. *Processo arbitral transnacional* cit. p. 224.

Representantes de alguns Estados participam da formulação de parte das regras de direito desportivo, fora do âmbito de tratados multilaterais³⁵⁶. Outros representantes também provêm de clubes privados ou de confederações desportivas, alguns puramente privados e sem apoio governamental de seus respectivos Estados. Nesse sentido, a participação do Estado pode ser mais ou menos presente, conforme a importância política ou econômica da modalidade desportiva em sua cultura. As normas editadas por esses atores passarão a valer aos desportistas que praticarem aquela modalidade esportiva em qualquer lugar do mundo³⁵⁷.

Assim é que se afigura a tendência da *Lex Sportiva* procurar sua autonomia a partir do afastamento da jurisdição estatal, em especial em relação aos contratos entre atletas e clubes, às sanções por faltas desportivas e à organização de campeonatos³⁵⁸.

O que interessa salientar aqui é a não vinculação de um ordenamento infraestatal à lógica dos ordenamentos jurídicos legislados nacionalmente.

Em geral, a validação dessa nova engenharia normativa – seja quando se fala em nova *Lex Mercatoria*, *Lex Sportiva* ou *Lex Eletronica* – ocorre, principalmente, pela reputação de seus “legisladores”. Assim é que a implementação de um conjunto normativo da FIFA é praticamente automática dentro do direito desportivo para o futebol³⁵⁹.

A legitimação desse aparato normativo privado passa, muitas vezes, por padrões estrangeiros que sequer são válidos dentro do próprio Estado onde são aplicados. Por conta disso, há uma necessária discussão sobre a linha de corte, reconhecimento, confiança, direitos fundamentais e humanos, exceções ao reconhecimento do direito estrangeiro, que não serão objeto de análise neste trabalho por uma questão metodológica.

Interessa-nos, tão somente, a engenharia normativa cunhada pelo direito desportivo transnacional como fenômeno emergente do processo de mundialização das relações e internacionalização do direito, como ferramenta alternativa na resolução dos conflitos multiconectados.

³⁵⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit. p.45.

³⁵⁷ Idem, ibidem.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Idem.

Dessa forma, no direito desportivo, por exemplo, o mais alto tribunal é o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) com sede em Lausanne, Suíça, que funciona de forma independente e muitas vezes contrariamente às posições jurisdicionais estatais.

Em diversos contenciosos, o TAS impõe suas decisões sobre os órgãos nacionais (administrativos e judiciais), fazendo valer sua jurisdição, como no caso de uma discussão envolvendo o *doping* de um famoso ciclista espanhol em 2011³⁶⁰.

Inicialmente, o processo foi julgado pela Real Federação Espanhola de Ciclismo (RFEC), organismo máximo que governa o ciclismo na Espanha, que absolveu o atleta. A União Ciclista Internacional (*Union Cycliste Internationale* – UCI), associação internacional que congrega federações nacionais de ciclismo, e da qual a RFEC é membro, contudo, não concordou com a decisão da Federação espanhola e recomendou a condenação do ciclista.

O TAS (*Tribunal Arbitral du Sport*), tribunal internacional que regulamenta disputas desportivas transnacionais, foi chamado a decidir e considerou o ciclista culpado por *doping*, afastando-o por dois anos de campeonatos internacionais do esporte, além de destituí-lo do título que havia ganhado antes de ser detectado o *doping*³⁶¹.

Com essa e outras decisões³⁶², o TAS firmou o entendimento de que a *lex sportiva* detém autonomia e natureza transnacional, de forma a se sobrepor aos direitos nacionais, reformando a absolvição doméstica determinada pela RFEC.

A seguir, outro grande exemplo de fenômeno privado de construção normativa com quem o Estado vem dividindo sua autonomia na regência da solução de conflitos multiconectados.

³⁶⁰ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/esportes/alberto-contador-suspenso-por-dois-anos-por-doping-3889378>>. Acesso em: 2 out. 2017.

³⁶¹ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/esporte/alberto-contador-e-suspenso-por-2-anos-por-doping/>>. Acesso em: 2 out. 2017.

³⁶² Nessa mesma linha, vide *Arbitrage TAS 2006/A/119*, em que o TAS considerou que o exercício esportivo em nível internacional não poderia estar sujeito a uma miríade de legislações nacionais potencialmente contraditórias (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 198-199).

2.3.1.4 A Lex Eletronica

A internet talvez seja o *locus* mais importante de conflitos transnacionais na contemporaneidade.

É uma seara global de interseção simultânea de conteúdo e troca de informações, além de constituir um palco para a realização de diversas transações comerciais e não comerciais que não estão limitadas diretamente pelos Estados, ao menos no que toca ao mundo ocidental³⁶³.

A ordem legal autônoma, formada por agentes privados que normatizam as relações entre atores privados e públicos na internet, é a chamada *Lex Eletronica* ou *Lex Digitalis*.

Diferentemente da nova *Lex Mercatoria*, a doutrina aponta que o direito transnacional na internet tem uma abordagem anárquica, composta por dois elementos: (i) a existência de normas esparsas de regulação criadas por entes privados, que abordam uma pequena parcela dos temas possíveis de serem regulados; e (ii) a confiança na liberdade de atuação gerada pelo vácuo normativo, oriundo da disputa entre jurisdições e legislações domésticas concorrentes, o que redundaria em ausência de regulação nacional³⁶⁴.

Assim, para a maioria dos temas, os atores privados contam com uma fraca regulação estatal, ainda que crescente em termos de discussão legislativa³⁶⁵.

Um dos grandes atores privados no bojo dessa regulamentação anárquica é a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN), que foi criada nos Estados Unidos, berço

³⁶³ A título de exemplo, a Coreia do Norte e a China são alguns dos Estados que, em determinados temas relacionados à internet, dificultam o acesso amplo de seus cidadãos a instrumentos de comunicação com o restante do planeta.

³⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 509.

³⁶⁵ Em 24 de abril de 2014, mediante a publicação da Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, o Brasil passou a contar com um sistema de proteção jurídica da liberdade de expressão e da privacidade no meio eletrônico, estabelecendo direitos e deveres a usuários e prestadores de serviços no País. A partir da promulgação do Marco Civil da Internet, estabeleceram-se regras específicas a serem cumpridas por agentes que operam na internet, especialmente provedores de acesso e de conteúdo.

tecnológico da internet, como entidade regulatória privada, com o poder de organizar e gerir os nomes e domínios da internet³⁶⁶.

A ICANN objetiva o estabelecimento de regras para o uso da internet não só nos Estados Unidos, mas pretensamente para toda a comunidade internacional interconectada pela rede. Ela realiza a gestão dos principais elementos que garantem o funcionamento da internet, como o estabelecimento de regras para a coordenação de atribuições aos sistemas de endereçamento, além do gerenciamento de zonas raiz, como a atribuição de domínio, tais como “com” e “gov”, e os códigos de países, como “.br” e “.uk”. Assim, a ICANN determina os identificadores típicos, primordiais e únicos, controlando os elementos técnicos que dão segurança e estabilidade ao usuário da rede³⁶⁷.

Além da presença da ICANN, no tocante à *Lex Eletronica*, o aparato normativo no tocante à *Lex Eletronica* é sobretudo construído pelo aprendizado de bilhões de atores (usuários da internet), pela interação entre agentes públicos e privados, pelos interesses econômicos e pela própria capacidade de alguns agentes inovarem os limites e as lógicas de funcionamento do sistema³⁶⁸.

Nesse sentido, a doutrina aponta que os diferentes usos da internet criam formas próprias de funcionamento e autorregulação, embora a criação de normas seja bastante influenciada pelo governo, pela cultura e pelo ambiente jurídico dos Estados Unidos³⁶⁹.

No caso do ISO – que dá nome ao selo técnico de conformidade de grande importância –, são as próprias empresas ou associações afiliadas que se unem em conferências programadas, visando discutir as normas técnicas e a produção de padrões de conduta, sem o protagonismo de entes estatais. Outros mecanismos também podem ser encontrados em diversos regimes privados, mas sempre a partir da própria gestão dos atores envolvidos³⁷⁰.

É assim que tanto a nova *Lex Mercatoria* quanto a *Lex Sportiva* e a *Lex Eletronica*, na condição de ordenamentos infraestatais produtores de regramentos privados para relações

³⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 511.

³⁶⁷ Para mais informações sobre a ICANN, ver: <<https://www.icann.org/pt/system/files/files/iana-functions-18dec15-pt.pdf>>. Acesso em 13.10.2017.

³⁶⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 54.

³⁶⁹ VIVANT, M. Cybermonde: droit des réseaux. *Dossier de la journée d'études: internet en toute sécurité*. Jurisclasseur Périodique, 1996.

³⁷⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 121.

transfronteiriças, produzem uma racionalidade muito diferente do direito internacional público, com a formulação de tratados, por exemplo.

Enquanto os tratados são realizados por sujeitos de direito internacional – Estado e organizações internacionais –, as normas privadas são realizadas por atores que não são, a princípio ou à luz do positivismo jurídico, sujeitos de direito internacional. Assim, quando há participação de Estados ou de organizações internacionais na formulação acessória dessas normas, estes também não são considerados em nível superior aos demais atores privados envolvidos no processo³⁷¹.

O segundo elemento caracterizador da abordagem anárquica da *Lex Eletronica* consiste na pluralidade de jurisdições, cuja principal característica é abordada neste trabalho à luz do fenômeno da internacionalização do direito.

Esse pluralismo é marcado pela diversidade que enseja o debate sobre qual jurisdição nacional seria apta a conhecer os litígios na internet, bem como estimulando as discussões sobre as diferentes normas nacionais incidentes.

Além disso, o pluralismo jurídico ainda suscita dúvidas sobre se um Estado deveria cumprir uma ordem estrangeira de controle da internet em seu território ou não, por exemplo, no caso de suspensão de um *site*, cujo funcionamento seja considerado ilícito no Estado prolator da sentença³⁷².

Nessa hipótese, os agentes privados poderiam utilizar sua autonomia para exercitar o *forum shopping*³⁷³, na busca da jurisdição estatal mais protetiva aos seus interesses, valendo-se da irradiação mundial do espaço virtual³⁷⁴.

Dada a coexistência entre essas normas de múltiplos níveis e as proposições possíveis de regulação no mundo virtual, alguns estudiosos sugerem que a *Lex Eletronica*

³⁷¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 124.

³⁷² Idem, *ibidem*.

³⁷³ Em linhas gerais, o conceito de *forum shopping* relaciona-se a uma faculdade de escolha de uma jurisdição para se demandar, em hipóteses em que haja competência internacional concorrente. Para mais informações, vide: CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?* Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015-193317/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2017.

³⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado e o direito transnacional* cit., p. 512.

adquiriu um caráter similar ao da *substantive law approach*³⁷⁵ do direito dos conflitos dos Estados Unidos, mesclando diversos elementos das ordens jurídicas envolvidas³⁷⁶.

O que importa, com a ilustração desse fenômeno privado de construção normativa, é demonstrar que as normas que o compõem seguem regras próprias de validação que não estão vinculadas aos sistemas legislativos nacionais. Essas normas dependem, essencialmente, dos próprios atores envolvidos no ordenamento em específico e sua fonte de legitimidade será objeto de análise no próximo capítulo³⁷⁷.

A implementação da *Lex Eletronica*, assim como de outros ordenamentos privados, varia e pode ser realizada com menor ou maior participação dos Estados, a depender da estrutura de funcionamento do aparato normativo.

Alguns ordenamentos jurídicos privados possuem um importante grau de autonomia e os atores a quem se dirigem as normas aderem voluntariamente a tais regras, em relações de igualdade ou desigualdade determinadas pelo próprio ordenamento³⁷⁸.

Assim, na *Lex Eletronica*, em caso de conflitos, as regras de definição de domínio, por exemplo, não são resolvidas por normas jurídicas estatais, mas pelas próprias regras do ordenamento³⁷⁹.

Já na nova *Lex Mercatoria*, candidata mais óbvia a um direito privado mundial, quando vinculada a mecanismos de arbitragem, apenas consegue tornar-se efetiva com a ajuda do aparato normativo estatal³⁸⁰.

³⁷⁵ Para Leflar, expoente da doutrina americana, a aplicação da regra de DIPr dependia de uma análise teleológica do problema, levando-se em conta uma série de considerações em busca da proteção mais adequada à vítima de um fato ilícito (LEFLAR, Robert. *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Consideration*. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2901&context=californialawreview>>). Acesso em: 26 out. 2017.

³⁷⁶ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 9.

³⁷⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 125.

³⁷⁸ Idem, *ibidem*.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ Embora a autonomia da *Lex Mercatoria* seja expressamente reconhecida por diferentes contenciosos internacionais. Vide caso *Putrabali v. Société Est Épices*, em que a empresa vendedora, Putrabali, exigia o pagamento por produto que se perdeu em naufrágio no momento de seu transporte e, diante da negativa da empresa compradora, iniciou uma arbitragem internacional – conforme cláusula de arbitragem presente no contrato –, levando à aplicação das regras da Associação Geral Internacional de Produção Ltda. (IGPA). Depois de um longo caminho, que envolveu a anulação dessa sentença arbitral na Alta Corte de Londres, a Corte de Apelação da França validou a decisão sob o fundamento de que o Judiciário não poderia rever a

A *Lex Sportiva*, em contrapartida, goza de maior autonomia, sendo assim, uma liga esportiva poderá banir um determinado atleta pela violação de seu direito, que ficará afastado das competições sem necessidade de se recorrer ao Judiciário nacional³⁸¹.

A relação de dependência e autonomia da *Lex Eletronica* varia conforme o tema sob análise, o autor e o país envolvido. Contudo, o nível de democracia, a capacidade econômica dos cidadãos em participar de redes privadas e a relação com as estruturas estatais são determinantes para a adesão ou não pelos atores envolvidos nos regramentos emanados³⁸².

No que tange a esse ordenamento privado, a abordagem anárquica tem gerado reações dos Estados, com a imposição de limites no caso de ofensa aos direitos albergados pelo DIPr³⁸³.

No Brasil, a título ilustrativo, deu-se em 2006 um rumoroso caso a respeito do uso de ordens nacionais para coibir divulgação de vídeos na internet, envolvendo uma famosa apresentadora de televisão e seu namorado em uma praia na Espanha, em suposto ato libidinoso captado por *paparazzi* (caso Cicarelli x Google)³⁸⁴.

Esse caso redundou no bloqueio, por ordem judicial, de todo o acesso dos cidadãos brasileiros ao site Youtube, mundialmente popular, que albergava o vídeo, e não apenas ao vídeo em si envolvendo a apresentadora³⁸⁵.

Nesse ensejo, algumas dúvidas são suscitadas em relação ao Direito Internacional Privado e à anarquia do ordenamento infraestatal normativo da internet.

Em primeiro lugar, qual seria a jurisdição mais adequada para resolver os litígios envolvendo a internet? Em segundo lugar, as ordens judiciais nacionais poderiam impor regramentos a grupos econômicos mundiais? Deveriam os entes estatais, caso detenham tal

decisão arbitral, visto que uma arbitragem internacional não está ancorada em ordem jurídica nacional alguma, e um julgamento transnacional é uma decisão judicial transnacional. Vide NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 193.

³⁸¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 123.

³⁸² *Idem*, p. 303.

³⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado e o direito transnacional* cit., p. 511.

³⁸⁴ Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/polemico-video-com-daniella-cicarelli-na-espanha-sua-privacidade-foi-invadida-a7cyoxdzpaz1eypkhom8ye53i>>. Acesso em: 29 out. 2017.

³⁸⁵ Conferir o caso em ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283-319.

poder de imposição, lançar mão da cooperação jurídica internacional para tal desiderato? E, por fim, seria legítimo o uso da autonomia da vontade como forma de se modular as regras de conexão e de jurisdição, de modo a privilegiar a liberdade dos agentes econômicos na internet?

O próximo tópico pretende investigar mais de perto como esse aporte teórico dos ordenamentos privados – ou *soft law* – influencia ou afeta o Direito Internacional Privado, notadamente, enquanto conjunto normativo emanado, precipuamente, dos Estados Nacionais e como, de alguma maneira, mitiga o protagonismo do método conflitual clássico na resolução dos conflitos multilocalizados.

2.4 Os ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais como alternativa à resolução dos conflitos multiconectados

Os fenômenos privados de construção normativa analisados neste capítulo têm um núcleo comum: seus regimes disciplinares ultrapassam a fronteira dos Estados nacionais³⁸⁶.

O território não é um dado relevante para seu aparato normativo e sequer é utilizado como padrão de aferimento do regime. Nesse sentido, a diferenciação em relação aos ordenamentos em si é funcional e não mais territorial.

A funcionalidade se relaciona ao tema (esportes, comércio, internet, meio ambiente, entre outros) e não ao substrato físico do qual emana a norma. Entretanto, a implementação depende de características próprias de cada território, ou seja, de cada Estado³⁸⁷.

Com efeito, é possível notar que, diferentemente das normas de conflito de Direito Internacional Privado – marcadas por uma regra de conexão que, em última instância, sempre se referem a um dado território –, os ordenamentos privados possuem uma sistemática de resolução dos conflitos multiconectados que, além de ser transnacional e, portanto, desterritorializada, é também temática e não se limita a determinar o direito de regência do fato jurídico.

³⁸⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 311.

³⁸⁷ Idem, *ibidem*.

Nessa linha, pode-se dizer que se trata de um aparato normativo que resolve o conflito pluriconectado substancialmente, contornando a aplicação do método conflitual clássico.

Embora a abordagem em torno da resolução de conflitos multilocalizados por esses ordenamentos infraestatais privados transnacionais seja incipiente, além de demasiado complexo para o escopo do presente trabalho, o que se pretende analisar aqui, de maneira menos ambiciosa, é o debate em torno da legitimidade desses fenômenos privados de construção normativa como fontes do direito internacional, a relação do Estado com essas normas privadas e seus novos agentes produtores, e as perspectivas que se delineiam para o método conflitual clássico, como aparato normativo estatal, diante dessa complexidade do sistema jurídico internacionalizado.

Conforme visto, embora a menção à pluralidade de métodos e normas do direito internacional não seja um assunto propriamente novo³⁸⁸, a doutrina internacionalista costuma, hodiernamente, entender o pluralismo legal como um problema teórico ameaçador da racionalidade moderna que buscou construir uma lógica sistêmica e unitarista para o direito internacional.

Com efeito, a diversidade normativa ensejaria uma clara ameaça à sistematização legada pela modernidade, conduzindo o direito internacional, fatalmente, à retomada das superadas questões em torno de sua natureza jurídica, cientificidade e sentido³⁸⁹.

A observação acurada do atual contexto de pluralismo jurídico não aponta, esclareça-se, a diluição da importância do Estado como sujeito de direito internacional, e sim a impossibilidade de atuação isolada e irrestrita.

Nessa linha, a nova realidade histórica parece ter intensificado a interdependência entre os atores sujeitos de direito internacional e entre as diversas normativas internacionais hoje existentes, desprestigiando o Estado em seu protagonismo de dizer o que é o direito.

³⁸⁸ Savigny já fazia menção à pluralidade de métodos e de normas de DIPr em seus comentários do Direito Romano, o qual determinava: (i) ora a aplicação do direito local (*lex fori*), (ii) ora a aplicação das normas imperativas obrigatórias; (iii) ora a aplicação da lei da sede da relação (ou, na visão atual, da lei mais conectada com a relação pluriconectada); (iv) ora, em boa parte dos casos, a aplicação das regras materiais do *jus gentium* romano. Vide: MARQUES, Cláudia. *Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil*. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewfile/43498/27376>>. Acesso em 20.09.2017.

³⁸⁹ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional* cit., p. 5.

Para alguns estudiosos, a possibilidade de normatização divergente no plano internacional consubstanciaria, a partir de tais premissas, a chamada fragmentação do direito internacional³⁹⁰.

Para o presente trabalho acreditamos, entretanto, que o pluralismo legal teria surgido como alternativa teórica aplicável à análise fática da aparente fragmentação, a qual se caracterizaria em uma abordagem que busca organizar todas as diferentes ordens jurídicas especializadas que se constroem no plano mundial, compreendendo cada uma delas como autônomas, desvinculadas das demais, mas sujeitas a um sistema de coordenação de regimes e a um direito intersistêmico que substituiria o direito conflitual particular³⁹¹.

De uma forma ou de outra, o pluralismo decorrente, principalmente, da maior institucionalização do direito internacional e da internacionalização do direito consubstancia, na contemporaneidade, qualquer perspectiva que adote as alterações ocorridas na organização do espaço mundial, tais como o reconhecimento da existência de novos sujeitos de direitos e de obrigações internacionais.

Nessa conformação política do mundo, cada vez mais influenciado pelo paradigma da governança global, as diversas esferas jurídicas tenderiam a atuar hoje de forma autônoma, obedecendo a lógicas setoriais e estruturas jurídicas próprias, as quais não respeitariam os referidos pressupostos positivistas da concretude e da normatividade sancionatória³⁹².

Nesse sentido, Raphael Vasconcellos aponta que a possível ameaça da questão hermenêutica do direito internacional, ante a existência de múltiplos órgãos de solução de controvérsias e, portanto, hábeis à prolação de entendimentos diferentes sobre a interpretação das regras do direito internacional, acaba denotando, exata e surpreendentemente, uma faceta unitarista na pluralidade jurídica da contemporaneidade, principalmente quando se coloca em perspectiva a sociedade civil que, muitas vezes, exige o cumprimento e a defesa de determinados valores gerais por seus governos³⁹³.

³⁹⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *Global governance and public international Law* cit., p. 243.

³⁹¹ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional* cit., p. 6.

³⁹² *Idem*, *ibidem*.

³⁹³ DUPUY, Pierre-Marie. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskeniemi. *European Journal International Law*, 16, p. 137, 2005. O autor ataca de forma direta o pluralismo fragmentário radical de Koskeniemi, que parece desconsiderar o papel da sociedade civil, por exemplo.

A relação entre o direito interno e o direito internacional, fundada no paradigma do Estado-nação, vê-se imersa num caldo sociológico ainda mais complexo, marcado, principalmente, pelo direito transnacional e comunitário, e pelos fenômenos privados de construção normativa.

Tal relação acabou sucumbindo ao reconhecimento de novos atores como sujeitos de direitos e deveres no plano internacional, e o debate passou a se concentrar na possibilidade de se estabelecer regras gerais de validação em torno dos múltiplos sistemas jurídicos especializados que surgiram e nas dificuldades em se aplicar as teorias positivistas fundadas em critérios hierárquicos de validade a esse novo contexto de mundialização³⁹⁴.

O próximo capítulo pretende investigar os desafios que se colocam diante do pluralismo jurídico e da tensa relação entre esse novo aporte normativo privado e o positivismo jurídico consubstanciado nas teorias de Kelsen e Hart.

Além disso, pretende-se investigar as possíveis fontes de validação dos ordenamentos jurídicos privados infraestatais estudados neste capítulo e as novas perspectivas que se apresentam para o método conflitual clássico e para o Direito Internacional Privado, diante dessa nova ordem pluralista, mas, para nós, não fragmentada.

³⁹⁴ DUPUY, Pierre-Marie. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values cit., p. 137.

3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO CONFLITUAL CLÁSSICO À LUZ DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

3.1 O desafio do pluralismo das fontes, atores e centros decisórios na contemporaneidade

A aparente desagregação do conceito clássico de unidade do direito internacional enquanto sistema de direito³⁹⁵, em favor de um pluralismo de regimes estruturados em distintas lógicas jurídicas, talvez seja um dos temas de mais difícil conceituação para o estudioso que entende o direito internacional como fenômeno uno e, portanto, avesso a possíveis teorias fragmentárias³⁹⁶.

Nesse sentido, o primeiro grande desafio para aquele que se propõe a investigar o aporte teórico dos novos fenômenos privados de construção normativa, isto é, do direito transacional e sua repercussão sobre o direito internacional clássico – notadamente aqui, sobre o Direito Internacional Privado –, é compreender que o direito internacional, embora tenha granjeado unidade científica e sistêmica por meio de teorias unitaristas e pluralistas na modernidade, encontra-se atualmente desafiado pela aparente fragmentação que, aprofundada

³⁹⁵ O sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann desenvolveu a chamada teoria dos sistemas sociais. Para ele, a sociedade é formada por vários subsistemas sociais com funções específicas, sendo o direito um desses sistemas. Luhmann afirma que os sistemas não possuem, em suas origens, suas próprias estruturas, sendo obrigados a construí-las. Com efeito, o sistema só pode operar com estruturas autoconstruídas e essa construção se dá no interior do próprio sistema, em virtude do que denomina como auto-organização. Vide: LUHMANN, Nickolas. *Social System* cit., p. 627.

³⁹⁶ O Direito Internacional, desde sua origem como disciplina, enfrenta uma postura de ceticismo. Características próprias dessa ordem normativa, como a ausência de força coercitiva central, a identidade entre os sujeitos criadores e aqueles destinatários das normas, e a relativa fluidez do exercício das diferentes funções na sociedade internacional são alguns dos argumentos com os quais os internacionalistas se depararam ao longo dos séculos, oferecidos pelos incrédulos no fenômeno jurídico internacional. Entretanto, note-se que as transformações observadas nas últimas décadas e suas consequências tornaram a postura de negação da existência e juridicidade do Direito Internacional minoritária e insustentável. Mais recentemente, esses mesmos processos e eventos trouxeram fenômenos como a especialização e a jurisdicionalização do Direito Internacional. Contudo, tais fenômenos suscitaram o surgimento de uma linha de argumentação que passou a discursar academicamente sobre a “fragmentação” do Direito Internacional, em questionamento sobre a unidade e a coerência do Direito Internacional e, portanto, de sua configuração como um sistema. O discurso da fragmentação do Direito Internacional, tão difundido e presente na academia internacional nos últimos anos, tem inerente em si a ideia de ruptura e enfraquecimento da ordem jurídica internacional, sendo, de certa maneira, um novo ceticismo com a qual se depara cientificamente o internacionalista. Vide: CAPUCIO, Camilla. A fragmentação do direito internacional: entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/133515-256197-1-SM.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

a partir do final da Segunda Guerra Mundial, estaria a modificar e desnaturar a ordem jurídica internacional, aparentemente desintegrando-a em múltiplos ordenamentos desconectados³⁹⁷.

A moderna unidade da razão do direito internacional vem assistindo a uma série de transformações políticas e sociais que acabaram estabelecendo novos paradigmas teóricos a seu estudo. Se, por um lado, sua condição de direito acabou consolidada, os desafios a sua unidade foram potencializados pela pluralidade de fontes, órgãos legiferantes, jurisdições e, essencialmente, pelo surgimento de novos sujeitos de direitos e deveres internacionais³⁹⁸.

O fato é que o sistema unitarista que posiciona o Estado no centro da produção legislativa internacional não mais se sustenta nessa nova realidade. Contudo, como a teoria do direito irá endereçar essa nova estruturação de ordenamentos normativos autônomos privados ainda é uma misteriosa trilha a ser percorrida.

O método conflitual de Direito Internacional Privado, diante desse novo paradigma e como emanção cabal do ordenamento estatal apto a instrumentalizar a resolução de conflitos pluriconectados, experimenta sua possível insuficiência, notadamente, em face de um aparente desvio realizado por tais regramentos privados que, diante do conflito multilocalizado, prescindem da aplicação da norma de conflito de DIPr, e resolvem a lide de maneira substancial, sem remetê-la exatamente a nenhuma jurisdição em conexão com a relação jurídica sob análise.

Esse é o exemplo da nova *Lex Mercatoria*, principalmente com a arbitragem internacional, e também da *Lex Eletronica* e da *Lex Sportiva* com seus regramentos autônomos e paralelos ao ordenamento estatal, conforme abordados no segundo capítulo deste trabalho.

Nos tópicos seguintes iremos investigar as razões para um possível reflexo desse aparato normativo transnacional sobre o método conflitual clássico de DIPr, mas antes buscaremos entender as possíveis limitações do positivismo jurídico e das fontes normativas tradicionais como métodos explicadores desse novo aporte normativo emergido do direito transnacional.

³⁹⁷ RAPOSO, Rodrigo Bastos. Quem tem medo da fragmentação do direito internacional? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR*, n. 23, p. 29-51, 2013.

³⁹⁸ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional* cit., p. 9.

3.1.1 *Os limites do positivismo jurídico e das fontes do direito em face de normas transnacionais*

A estruturação lógica das normas em critérios de validade constitui o traço mais marcante do positivismo jurídico.

No século XIX, sobretudo a partir dos trabalhos de Kelsen e Hart, o positivismo jurídico se consolidou como principal teoria explicativa das fontes do direito – e também, por corolário lógico, das fontes do direito internacional.

Segundo Vasconcellos:

No âmbito específico do direito internacional, a busca por uma fórmula, uma técnica hábil a explicar e, principalmente, fundamentar a natureza de seus institutos acabou por exigir sua inclusão nas construções teóricas que surgiam para racionalizar o direito à luz da modernidade³⁹⁹.

A racionalização do mundo, legado incontestemente da modernidade, repercutiu no aparato normativo das sociedades e na tentativa de sistematização do direito de maneira, precipuamente, fundada na estrita separação da moral, e também na consolidação de um critério de validade hábil a justificar a obrigatoriedade das leis⁴⁰⁰.

O afastamento da moralidade se refletiu na teoria kelseniana do “ser” e do “dever ser”, já tão esmiuçadas pela doutrina jusfilosófica.

Nesse sentido, Kelsen aponta a lógica do “dever ser” como fundamento ideal da norma jurídica, e sustenta que aquilo que está naturalmente posto no mundo seria apenas declarado e não produziria, necessariamente, efeito. Por conseguinte, a norma estabelecida e válida teria eficácia plena e se sustentaria, principalmente, por conta da possibilidade de sanção⁴⁰¹.

³⁹⁹ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional* cit., p. 8.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 217-218. No que tange à validade, Kelsen propôs uma concepção escalonada da ordem jurídica estruturada em critérios hierárquicos. Dessa sistemática decorre a conclusão de que, por um lado, uma norma seria hierarquicamente superior a outra quando justificasse e legitimasse sua criação e, por outro, que uma norma seria válida quando criada em conformidade com a norma hierarquicamente superior.

Para Kelsen, o caráter de fonte de direito implica um fundamento de validade formal, que independe dos elementos materiais da norma.

Destarte, há sempre uma norma hierárquica superior que prevê uma inferior até que se chegue a uma norma base que valide todo o ordenamento jurídico, consubstanciada na chamada “norma hipotética fundamental”.

Vale ressaltar que, posteriormente, com a influência de Verdross, Kelsen abandona seu indiferentismo e define a norma hipotética fundamental como sendo uma norma de direito internacional – a norma costumeira *pacta sunt servanda*⁴⁰².

Para os fins colimados por esta pesquisa, cumpre destacar que a lógica kelseniana conhece apenas o direito estatal.

As normas privadas, como contratos, podem integrar o ordenamento jurídico a título de normas individuais, mas a relação entre os atores privados e o sistema jurídico na formulação e controle de regras estaria no plano não jurídico ou sociológico⁴⁰³.

Hart, por sua vez, também apresenta uma proposta de teoria do direito eminentemente positivista, acrescentando à validade formal kelseniana a complexidade da chamada “regra de reconhecimento”, isto é, a norma positiva precisa ser reconhecida como tal pelos operadores jurídicos mais importantes – juízes e agentes públicos – para ser considerada válida.

Sendo assim, Hart estrutura sua teoria a partir dos precedentes da *common law* e na construção do direito pelo costume, na prática dos tribunais. Nesse sentido, apresenta perspectiva teórica diversa daquela proposta por Kelsen, na medida em que os sujeitos, submetidos a uma determinada ordem jurídica, não agiriam em conformidade com as regras estabelecidas pelo receio da sanção, mas simplesmente por reconhecerem a normatividade da regra⁴⁰⁴.

⁴⁰² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1, p. 112.

⁴⁰³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 459.

⁴⁰⁴ Na teoria jurídica hartiana, a chamada *regra de reconhecimento* se apresenta como critério supremo de validade e denota o cunho claramente positivista de sua sistematização do direito ao representar o estabelecimento de um parâmetro absolutamente independente da moral para justificar a validade normativa do sistema. Nesse sentido, por não conseguir encontrar uma regra de reconhecimento que estabelecesse

Ainda assim, de maneira geral, ambas as teorias positivistas se mostram bastante convergentes em uma série de aspectos⁴⁰⁵.

O protagonismo da sanção na teoria de Kelsen, ou seja, da possibilidade de coerção decorrente do descumprimento da norma válida, constitui sua mais marcante diferença em relação à construção teórica hartiana.

O direito, segundo sua teoria pura, consubstanciaria uma ordem normativa que regularia as ações individuais, mediante a prescrição de condutas sob a ameaça de pena⁴⁰⁶. Diferentemente de Hart, Kelsen outorga ao direito internacional o *status* de direito propriamente dito e não o entende, portanto, como um mero conjunto de normas. O direito internacional fundamentaria, assim, um sistema normativo que regularia as ações dos Estados, prescrevendo condutas e estabelecendo sanções – guerra e represálias – para seu descumprimento.

O que o positivismo jurídico, tanto kelseniano quanto hartiano, não contava é que séculos depois a ordem jurídica internacional fosse se estabelecer para além dos Estados nacionais⁴⁰⁷.

Diferentes atores do mundo internacionalizado, estruturados em associações ou grupos sociais segmentados, ao realizarem suas atividades de caráter transfronteiriços, têm sido cruciais para a criação de normas independentes de estímulos políticos dos Estados, ou de grupos de união político-econômica estatais⁴⁰⁸.

Na contemporaneidade, em distintos ordenamentos jurídicos, como vimos, conflitos são solucionados mediante normas próprias de conduta e processos de negociação

critérios de validade para a normativa do direito internacional, o autor inglês não o via como um sistema jurídico, mas apenas como um simples conjunto de preceitos legais ainda não organizado de maneira sistemática e coerente. Vide: HART, Herbert. *O conceito de direito* cit., p. 129.

⁴⁰⁵ Ambas defendem rígidos critérios de separação entre o direito e a moral, e as propostas positivistas apresentadas à teorização do direito buscam fundamentação em critérios de validade de normas. Vide: HART, Herbert. *O conceito de direito* cit., p. 135.

⁴⁰⁶ VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional* cit., p. 11.

⁴⁰⁷ Embora a teoria pura do direito tenha vislumbrado em um dado momento a possibilidade de existirem outros sujeitos titulares de direitos e deveres no plano internacional, além dos Estados (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., nota 3, p. 355 e 358).

⁴⁰⁸ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 13, n. 3, p. 151, 2016.

entre os atores, além de serem criadas ferramentas de sanção, cuja efetividade é própria de cada sistema e o conceito de obrigatoriedade é substituído por níveis de obrigatoriedade⁴⁰⁹.

Sendo assim, agentes econômicos vêm impondo mundialmente seus interesses particulares uns aos outros, contornando a aplicação da normativa estatal às suas relações jurídicas pluriconectadas.

Por conseguinte, há que se notar que a sistemática do Direito Internacional Privado é frontalmente afetada por esse fenômeno, ainda que o positivismo clássico que a concebe não reconheça a normatividade de tais regramentos privados.

No que tange à perda do poder estatal exclusivo sobre a produção normativa reguladora de fatos transnacionais, ou seja, dos conflitos pluriconectados, surgem novos desafios para a teoria dos sujeitos do direito internacional, e também para a investigação de uma possível insuficiência do método conflitual clássico de DIPr: seriam as novas fontes privadas transnacionais uma forma de contornar a aplicação do conflito de normas de DIPr? Ou, ainda, seria uma forma de dotar de substancialidade a resolução da lide multilocalizada, dado que o método de DIPr apenas remete à jurisdição da lei aplicável?

A partir da concepção positivista esboçada, o problema se insere no fato de que normas puramente privadas não compõem o direito positivo, em virtude de uma argumentação que ensejaria múltiplas normas de validação, remetendo a fundamentos de validade diferentes, e de uma lógica policêntrica de produção e controle normativo⁴¹⁰.

Contudo, o que vincula esses novos atores e o que traz validade a esses regramentos privados a ponto de serem considerados, na contemporaneidade, novas fontes do direito internacional?

E mais, o que torna tais fontes um legítimo aparato normativo para a resolução de conflitos transnacionais, é dizer, conflitos pluriconectados a mais de uma jurisdição?

O tópico a seguir tentará responder a essas perguntas.

⁴⁰⁹ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa cit., p. 118.

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*.

3.1.2 A legitimidade das normas transnacionais

Para que haja o reconhecimento dos fenômenos privados de construção normativa, torna-se imprescindível o abandono do paradigma do positivismo jurídico, por meio do qual o Estado – e apenas ele – detém a prerrogativa de criar, dizer e aplicar o direito.

A contrario sensu, essa sinonímia entre Direito e Estado – construída, mormente, por teorias contratualistas e pelo positivismo jurídico na modernidade – não possui amparo em qualquer perspectiva histórico-sociológica do Direito⁴¹¹.

Assim, não reconhecer a existência desse aparato normativo privado na contemporaneidade é negar todas as transformações ocorridas no mundo nos últimos oitenta anos e pouco refletir sobre o impacto delas sobre o direito internacional.

A quebra do paradigma do nacionalismo metodológico e do positivismo jurídico é exatamente a condição necessária para a concepção do direito transnacional, como define Ulrich Beck:

Neste contexto, é possível falar de um “nacionalismo metodológico”, o que significa presunções explícitas e implícitas de que o Estado-nação é o recipiente de processos sociais, e que a nação fornece a ordem fundamental para a análise dos processos sociais, econômicos e políticos. É exatamente este Estado nacional, *a priori* das ciências sociais, que é fundamentalmente questionável no âmbito da pluralização das fronteiras⁴¹².

Com efeito, a validação de normas jurídicas privadas segue regras próprias desvinculadas dos sistemas legislativos nacionais. São os próprios atores envolvidos naquele

⁴¹¹ “Em outras palavras, pode-se afirmar que o (sub)sistema jurídico (co)evolui com racionalidades diferentes (relacionadas a outros sistemas sociais), num cenário em que o Estado não representa mais a única esfera donde a normatividade emana. Emerge, assim, uma pluralidade de atores sociais diferenciados em papéis e culturas redonda numa pluralidade de fontes normativas e de sujeitos de direitos merecedores de proteção especial (consumidores, refugiados, hipossuficientes, etc.)” (FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>>. Acesso em: 13 out. 2017, p. 399).

⁴¹² Tradução livre do original: “In this context, it is possible to speak of a ‘methodological nationalism’, meaning explicit and implicit assumptions that the nation state is the container of social processes, and that the national provides the core order for the analysis of social, economic and political processes. It is exactly this nation state a priori of the social sciences, which is becoming fundamentally questionable in the course of the pluralisation of borders” (BECK, Ulrich. *The cosmopolitan state: redefining power in the global age*. Disponível em: <<https://equilibrium0.files.wordpress.com/2011/05/beck2006.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017. p. 145-146.

ordenamento infraestatal, especificamente, além da reputação de seus “legisladores” e a capacidade de eles coordenarem instituições representativas, que validam o ordenamento⁴¹³.

Nesse sentido, a hierarquia torna-se reputacional e não organizacional, e, assim, mecanismos próprios de efetividade, como a arbitragem internacional, alimentam a própria validação do sistema⁴¹⁴.

Contratos na nova *Lex Mercatoria*, comportamento dos atores na *Lex Sportiva* ou na *Lex Eletronica* – estes dois últimos com maior grau de centralidade – seriam, então, suficientes para configurar regras de validação dentro de uma lógica de sistema jurídico hartiano, ou mesmo para identificar o caráter sancionatório, indispensável para Kelsen. Ainda que a ideia de centralidade da produção e aplicação normativa, idealizada por Kelsen, não esteja presente, a existência de um ordenamento jurídico parece ser visível⁴¹⁵.

Destarte, é interessante notar que a sanção pode vir dos próprios atores e, inclusive, excluir aqueles que transgridam o direito posto pelo subsistema. Uma empresa que não cumpra as normas da nova *Lex Mercatoria* e, portanto, apresente um problema em um contrato específico, por exemplo, poderá não mais contratar com todas as demais, caso seja excluída de toda cadeia produtiva, isto é, a sanção vem de toda a rede de empresas⁴¹⁶.

Da mesma forma, a ocorrência de *doping*, como ilustrado no tópico da *Lex Sportiva*, poderá levar à exclusão de um jogador de campeonatos internacionais e, por conseguinte, a punição não será apenas no país onde praticou o ilícito, mas perante todos aqueles países e agentes que participam da rede internacional privada desportiva, o que poderá ser muito mais prejudicial à sua carreira do que se a dependência fosse meramente dos ordenamentos jurídicos estatais⁴¹⁷.

Assim é que esse aparato normativo privado infraestatal é estabelecido e validado nos processos de composição de litígios transnacionais.

⁴¹³ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa cit., p. 125.

⁴¹⁴ Idem, p. 127.

⁴¹⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 464.

⁴¹⁶ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa cit., p. 128.

⁴¹⁷ Idem, p. 129.

Numa mediação entre a validade formal, conforme pensada pelos positivistas, e o Direito, como efetividade da abordagem funcionalista, Koh propõe um conceito de normatividade baseado na ideia de influência das normas, tomando como fato a necessidade que todos os atores, inclusive os Estados, têm de interagir no cenário mundial:

Resumindo, a ideia crítica é a normatividade do processo jurídico transnacional. Para sobreviver em um mundo interdependente, mesmo os Estados mais isolados – Coreia do Norte, Líbia, Iraque, Cuba – precisam eventualmente interagir uns com os outros. Mesmo estados párias não conseguem isolar-se eternamente do cumprimento do Direito Internacional se desejam participar em uma economia ou em processos políticos transnacionais. Uma vez que as nações começam a interagir, um processo complexo ocorre, por onde normas jurídicas internacionais se infiltram, são internalizadas, e acabam incorporadas nos processos legais e político em âmbito doméstico⁴¹⁸.

Diante dessas novas formas de interação e de abertura à participação de atores não estatais como agentes normatizadores de conflitos multiconectados, viabilizam-se novas formas de legitimação do processo decisório internacional, em interações livres da preponderância da lógica de governança estatal⁴¹⁹.

Segundo Tietel, isso também viabiliza que as cortes articulem e deem efetividade a um discurso sobre direitos, em oposição a um discurso político que prevalece na sociedade internacional, inclusive, orientado por uma lógica de balanço de poder⁴²⁰:

A judicialização muda o poder, de um lado, permitindo a responsabilização jurídica, de outro, empoderando atores não estatais que, por sua vez, dirigindo-se de variadas maneiras às cortes e tribunais internacionais e em sendo abordados por eles, se transformam em agentes legitimadores. Cortes e tribunais internacionais estão bem posicionados para prover um discurso baseado em direitos autônomos ou, ao menos, parcialmente descolado da

⁴¹⁸ Tradução livre, no original: “To summarize, the critical idea is the normativity of transnational legal process. To survive in an interdependent world, even the most isolated states – North Korea, Libya, Iraq, Cuba – must eventually interact with other nations. Even rogue states cannot insulate themselves forever from complying with international law if they wish to participate in a transnational economic or political process. Once nations begin to interact, a complex process occurs, whereby international legal norms seep into, are internalized, and become embedded in domestic legal and political processes” (KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process* cit., p. 15).

⁴¹⁹ TEITEL, Ruti. Kosovo to Kadi: legality and legitimacy in contemporary International Order. *Ethics and International Affairs*, v. 28, n. 01, 2014.

⁴²⁰ TORELLY, Marcelo. *From international law to global governance: structural changes in the transnational space*. 2016, p. 37. Disponível em: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/400-2299-1-PB.pdf>. Acesso em 14.10.2017.

cultura política e do constitucionalismo nacional – universalizável, secular, transnacional, e com a autoridade dos mais elevados valores humanos⁴²¹.

De acordo com Teubner, a legitimidade dessa nova engenharia normativa transnacional – nomeadamente um “direito global” – pode ser concebida sob três grandes teses.

A primeira delas, já apresentada neste trabalho, entende que as normas de direito transnacional só podem ser interpretadas por meio da teoria do Pluralismo Jurídico e de uma teoria das fontes também pluralista, concentrada nos processos espontâneos de formação do direito, encontrados por meio dos discursos das redes especializadas das diversas áreas da sociedade mundial⁴²².

A segunda tese de Teubner entende que o direito transnacional seria um ordenamento *sui generis*, que não pode ser avaliado de acordo com os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais, lastreados nos conceitos clássicos da teoria do direito sobre norma, sanção e controle social⁴²³.

O direito global (não: “internacional”!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado no seu desenvolvimento, apresentando ainda, em

⁴²¹ Tradução livre, no original: “Judicialization shifts power on the one hand by promoting judicial accountability, and on the other by empowering nonstate actors, who, in turn, by addressing themselves in various ways to international courts and tribunals and by being addressed by them, become agents of legitimacy. International courts and tribunals are well situated to supply a rights-based discourse at least partly detached or autonomous from national political cultures and constitutionalism – universalizable, secular, transnational, and with the authority of high human values”.

⁴²² “Global law can only be adequately explained by a theory of legal pluralism which turned from the law of colonial societies to the laws of diverse ethnic, cultural and religious communities in modern nation-states. It needs to make another turn – from groups to discourses. It should focus its attention on a new body of law that emerges from various globalization processes in multiple sectors of civil society independently of the laws of the nation states”. Tradução: “O direito global 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. 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, culturais e religiosas no âmbito do Estado-nação da idade moderna. Hoje em dia ela deveria novamente ajustar o seu foco – do direito dos grupos para o direito dos discursos. Do mesmo modo, uma teoria jurídica das fontes do direito deveria concentrar a sua atenção em processos ‘espontâneos’ de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial” (TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 2).

⁴²³ Idem, *ibidem*.

comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais⁴²⁴.

Finalmente, a terceira tese entende que, em que pese o direito transnacional se apresentar na contemporaneidade desvinculado de qualquer política (diferente do direito internacional, por exemplo), ele poderá ser politizado por vias pelas quais se acoplará estruturalmente a discursos especializados, isolados:

A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, *e.g.* de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados, isolados.⁴²⁵

Com efeito, nesse ato de criação normativa é importante notar que o critério de aferição de legitimidade e validade das normas jurídicas transnacionais não corresponde aos mesmos critérios impostos às normas jurídicas estatais.

⁴²⁴ Tradução do original: “The emerging global (not inter-national!) law is a legal order in its own right which should not be measured against the standards of national legal systems. It is not – as is usually understood – an underdeveloped body of law which has certain structural deficiencies in comparison to national law. Rather, its peculiar characteristics as fully fledged law distinguishes it from the traditional law of the nation states. These characteristics can be explained by differentiation within world society itself. While global law lacks political and institutional support on the global level, it is closely coupled with globalized socio-economic processes” (TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 2).

⁴²⁵ Tradução do original: “Its relative distance from international politics will not protect global law from its re-politicization. On the contrary, the very reconstruction of social and economic (transactions as a global legal process undermines its non-political character and is the basis of its re-politicization. Yet this will occur in new and unexpected ways. We can expect global law to become politicized not via traditional political institutions but within the various processes under which law engages in ‘structural coupling’ with highly specialized discourses” (Idem, *ibidem*).

Com efeito, as teorias de legitimação do ordenamento normativo transnacional que se baseiem nos exemplos de vontade do mundo estatal estariam fadadas ao fracasso⁴²⁶.

3.1.3 *A heterarquia dos ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais*

Uma vez que o direito transnacional não possui fundamento de legitimidade com base em qualquer ordem estatal, a jurisdição transnacional encontra-se, em princípio, em uma relação heterárquica com os ordenamentos jurídicos estatais e o direito internacional. No âmbito de determinado ordenamento jurídico estatal, porém, eles se estruturam de forma hierárquica, pois geram normas secundárias e até mesmo normas com *status* constitucional⁴²⁷.

Segundo Varella, os regimes jurídicos privados, resultantes de uma lógica de produção autônoma de normas, revelam-se como grandes desconstrutores do direito⁴²⁸.

Esses regimes contribuem para a erosão de um modelo hierárquico, fundado no Estado, para um modelo heterárquico, sem mestre. Suas fontes são progressivamente heterogêneas, distintas e buscam maximizar resultados para cada situação específica, com uma racionalidade própria⁴²⁹.

Assim é que as notórias vantagens de segurança jurídica, estabilidade e dimensão das consequências das decisões por meio do regime hierárquico, tanto no âmbito público como no privado, são sobrepostas pela necessidade de ampliação do fluxo de informações e responsabilidade de chefias e de organizações por resultados, com maior atribuição de autonomia aos agentes, possibilitando a adaptação das estruturas à diversidade de realidades.

Nesse sentido, as redes heterárquicas já dominam de tal forma as organizações hierárquicas e com tanta intensidade, que alguns estudiosos já classificam a sociedade mundial como uma sociedade em redes⁴³⁰.

⁴²⁶ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 4-5.

⁴²⁷ *Idem*, p. 6-7.

⁴²⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 313.

⁴²⁹ TEUBNER, Gunther. *Les multiples corps du roi: l'auto-destruction de la hiérarchie du droit. Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?* Paris: Frison-Roche, 1999. p. 313.

⁴³⁰ TEUBNER, Gunther. *And if I by Beelzebub cast ou Devils: An essay on the Diabolics of Network Failure*, *In: German Law Journal* v. 10, n. 4, p. 129.

Isso não significa, contudo, que essas formas de interação gerem uma realidade harmônica entre si. Ao contrário, muitos dos problemas do sistema hierárquico se mantêm, como dificuldades de interface entre os pontos centrais da rede, conflitos entre competências decisórias, relações assimétricas de poder, entre outros⁴³¹.

Ainda assim, os ordenamentos privados infraestatais oriundos do direito transnacional não perdem suas características. A interação com os regimes estatais e as condições de agentes externos a eles são inerentes à própria relação com o entorno e fundamentam o seu aparato normativo desde a criação⁴³². Com efeito, juntamente às normas dos Estados, o aparato normativo do direito transnacional enseja uma unidade que não é causada pela coerência das normas, mas, sim, pela mera associação de operações jurídicas⁴³³.

Os processos de interação entre Estados, atores subestatais, atores privados e mesmo indivíduos, criam padrões de comportamento e geram condutas diferentes da lógica hierarquizada tradicional que, mais uma vez, fomentam a internacionalização do direito e conferem maior complexidade ao direito internacional e interno na contemporaneidade.

Valendo-se de exemplos, Koh vaticina:

(...) o Direito Internacional é aplicado em processos jurídicos transnacionais desencadeados não apenas pelos Estados Unidos ou a Rússia, mas também pelo Conselho de Segurança, GATT, Exxon, Greenpeace, o Clube de Paris, a Anistia Internacional, e o escritório Lowenstein de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Escola de Direito da Yale⁴³⁴.

Em uma perspectiva internacional, Anne-Marie Slaughter aponta que esse processo conduz, manifestamente, a uma ampliação do direito e, sobretudo, à ampliação do papel daquelas instituições dotadas de capacidade de decisão, como as cortes⁴³⁵.

⁴³¹ TEUBNER, Gunther. *And if I by Beelzebub cast ou Devils* cit., p. 130.

⁴³² VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 224.

⁴³³ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 4-5.

⁴³⁴ Tradução livre, no original: "(...) international law is enforced by a transnational legal process, which is triggered not just by the United States and Russia, but also by the Security Council, the GATT, Exxon, Greenpeace, the Paris Club, Amnesty International, and the Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School" (KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process* cit.).

⁴³⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003.

As teorias de legitimação dessa lógica heterárquica e os critérios de aferição do sistema jurídico transnacional, contudo, encontram-se em evolução e em superação constante de preconceitos consolidados no campo jurídico.

Como todo e qualquer objeto de estudo recente, essa fase de construção demanda uma árdua empreitada por parte de juristas, juízes, filósofos e sociólogos do direito, cuja investigação acadêmica pressupõe o uso de uma nova lente de visão.

3.2 O método conflitual de DIPr e os ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais

Ultrapassada a investigação sobre o aporte normativo das fontes transnacionais advindas de alguns dos fenômenos privados de construção normativa, analisados no segundo capítulo deste trabalho, a questão que se coloca agora é: como o Direito Internacional Privado é afetado por essa rede de atores normatizadores infraestatais?

Este trabalho não tem a pretensão, nem poderia apontar a resposta, uma vez que ela está sendo construída pelo processo histórico contemporâneo, além de ser demasiado complexa para o escopo da presente pesquisa.

Contudo, o que se propõe aqui – e desde o início deste trabalho – é investigar como o método conflitual clássico, como solução normativa de conflitos pluriconectados emanada do Estado e dos ordenamentos jurídicos nacionais, poderá vir a sofrer com os reflexos desses fenômenos privados de construção normativa, e como conjugar essas novas fontes e métodos advindos do pluralismo jurídico, com o método tradicional.

Há no atual cenário um pluralismo jurídico emergido, sobretudo, da interpenetração dos direitos⁴³⁶ e oriundo, segundo o entendimento deste trabalho, não da fragmentação do direito internacional, e sim, como apregoa André-Jean Arnaud, da fragmentação das soberanias nacionais⁴³⁷, interferindo tanto nos modos de regulação pela via do direito como nas fontes normativas tradicionais, absorvendo mecanismos regulatórios alternativos e não

⁴³⁶ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. Revista de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007, p. 140. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1948.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁴³⁷ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização* cit., p. 13.

estatais, e dando origem a uma pluralidade de racionalidades que produz, no campo jurídico, lógicas estilhaçadas pela flexibilização e diversificação da produção normativa⁴³⁸.

Com efeito, o Direito Internacional Privado experimenta uma possível insuficiência do seu método conflitual clássico, por meio do qual os conflitos pluriconectados se resolveriam, tão somente, pela norma de conflito que resolve a lide apontando o direito aplicável por meio do elemento de conexão.

O que se indaga aqui, portanto, é se a normativa privada transnacional não estaria a contornar a aplicação do método clássico de DIPr por meio de regramentos, *standards* e guias resolvedores dos conflitos multilocalizados, justamente para dotar a solução jurídica pluriconectada de um método mais uniformizado e que traga certa substantividade para a decisão da lide pluriconectada. E por que isso estaria acontecendo?

O próximo tópico procura investigar algumas hipóteses.

3.2.1 *A persistente estruturação nacional dos sistemas de DIPr e o contraste com a noção de transnacionalidade*

O fato de o método conflitual de DIPr no sistema continental europeu – aquele utilizado no Brasil – ser formado por normas de direito interno que tão somente indicam qual deverá ser o direito aplicável à lide pluriconectada seria um dos possíveis entraves à solução de um conflito transnacional de maneira mais substantiva.

Assim, a primeira hipótese é de que a própria estruturação nacional do método conflitual de Direito Internacional Privado estaria ensejando, em paralelo ao processo de internacionalização do direito, mecanismos alternativos para a solução de litígios transnacionais, de modo a contornar a aplicação da lei conflitual nacional, justamente com o intuito de se evitar a aplicação de apenas um regramento doméstico à lide pluriconectada.

Isso estaria ocorrendo porque os instrumentos de compreensão do Direito Internacional Privado e dos direitos domésticos seriam insuficientes para lidar com o acúmulo de lógicas distintas entre diferentes setores, de diferentes países, com níveis variados de internacionalização e de integração, e diferentes lógicas de funcionamento.

⁴³⁸ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade* cit., p. 141.

Com efeito, tornar-se-ia necessário buscar outros instrumentos de coexistência, mais uniformes, de forma a permitir a continuidade e evolução de ordenamentos paralelos de coordenação, e também de cooperação internacional, cada qual com sua própria lógica que, por vezes, se cruzam e necessitam de soluções comuns⁴³⁹.

No que tange ao Brasil, os próprios agentes econômicos estrangeiros apontam que a lentidão do Judiciário acaba sendo quase proibitiva para que as partes venham a litigar aqui. Por esse motivo, as empresas estrangeiras, quando têm poder de barganha, no início da relação contratual com a parte brasileira, tentam logo eleger a legislação de estados estrangeiros como foro para dirimir eventuais contenciosos, ou, ainda, câmaras arbitrais internacionais. Isso acontece não apenas no Brasil, mas também em outros países do mundo.

Segundo Varella, tudo isso é evidenciado pelo fato de que há um processo de ampliação do conceito de ordem jurídica, ou até a possível mutação desse conceito para incluir outros cenários, distintos daquele típico dos Estados nacionais.

As categorias jurídicas, como ordem, sistema, hierarquia e autonomia, não mais conseguem traduzir os fenômenos da indeterminação, incoerência e instabilidade que acompanham a internacionalização do direito⁴⁴⁰.

Dessa forma, vai surgindo a noção de uma ordem jurídica verdadeiramente internacional novamente. O debate não é novo, mas é reforçado pelo processo de internacionalização das últimas décadas. O direito interno, diante desse fenômeno, vai sofrendo certos recuos e estabelecendo novos paradigmas para o seu pensamento próprio, cuja influência crescente da ordem internacional na produção normativa não mais pode ser ignorada pelos Estados e indivíduos, sob pena de pecar pela ignorância, seja por meio da subtração de direitos, seja pela possibilidade de não exercício deles⁴⁴¹.

Com efeito, a persistente estruturação nacional do método de Direito Internacional Privado se mostraria um tanto quanto obsoleta para a resolução dos conflitos transnacionais. Isso porque as rígidas regras de conexão estariam amparadas em elementos de conexão nacionais que se confrontariam claramente com a ideia de transnacionalidade.

⁴³⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 445.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 499.

⁴⁴¹ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113.

Assim é que surgiram alguns princípios flexibilizadores do método conflitual clássico, notadamente no direito conflitual norte-americano, como o princípio da proximidade ou *better law approach*⁴⁴².

Nesse sentido, Dolinger aponta que:

Para todas relações jurídicas temos no Direito Internacional Privado as setas – regras de conexão – indicadoras da lei aplicável, mas, se em determinada hipótese, estivermos diante de uma situação jurídica em que notamos que a lei indicada não é realmente relevante, que a ligação entre o fato e a norma é tênue, fraca, distante, e que há um outro direito, outro sistema jurídico que fica muito mais próximo à situação ou relação jurídica, este será o direito a aplicar e não aquele indicado pela regra de conexão⁴⁴³.

Esse movimento de flexibilização, derivado da ideia de proximidade em nível concreto, contudo, não foi exatamente um recuo em relação à ótica multilateralista. Na medida em que as regras de conexão multilaterais sempre encontraram sua justificativa básica na ideia de proximidade – seja por meio do critério da nacionalidade ou do domicílio –, pode-se dizer que o que houve foi um reforço do princípio subjacente a elas⁴⁴⁴.

A flexibilização, assim, busca atender ainda mais à premissa básica da ótica multilateralista: a busca da lei mais intimamente ligada à relação jurídica e às partes, tomando-se o caso concreto como ponto de partida para tal busca.

⁴⁴² No que concerne à jurisprudência, já em 1891 utilizou-se na Inglaterra o critério da “closest and most real connection” para determinar a lei aplicável ao contrato, no caso *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph*. Não obstante essa origem remota, o movimento de flexibilização acentuou-se durante o século XX, com a fórmula francesa da “localização” do contrato, estabelecida pela Câmara Civil da Cour de Cassation francesa em julgamento de 5 de dezembro de 1910 e, posteriormente, com a adoção do princípio da proximidade em diversas convenções internacionais e leis internas. Destaca-se, nesse contexto, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, de 1980, vigente no âmbito da União Europeia, cujo art. 4º, nº 1, estabelece que, na ausência de eleição pelas partes, o contrato é regulado pela lei do país com a qual apresenta uma conexão mais estreita. Do mesmo modo, a Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, de 1994, estatui no art. 9º que, “não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos”. O Regulamento Roma I da União Europeia, sobre lei aplicável às obrigações contratuais, também contempla o critério da lei mais proximamente conectada, enquanto à aplicação das regras de conexão ali estabelecidas (art. 4º, 3). Dispositivo semelhante pode ser encontrado no Regulamento Roma II, no que concerne às obrigações extracontratuais (art. 4º, 3).

⁴⁴³ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado – o princípio da proximidade e o futuro da humanidade cit., p. 7.

⁴⁴⁴ Idem, *ibidem*.

O que se problematiza aqui, mais uma vez, é que o princípio da proximidade estaria também a ensejar a aplicação de um ordenamento nacional, e não de uma normativa transnacional à lide multilocalizada.

Com efeito, o princípio da proximidade, como método flexibilizador, pode estar sendo utilizado para justificar a aplicação constante da lei do foro e que, em determinados casos, pode também esconder uma atitude unilateralista e provinciana, que não se amolda à ideia de transnacionalidade do conflito⁴⁴⁵.

O próximo tópico aponta uma possível justificativa para isso.

3.2.2 *O territorialismo das normas de DIPr e o critério da funcionalidade dos ordenamentos autônomos compostos de normas transnacionais*

Mesmo para alguns dos estudiosos mais tradicionais do DIPr, as regras de conexão do método conflitual clássico poderiam vir a ser verdadeiras amarras para a resolução de determinados conflitos multiconectados.

Dolinger, por exemplo, ressalta que:

Há que se reconhecer que as clássicas regras de conexão representam uma armadura pesada, apertada, uma camisa de força um tanto incôfortável da qual é válido querer se desvencilhar um pouco. Nisto os americanos nos ajudaram, pois sua crítica ao sistema clássico foi tão contundente, que o mundo acordou. Os europeus reconhecem hoje que devem a modernização do seu Direito Internacional Privado à chamada “revolução americana” no seu *conflict of laws*⁴⁴⁶.

Nesse sentido, o forte apelo territorial das normas de DIPr seria também um dos resquícios de uma regulação em desuso que fomentaria a aplicação de uma normativa privada transnacional.

⁴⁴⁵ No Recurso de Revista 186000-18.2004.5.01.0034, julgado em 06.10.2010, pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o princípio da proximidade foi utilizado para justificar a aplicação da legislação brasileira, no caso de um trabalhador contratado no Brasil e posteriormente transferido sucessivamente a diversos países estrangeiros (Inglaterra, Holanda e Chile). O argumento foi de que, dadas a complexidade da relação contratual e a existência de elementos que indicavam que o trabalhador retornaria ao Brasil (destacando-se a manutenção de depósitos em sua conta vinculada do FGTS, durante todo o período contratual), o critério da *lex loci executionis* deveria ser afastado em benefício da aplicação da lei brasileira.

⁴⁴⁶ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado – o princípio da proximidade e o futuro da humanidade cit., p. 8.

Para Saskia Sassen, passamos por um processo de desnacionalização parcial dos territórios estatais, em que se sobrepõem às estruturas do Estado redes globais de grande poderio econômico, que disputam o poder político e o controle da esfera decisiva dos Estados⁴⁴⁷.

Segundo Koskenniemi e Leino:

A crise da soberania doméstica é paralela ao colapso da imagem do mundo internacional como uma estrutura hierárquica unitária que tem a Organização das Nações Unidas em seu topo, governando um mundo de soberanias domesticadas por meio do direito público e da diplomacia. A nova configuração global se constrói sobre relacionamentos informais entre diferentes tipos de unidades e atores, uma vez que o papel do Estado se transformou de legislador em facilitador de sistemas autorregulados. A economia é, obviamente, global. Mas “internacional” e “nacional” podem não ser mais separáveis de maneira útil mesmo como domínios distintos na política e governo⁴⁴⁸.

Dessa forma, conforme abordado no segundo capítulo deste trabalho, os ordenamentos normativos privados transpassam as fronteiras nacionais, e o território também não é muito relevante – o que lhes confere vantagem, já que a diferenciação em relação ao regime estatal é o critério funcional, portanto, mais especializado do que um critério territorial⁴⁴⁹.

Com efeito, a funcionalidade se relaciona ao tema em contenda, e não ao substrato geográfico do qual emana a norma, como apontado pelo método clássico de DIPR. Essa funcionalidade geraria muito mais flexibilidade à aplicação da lei convencional pelas partes envolvidas numa lide transnacional, ainda que a implementação da decisão dependa, em última análise, de características próprias de cada Estado.

Apesar disso, os Estados podem, no âmbito territorial, impor limites aos ordenamentos privados por normas nacionais ou por decisões judiciais. O Judiciário pode, por

⁴⁴⁷ SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 32.

⁴⁴⁸ Tradução livre, no original: “The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and diplomacy. The new global configuration builds on informal relationships between different types of units and actors while the role of the state has been transformed from legislator to a facilitator of self-regulating systems. The economy is, of course, global. But the ‘international’ and ‘national’ may no longer be usefully separated even as distinct realms of politics and government” (KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002, p. 557).

⁴⁴⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 311.

exemplo, determinar que certo conteúdo não esteja disponível na internet por ofender direitos individuais ou questões de ordem pública. No entanto, essas decisões também poderão ser limitadas por atores privados situados fora de suas fronteiras nacionais e com considerável poder de sanção, capaz de superar a determinação estatal por meios tecnológicos, econômicos e políticos⁴⁵⁰.

Dessa perspectiva, a consolidação do critério funcional dos ordenamentos normativos privados, na contemporaneidade, reduziria, em parte, a não diferenciação entre Direito e Política, uma vez que a atividade de regulação se concentraria na consolidação entre as partes de regras setoriais com maior coesão.

Isso quer dizer que, assumindo como fato a especialização funcional, essa abordagem propõe que o Estado nacional não é mais a única fonte normativa de uma sociedade transnacional, e que o problema da colisão entre regimes jurídicos, sejam eles públicos ou privados, transcende a dissonância normativa entre países, referindo-se diretamente a um choque entre racionalidades sistêmicas conflitantes⁴⁵¹.

Nesse ensejo, a solução de conflitos entre os diferentes regimes – privado e estatal –, ilustrados aqui pelas normas de DIPr, passa a depender menos da formulação de propostas hierarquizantes entre as diferentes formas normativas, e mais da estruturação de mecanismos e processos de influência recíproca entre os atores estratégicos dos diferentes regimes⁴⁵².

A grande vantagem das abordagens funcionalistas e menos territoriais, por sua vez, é o foco no equilíbrio de interesses entre as partes e na capacidade efetiva de implementação factual das normas⁴⁵³.

De uma forma ou de outra, o pluralismo decorrente desses ordenamentos privados desterritorializados, por assim dizer, consubstancia as alterações ocorridas na organização do espaço mundial, a exemplo do reconhecimento de novos sujeitos de direitos e obrigações.

⁴⁵⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 312.

⁴⁵¹ TORELLY, Marcelo. *From international law to global governance* cit., p. 37.

⁴⁵² Idem, *ibidem*.

⁴⁵³ Idem.

3.2.3 *Vantagens e desvantagens do aporte teórico dos ordenamentos autônomos de normas transnacionais para o Direito Internacional Privado*

A partir da constatação de que o corte traçado pelo positivismo jurídico, segundo o qual o direito é uma prerrogativa exclusiva do Estado, não mais se sustenta, podemos elucubrar algumas vantagens e desvantagens desse adensamento de fontes normativas transnacionais para o Direito Internacional Privado, aperfeiçoando seu método conflitual clássico.

Nesse sentido, é válido notar que o direito interno dos Estados, à luz do processo de internacionalização, tende a adquirir características de uniformidade, desenvolvendo, inclusive, alguns consensos quanto a dogmas que se espraiam por diversos ordenamentos jurídicos. Isto é, o direito nacional vai cada vez mais sendo influenciado pelo que ocorre no plano internacional e vai se amoldando a ele⁴⁵⁴.

Os Estados, que antes discutiam apenas internamente seus problemas, passam agora a gestar e usufruir normativas de outros foros, fruto do traslado das discussões de seus problemas, notadamente aqueles que tocam mais de uma jurisdição, para o plano internacional por meio de organismos internacionais e organizações infraestatais.

Os direitos internos também vão sendo legislados de acordo com a adequação de regras produzidas no plano internacional. Assim, por exemplo, a Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996, modificada pela Lei 13.129/2015) foi manifestamente inspirada pela lei modelo da UNCITRAL⁴⁵⁵.

Assiste-se, assim, a *standardização* de direitos elementares que são absorvidos pelos Estados e passam a compor uma gramática normativa comum à disposição dos operadores jurídicos e dos agentes econômicos para a resolução de eventuais contendas transnacionais.

Para alguns autores, essa seria a feição de um direito pós-nacional, construído pelas interações entre diferentes camadas nas esferas nacional, internacional e transnacional, com diferentes racionalidades. Dessa forma, esse novo direito formado por uma ampla rede

⁴⁵⁴ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade* cit., p. 142.

⁴⁵⁵ Vide: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

normativa não coincidiria, e tampouco poderia ser confundido com o tradicional direito internacional⁴⁵⁶.

Esses novos atores normatizadores, para além do Estado e das Organizações Internacionais, ganharam mais densidade no plano internacional, com capacidade de criar normas que se impõem a certos grupos humanos, por vezes mais densas e efetivas do que as normas interestatais.

O direito internacional, e, sobretudo aqui, o Direito Internacional Privado, tornar-se-ia mais especializado e mais denso, conforme a própria sociedade mundial também se especializa e se torna mais complexa. Todas essas características, portanto, levam à constatação de que a grande vantagem à disposição das cortes, e também dos agentes econômicos, seria o pluralismo legal decorrente dessas novas fontes normativas e possibilidades diversas, aptas a vocalizar uma melhor resolução dos conflitos pluriconectados.

Nesse sentido, Teubner adverte que a adoção da teoria do pluralismo jurídico para justificação de um direito transnacional, porém, deve ser realizada a partir da reformulação de suas bases⁴⁵⁷.

De acordo com o autor, faz-se necessário fundamentar o pluralismo não mais em grupos e comunidades, mas, sim, em discursos e redes de comunicação⁴⁵⁸:

O novo direito vivo do mundo é alimentado a partir da autorreprodução contínua de redes globais de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica, altamente técnicas, altamente especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e bastante restritas⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997. p. 770.

⁴⁵⁷ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 4-5.

⁴⁵⁸ Apesar de grandes críticas tecidas à teoria de Teubner, Ralph Michaels concorda que o pluralismo jurídico global não mais pode ser embasado a partir da ideia de direito surgido na comunidade. Isso porque, de acordo com o jurista americano, se algo caracteriza a globalização, é a reduzida importância da comunidade. “Arguably, if anything characterizes globalization, it is the reduced importance of community (cf. Fisher 2008). Interactions occur, and laws are made, among dispersed agents who have very little in common. In global commerce, law does not require communities; to the contrary, law makes close community ties dispensable. Closely knit communities are the exception, not the rule, and a theory of law that puts them in the center risks ignoring other laws, created through global chains of law production (Snyder 1999, 2006) or even through the common use of certain documents (Riles 2008b). The grounding of legal pluralism in communities becomes questionable” (MICHAELS, Ralph. *Global Legal Pluralism* cit., p. 17).

⁴⁵⁹ “The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined,

Destarte, os Estados são forçados a se comportarem como coatores, sem divisão hierárquica de papéis. Nessa esfera transnacional, de acordo com Benoit Frydman, os Estados perdem, de certa forma, sua soberania:

Em um mundo sem um soberano, os Estados são obrigados a se comportar como atores, entre os demais. O Estado, soberano (até certo ponto) no seu próprio território, perde toda a soberania (apesar do que diz o direito internacional público) assim que atravessa fronteiras e deve comprometer-se com outras forças. Estas forças são de outros Estados, é claro, mas também de outros tipos de atores da sociedade mundial, como as organizações internacionais e as organizações não governamentais, ou empresas de transição e suas redes⁴⁶⁰.

No que tange às possíveis desvantagens desse aporte teórico de fontes normativas infraestatais para o Direito Internacional Privado, vislumbramos de plano, como mencionado, o fato de que a solução de conflitos entre os diferentes regimes passa a depender menos da formulação de propostas hierarquizantes e mais da estruturação de mecanismos de influência recíproca entre atores estratégicos.

Nesse sentido, em que pese o direito transnacional se tratar hoje de um direito aparentemente desvinculado da política, no sentido de legislativo, como mencionamos anteriormente, ele é passível de ser politizado. No entanto, possivelmente, o será por vias pelas quais o direito mundial se acople estruturalmente a discursos especializados, isolados⁴⁶¹.

Assim, uma preponderância de solução de conflitos pluriconectados baseados, tão somente, em uma gramática normativa transnacional e, portanto, desvinculada dos ordenamentos nacionais poderia fortalecer um jogo de assimetrias no sistema político

global networks of an economic, cultural, academic or technological nature” (TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 4-5).

⁴⁶⁰ Tradução livre do original: “In a world without a Sovereign, the States are forced to behave as actors among others. The State, sovereign (up until a certain point) within its own territory, loses all sovereignty (despite what international public law says) as soon as it crosses frontiers and must compromise with other forces. These forces are those of other States of course, but also those of other kinds of actors of the world society, such as international organisations and non-governmental organisations, or transitional firms and their networks” (FRYDMAN, Benoit. *A pragmatic approach to global law*. 2013, p. 6. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312504>. Acesso em 15 nov. 2017).

⁴⁶¹ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 13, n. 3, 2016, p. 152.

internacional, de modo a favorecer os anseios dos mais fortes, e uma lógica altamente liberal entre os agentes econômicos⁴⁶².

Ademais, um aparato normativo autêntico emergido espontaneamente em escala transnacional e totalmente desvinculado do Estado, do seu poder sancionatório e do seu controle político, poderia desconfigurar processos legislativos democráticos⁴⁶³, ensejando uma dinâmica estritamente privada.

Sob o paradigma da governança global, os interesses privados poderiam vir a se sobrepor a qualquer sistematização do direito e a discussão unitarista – tão cara ao direito internacional – perderia em grande medida seu sentido e espaço, não apenas para um pluralismo fragmentado em diversos discursos sistêmicos, mas, principalmente, na captura da produção legislativa nacional por grupos com interesses específicos⁴⁶⁴.

Por conseguinte, o que se apresentará nas próximas seções são algumas alternativas apresentadas pela doutrina internacionalista, no sentido de contemplar o adensamento das fontes normativas evidenciadas pela internacionalização do direito, advindas do direito transnacional, sem, contudo, deixar de lançar ao método *savigniano* de soluções de conflitos pluriconectados, emanado do sistema de Direito Internacional Privado dos Estados e vocalizado por meio do método conflitual clássico.

3.3 Novas perspectivas para o Direito Internacional Privado diante do direito transnacional: unificação ou anarquia?

Na medida em que o Direito Internacional Privado visa à gestão da diversidade legislativa e jurisdicional dos fatos transnacionais, notadamente, por meio de fontes normativas que remetem, principalmente, ao direito nacional e internacional – além do direito comunitário na atualidade –, e tendo em vista que o direito transnacional se caracteriza por ser composto por normas de origem não estatal, voltadas a relações transfronteiriças, os dois sistemas normativos se aproximam e se inter-relacionam.

⁴⁶² BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? cit., p. 152.

⁴⁶³ “How can authentic law ‘spontaneously’ emerge on a transnational scale without the authority of the state, without its sanctioning power, without its political control and without the legitimacy of democratic processes?” (TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina* cit., p. 7).

⁴⁶⁴ Idem, *ibidem*.

Como esse adensamento de fontes normativas se conjuga ante a solução do conflito pluriconectado e quais as perspectivas desse aporte normativo para o contemporâneo DIPr?

Com efeito, é possível identificar dois modelos de interação pelos quais o direito transnacional busca reger os fatos transfronteiriços e, com isso, faz com que sua abordagem se interconecte com o Direito Internacional Privado⁴⁶⁵.

A primeira dessas abordagens assume a tarefa de uniformizar o tratamento das condutas pluriconectadas, notadamente, as práticas de comércio internacional. O grande exemplo dessa abordagem, como vimos, é a nova *Lex Mercatoria*, pela qual as regras e decisões dos mecanismos privados de soluções de controvérsias incidem diretamente sobre os fatos transnacionais em nome da autonomia da vontade das partes⁴⁶⁶.

O segundo modo de interação do direito transnacional com o DIPr, ao contrário de uma possível uniformização, é uma abordagem anárquica, em que o direito transnacional pugna pela aplicação tradicional do DIPr não com o intuito de preservá-lo, mas a fim de contornar sua incidência, gerando um *neoterritorialismo* no trato dos conflitos multiconectados⁴⁶⁷. O exemplo mais visível dessa abordagem, a *Lex Eletronica* ou o campo de ordenação jurídica da internet, cujo ambiente virtual é cenário de óbvio conflito transfronteiriço.

A seguir, buscaremos entender melhor essas duas formas de interação.

3.3.1 *A autonomia da vontade versus manipulação dos elementos de conexão*

Uma vez identificadas essas duas formas de interação do Direito Internacional Privado com o direito transnacional, cabe analisar como essa dinâmica interfere na sistemática do DIPr.

Nesse sentido, a abordagem da uniformização é bem recepcionada pelo Direito Internacional Privado, uma vez que faz cumprir um dos princípios mais caros à matéria: o princípio da autonomia da vontade⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 508.

⁴⁶⁶ Idem, ibidem.

⁴⁶⁷ Idem.

⁴⁶⁸ BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, 1996.

Sendo assim, o elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes na escolha da lei aplicável a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional⁴⁶⁹.

Irineu Strenger, citando Marcel Caleb, assim define o princípio da autonomia da vontade:

Faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva⁴⁷⁰.

Sob esse prisma, percebe-se uma clara relação de cooperação entre o Direito Internacional Privado e o direito transnacional, que se reflete, inclusive, na atividade de organismos privados transnacionais voltados à produção de normas de DIPr e à uniformização da matéria, a exemplo do UNIDROIT e da UNCITRAL.

Nessa mesma linha, André de Carvalho Ramos aponta que a cooperação entre as disciplinas gerou avanços para o DIPr. O direito transnacional teria acelerado a substancialização do Direito Internacional Privado, o que se evidenciaria na existência de regras materiais que regem diretamente os fatos transnacionais, em contraposição aos métodos indiretos tradicionais, de mera remissão à lei de regência⁴⁷¹.

Além disso, tais regramentos privados teriam estimulado a processualização do DIPr, sendo parte importante de sua contribuição a existência de meios não estatais de solução de controvérsia, como a arbitragem nacional e transnacional⁴⁷².

⁴⁶⁹ No Brasil, o elemento de conexão aplicável às obrigações contratuais está regido pelo art. 9º da LINDB, que é omissivo quanto à admissão da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão.

⁴⁷⁰ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* cit., p. 300.

⁴⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado e o direito transnacional* cit., p. 509.

⁴⁷² *Idem*, *ibidem*.

Além disso, Nadia de Araujo aponta a importância do uso da autonomia da vontade nas relações familiares multilocalizadas por meio dos acordos privados, salientando a interpretação que reconhece autonomia dos pais para firmar tais entendimentos no âmbito do direito de família transnacional⁴⁷³.

Apesar de essa abordagem sugerir uma aparente harmonia entre o tradicional DIPr e seu clássico método conflitual, com essas novas fontes normativas do direito transnacional, ainda subsistem atritos e imposição de limites que devem ser ponderados no regramento dos fatos transfronteiriços, tais como a igualdade material, o acesso à justiça e o devido processo legal⁴⁷⁴.

É sob esse olhar que se delinea uma abordagem mais anárquica⁴⁷⁵ – e, quiçá, mais problemática – entre os dois aportes normativos.

Nessa abordagem, os ordenamentos privados transnacionais, inicialmente, pugnariam a aplicação dos instrumentos tradicionais do DIPr, com o uso do método conflitual clássico, ou, ainda, das regras de fixação da jurisdição e cooperação jurídica internacional, com o intuito de transpor sua incidência.

Nesse sentido, essa interação geraria um neoterritorialismo no trato de conflitos pluriconectados, com o uso das fronteiras políticas dos Estados para impulsionar a autonomia dos agentes econômicos privados e rechaçar qualquer forma de regulação⁴⁷⁶.

Para André de Carvalho Ramos, o exemplo mais evidente dessa interação anárquica com as normas de DIPr seria a *Lex Eletronica*:

O exemplo mais evidente do direito transnacional anárquico é retratado no campo da ordenação jurídica da internet, cujo ambiente virtual é cenário óbvio de fatos transfronteiriços. Em vez de unificação, os agentes econômicos privados mais ativos nesse espaço buscam apoiar-se em criações

⁴⁷³ ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela T. O reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais em debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, 2014, p. 108-121.

⁴⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 511.

⁴⁷⁵ Usando o termo de Pollicino e Bassini, que o utilizam para debater a regulação na internet (POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1-31, especialmente p. 1. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2016).

⁴⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 510.

voluntárias de elementos de conexão ou fixação de jurisdição justamente para escapar à regulação nacional⁴⁷⁷.

Com efeito, na abordagem anárquica, os agentes econômicos privados almejavam autonomia, contudo, não por meio de um elemento de conexão que prestigie a autonomia da vontade em determinados casos, mas, sim, com a inexistência de regras próprias de regulação.

Assim, estariam a utilizar os tradicionais institutos do DIPr e seu método conflitual, de modo a manipular seus elementos de conexão ou de fixação de jurisdição (por exemplo, decidindo armazenar os dados coletados de um Estado em outro, de acordo com seus interesses) para que suas atividades escapem a determinada regulação estatal⁴⁷⁸.

Por tudo isso, as relações – ora de cooperação, ora de conflito – entre o Direito Internacional Privado e o direito transnacional demonstram quão complexo se tornou o regramento de fatos transfronteiriços ou conflitos pluriconectados em face da internacionalização do direito.

É indubitável notar que a contemporânea resolução de lides multilocalizadas, conta com regras domésticas, internacionais e, ainda, transnacionais, o que exige do intérprete e dos juízes domésticos não apenas maior conhecimento do direito internacional, mas também uma árdua tarefa de fazer com que essas fontes normativas dialoguem, de modo a compreender as hipóteses de harmonia e dissenso⁴⁷⁹.

No próximo item buscaremos entender como conjugar os esforços dos dois aparatos normativos que concorrem na solução do conflito pluriconectado na atualidade.

3.3.2 *O diálogo das fontes*

O diálogo das fontes é uma teoria criada pelo jurista alemão Erik Jayme para designar que as leis não devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras, e sim que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional cit., p. 510.

⁴⁷⁸ Idem, ibidem.

⁴⁷⁹ Idem.

⁴⁸⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration cit., p. 45.

A ideia não é exatamente nova, em que pese toda a ilustração e grandeza de Erik Jayme para o Direito Internacional Privado.

Na seara constitucional, o princípio da interpretação conforme a Constituição sugere, na mesma linha, que as normas infraconstitucionais devem dialogar e estar em consonância com o regramento maior – a Constituição⁴⁸¹.

De maneira ainda mais próxima à teoria do diálogo das fontes, a interpretação sistemática, advinda da hermenêutica jurídica, por sua vez, analisa as normas jurídicas entre si, pressupondo que o ordenamento é um todo unitário. Dessa forma, a melhor norma a ser escolhida deve ser coerente com o conjunto e, principalmente, deve-se procurar evitar as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito.

O método sistemático, portanto, impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente quando da interpretação de qualquer texto normativo⁴⁸².

Esses dois prismas ilustram bem a teoria do diálogo das fontes para o Direito Internacional Privado, segundo o qual o contexto contemporâneo – nomeado por Erik Jayme de pós-moderno – seria marcado pela velocidade, pela ubiquidade⁴⁸³ e pela liberdade. O ponto de encontro entre essa cultura pós-moderna e o direito seriam os valores que ambos teriam em comum⁴⁸⁴.

A velocidade teria se tornado um valor jurídico comum, com impacto direto sobre o Direito Internacional Privado e sobre prolação da decisão pelos juízes domésticos.

A ubiquidade seria o corolário lógico da própria internacionalização do direito, que rompe a esfera territorial e puramente nacional dos ordenamentos jurídicos.

⁴⁸¹ MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 13, n. 53, out.-dez. 2005.

⁴⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (cap. 5), p. 21.

⁴⁸³ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS*, 1996, p. 12.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 13.

E a liberdade, por fim, seria evidenciada pela faculdade de os indivíduos elegerem a lei que deva regulamentar suas relações, por meio da consagração cada vez maior do princípio da autonomia da vontade.

Nesse sentido, existiram quatro elementos que emergiriam desse contexto contemporâneo e que transformaram, em certa medida, o Direito Internacional Privado: o pluralismo, a narrativa, a comunicação e o retorno dos sentimentos.

Segundo Erik Jayme, o pluralismo reforçou a ideia de autonomia da vontade das partes, e a narração conduziria a uma ideia de integração – por isso, algumas das fontes jurídicas transnacionais apresentadas no presente trabalho também são chamadas de “normas narrativas”, uma vez que narram o tipo jurídico sem, contudo, serem dotadas de elemento sancionatório.

Nesse sentido, as decisões da jurisprudência alemã e inglesa demonstram essa intenção de atingir soluções uniformes na Europa e, assim, o diálogo das fontes seria uma técnica de harmonização das diferentes fontes legislativas: a lei nacional, as convenções internacionais e diretivas privadas, por exemplo.

O último dos valores, chamado de retorno dos sentimentos, evidenciaria um retorno ao princípio da nacionalidade, em virtude da proteção da identidade cultural do indivíduo e consagração dos direitos humanos.

Com efeito, o fim último que deveria ser perseguido quando da resolução de um conflito pluriconectado seria a proteção do indivíduo, suas relações, seus bens e sua autonomia na ordem jurídica internacional.

Desse modo, o diálogo das fontes consiste em técnica interpretativa de aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes normativas plúrimas, que possuem campos convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais⁴⁸⁵.

A tese tem o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de conflito entre normas jurídicas (antinomias) no sentido de interpretá-las de forma coordenada e sistemática.

⁴⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 19-20.

Segundo Cláudia Lima Marques:

O uso da expressão do mestre, “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”⁴⁸⁶.

Por conseguinte, o diálogo das fontes nacionais e internacionais faria nascer um novo direito. A palavra diálogo seria mais adequada porque sugere que existem influências recíprocas, dado que pode existir a aplicação conjunta das duas normas, ao mesmo tempo e ao mesmo caso – seja de forma integral, subsidiariamente, permitindo a opção pela fonte prevalente ou, ainda, por uma das leis em conflito abstrato.

Sendo assim, o diálogo das fontes aponta uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou quem sabe até mesmo mais favorável ao lado hipossuficiente da relação⁴⁸⁷.

Na construção do novo Direito Internacional Privado, portanto, o diálogo das fontes se mostra como uma das principais ferramentas de conjugação das regras de conexão clássicas que apontam o direito a resolver o conflito pluriconectado e também o conjunto normativo transnacional que aponta uma solução mais substantiva e uniforme da lide transnacional.

3.3.3 *O pluralismo ordenado*

Alguns autores, como Mireille Delmas-Marty, acreditam que um direito democrático pressupõe a necessária ordenação do múltiplo, com diálogos democráticos e acessíveis, sob pena de se cair em uma tirania de grandes potências ou de interesses econômicos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito cit., p. 19-20.

⁴⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2009. p. 89-90.

⁴⁸⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces...* p. 209.

Nessa linha, uma teoria do direito internacional deveria ser caracterizada pelo abandono da lógica unitária e pela construção de formas de interação entre os sistemas isolados, sem necessariamente cair numa ideia de fragmentação.

Entre os próprios conjuntos normativos que se diferenciam no processo da internacionalização do direito – notadamente, a nova *Lex Mercatoria*, a *Lex Eletronica* e a *Lex Sportiva*, além do direito humanitário e ambiental –, existiriam significativas divergências e sobreposições, mas que, ainda assim, continuam a avançar em função da percepção global de riscos, da superveniência de crises, em um contexto em que *a incompletude das ideias é costurada pela força das coisas*⁴⁸⁹.

Nesse sentido, Varella aponta que:

Em uma análise das diversas funções do direito internacional, podemos ver funções expressivas de comunicação, de valores, de justificação e de legitimação, que não reduzem o direito internacional à função repressiva, controladora e sancionadora. Por sua complexidade, o sistema permite abordar a questão do poder em suas múltiplas facetas e perceber as diferenças entre o relativismo dos fortes e o dos fracos⁴⁹⁰.

Dessa forma, a relação entre o monismo e o dualismo não mais explica o desafio em conectar diferentes conjuntos normativos e parece não haver outra solução senão o reconhecimento de uma ou várias ordens internacionais pluralistas, com diferentes lógicas e normas, em um emaranhado de competências que se influenciam e se alternam constantemente⁴⁹¹.

Com efeito, o tradicional debate em torno de elos e hierarquias não mais daria a resposta à interação do pluralismo de fontes e métodos, apontando que a ordem não viria da coordenação, mas da interação entre os subsistemas⁴⁹².

Dentro desse contexto, o novo direito internacional – e, sobretudo aqui, o novo Direito Internacional Privado – teria como fonte normativa a autorreprodução contínua produzida por redes de atores normatizadores, públicos e privados, altamente especializados, dentro de distintas lógicas culturais, científicas ou técnicas.

⁴⁸⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces cit.*, p. 209.

⁴⁹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito cit.*, p. 522.

⁴⁹¹ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁹² *Idem*.

Essas novas fontes, como demonstrado no presente trabalho, diferenciam-se das fontes clássicas do direito, pela desobediência às fronteiras internas, e pela inexistência de fundamentos territoriais legitimadores, além de emanarem em diversas ocasiões de redes de atores invisíveis, como mercados, comunidades profissionais ou redes sociais⁴⁹³.

Nesse sentido, os conflitos deixam de ser entre Estados e passam a ser intersistêmicos, em função da falta de coerência entre os conjuntos normativos.

Segundo Mireille Delmas-Marty, a evolução para um cenário de sincronia pluralista, diminuindo os antagonismos e trazendo maior estabilidade ao sistema como um todo, viria do reconhecimento de uma nova lógica, em redes, para a ordem jurídica global, com múltiplas instâncias de produção, implementação e execução de normas, heterárquicas, cheia de lacunas, cujas divergências seriam sanadas pela aproximação entre as fontes, pelo diálogo entre juízes, pelos inter cruzamentos normativos e pela expansão do núcleo jurídico comum⁴⁹⁴.

Sendo assim, o pluralismo de valores daria o tom de um código cultural, metajurídico, que determinaria, de certo modo, diferentes conteúdos para uma mesma norma.

O direito não mais seria apenas aquele construído pelos Estados por meio dos mecanismos tradicionais, mas por atores infraestatais públicos e privados, com diferentes graus de cogência e diferentes níveis hierárquicos, em um pluralismo ordenado⁴⁹⁵.

Delmas-Marty aponta que a internacionalização do direito, portanto, apresenta um grande paradoxo: ordenar o plural, isto é, colocar em ordem o que é múltiplo, mas sem redução de identidades⁴⁹⁶.

Desse modo, para ir da desordem à ordem, seria necessário fortalecer as correlações da formação jurídica, trazendo estabilidade às divergências por meio da aproximação entre os regramentos jurídicos distintos.

⁴⁹³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito* cit., p. 522.

⁴⁹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

⁴⁹⁵ Idem, p. 47.

⁴⁹⁶ Idem, *ibidem*.

Essa aproximação, porém, não poderia ser concebida senão tendo como ponto de partida uma referência comum, e, neste campo, a utilidade dos instrumentos protetivos de direitos humanos traria uma coerência de conjunto, de ordenamento, capaz de indicar uma direção a seguir, um norte para a criação de um direito comum, cujo pluralismo é ordenado⁴⁹⁷.

Em linha com a autora, é válido observar que Viellechner aponta uma nova compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como fundamento e limite do conjunto normativo transnacional⁴⁹⁸.

Para o autor, a eficácia dos direitos fundamentais não estaria restrita às relações entre Estado e particulares, implicando apenas uma imposição de atitude negativa por parte de terceiros, no sentido de não cometer atos que desrespeitem os direitos particulares dos cidadãos, mas, sim, em um plano horizontal, de determinar que também as relações interprivadas, entre particulares, também devem ser regidas com base em uma postura ativa de proteção aos direitos fundamentais⁴⁹⁹.

A proteção dos direitos fundamentais deve ser utilizada quando as tendências expansionistas de regimes jurídicos transnacionais causem perigos a terceiros – pessoas ou instituições. Mas o componente positivo é o de ser reformulada de modo a que os direitos fundamentais também tenham, em seu efeito horizontal, um direito positivo de participação ou, pelo menos, de proteção de interesses. Sob condições de transnacionalidade, isto significa a obrigação de “responsabilidade”, portanto, a obrigação de tomar os interesses dos terceiros no cálculo da decisão⁵⁰⁰.

Com efeito, para a construção de um direito comum pluralista, Mireille Delmas-Marty destaca três espécies de processo de interação: coordenação por inter cruzamento, harmonização e unificação.

A coordenação por inter cruzamento, o primeiro passo, se caracterizaria por ter uma dinâmica horizontal em que a autoridade das decisões seria reforçada pelo jogo de referências cruzadas de uma jurisdição à outra. Aqui, percebem-se traços da coordenação nos diálogos

⁴⁹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. Internationalization of Law: Diversity, Perplexity, Complexity Source: Proceedings of the Annual Meeting. *American Society of International Law*, v. 106, Confronting Complexity, 2012, p. 85-90.

⁴⁹⁸ TEUBNER, Gunther. *Transnationales Recht* cit., p. 5.

⁴⁹⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰⁰ *Idem*.

entre cortes e tribunais das mais diferentes ordens jurídicas, quando da resolução de um conflito transnacional⁵⁰¹.

A unificação, o último passo, seria o processo acabado por unir ordens jurídicas regionais sob um mesmo modelo hierárquico e coerente das ordens nacionais tradicionais. Entretanto, sob o enfoque empírico, essa perfeição estaria longe de acontecer, mesmo na Europa, onde o projeto da União Europeia avançou tanto nas últimas décadas, mas sofreu nítidos recuos nos últimos anos.

O passo intermediário, a harmonização – o que mais nos importa aqui –, tenderia a aproximar os sistemas com um propósito coordenativo, porém sem a intenção unificadora.

Tal processo limitar-se-ia a uma integração imperfeita, cuja chave seria a preservação das margens nacionais de apreciação⁵⁰², isto é, permitindo que os Estados possam derogar certos regramentos, instaurando uma relação do tipo vertical, que implica o reconhecimento de algumas hierarquias, entre, por exemplo, o direito internacional e nacional, direito supranacional e nacional, dentre outras formas.

Embora o conceito de margem nacional de apreciação seja duramente criticado pelos internacionalistas, tendo em vista os riscos de sua imprevisibilidade e a abertura a certo relativismo, entende-se no presente trabalho que ele se trata de um mecanismo-chave do pluralismo ordenado, projetado em escala mundial⁵⁰³.

Isso porque a margem nacional de apreciação não é uma questão de manutenção da soberania clássica dos Estados, mas sim uma relativa adaptabilidade dos elementos de um

⁵⁰¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 85.

⁵⁰² A margem nacional de apreciação é uma criação jurisprudencial do sistema europeu de direitos humanos cuja dinâmica se revela quando, em seguida a uma denúncia de violação de direitos humanos por parte de um Estado que invoca razões de ordem pública para justificar uma medida derogatória ou restritiva desses direitos, o juiz internacional admite, calcado em um subsidiariedade implícita que entende que as autoridades nacionais são, a princípio, mais bem posicionadas para apreciar a gravidade da ameaça sofrida. Para mais informações, vide: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/Laura_Brito_Tese%20(1).pdf>.

⁵⁰³ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internalization du droit. *Réflexions sus la validité formelle d'un droit commun pluraliste. Revue Internationale de Droit Compare*, v. 52, n. 4, p. 753-780, oct.-déc. 2000, p. 761.

sistema em si, notadamente, aqui, de um ordenamento privado transnacional, diante do ordenamento jurídico estatal nacional⁵⁰⁴.

Nesse sentido, é um conceito-chave para o pluralismo ordenado, notadamente como meio de compatibilização de regramentos transnacionais que perpassem a proteção de garantias fundamentais (a exemplo dos direitos humanos) e condutas e normas locais⁵⁰⁵.

O Direito Internacional Privado e o direito transnacional, portanto, uma vez imbricados nessa dinâmica de resolução de conflitos pluriconectados, não precisariam estabelecer uma relação de concorrência que, em última instância, divide o mecanismo estatal estabelecido pelo método conflitual clássico e as normativas particulares advindas dos ordenamentos autônomos, mas, sim, estabelecer uma ponte de interação harmonizada que privilegie o diálogo entre as diferentes abordagens normativas, a natureza do conflito pluriconectado e a autonomia da vontade das partes quando da sua resolução, resguardadas as garantias fundamentais que serviriam de parâmetro balizador da escolha da normativa aplicável.

Com efeito, quando o direito indicado pela regra de conflito não resolver satisfatoriamente a questão jurídica pluriconectada, por conta de limitações próprias do ordenamento jurídico positivista, haveria a possibilidade de se trazer uma discussão de matriz principiológica que exigiria uma tomada de posição hermenêutica do julgador. Assim, a utilização de normas de caráter substancial de matriz não positivista – como acontece com as normas dos ordenamentos privados transnacionais – seria uma forma de complementar o método conflitual clássico ante a emergência crescente da complexidade dos conflitos transnacionais na contemporaneidade.

⁵⁰⁴ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. *Marge nationale d'appréciation et internalization du droit cit.*, p. 768.

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 775.

CONCLUSÃO

1. A presente dissertação procurou examinar as novas perspectivas e possíveis mudanças sentidas pelo Direito Internacional Privado e seu método conflitual clássico em face do processo de internacionalização do direito.

2. Para tanto, tratou de analisar os fundamentos teóricos e a evolução doutrinária da disciplina logo no primeiro capítulo, no qual se verificou que a segunda metade do século XX foi marcada não só por um fenômeno de ascensão e criação de organizações internacionais, mas também pela multiplicação de atores protagonistas de relações privadas com projeção na esfera internacional.

3. Esse fenômeno foi deflagrado, sobretudo, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme preleciona Mireille Delmas-Marty.

4. Diante dessa mundialização das relações econômicas, sociais e jurídicas, além da reorientação da doutrina jusprivatista internacional com o desenvolvimento do comércio internacional e a autonomia do direito internacional do trabalho, o segundo capítulo procurou investigar por que o Direito Internacional Privado, notadamente o seu sistema conflitual, experimenta, na contemporaneidade, uma possível insuficiência metodológica, advinda de um pluralismo de fontes normativas, de métodos e princípios flexibilizadores que ensejam, em última análise, uma solução uniforme e substancial do conflito pluriconectado.

5. As transformações sociais impuseram novas formas de integração jurídica global que passaram a independer do poder central dos Estados nacionais. Desse modo, constatou-se que os direitos internacionalizaram-se, mas não o fizeram de modo sistemático, e o aparato normativo desencadeado por setores sociais privados, em paralelo aos regramentos estatais, passou a promover um intercruzamento normativo com as tradicionais fontes do DIPr.

6. Essas novas fontes normativas são criadas por processos de interação entre agentes e relações transnacionais, e revelam um modo diferente de internacionalização do direito, não construído por representantes dos Estados, dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional (com a ratificação de tratados, consolidação de costumes

ou ampliação de sistemas de integração pelos parlamentos nacionais), mas por meio de processos comunicativos com maior autonomia, que podem ou não envolver os atores estatais.

7. Essas fontes são caracterizadas como normas transnacionais ou *soft norms*, tendo em vista a origem não estatal desse aparato normativo, fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados.

8. Diante desse contexto de transnacionalidade das relações jurídicas e sociais, Jessup questiona a aplicação das normas de conflito de leis e propõe a aplicação de normas transnacionais, de maneira ousada, ainda na década de 1950, apontando a necessidade de se refletir além do direito internacional público e privado.

9. Esse trabalho reconhece a dificuldade de se introduzir uma nova solução desse tipo, especialmente quando o pensamento já está condicionado a aplicar uma regra de conflito de leis e uma única jurisdição a um problema pluriconectado.

10. A investigação apontou, contudo, que a transnacionalidade dos problemas jurídicos contemporâneos exige considerações em dimensões igualmente transnacionais, e que as partes poderiam fazer referência a esse método sem se preocupar se são normas de natureza privada.

11. Nesse ensejo, seria possível constatar elementos comuns nas situações nacionais e internacionais, e concluir que não haveria necessidade de escolha de uma única lei com base em critérios rígidos propostos por regras de conexão de DIPr – por exemplo, a territorialidade, a nacionalidade, o domicílio, entre outros.

12. Isso porque, em tese, não haveria razões para impedir que os tribunais sejam autorizados a escolher, somente dentre as normas jurídicas existentes no ordenamento nacional, aquela mais conveniente para solucionar a questão controversa, defendendo, assim, a aplicação de um direito transnacional.

13. Em linha com Jessup, Teubner discorre sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional e defende a existência de ordenamentos jurídicos independentes dos Estados, segundo os quais setores sociais produziriam normas com relativa autonomia.

14. Para exemplificar os ordenamentos jurídicos autônomos, privados e transnacionais criados por setores sociais, Teubner cita a nova *Lex Mercatoria* como caso mais exitoso e, ainda, a *Lex Sportiva*, a proteção de direitos humanos e ambientais.

15. Os dois primeiros, juntamente com a *Lex Eletronica*, foram objeto de análise da presente dissertação como mecanismo de exemplificação do pluralismo jurídico das fontes, advindo do processo de internacionalização do direito, e como normas transnacionais uniformes aptas a solucionar conflitos pluriconectados.

16. Nesse sentido, se fez uma breve incursão sobre a relação tradicional entre o direito internacional e o direito interno, a título ilustrativo, com o intuito de, em seguida, entender como as normas transnacionais se relacionariam com as normas de DIPr, como regramento emanado, principalmente, dos direitos domésticos estatais.

17. Essa perspectiva enseja, nitidamente, uma concepção transnormativa entre o direito internacional, o direito interno e o direito transnacional.

18. Observou-se, por um lado, uma busca por soluções jurídicas pluriconectadas por meio das regras de conexão do DIPr, de forma a poder ampliar a efetividade de eventuais reparações de danos ocorridos no território nacional de maneira mais segura e estável. Por outro, notou-se também um processo crescente de inter cruzamento normativo com a busca de soluções jurídicas comuns por meio de normas substantivas transnacionais.

19. Com efeito, analisou-se o aporte teórico da nova *Lex Mercatoria* como um ordenamento jurídico transnacional de mercados globais, criada à parte do direito nacional e internacional e também da arbitragem transnacional como método de solução de conflitos que transcendem as fronteiras nacionais, em que se aplicam normas estatais (*i.e.*, tratados internacionais sobre arbitragem e regras nacionais sobre lei aplicável), mas também normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria jurídica padrão.

20. Assim como a nova *Lex Mercatoria* – e assim como o ordenamento arbitral transnacional –, a *Lex Sportiva* também foi analisada enquanto fenômeno privado de construção normativa e um ordenamento autônomo dotado de lógica própria.

21. Por último, a *Lex Eletronica* também foi considerada como ordenamento normativo autônomo, tendo em vista que a internet talvez seja o *locus* mais importante de conflitos transnacionais na contemporaneidade.

22. Esses quatro ordenamentos privados transnacionais, surgidos com o processo de internacionalização do direito, foram analisados com o intuito de perquirir se o método conflitual clássico – ao dividir o protagonismo da resolução de conflitos multilocalizados com eles – estaria ficando obsoleto diante desse pluralismo jurídico de fontes e métodos, ou, ainda, o que poderia estar levando a essa impressão.

23. O terceiro e último capítulo procurou investigar esses desafios para o método conflitual clássico, à luz do processo nomeado no capítulo anterior, bem como entender qual seria a legitimidade dessas novas fontes.

24. Sendo assim, verificou-se que o método conflitual de Direito Internacional Privado, diante desse novo paradigma e como emanção do ordenamento estatal apto a instrumentalizar a resolução de conflitos pluriconectados, experimenta uma sensação de limitação por presenciar um aparente desvio de sua aplicação, realizado por tais ordenamentos normativos autônomos que, diante do conflito multilocalizado, prescindem da aplicação da norma de conflito de DIPr, e resolvem a lide de maneira substancial, sem remetê-la exatamente a nenhuma jurisdição em conexão com a relação jurídica sob análise.

25. Esse é o exemplo da nova *Lex Mercatoria*, principalmente com a arbitragem internacional, e também da *Lex Eletronica* e da *Lex Sportiva* com seus regramentos e mecanismos sancionatórios autônomos e paralelos aos ordenamentos nacionais, conforme abordados no segundo capítulo do trabalho.

26. Constatou-se também que, para que haja o reconhecimento de tais fenômenos privados de construção normativa como autênticas fontes transnacionais do direito, torna-se imprescindível o abandono do paradigma do positivismo jurídico, por meio do qual o Estado – e apenas ele – detém a prerrogativa de criar, dizer e aplicar o direito.

27. Isso aconteceria porque, a partir da concepção positivista, o problema se insere no fato de que normas puramente privadas não compõem o direito positivo, em virtude de uma argumentação que ensejaria múltiplas normas de validação, remetendo a fundamentos de validade diferentes, segundo Kelsen e Hart, e de uma lógica policêntrica de produção e controle normativo.

28. Com efeito, as normas transnacionais deveriam ser pensadas fora dessa lógica sistemática, tendo em vista que suas fontes de validação e legitimação seriam diferentes daquelas tradicionalmente concebidas para o direito.

29. Com efeito, a validação de normas jurídicas privadas segue regras próprias desvinculadas dos sistemas legislativos nacionais. São os próprios atores envolvidos naquele ordenamento infraestatal, especificamente, além da reputação de seus “legisladores” e a capacidade deles de coordenar suas instituições representativas, que validam o ordenamento.

30. Essas novas formas de interação e de abertura à participação de atores não estatais como agentes normatizadores de conflitos multiconectados viabilizam outras formas de legitimação do processo decisório internacional, em interações livres da preponderância da lógica de governança estatal.

31. Em linha com essa argumentação, Teubner entende que o direito transnacional seria um ordenamento *sui generis*, que não pode ser avaliado de acordo com os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais, lastreados nos conceitos clássicos da teoria do direito sobre norma, sanção e controle social.

32. Uma vez que o direito transnacional não possui fundamento de legitimidade com base em qualquer ordem estatal, a jurisdição transnacional encontra-se, em princípio, em uma relação heterárquica com os ordenamentos jurídicos estatais e com o direito internacional.

33. Esses regimes contribuem para a erosão de um modelo hierárquico, fundado no Estado, migrando para um modelo heterárquico, sem mestre. Suas fontes são progressivamente heterogêneas, funcionais e buscam maximizar resultados para cada situação específica, com uma racionalidade própria.

34. Como o Direito Internacional Privado é afetado por essa rede de atores normatizadores infraestatais e por quê?

35. O presente trabalho não teria como responder a toda a complexidade suscitada pela pergunta, tendo em vista que ainda está sendo construída pelo processo histórico contemporâneo, mas se propôs a investigar como e por que o método conflitual clássico se vê obrigado a cotejar esses ordenamentos privados com sua metodologia tradicional.

36. Chegou-se à conclusão de que o fato de o método conflitual de DIPr ser formado por normas de direito interno que, tão somente, indicam qual deverá ser o direito aplicável à lide pluriconectada seria um dos possíveis entraves à solução de um conflito transnacional de maneira mais substantiva, tendo em vista que isso se chocaria com a própria ideia de transnacionalidade do conflito.

37. Isso estaria ocorrendo porque os instrumentos de compreensão do Direito Internacional Privado e dos direitos domésticos seriam insuficientes para lidar com o acúmulo de lógicas distintas entre diferentes setores, de diferentes países, com níveis variados de internacionalização e de integração, e diferentes lógicas de funcionamento.

38. Ademais, as regras de conexão do método conflitual clássico poderiam vir a ser verdadeiras amarras para a resolução de determinados conflitos multiconectados, uma vez que o forte apelo territorial de suas normas fomentaria a aplicação de uma normativa privada transnacional e, portanto, desterritorializada e mais específica, na medida em que ela se estabelece por critérios funcionais.

39. Sendo assim, procurou-se investigar as vantagens e desvantagens desse aporte teórico dos ordenamentos autônomos de normas transnacionais para o Direito Internacional Privado.

40. Chegou-se à conclusão de que, se a solução de conflitos pluriconectados for baseada, tão somente, em uma gramática normativa transnacional, poderá se fortalecer um jogo de assimetrias no sistema político internacional, de modo a favorecer os anseios dos mais fortes, em uma dinâmica estritamente liberal entre os agentes econômicos.

41. Contudo, ainda assim, as normas transnacionais configurariam um importante aparato normativo à disposição das cortes, e também dos agentes econômicos, apto a vocalizar uma melhor solução dos conflitos pluriconectados.

42. Analisou-se também como se daria essa dinâmica entre DIPr e direito transnacional, chegando-se a dois modelos de interação, ora mais atritantes e anárquicos, ora mais cooperativos e colaborativos, a exemplo da consagração da autonomia da vontade como elemento de conexão que justifique o uso de normativas transnacionais, em detrimento da ausência de regulação ou da manipulação dos elementos de conexão de DIPr.

43. Por fim, chegou-se a duas conclusões sobre como o Direito Internacional Privado e o direito transnacional podem interagir de maneira mais harmônica na contemporaneidade.

44. A primeira abordagem, trazida por Erik Jayme, privilegia o diálogo das fontes como técnica interpretativa de aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes normativas plúrimas que possuem campos convergentes, mas não totalmente coincidentes ou iguais – como as fontes tradicionais de DIPr e seu método conflitual, e as normas transnacionais.

45. Na construção do novo Direito Internacional Privado, portanto, o diálogo das fontes se mostra como uma das principais ferramentas de conjugação das regras de conexão clássicas que apontam o direito a resolver o conflito pluriconectado, e também o aparato normativo transnacional que aponta uma solução mais substantiva e uniforme da lide multilocalizada.

46. A segunda abordagem considerou o pluralismo ordenado de Mireille Delmas-Marty, em que a teoria do direito internacional deveria ser caracterizada pelo abandono da lógica unitária e pela construção de formas de interação entre os sistemas isolados, sem necessariamente cair numa ideia de fragmentação.

47. Com efeito, o tradicional debate em torno de elos e hierarquias não mais daria a resposta à interação do pluralismo de fontes e métodos, apontando que a ordem não viria da coordenação, mas da interação entre os subsistemas.

48. Segundo Mireille Delmas-Marty, a evolução para um cenário de sincronia pluralista que diminui os antagonismos, e traz maior estabilidade ao sistema como um todo, viria do reconhecimento de uma nova lógica, em redes, para a ordem jurídica global, com múltiplas instâncias de produção, implementação e execução de normas, heterárquicas, cheia de lacunas, cujas divergências seriam sanadas pela aproximação entre as fontes, pelo diálogo entre juízes, pelos intercruzamentos normativos e pela expansão do núcleo jurídico comum.

49. Essa aproximação, porém, não poderia ser concebida senão tendo como ponto de partida uma referência comum e, neste campo, a utilidade dos instrumentos protetivos de direitos humanos traria uma coerência de conjunto, de ordenamento, capaz de indicar uma

direção a seguir, um norte para a criação de um direito comum, cujo pluralismo é ordenado e balizado pelo respeito a garantias individuais fundamentais.

50. O Direito Internacional Privado e o direito transnacional, portanto, uma vez imbricados nessa dinâmica de resolução de conflitos pluriconectados, não precisariam estabelecer uma relação de concorrência que, em última instância, divide o mecanismo estatal estabelecido pelo método conflitual clássico e as normativas particulares advindas dos ordenamentos autônomos, mas, sim, estabelecer uma ponte de interação harmonizada que privilegie o diálogo entre as diferentes abordagens normativas, a natureza do conflito pluriconectado e a autonomia da vontade das partes quando da sua resolução, resguardadas as garantias fundamentais que serviriam de parâmetro balizador da escolha da normativa aplicável.

51. Com efeito, quando o direito indicado pela regra de conflito não resolver satisfatoriamente a questão jurídica pluriconectada, por conta de limitações próprias do ordenamento jurídico positivista, haveria a possibilidade de se trazer uma discussão de matriz principiológica que exigiria uma tomada de posição hermenêutica do julgador. Assim, a utilização de normas de caráter substancial de matriz não positivista – como acontece com as normas dos ordenamentos privados transnacionais – seria uma forma de complementar o método conflitual clássico ante a emergência crescente da complexidade dos conflitos transnacionais na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo (org.). *Filosofia geral e do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. Disponível em: <http://bdpi.usp.br/single.php?_id=001813119>.

AMORIM, Edgar Carlos de; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de. *Direito internacional privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: JH Mizuno, 2014.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global*. Curitiba: Juruá, 2013.

ANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *BSBDI*, n. 44-45, 1967, p. 29-64.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; VARGAS, Daniela T. O reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais em debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. 2014. v. 2.

ARMINJON, Pierre. L'objet et la methode du droit international prive. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 21, n. 1, 1928.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização – lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARROYO, Diego P. Fernández. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Ed., 2003.

AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 6. ed. Paris: Economica, 2000.

BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 13, n. 3, 2016.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, 1996.

_____. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1998.

BEAUMONT, Paul R. Reflections on the relevance of public international law to private international law. *Recueil des Cours*, v. 340, 2009.

BEÇAK, Rubens; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Hermenêutica – interpretação jurídica*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

BERGER, Klaus Peter et al. *The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results*. USA: Kluwer Law International, 2005.

_____. *The new Law Merchant and the global market place. A 21^o century view of transnational commercial law*. In: BERGER, Klaus Peter (ed.). *The practice of transnational law*. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 31.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

_____. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolérance*. Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002.

BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Recueil des Cours*, v. 340, 2009.

BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho internacional privado – derecho de las relaciones privadas internacionales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BOSCHIERO, Nerina; SCOVAZZI, Tullio; PITEA, Cesare; RAGNI, Chiara. *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. Springer, 2013.

BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações interacionais*. Trad. J. J. Pereira Gomes e A. Silva Dias. Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

BROUDER, Alan. Phillip C. Jessup: *the original transnational lawyer*. In: TIETJE, Christian et al. *Phillip C. Jessup's transnational law revised: on the occasion of the 50^o anniversary of its publication*. Halle: Institute of Economic Law; Transnational Economic Law Research Center, 2006.

BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Recueil des Cours*, v. 341, 2009.

BURKE-WHITE, W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004.

CALLIESS, Galf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 469-484.

_____; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

CAMARGO, Solano de. Forum shopping: *modo lícito de escolha da jurisdição?* Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015-193317/pt-br.php>>.

CAPUCIO, Camilla. A fragmentação do direito internacional: entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São*

Paulo, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/133515-256197-1-SM.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, João Carlos. Fundamentos da internacionalização do direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67305/69915>>.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COX, Stanley E. Back to conflicts basics: choice of law and multistate justice. *Catholic University Law Review*, 1995.

CUTLER, Claire. *Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge, 2003.

DEEPAK, Nayyar (ed.). Towards Global Governance. *Governing Globalization: issues and institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Collection Leçons Inaugurales du Collège de France. Paris: Ed. Fayard, 2003.

_____. Internationalization of Law: Diversity, Perplexity, Complexity Source: Proceedings of the Annual Meeting. *American Society of International Law*, v. 106, Confronting Complexity, 2012, p. 85-90.

_____. *Les forces imaginante du droit*, v.I: Le relatif et l'universel, Paris: Seuil, 2003.

_____. *L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition?* Paris: Editions Esprit, 2012.

_____. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Trois défis por un droit mondial*. Paris: Seuil, 1998.

_____; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internalization du droit. Réflexions sus la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 52, n. 4, p. 753-780, oct.-déc. 2000, p. 761.

DINGWERTH, Klaus; PATTBERG, Philipp. Global Governance as a Perspective on World Politics. *Global Governance – A Review of Multilateralism and International Organizations*, v. 12, n. 2, apr.-jun. 2006, p. 185-203.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOLINGER, Jacob. A decadência do direito internacional privado norte-americano. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & amor*. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. A ordem pública em seus diversos patamares. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Direito internacional privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Direito internacional privado – o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, jan.-mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45129>>.

_____. *Direito internacional privado: parte geral*. 8. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. *Recueil des Cours*, Haia, t. 283, 2000.

_____. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DUPUY, Pierre-Marie. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskenniemi. *European Journal International Law*, 16, 2005, p. 137.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista UNICEUB*, 2014.

_____. Fontes do direito: o direito internacional como a grande norma kelseniana. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Anais*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 17.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. II.

FAWCETT, J. J. Multi-party litigation in private international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 44, n. 4, 1995.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione – diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRER CORREIA, António. *Lições de direito internacional privado I*. Coimbra: Almedina, 2000.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional UNICEUB*. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 13.10.2017.

FOZ, Flavia. *Processo arbitral – aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. *Processo arbitral transnacional*. Tese de Doutorado – USP, 2012.

_____. Processo arbitral transnacional. Disponível em: file:///C:/Users/fgo/Downloads/Mange_Flavia_Foz_Tese_versao_corrigida13_08_2012_completa.pdf.

GAILLARD, Emmanuel. La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international. *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991.

_____. Transnational Law – A legal system or a method of decision making? *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001.

GANNAGÉ, Léna. *La Hiérarchie de Normes et les Méthodes Du Droit International Privé*. Paris: LGDJ, 2001.

GILISSEN, John (org.). *Le pluralisme juridique*. Bruxelles. Université de Bruxelles, 1971.

GLENN, H. P. *Transnational common laws*. In: *Fordham International Law Journal*, v. 29, n. 3, 2005.

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et Lex Mercatoria. Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964.

_____. The applicable law – general principles of law – the “Lex Mercatoria”. In: LEW, Julian D. M. *Contemporary problems in international arbitration*. London: Center for Commercial Studies, 1986.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. *Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUTZWILLER, M. Le développement historique du droit internanational privé. *Recueil de Cours*, 1929.

GUZMAN, Andrew T. et al. International Soft Law. *Journal of Legal Analysis*, Spring, v. 2, n. 1, 2010.

HABERMAS, J. *Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HART, H. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOFFMANN, Bernd von. *Internationales Privatrecht*. 7. ed. Munique: Beck, 2002.

HORWITZ, Morton J. The history of the public/private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, p. 1423-1424.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

HUCK, Hermes Marcelo. *Lex Mercatoria – horizonte e fronteira do comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175/69785>>.

_____. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria – horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo, Saraiva, 1994.

JANNUZZI, Giovanni. *Breve historia de Italia*. Buenos Aires: Letemendia, 2005.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS*, 1996.

_____. Identité culturelle et intégration: le droit international postmodern. *Recueil des Cours*, Haia, t. 251, 1995.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 759, 1999, p. 24-40.

JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001.

JUENGUER, Friedrich K. A third conflict restatement? *Indiana Law Journal*, v. 75, Article 2, 2000.

_____. *Choice of law and multistate justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

_____. The problem with private international Law. In: BASEDOW, Jurgen et al. (ed.). *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Asser, I.M.C, 2000.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 75, 1996, p. 181-206.

_____. Transnational legal process after September 11th. *Berkeley Journal of International Law*, v. 22, p. 338.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument, reissue with a new epilogue*. Cambridge: Cambridge University, 2005.

_____. International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order. *European Journal of International Law*, 2005, p. 369-378.

_____; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002, p. 557.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralism structure of posnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRONKE, Herbert. From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. *Reveu Hellénique de Droit International*, n. 62, 2009, p. 705.

LAGARDE, Paul. *Le principe de proximité en droit international privé*. Paris: RCADI, 1986.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LATTY, F. La Lex Desportiva. *Rechercher sur le droit international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

LEFLAR, Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Consideration. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2901&context=californialawreview>>.

LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, Haia, v. 322, 2007.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varjão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Social System*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MACHADO, João Baptista. *Lições de direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 1990.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 13, n. 53, out.-dez. 2005.

MANCINI, Pasquale Stanislao. Prelezione al corso di diritto pubblico esterno ed internazionale privato, tenuta da P.S. Mancini nella R. Università do Torino, il 22 gennaio 1851. In: JAYME, Erik (a cura di). *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. 2000.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil*. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewfile/43498/27376>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit International Privé*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais do direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2004.

MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. Revista de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007, p. 140. Disponível em: http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1948.

MICHAELS, Ralf. After the revolution – decline and return of U.S. conflict of laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11, 2009.

_____. Global Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, 2009.

_____. The new european choice of law revolution. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, 2008.

MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as ‘Most appropriate rules of law’ in a Swedish arbitral award. *Uniform Law Review*, Rome, v. 8, 2003, p. 631-640.

MOLL, Leandro. A justiça e as normas de sobredireito: o lugar das regras de conexão em direito internacional privado. *Revista da UNICEUB*, 2005.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

MONTEIRO, Claudia. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5618/3020>>.

MUIR WATT, Horatia. Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers une publication des conflits de lois ?). *Archives Philosophiques du Droit*, t. 41, 1997, p. 207-214.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NICOLAIDIS, Kalypso; SHAFFER, Gregory. Transnational mutual recognition regimes: governance without global government. *Duke University*, v. 68, 2005.

NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours*, l'Académie de Droit International de la Haye, p. 303-430.

OLGIATI, Vittorio. Lex Mercatoria e communitas mercatorum nell'esperienza giuridica contemporanea. In: *Sociologia Del Diritto*, v. 32, n. 2-3, 2005.

OST, F. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

PAULSSON, Jan. *Arbitration in three dimensions*. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2/2010.

PILLET, Antoine. Théorie continentale des conflits de lois. *Recueil des Cours*, Den Haag, t. I, 1924.

PINHEIRO, Luis Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Almedina: Coimbra, 2005.

POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1-31, especialmente p. 1. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional – UNICEUB*, v. 13, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169/pdf>>.

_____. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Secr. Trib. Revis.*, ano 3, n. 5, 2015, p. 424. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-direito-internacional-privado-e-consagra%C3%A7%C3%A3o-do-conflitualismo>>.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 497-524. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>>.

_____. Pluralidade das fontes e o novo direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89246>>.

_____; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Rui Manoel Geus de Moura. *Das relações privadas internacionais: estudo de direito internacional privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAPOSO, Rodrigo Bastos. Quem tem medo da fragmentação do direito internacional? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR*, n. 23, 2013.

RECH, Carolina Magalhães; ARAUJO, Nadia de. *As conferências interamericanas de direito internacional privado*. Disponível em: <www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/.../dir_carolina_magalhaes_rech.pdf>.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RENNER, Moritz. Towards a hierarchy of norms in transnational law? *Journal of International Arbitration*, New York, v. 26, n. 4, 2009, p. 534-537.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil. Disponível em: <www.cairu.br/.../Direito/A_Conferencia_%20Haia_Direito_Internacional_Privadol.pdf>.

ROSENAU, James N. Governance, order, and change in world politics. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (eds.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTIAGO, Silviano. Prefácio. In: LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, 1987.

_____. Towards a postmodern understanding of law. *Fronesis*, n. 2, 1994.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do direito romano atual*. Florianópolis: Unijuí, 2016. v. VIII.

_____. *Traité de droit romain*. 2. ed. Paris, 1997.

SCHMITTHOFF, Clive. International Business Law – A new Law Merchant. In: CHENG, Chia-Jui (ed.). *Select Essays on International Trade*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers e Graham & Trotman, 198.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global Sales and Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SEGURA-SERRANO, Antonio. The transformation of international law. *Jean Monnet Working Paper*, NYU School of Law, 2009.

SHAFFER, Gregory C. et al. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*. University of Minnesota Law School, 2010.

SHULZ, Alexandre Buono. Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova *Lex Mercatoria*. Dissertação (Tese) – USP, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito internacional privado*. 3. ed. aum. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Direito internacional privado: parte geral, direito civil internacional, direito comercial internacional*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

TEITEL, Ruti. Kosovo to Kadi: legality and legitimacy in contemporary International Order. *Ethics and International Affairs*, v. 28, n. 01, 2014.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. I.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1996.

_____. *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997.

_____. And if I by Beelzebub cast ou Devils: An essay on the Diabolics of Network Failure, In: *German Law Journal* v. 10, n. 4, p. 129.

_____. Les multiples corps du roi: l'auto destruction de La hiérarchie du droit. *Philosophie du droit et droit économique, quell dialogue?* Paris: Frison-Roche, 1999.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (org.). *O direito internacional contemporâneo*. Estudo em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

TORELLY, Marcelo. *From international law to global governance: structural changes in the transnational space*. 2016, p. 37. Disponível em: <file:///C:/Users/fgo/Downloads/400-2299-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. Dissertação (Tese de Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de. *Unidade, fragmentação e direito internacional*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1540>>.

VIGNALI, Heber Arbuet. *Derecho internacional publico: temas de la teoria general*. Montevideo: Taleres Grafico, 1993.

VIVANT, M. Cybermonde: droit des réseaux. *Dossier de la journée d'études: internet en toute sécurité*. Jurisclasseur Périodique, 1996.

WALZ, G. A. Les Rapports du Droit International et du Droit Interne. *RDC*, Paris, v. III, t. 61, 1937, p. 379.

Revistas nacionais e internacionais de Direito Internacional

American Journal of International Law – AJIL.

Berkeley Journal of International Law.

British Yearbook of International Law.

Columbia University Journal of Law and Social Problems .

Harvard International Law Journal – Harv. Int'l L.J.

Journal of Private International Law.

Juris Revista do Departamento de Ciências Jurídicas – <<http://www.seer.furg.br/juris>>.

Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização – UniCEUB – <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma>>.

Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI –
<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint> .

Revista Brasileira de Política Internacional – <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_serial&pid=0034-7329&lng=pt>.

Revista da Faculdade de Direito – UERJ – RFD – <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj>>.

Revista de Direito da GV – <<http://direitosp.fgv.br/>>.

Revista de Direito Internacional – Centro Universitário de Brasília –
<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi>>.

Revista de Direito, Estado e Telecomunicações – UnB – <<http://www.getel.org/GETELSEER/index.php/rdet>>.

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP –
<<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/index>>.

Revista Eletrônica de Direito Internacional – Centro de Direito Internacional – CEDIN –
<<http://www.cedin.com.br/site/internas/publicacoes/publicacoes/revista.html>>.

Revista Española de Derecho Internacional – REDI.

Yale Journal of International Law – Yale J. Int'l L.