

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
LIZIANE PARREIRA**

**O SISTEMA HETERÁRQUICO E A NOVA AUTOPOIESE DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS**

São Paulo
2024

LIZIANE PARREIRA

**O SISTEMA HETERÁRQUICO E A NOVA AUTOPOIESE DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS**

Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito, da Universidade Nove de Julho, área de concentração: Direito empresarial: estruturas e regulação. Linha de pesquisa: Estruturas do Direito Empresarial.

Orientador: João Maurício Adeodato

São Paulo
2024

Parreira, Liziane.

O sistema heterárquico e a nova autopeise das empresas transnacionais. / Liziane Parreira. 2024.
195 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. João Maurício Adeodato.

1. Teoria dos sistemas. 2. Estado heterárquico. 3. Empresas transnacionais.

I. Adeodato, João Maurício. II. Título.

CDU 34

PARREIRA, Liziane. **O sistema heterárquico e a nova autopeise das empresas transnacionais.** Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito, da Universidade Nove de Julho, área de concentração: Direito empresarial: estruturas e regulação. Linha de pesquisa: Estruturas do Direito Empresarial, realizada no 1º semestre de 2024.

:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato - Uninove

Prof. Dra. Renata Mota Maciel – Examinadora Interna Uninove

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Examinador interno - Uninove

Prof. Dr. Celso Campilongo – Examinador Externo - USP

Prof. Dra. Mônica Sette Lopes – Examinadora Externa - UFMG

Examinado(a) em: 29.03.2024

Para a minha mãe Inês Amalia, com amor.

AGRADECIMENTOS

Foram três anos de pesquisa e de muito trabalho, anos estes que ocorreram em meio a uma pandemia e a grandes desafios pessoais. Eu tive sorte de encontrar pessoas muito íntegras e generosas ao longo da minha jornada acadêmica.

Em primeiro lugar agradeço meu orientador, professor Dr. João Mauricio Adeodato pela primorosa orientação, pela disposição e presença com que conduziu a minha pesquisa.

Faço um agradecimento especial ao professor Dr. Marcelo Benacchio que desde o meu Mestrado tem sido um exemplo de docente na minha vida.

Agradeço à minha família, meu pai e minha mãe que desde cedo incentivaram meus estudos e me ensinaram a ter disciplina e determinação. Meu irmão, Luizinho e minha cunhada Andressa por serem um porto seguro nos momentos mais difíceis.

Agradeço à Dra. Juliana Gervason pelo profissionalismo e gentileza com que me acolheu.

Também agradeço à Dra. Daiane Cenci, pela força e motivação constante durante meu último ano do doutorado.

Agradeço, principalmente, à Universidade Nove de Julho, minha *alma mater*, pelos vinte anos de estudo e trabalho dentro da Instituição.

Agradeço à direção e coordenação do curso de Direito por todo apoio.

E por fim, com todo meu carinho, aos meus alunos que são a minha motivação para estudar e dar o meu melhor sempre.

Chegamos a terra firme só mesmo quando nos recordamos que sistemas sociais consistem em comunicações, que de maneira recursiva se referem a outras comunicações e, assim, constroem seu próprio sentido e sua própria capacidade de enlace.

Niklas Luhmman

RESUMO

PARREIRA, Liziane. **O sistema heterárquico e a nova autopoiese das empresas transnacionais**. 195 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2024.

A presente tese pretende analisar, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a existência de uma nova forma de estrutura jurídica: o sistema heterárquico. Para o desenvolvimento da pesquisa foi realizado o estudo do conceito do Estado moderno com Maquiavel, Hobbes e Locke. Observou-se que a normatividade das empresas transnacionais ultrapassa os conceitos clássico de Estado, de ordem jurídica e de sistema hierárquico trazidos por Hans Kelsen, Mario Losano e Luhmann. A pesquisa investiga uma possível nova comunicação entre os diversos ordenamentos jurídicos para definir qual o lugar que a empresa transnacional ocupa nesse novo cenário da globalização. Com a inserção das novas tecnologias, da *lex mercatoria*, do conjunto de proteção internacional de direitos humanos, tem-se uma sociedade interligada, uma sociedade da hipercomunicação. Há uma governança mundial em que o papel do Estado ficou reduzido e outras formas de organização foram estabelecidas, haja vista a ordem transnacional. Tal ordem jurídica transnacional será chamada de sistema heterárquico, conceito que faz uma intersecção com o sistema hierárquico e com a teoria dos sistemas de Thomas Vesting e Gunther Teubner. A confusão do espaço público e do espaço privado é típica da globalização, que não encontra barreiras e rompe com a soberania dos Estados. A ideia de que a empresa funciona autopoieticamente e que o governo não deve ultrapassar os contornos do mercado aumentou a proliferação das empresas transnacionais e do capital especulativo. Busca-se uma possível solução por meio da proposição de um novo sistema estatal que não esteja restrito por fronteiras, incorporando os princípios da soberania estatal em meio ao contexto de globalização econômica.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Estado Heterárquico. Empresas Transnacionais.

ABSTRACT

This thesis intends to analyze, based on Niklas Luhmann's systems theory, the existence of a new form of legal structure: the heterarchical system. To develop the research, the concept of the modern State was studied with Machiavelli, Hobbes and Locke. It was observed that the normativity of transnational companies goes beyond the classic concepts of State, legal order and hierarchical system brought by Hans Kelsen, Mario Losano and Luhmann. The research investigates a possible new communication between the different legal systems to define the place that the transnational company occupies in this new scenario of globalization. With the insertion of new technologies, the *lex mercatoria*, the set of international human rights protection, we have an interconnected society, a society of hypercommunication. There is global governance in which the role of the State has been reduced and other forms of organization have been established, given the transnational order. Such a transnational legal order will be called a heterarchical system, a concept that intersects with the hierarchical system and the systems theory of Thomas Vesting and Gunther Teubner. The confusion between public and private space is typical of globalization, which finds no barriers and breaks with the sovereignty of States. The idea that the company works autopoietically and that the government should not exceed the contours of the market has increased the proliferation of transnational companies and speculative capital. A possible solution is sought through the proposition of a new state system that is not restricted by borders, incorporating the principles of state sovereignty in the context of economic globalization.

Keywords: Systems Theory. Heterarchical State. Transnational Companies

LISTA DE SIGLAS

BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
ETN	Empresa Transnacional
ESG	<i>Environmental, Social and Governance</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
TPI	Tribunal Penal Internacional
EU	União Europeia
UNICITRAL	<i>United nations Commission on International Law</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O ESTADO MODERNO: LEGITIMIDADE E SOBERANIA	16
1.1. Nicolau Maquiavel: Razão de estado e soberania	18
1.2. Thomas Hobbes: Centralização da soberania no Estado Leviatã	22
1.3. John Locke: Contratualismo e separação de poderes	27
1.4. Jean-Jacques Rousseau: Soberania popular e legitimação do Estado	31
2. O ESTADO HIERÁRQUICO E A TEORIA DOS SISTEMAS	36
2.1. O conceito de estado hierárquico	37
2.2. O estado hierárquico em Kelsen	38
2.3. A evolução dos sistemas jurídicos de Losano	40
2.4. A origem da teoria dos sistemas	46
2.5. A teoria dos sistemas de Luhmann	49
3. O ESTADO HETERÁRQUICO	53
3.1. Teubner: A fragmentação normativa e a pluralização do estado	53
3.2. Origens do estado heterárquico em Vesting: O sistema jurídico em rede	58
4. DIÁLOGOS DAS FONTES: CONSTITUCIONALISMO, DIREITO INTERNACIONAL, DIREITO GLOBAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO	64
4.1. Constitucionalização das fontes	66
4.2. Normatividade do direito internacional	69
4.3. Organismos internacionais	70
4.3.1. Organização das Nações Unidas	71
4.3.2. O sistema de Bretton Woods	74
4.3.3. Tribunal Penal Internacional	77
4.3.4. União Europeia	79
4.3.5. Mercosul	84

4.4. Arbitragem internacional	82
4.4.1. Convenção internacional sobre arbitragem	84
4.4.2. Arbitragem internacional e as empresas transnacionais	90
4.5. Direito Global e transconstitucionalismo	92
5. CRISE NO SISTEMA E FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA ESTATAL	102
5.1. Sistemas paraestatais e extra estatais	103
5.1.1. A formação da <i>soft law</i>	105
5.1.2. Os princípios de ESG dentro das empresas transnacionais	111
5.1.3. O compliance como estrutura heterárquica	117
5.2. A localização do regramento das empresas transnacionais	121
5.2.1. Regramento das empresas transnacionais	122
5.2.2. A <i>lex mercatoria</i> como normatividade base para as empresas transnacionais	126
6. O NOVO SISTEMA ESTATAL NO MUNDO GLOBALIZADO DA HIPERCOMUNICAÇÃO	132
6.1. O papel do Estado na pós-modernidade	133
6.2. A separação dos poderes no sistema heterárquico	136
6.3. A proposta de um direito comum de Delma-Marty	142
CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS	150
ANEXOS	
Anexo A – Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional	156

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende abordar a transição do conceito moderno de Estado, com a formação do sistema hierárquico, para a estrutura chamada heterárquica. Para tanto, foi utilizado o método hipotético dedutivo dentro de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica.

No primeiro capítulo, apresentamos a formação do Estado moderno, marcando o ponto de partida para seu conceito tradicional. Realizamos uma análise do desenvolvimento da estrutura estatal ao longo dos séculos, considerando transformações políticas, sociais e econômicas. Esse processo resultou em uma mudança nas dinâmicas de poder. O objetivo é, portanto, examinar a evolução histórica e os conceitos associados à formação do Estado moderno, abrangendo o pensamento de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau. A partir desses pensadores inaugura-se a visão racionalista do Estado, trata-se da fase das luzes, o iluminismo e posteriormente o renascimento, por esse motivo optamos por iniciar o capítulo com a teoria maquiavélica que enxerga o Estado como uma grande engrenagem. Posteriormente, partindo para os contratualistas clássicos que tentam explicar como chegamos na estrutura tradicional do Estado que tem o foco na soberania e legitimidade e assim, chegamos ao sistema hierárquico.

Para compreender a formação do Estado moderno, é crucial revisitar seus antecedentes históricos. Nas sociedades anteriores à modernidade, o poder político estava fragmentado entre senhores feudais, monarquias e a igreja. A transição para o Estado moderno foi marcada por eventos significativos como a queda do Império Romano, o Renascimento Cultural e a Revolução Francesa. Esses acontecimentos desmantelaram as estruturas feudais e introduziram novas concepções sobre soberania, povo e governo. Um ponto crucial na constituição do Estado moderno foi a centralização do poder. Isso se deu em grande parte devido às monarquias absolutistas, as quais adotaram políticas para enfraquecer os poderes regionais. A concepção de soberania estatal também emergiu nesse período, enfatizando o Estado como a autoridade máxima dentro de seu território.

A formação do Estado moderno trouxe consigo a necessidade de legitimidade. Teorias contratualistas desenvolvidas por pensadores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau analisaram as bases morais e políticas do poder. Essas teorias destacavam que os cidadãos concordavam em obedecer ao Estado em troca da proteção de seus direitos naturais. A construção do Estado moderno representou um processo que moldou tanto as estruturas políticas, quanto as jurídicas da sociedade. Analisar a formação do Estado moderno não apenas proporciona uma sólida base histórica, mas também auxilia na compreensão das complexidades do sistema jurídico contemporâneo. A dualidade do trabalho é explorada por meio da análise da transição entre o sistema hierárquico, com a centralização do poder no Estado, e o sistema heterárquico, no qual novos atores deslocam o eixo da soberania.

Nesse sentido, o segundo e terceiro capítulos abordam cada uma dessas estruturas distintas. No segundo capítulo, são examinados os pensamentos de Kelsen, Losano e Luhmann para compreender a formação tradicional da ordem jurídica, a qual segue uma estrutura rígida de autoridade. Baseada na concepção de sistema hierárquico, essa estrutura implica na distribuição escalonada das normas, em que a soberania flui de cima para baixo. O Estado, segundo Kelsen, detém a maior parcela da autoridade, e essa autoridade é transmitida de forma decrescente para os níveis inferiores da hierarquia. Losano, por sua vez, compreende os diferentes sistemas conforme a sua formação e localidade, além da divisão entre sistemas fechados e abertos. Por fim analisamos a teoria dos sistemas de Luhmann e a autopoiese das estruturas.

No terceiro capítulo, ocorre o exame do sistema heterárquico, um modelo mais descentralizado. Nesse sistema, o poder é fragmentado, e a ordem jurídica é estabelecida por novos atores que surgiram com a globalização. Aqui, as obras de Vesting e Teubner são analisadas. A soberania é exercida de maneira mais horizontal, com uma participação colaborativa entre os membros da sociedade, especialmente no contexto das empresas transnacionais.

A análise do diálogo das fontes é realizada no capítulo quatro em que o constitucionalismo, as normas de direito internacional e os organismos internacionais são pesquisados. Nesse ponto, investigamos se é possível que as normas

transconstitucionais podem se sobrepor às normas internas, ou diminuir a soberania estatal com o estudo dos organismos internacionais e da legislação sobre comércio internacional, como a arbitragem internacional e os princípios da UNICITRAL. A hipótese da pesquisa é desenvolvida no quinto capítulo, no qual se aborda a crise no sistema hierárquico decorrente da influência das empresas transnacionais, características do século XXI e resultantes da globalização, que transcende os limites dos Estados nacionais. As empresas transnacionais operam para além das fronteiras estatais, formando blocos jurídicos por meio de relações privadas contratuais com outras entidades, impondo normas que frequentemente não estão sujeitas ao controle estatal. Questiona-se qual é o regramento dessas empresas, se há uma possibilidade de um direito global e quais são os limites estabelecidos pelo Estado nacional.

No último capítulo, é apresentada uma possível solução para o desenvolvimento do sistema heterárquico e na produção normativa que sai da máquina estatal e acaba concentrando-se na empresa transnacional, por meio de um novo sistema estatal, chamado hierárquico, que não esteja restrito por fronteiras, incorporando os princípios da soberania estatal em meio ao contexto de globalização econômica. A ideia central desta pesquisa desempenha um papel de importância fundamental na construção de uma ordem jurídica mais coesa e, sobretudo, capaz de promover o diálogo eficiente diante da pluralidade normativa.

1. O ESTADO MODERNO: LEGITIMIDADE E SOBERANIA

Além do aspecto político e de soberania, o Estado também possui um poder jurídico devidamente organizado (Zippelius, 2016). Nesse sentido, coloca-se em discussão quem de fato organizará esse sistema de normas jurídicas: O Estado ou outro protagonista com um poder não jurídico? Ou ainda, um novo ator com um poder econômico, tal como se observa nos meandros da globalização? Hodiernamente encontra-se essa ideia no pluralismo jurídico¹, em que o aparelho estatal não é mais suficiente ou perde a sua legitimidade, conforme preceitua Wolkmer (2015):

A edificação da nova instância de normatividade social será capaz de abrir um horizonte que realmente transcenda as formas de dominação da modernidade burguês-capitalista e de sua racionalidade formal impeditiva do “mundo da vida”. Sobretudo, é de repensar a racionalidade não mais como projeto iluminista de universalidade acabada e uniforme, mas como constelação que se vai refazendo e que engloba a proliferação de espaços públicos, caracterizados pela coexistência das diferenças, bem como à diversidade de sistemas jurídicos, circunscrita à multiplicidade de fontes normativas informais e difusas. Tal tendência, que aponta para a imperiosidade de se construir um corpo teórico novo, legitima-se a partir de práticas cotidianas disseminadas e interagentes com novos atores sociais (Wolkmer, 2015, p. 183).

Importante destacar no decorrer da pesquisa quem são os novos atores do mundo globalizado e o quanto de influência exercem sobre a estrutura da sociedade. Trata-se da formação de uma nova cultura jurídica desapegada do formalismo positivista kelseniano (Kelsen, 2009), em que a sociedade busca orientações mais práticas e realistas, nessa senda: “Por consequência, repensar a questão do ‘pluralismo’ nada mais é do que a tentativa de buscar outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda à modernidade na virada do século XX e nos primórdios do novo milênio” (Wolkmer, 2015, p. 184).

¹ Apesar de ser um conceito semelhante ao que será explorado na pesquisa, a concepção de Estado heterárquico difere-se da noção de pluralismo jurídico, pois trata-se da produção normativa desenvolvida por novos atores como as empresas transnacionais e os organismos internacionais que nem sempre se originam do Estado, raciocínio que será apresentado mais à frente.

Antes de estabelecer a complexidade desse sistema chamado de heterárquico necessário se faz averiguar quem é e o que é o Estado, ou seja, identificar sua formação, sua estrutura e sua soberania. Para essa investigação a presente pesquisa partirá de um recorte histórico e uma análise das características clássicas do Estado.

Um dos principais pontos de mudança da saída do medievo para a nova organização política e social das nações contemporâneas é o conceito estabelecido sobre o estado a partir da época moderna. Trata-se de uma forma de aparelhamento político que se desenvolveu após o declínio do sistema feudal, a partir das ideias e dos movimentos iluministas e renascentistas que surgiram na Europa Ocidental, especialmente nos séculos XVII e XVIII (Zippelius, 2016). A estrutura política do estado moderno torna-se interessante para a pesquisa, porque se baseia na soberania, ou seja, na capacidade de governar e controlar o poder dentro de um território e sua população. Isso implica que o Estado tem o poder de criar leis, regulamentos e políticas públicas as quais afetam a vida dos cidadãos e das empresas dentro de suas fronteiras.

Com origem em *O espírito das leis de Montesquieu* (1747), uma das principais características do Estado moderno é a separação dos poderes, caracterizada pela divisão do poder político em diferentes funções que atuam de forma autônoma. Isso significa que tanto o poder legislativo, quanto o executivo e judiciário são autônomos e independentes entre si, de modo que cada um tem sua própria atribuição e responsabilidade. Outra característica relevante é a concentração do poder na figura do Estado, o que significa que ele se torna responsável por coordenar e controlar as atividades dos diferentes órgãos públicos e, conseqüentemente, de tomar decisões que afetam a vida dos cidadãos e das empresas. Além disso, fica concentrado nesta esfera a criação do sistema jurídico oficial². Essas características são essenciais para garantir a estabilidade e o funcionamento apropriado da vida política e social, conforme será analisado nas seções a seguir. Para tanto, em um primeiro momento será retomado o percurso feito por Maquiavel no início do pensamento moderno, para seguir desenvolvendo o estudo proposto.

² Optou-se por chamar de sistema oficial aquele que deriva do Estado, criado pela autoridade competente. Segue-se a estrutura positivista kelseniana que será denominada mais para frente de sistema hierárquico.

1.1 Nicolau Maquiavel: Razão de estado e soberania

O filósofo florentino Niccolò Machiavelli tornou-se conhecido por sua teoria sobre o estado moderno e sua análise sobre a política de sua época. Nascido no século XV, Maquiavel viveu em uma fase de instabilidade política na Itália, momento de muita luta por poder e influência, contexto propício para a criação de seu texto mais famoso, *O Príncipe*. Publicado pela primeira vez no ano de 1532, o livro é considerado um marco divisor das ciências políticas e é uma das obras influentes da história da filosofia. Nesta publicação, o filósofo defende que o Estado Moderno deve ser regido por um príncipe astuto e virtuoso, capaz de tomar decisões complexas e impopulares para manter a constância e a segurança do Estado. Segundo Maquiavel, este líder deve ser capaz de equilibrar a *virtù* com a fortuna. Conforme Diogo Pires Aurélio (2017) no prefácio da edição publicada pela Editora 34 de *O Príncipe*:

será, de fato, uma obra onde o mal se faz passar por bem, “escrita pelo punho do diabo”, como tanta gente suspeitou, desde muito cedo, e que tenta legitimar a prepotência dos soberanos absolutos? Ou será antes uma sátira, que os homens avisados sempre perceberam como tal, mas que, de tão engenhosa e camuflada, passou e ainda por elogios ao soberano (Aurélio, 2017, p. 10).

Cabe lembrar que no momento de produção do texto, a Itália estava dividida em várias cidades-estados que lutavam para manter a soberania. Maquiavel teve participação ativa como funcionário público em Florença, mas acabou exilado após a queda da República de Florença, no ano de 1512. Foi durante o período de exílio que ele se dedicou aos originais, optando por escrever o livro em italiano, ao invés do latim - a língua dominante dos textos acadêmicos da época. Tal escolha tornou o livro acessível para os cidadãos, resultando em uma maior influência na sociedade da época. A linguagem utilizada é objetiva e direta, sem rodeios na explicação do funcionamento dos principados. Diversos exemplos históricos são utilizados para ilustrar suas teorias. Além disso, Maquiavel ousa em utilizar uma linguagem forte e persuasiva para impactar o leitor,

uma vez que, ele não se preocupa em ser moralmente ou politicamente correto, já que seu foco está voltado para a realidade do governo e suas engrenagens. Tal perspectiva torna a obra ainda mais exequível para a sociedade italiana.

A temática centra-se na natureza do poder e na melhor forma de governar. Um dos argumentos presentes é que o governante, caso sinta necessidade, saiba valer-se da força e da violência para manter o poder, mas sem que derive de velhacarias³. Conforme Maquiavel (2017, p.139): “São eles quando por uma qualquer via celerada e nefanda se acende ao principado, ou quando um cidadão privado, com o apoio dos outros cidadãos, se torna príncipe de sua pátria”. Maquiavel destaca ainda a importância da astúcia do príncipe que deve ter habilidade política, agindo de acordo com seus interesses para fazer a manutenção do principado, ao invés de guiar-se por uma moralidade convencional.

Outro ponto importante deste livro é a ideia de fortuna e *virtú*, diferente daquela preconizada pelos gregos clássicos e pela igreja. Para o autor italiano, a palavra não se refere a uma habilidade que pode ser desenvolvida, mas que está intrínseca ao caráter do príncipe. Um bom príncipe deve ser corajoso e saber articular com a fortuna e a sorte, além de prever situações que possam desestabilizar o seu governo:

No entanto, porque o nosso livre-arbítrio não foi extinto, julgo poder ser verdadeiro que a fortuna seja árbitra de metade das nossas ações, mas que ela também nos deixe governar a outra metade, ou quase. E assemelha-a a um desses rios ruinosos que, quando se irritam, alagam as planícies, arrasam as árvores e os edifícios, levam terra deste lado, põem-na naquele: todos fogem diante deles, todos cedem ao seu ímpeto, sem lhes poderem resistir em parte alguma (Maquiavel, 2017, p. 245).

No Estado Moderno surge a ideia de segurança, tanto física quanto jurídica: um bom estado deve ser capaz de se defender contra seus inimigos externos e internos. Para isso, o príncipe precisa manter um exército forte e bem-organizado, além de ter a legitimação do povo e dos nobres. Logo, segundo o filósofo, um príncipe com *virtú*, precisa utilizar a força: “Deveis, pois, saber que há dois gêneros de combate: um com as

³ O autor utiliza a expressão velhacaria para identificar os principados que não foram conquistados pela *virtú* ou pela hereditariedade, ou seja, derivam de algum crime ou trapaça.

leis, outro com a força” (Maquiavel, 2012, p. 199). Deve saber valer-se também da crueldade quando necessário, sem exagero, porque isso pode levar à inconstância e à ausência de apoio, conforme pontua na clássica comparação entre o leão e a raposa:

Estando, pois, um príncipe necessitado de saber usar bem a besta, deve adotar a raposa e o leão: porque o leão não se defende das armadilhas, a raposa não se defende dos lobos; precisa, pois, ser raposa para conhecer as armadilhas e leão para assustar os lobos: aqueles que se atêm simplesmente ao leão não percebem disto (Maquiavel, 2017, p. 199).

Outro ponto importante é que o príncipe precisa conhecer as motivações e os interesses dos seus súditos, de modo a conseguir manipulá-los para alcançar suas metas políticas usando de persuasão e retórica para convencimento. Precisa estar sempre alerta para as ameaças e oportunidades que surgem.

A razão de Estado em sua teoria é a concepção de que o bem do Estado tem de estar acima de qualquer outro pensamento. Isso possibilita que o governante, em certos momentos, possa agir de maneira imoral ou contrária aos valores da sociedade, desde que seja relevante para a estabilidade do Estado. A razão de Estado é essencial para a sua continuidade, principalmente em tempos de guerra ou crise. Nesse sentido, para Maquiavel, o príncipe tem que estar preparado para tomar medidas drásticas, como a tortura ou a extermínio de inimigos políticos:

Daqui nasce uma disputa: é melhor ser amado que temido ou o contrário? A resposta é que se gostaria de ser uma coisa e outra, mas, uma vez que é difícil acumulá-las, a ter de faltar uma delas, é muito mais seguro ser temido do que ser amado (Maquiavel, 2017, p. 193).

Alguns leitores de sua teoria argumentam que a razão de Estado de Maquiavel leva a ações imorais e criminosas, tornando-se uma desculpa para ações autoritárias e antidemocráticas. No entanto, outros, após ler atentamente seus escritos, afirmam que a razão de Estado é uma ferramenta para uma administração diligente, pois visa o bem-estar. A teoria sobre o Estado de Maquiavel continua sendo uma das primeiras que inauguram a era moderna e influenciam na política contemporânea.

A soberania é um tema recorrente na sua obra, porque sua preocupação era com a manutenção dos principados. Especialmente no texto o qual ele define a soberania como a capacidade do governante de exercer o poder absoluto sobre o Estado e seus cidadãos. Isso, como já mencionado, envolve o uso da força. O soberano virtuoso governa sem impedimentos, e suas decisões devem ser respeitadas e obedecidas por todos. No entanto, a soberania não pode ser considerada um direito intrínseco do governante, não se trata de um direito natural, mas sim algo que deve ser conquistado e mantido.

Em *O Príncipe* fica claro que a soberania é um poder conquistado através de meios políticos e militares, inclusive sem medo de tomar decisões impopulares. O filósofo argumenta também que a estabilidade e a prosperidade do Estado dependem dessa habilidade do príncipe de equilibrar a força com a astúcia. O governante deve ser capaz de lidar com seus adversários de maneira inteligente e astuta, ao mesmo tempo em que usa a força. Sem a soberania não há estabilidade política, porque um príncipe que não é soberano está sempre em risco de ser deposto por seus súditos ou por outros que desejam expandir seu poder. Assim, afirma Maquiavel (2017):

Faça, pois, um príncipe por vencer e manter o estado: os meios serão sempre julgados honrosos e louvados por todos; porque o vulgo prende-se é com o que parece e com o desfecho das coisas; e no mundo não existe senão vulgo, e os poucos não têm aqui lugar quando os bastantes têm onde se apoiar (Maquiavel, 2017, p. 201-203).

Além disso, a soberania é um requisito para a efetivação da política e para a implementação de reformas. Ainda assim é preciso estabelecer limites. É necessário respeitar a lei e a justiça, pois o poder não pode ser usado para oprimir o povo ou violar seus direitos. O governante deve ser prudente e inteligente em suas decisões, pois um deslize pode levar à destruição do principado.

A partir do Estado Moderno fica claro que a soberania não é um direito divino ou um benefício natural dos governantes, mas sim uma conquista política que depende da força e do apoio popular. Portanto, um governante virtuoso precisa ficar atento às necessidades e demandas de seu povo, agindo de forma a garantir sua legitimidade. Por

fim, Maquiavel diz que a soberania é uma condição necessária, porém não suficiente, para a grandeza de um Estado. Para que um Estado seja verdadeiramente grande, precisa ser capaz de exercer sua influência além de suas fronteiras, com conquista e aliança com os demais. Assim, a soberania é apenas o início de um Estado forte e poderoso.

Tem-se, portanto, com Maquiavel o desenho do que no século XIX seria a estrutura hierárquica de Estado, com a soberania bem contornada e sobretudo situada na mão de uma autoridade, um poder centralizado dentro das fronteiras geograficamente delimitadas.

1.2. Thomas Hobbes: Centralização da soberania no Estado Leviatã

No Estudo sobre a evolução do Estado, os chamados filósofos contratualistas clássicos destacam-se por buscarem uma explicação sobre o que de fato origina essa estrutura política. Enquanto, Maquiavel tentava mostrar como a máquina estatal funcionava, esses filósofos⁴ foram na fonte, na razão de ser do Estado. Para eles o Estado é uma ficção, uma invenção do homem para a preservação das leis naturais e para manutenção de uma ordem política.

Thomas Hobbes que foi um filósofo inglês do século XVII, conhecido por sua obra *Leviatã*, publicada no ano de 1651 (considerado um dos textos mais significativos na discussão da soberania do estado moderno, principalmente porque explora o absolutismo). Ele defendeu que todas as coisas, inclusive o pensamento do homem, eram o resultado do movimento dos átomos, e que o conhecimento era alcançado por meio da experiência e dos sentidos⁵, segundo Hobbes (2003, p. 16): “Todas estas qualidades denominadas sensíveis estão no objeto que as causa, mas são muitos os movimentos da matéria que pressionam os nossos órgãos de maneira diversa”. Hobbes acreditava que a natureza humana era egoísta e violenta e que o homem precisava ser

⁴ Na pesquisa optou-se por Hobbes, Locke e Rousseau.

⁵ Esse pensamento também é encontrado em outra obra de Hobbes: *Elementos da lei natural e política* (1650).

controlado por um poder mais forte para gerar segurança para todos, pois sua imaginação o guiava para atitudes impulsivas⁶.

Leviatã foi escrito durante uma época turbulenta na Inglaterra e demonstra a preocupação com a instabilidade política e a violência da sociedade. É possível observar a influência de Hobbes em vários aspectos da teoria política moderna, incluindo a noção de contrato social como alicerce da autoridade política, e a ênfase na importância da segurança e da proteção como direitos naturais do homem (Ribeiro, 2001). É nesta obra prima que Hobbes cria a sua teoria política e sua filosofia moral, apresentando um exame crítico do estado de natureza do homem e da obrigação de um governo forte para garantir a paz e a segurança da sociedade.

O livro é dividido em quatro partes principais: a primeira trata da natureza do homem e do estado de natureza, a condição em que os homens vivem sem um estado organizado. Para Hobbes (2003, p. 87) o estado de natureza é marcado pela “guerra de todos contra todos (...) O medo da opressão predispõe os homens à antecipação ou a buscar ajuda na associação, pois não há outra maneira de assegurar a vida e a liberdade”. Onde cada indivíduo está em constante concorrência e ameaça em relação aos outros para obter poder e manter seu direito à vida. Nesse estado de natureza, a vida humana é solitária, pobre, sórdida, brutal e curta e a única forma de mudança é por intermédio de um governo forte que imponha a paz, conforme afirma Hobbes (2003):

A causa final, finalidade e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita (Hobbes, 2003, p. 143).

Na segunda parte, o autor apresenta a famosa teoria do contrato social, onde os homens renunciam sua liberdade e sua soberania em troca da proteção proporcionada pelo soberano e suas leis civis:

⁶ A ideia da imaginação é inserida na parte I de *O Leviatã*, cujo homem é o centro da discussão com suas características naturais, como pensamento, linguagem e conhecimento.

Mas, do mesmo modo que os homens criaram um homem artificial, a que chamamos república, para alcançar a paz e com isso sua própria conservação, também criaram laços artificiais, chamados leis civis, os quais eles mesmos, mediante pactos mútuos, prenderam numa das pontas à boca daquele homem ou assembleia a quem confiaram o poder soberano, e na outra ponta aos seus próprios ouvidos (Hobbes, 2003, p. 181).

O Estado é criado por um acordo, legítimo entre os indivíduos, que cedem sua soberania para o Estado para que ele possa impor a ordem e a paz na sociedade. Assim afirma Hobbes (2003, p. 147):

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão (Hobbes, 2003, p. 147).

Na terceira parte, Hobbes estrutura o Estado e o poder do soberano. O soberano é a única autoridade legítima na sociedade, o único que pode exercer violência para proteger a todos, por isso tem o poder absoluto de governar. Ele é responsável por assegurar as duas leis da natureza: garantir o direito à vida e manter a paz, nem que para isso precise fazer guerra (Hobbes, 2003). Por último, na quarta parte, apresenta as várias formas de governo e as situações em que os súditos podem romper o contrato e se opor ao soberano. Para o filósofo, a monarquia é a forma mais estável, porque é onde o governante pode ser absolutista. Sua teoria, na realidade, é reflexo do absolutismo das monarquias europeias.

O contrato social é uma teoria política que busca explicar como o Estado surgiu, diferente de Aristóteles o qual defende a formação natural da sociedade, no contratualismo o surgimento é artificial. Em *Leviatã* a teoria do contrato social é

apresentada de forma significativamente diferente das outras teorias contratualistas, como a de Jean-Jacques Rousseau e de John Locke, que serão analisadas mais adiante.

Hobbes começa por mostrar o homem em seu estado de natureza, definido e descrito como solitário, no qual vive com medo de alguém retirar sua propriedade, sua vida e sua liberdade. Isso resulta em uma reatividade, na qual o homem ataca antes que o outro o ofenda. Segundo Hobbes (2003), o estado natural é marcado por uma constante luta pelo poder e pela sobrevivência. Nesse estado, cada indivíduo possui soberania para se autodeterminar, sem qualquer tipo de restrição. Essa liberdade, no entanto, é acompanhada pelo medo constante de ser morto, gerando um estado bélico, assim afirma:

E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado pela sua própria razão, e nada havendo de que possa lançar mão que não lhe ajude na preservação da sua vida contra os seus inimigos, segue-se que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, até mesmo aos corpos uns dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver (Hobbes, 2003, p. 113).

Para um estado de natureza tão violento a criação de um contrato social, coloca-se como uma solução viável, uma vez que possibilita a formação de uma sociedade civil e a criação de um poder soberano. Segundo Hobbes (2003), esse poder soberano tem que ser absoluto e indivisível, de modo que todos obedeçam às suas leis e decisões: “Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento, ele não é nulo” (Hobbes, 2003, p. 118). Para isso cedem por completo a soberania para o soberano que pode ser um homem ou uma assembleia. O contrato social é um acordo entre os indivíduos que legitima a perda da liberdade natural em troca da segurança e, principalmente, da proteção da vida. Nesse acordo, todos os indivíduos cedem seu direito de julgar, punir e de governar outros indivíduos, deixando essa tarefa exclusivamente para o Estado soberano. O contrato

também permite o uso da força pelo soberano para garantir a obediência dos cidadãos e cessar com qualquer estado de insegurança. Nas palavras de Hobbes (2003):

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as faça ser respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém (Hobbes, 2003, p. 143).

Embora seja uma teoria de extrema relevância para o século XVIII, é bastante criticada porque dá origem a um estado autoritário, no qual os cidadãos são subjugados a um poder absoluto e sem nenhuma liberdade individual. Contudo, o *Leviatã* de Hobbes continua sendo uma das referências na ciência política e na formação do estado moderno, aparecendo com frequência em debates sobre soberania.

A soberania é compreendida como a essência do poder político, Hobbes a define como condição indispensável para a existência do Estado. Trata-se de um poder incondicional e indivisível, que não pode ser contrariado, muito menos compartilhado entre todos. O soberano é quem detém esse poder e sua autoridade é inquestionável, uma vez que ele é o representante do povo, legitimado pelo contrato social para garantir a paz e a segurança da sociedade.

A soberania centralizada é um poder que se impõe sobre todas as outras formas de governar. Nesse sentido, o filósofo defende que a soberania do Estado é superior à dos indivíduos e que qualquer outra forma de poder que se oponha à autoridade do soberano deve ser suprimida:

Porque antes da constituição do poder soberano (conforme já foi mostrado) todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Portanto, esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública (Hobbes, 2003, p. 153).

O Estado é a única fonte legítima de poder e sua vontade deve ser respeitada em todas as circunstâncias. Portanto, os homens são egoístas e competem entre si para

alcançar seus interesses individuais. Essa competição leva à guerra de todos contra todos, o que torna a vida coletiva inviável. A soberania será exercida de maneira absoluta e sem limitações, a separação de poderes é uma forma de enfraquecer o Estado e colocar em risco a estabilidade social, conforme Hobbes (2003):

São estes os direitos que constituem a essência da soberania, e são as marcas pelas quais se pode distinguir em que homem, ou assembleia de homens, se localiza e reside o poder soberano. Porque esses direitos são incomunicáveis e inseparáveis (Hobbes, 2003, p. 155).

A ordem jurídica no Estado Leviatã é criada a partir do contrato social. O contrato é, portanto, a base desse sistema, o qual estabelece as normas e regras que devem ser seguidas pelos indivíduos. O Estado é o único legitimado para criar e impor as leis, além de garantir que elas sejam cumpridas. No *Leviatã*, as leis são criadas a partir da vontade exclusiva do soberano, e não da vontade dos indivíduos em particular que são egoístas por natureza. Dessa forma, a ordem jurídica é imposta de cima para baixo, e a sua validade e eficácia são asseguradas pelo poder coercitivo do soberano. Os indivíduos cedem a sua liberdade individual, inclusive o seu direito natural em troca da proteção do Estado. Esse modelo de ordem jurídica é baseado na ideia de que a soberania individual deve ser sacrificada em prol da segurança de todos.

No entanto, a presente teoria é discutível do ponto de vista moral e político, uma vez que implica na centralização de todo o poder nas mãos de um único indivíduo ou de um pequeno grupo de pessoas, o que leva a abusos e violações dos direitos humanos. Além disso, a soberania incondicional torna o Estado engessado e incapaz de se adaptar às mudanças sociais.

1.3. Jonh Locke: Contratualismo e separação dos poderes

Seguindo a linha dos contratualistas, apresenta-se John Locke, que foi um filósofo político inglês, conhecido por livros que influenciaram a filosofia liberal e o empirismo. Entre as suas obras mais importantes estão: *O Ensaio sobre o Entendimento Humano* (1690) e o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* (1689). No primeiro, o filósofo propõe

que a mente humana é como um papel em branco, uma tábula rasa, isso porque é no momento do nascimento que todo o conhecimento vai sendo adquirido pela experiência sensível. No segundo texto, ele defende a ideia de que a soberania política reside no povo, e não no soberano ou em qualquer outra autoridade, e que o governo deve manter os direitos naturais dos indivíduos, principalmente a propriedade. Além da filosofia e da política, também é conhecido por seus pensamentos sobre a religião. Em *Cartas sobre a Tolerância* (1689), argumenta que o Estado deve tolerar todas as religiões, uma vez que a crença religiosa é uma questão de escolha pessoal. A filosofia de Locke desempenhou uma enorme influência sobre o pensamento político e social da Europa e das Américas no século XVIII. Seus princípios liberais foram basilares para a Declaração de Independência dos Estados Unidos e para a Revolução Francesa.

Conhecido por estruturar o liberalismo político e a democracia, em seu tratado apresenta suas referências sobre a teoria do contrato social. Locke (2018) argumenta que o poder político deve ser fundamentado no consentimento dos cidadãos, e que o governo tem o dever de manter os direitos naturais dos indivíduos: a vida, a liberdade e a propriedade. Em seu estado de natureza, o homem já possui liberdade e igualdade:

Para compreender bem o poder político, e derivá-lo da sua origem, devemos considerar em que estado se encontram por natureza os homens, o qual é um estado de perfeita liberdade para ordenar as suas ações, dispor das suas posses e pessoas, como bem lhes aprouver, dentro dos limites da lei natural, sem ter de pedir licença, nem depender da vontade de qualquer outro homem. É também um estado de igualdade em que todo o poder e jurisdição são recíprocos, não tendo um homem mais do que o outro [...] (Locke, 2018, p. 233).

O contrato social, em sua teoria, é uma hipótese que tenta explicar a origem e o propósito do governo. Segundo ele, os seres humanos vivem nesse estado de natureza que é bom, porém esses direitos naturais precisam avançar para um nível de maior organização. Dessa forma, as pessoas concordam em unir-se em uma sociedade civil e formar um governo que as proteja dos abusos de poder e da violação de seus direitos, conforme afirma no capítulo VII do Segundo Tratado sobre o Governo que a única maneira pela qual alguém renuncia à sua liberdade natural e aceita os laços da sociedade

civil é mediante o consentimento com outros indivíduos, concordando em se unir em uma comunidade única. Esse pacto visa possibilitar uma convivência confortável, segura e pacífica, garantindo o desfrute tranquilo de suas propriedades e proporcionando uma defesa ampliada contra aqueles que não pertencem à sua comunidade (Locke, 2018, p.135). E segue afirmando:

§123. Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se ele é o senhor absoluto da sua própria pessoa e das suas posses, se ele é igual ao maior dos homens e não está sujeito a ninguém, por que razão renunciaria à sua liberdade, a esse império, e se sujeitaria ao domínio e controlo de outro poder? A resposta é óbvia: embora ele possua esse direito no estado de natureza, contudo, o seu gozo é muito incerto e está constantemente exposto à invasão de outros; pois, sendo todos tão reis quanto ele, cada um é um seu igual, e a maior parte não respeita estritamente a equidade e a justiça. Assim, o usufruto da propriedade que ele possui no estado de natureza é muito inseguro e mal salvaguardado (Locke, 2018, p. 315).

Trata-se de uma forma de garantir que o poder político seja exercido de maneira legítima. O poder do governo não vem de Deus ou da tradição, como os absolutistas defendiam, mas do consentimento de todos. Por isso, o governo tem o dever de agir em nome do bem comum e de respeitar os direitos individuais. Além disso, Locke propõe que o contrato social seja revogado caso o governo falhe em cumprir suas obrigações: “Não se pode presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo, que eles instituíram se estenda para além do bem comum” (Locke, 2018, p. 319). Caso se torne tirânico ou viole os direitos dos indivíduos, os cidadãos têm o direito de se rebelar e estabelecer um novo governo.

O contratualismo coloca-se como uma defesa da liberdade individual, da propriedade e de uma democracia aristocrática, baseada no consentimento de parte dos governados e no respeito aos seus direitos naturais, uma referência para a compreensão dos fundamentos do governo e da sociedade civil.

Ainda no tratado, a soberania é entendida como a autoridade final sobre um território e seus habitantes. No entanto, essa autoridade não reside no governante ou no Estado, mas no povo. É o povo quem possui a soberania e o poder de conduzir a si

mesmo, o governo acaba sendo apenas um instrumento criado para manter os direitos naturais e exercer esse poder. Trata-se de uma visão que difere da teoria tradicional da soberania, segundo a qual o monarca ou o Estado detinham o poder absoluto e inquestionável sobre o povo, conforme visto em Hobbes. Para Locke, o poder do governante era limitado e condicionado pelo consentimento da maioria dos cidadãos:

§96. Com efeito, quando um grupo de homens constitui, com o consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, faz dessa comunidade, por esse meio, um corpo único que tem o poder de agir como tal, o que se consegue mediante a vontade e a decisão da maioria (Locke, 2018, p. 297).

Afinal os indivíduos possuem direitos naturais inalienáveis, como a vida, a liberdade e a propriedade, que nunca podem ser violados pelo Estado. Assim, a soberania popular é um conceito que implica limites claros ao poder do governo e à necessidade de que o governo aja de acordo com o interesse da maioria. Se o governo não respeitar os direitos e liberdades, o povo pode romper com o contrato e criar uma soberania e ordem jurídica. Nesse sentido:

§219. Existe ainda um outro modo pelo qual um governo deste tipo pode ser dissolvido, a saber: quando o detentor do poder executivo supremo negligência e abandona essa tarefa ao ponto de a execução das leis existentes se tornar impossível. Isso equivale logicamente a reduzir tudo à anarquia e a, com efeito, dissolver o governo. Pois as leis não são feitas para si mesmas, mas para serem, por meio da sua execução, os vínculos da sociedade e manterem cada parte do corpo político no seu devido lugar e na sua devida função (Locke, 2018, p. 375).

A ordem jurídica estabelece a ideia de que todos os indivíduos são iguais em direitos naturais. Esses direitos são inalienáveis e inerentes à condição humana, e devem ser mantidos pelo Estado. O Estado só pode ser legítimo se for baseado no consentimento da maioria dos governados. Portanto, o povo tem que ter um papel ativo na escolha e no controle de seus governantes, e que estes devem governar em benefício do povo. Locke (2018) também defendia a separação de poderes, contudo propondo

apenas o Legislativo, o Executivo e o que ele chama de Federativo, diferente de Montesquieu que desenvolve os três poderes clássicos.

Em termos de justiça, Locke afirma que a lei deve ser igual para todos, independente de posição social ou política. A justiça deve ser baseada em princípios objetivos e imparciais, e não em favoritismos ou preconceitos pessoais. Além disso, defendia o direito à resistência contra um governo injusto ou opressivo. Na sua teoria da separação dos poderes, o poder legislativo é o mais importante e deve estar em constante funcionamento e deveria ser composto por representantes eleitos pelo povo, com a função de criar leis justas que mantivessem os direitos naturais que já existiam no estado natural:

§143. O poder legislativo é aquele que tem o direito de determinar como a força da comunidade política será empregue na preservação da comunidade e dos seus membros. Porém, como não é preciso muito tempo para fazer leis que serão executadas constantemente e que permanecerão em vigor continuamente, o poder legislativo nem sempre terá tarefas a cumprir e, portanto, não é necessário que esteja sempre em funções (Locke, 2018, p. 329).

O poder legislativo em Locke era limitado pela necessidade de proteger os direitos naturais dos indivíduos. Ele defendia que as leis criadas pelo poder legislativo deveriam ser neutras, baseadas em princípios claros de justiça e não em interesses pessoais ou políticos. Além disso, o poder legislativo não poderia suspender ou alterar a lei fundamental que protege os direitos naturais dos cidadãos, como por exemplo, a propriedade.

1.4. Jean-Jacques Rousseau: Soberania popular e legitimação do Estado

Por fim, tem-se Jean-Jacques Rousseau, um filósofo suíço que teve grande destaque na França no século XVIII. Ele é conhecido por suas obras de cunho político e social, como *Discurso da Desigualdade* (1755), *Do Contrato Social* (1762) e *Emílio, ou Da Educação* (1762). Rousseau também escreveu alguns romances, como *Julie, ou a*

Nova Heloísa (1760). Rousseau nasceu em Genebra, Suíça, mas viveu a maior parte de sua vida na França. Viveu em uma época de grandes mudanças sociais e políticas, marcada pelo Iluminismo. Como muitos de seus contemporâneos, estava preocupado com a natureza humana e como melhorar a sociedade através do contrato social. Seu pensamento foi elevado após sua morte na Revolução Francesa (1789-1799).

Uma das teorias de Rousseau é que a sociedade corrompe a natureza humana. Ele defendia que, na sociedade, as pessoas viram egoístas e rivais quando descobrem a propriedade privada, o que gera a desigualdade e a injustiça. A solução que encontrou foi estabelecer um governo que garantisse a igualdade e a liberdade de todos (Chauí, 1999). *O Contrato Social* é a obra que apresenta sua teoria sobre o Estado e na qual o filósofo sugere um contrato entre os cidadãos e o governo para criar uma sociedade livre. Apesar de suas ideias favorecerem o povo, Rousseau não foi reconhecido em sua época, tendo enfrentado críticas e admoestação por seus escritos sobre religião e política, além disso sua vida íntima também foi controversa. Trata-se de um livro de filosofia política, que estabelece o alicerce para a construção de uma sociedade igualitária e principalmente livre. Propõe uma nova teoria sobre a soberania, opondo-se às visões clássicas do absolutismo hobbesiano e do liberalismo de Locke. O poder político deve ser exercido para o povo e pelo povo, que é o verdadeiro soberano, além disso, Rousseau propõe que a soberania não é uma propriedade dos governantes, mas sim uma transferência feita pelo povo, que repassa aos governantes a tarefa de cuidar da sociedade: "O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se a ferros" (Rousseau, 1999a, p. 53).

Para legitimar a relação entre o povo e os governantes, Rousseau propõe um contrato social, ou seja, um acordo pelo qual os indivíduos transferem a sua liberdade em troca de proteção e segurança do Estado. Assim, a sociedade organiza-se através do contrato entre os cidadãos e o Estado, que estabelece as regras de convivência e os direitos e deveres de cada um, nesse sentido afirma:

Imediatamente, esse ato de associação produz, um lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse

mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade (Rousseau, 1999a, p. 71).

Porém, esta relação proposta não se apresenta como uma solução tão simples para as adversidades da sociedade. Rousseau (1999a) compreende que a desigualdade é um grave problema, gerado pela propriedade privada e pela acumulação de riqueza nas mãos de poucos:

Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das desigualdades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outro, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda fazerem-se obedecer por eles (Rousseau, 1999b, p. 51).

Para solucionar esse problema, propõe o desenvolvimento de uma sociedade igualitária, na qual a propriedade precisa ser coletiva, para assim, as desigualdades serem minimizadas.

Rousseau esperava que o Estado fosse uma entidade soberana e unificada, cujo objetivo seria proteger os direitos e interesses do povo. Argumentava que a autoridade estatal deveria ser baseada na vontade geral, e não na vontade da maioria conforme propunha Locke, pois a vontade de todos e a democracia direta representam a expressão da vontade comum da comunidade. Conforme Rousseau, a vontade geral não é o somatório das vontades individuais, mas sim o resultado da deliberação racional da comunidade. Justifica que a vontade geral seria a fonte legítima de poder político e que o Estado agiria em conformidade com os interesses e necessidades da população. Assim sendo:

A primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou

necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou (Rousseau, 1999a, p. 85).

O Estado também precisa ser democrático, com um governo baseado na participação direta do povo. Para o filósofo a democracia seria a única forma de governo que permitiria a expressão plena da vontade geral garantido, assim, a liberdade e a igualdade para todos os cidadãos (Rousseau, 1999a, p. 91). No entanto, reconheceu que a democracia direta era inexecutável em sociedades complexas e populosas. Assim, propôs um sistema de representação, em que o povo elegeria os representantes que atuariam em seu nome. Para ele, estes não deveriam agir de acordo com suas próprias vontades, mas sim com a vontade geral da comunidade.

A soberania é inerente ao povo, que é toda a fonte do poder político. Então, a vontade geral é a única autoridade legítima na tomada de decisões políticas, não devendo ser confundida com a soma das vontades individuais, ou de uma minoria, mas sim a vontade de todos os cidadãos considerados como um único corpo político.

Importante ressaltar que a soberania não pode ser delegada a representantes eleitos, pois isso enfraqueceria a vontade geral: “A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável [...]” (Rousseau, 1999a, p. 87). Em vez disso, deve ocorrer pela democracia direta, onde todos os cidadãos participam ativamente na tomada de decisões. Outro ponto é que a soberania popular precisa ser exercida dentro de um Estado que tenha fronteiras bem-marcadas e que seja autossuficiente em suprir suas necessidades. Esse Estado precisa ser capaz de proteger a liberdade e a propriedade de seus cidadãos e, para isso, precisa ter o controle absoluto sobre seu território e recursos.

A ordem jurídica, em sua teoria, sempre será baseada na vontade geral do povo, em vez dos interesses particulares de indivíduos ou grupos. A vontade geral é a expressão do interesse comum da sociedade e a ordem jurídica deve ser criada para promover esse interesse comum, em vez de ser imposta de cima para baixo por governantes ou autoridades. Pois, a participação direta na criação das leis é fundamental para garantir que a soberania popular seja respeitada e que a ordem jurídica seja justa. Em algum momento a vontade geral até pode sofrer influência de interesses particulares de indivíduos que buscam seu próprio benefício em detrimento do interesse comum:

“Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares” (Rousseau, 1999a, p. 91). Para evitar tal problema, é necessário um sistema legal independente e imparcial, capaz de garantir que as leis sejam aplicadas para todos os membros da sociedade.

Assim, consegue-se vislumbrar a evolução do conceito de Estado, chamado de clássico, perpassando alguns pensadores importantes da época moderna. Concepções importantes para a compreensão da teoria dos sistemas e do Estado como uma estrutura hierárquica. A era moderna é uma fase marcada pelas fronteiras, o sinônimo de soberania é a conquista do território, o quanto de força o soberano exerce sobre esse espaço e esse povo. Com o passar do tempo e a globalização esse eixo de poder desloca-se e a preocupação muda, principalmente com a questão de onde vem a legitimidade normativa.

O presente capítulo explorou as bases do Estado moderno, abordando figuras como Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Maquiavel destacou a razão de estado e soberania, enquanto Hobbes enfatizou a centralização da soberania no Estado Leviatã. Locke introduziu o contratualismo e a separação de poderes, enquanto Rousseau discutiu a soberania popular e a legitimação do Estado. No próximo capítulo, será abordado o tema do Estado Hierárquico e a Teoria dos Sistemas. O conteúdo incluirá a exploração do conceito de Estado Hierárquico, com ênfase nos pontos-chave apresentados por Kelsen. Além disso, será discutida a evolução dos sistemas jurídicos proposta por Losano, examinando sua relevância. O capítulo também se dedicará à origem da Teoria dos Sistemas, seguida por uma análise detalhada da contribuição de Luhmann a essa teoria.

2. O ESTADO HIERÁRQUICO E A TEORIA DOS SISTEMAS

Ao mencionar o Estado sistêmico inauguramos a discussão, nesta pesquisa, do que seria a estrutura dos sistemas e mais precisamente a dicotomia que será utilizada adiante entre o estado hierárquico fundado nos pilares da ordem jurídica e o estado heterárquico fruto das transformações oriundas da globalização. Dois são os sentidos que podem ser utilizados: O primeiro do sistema enquanto técnica aplicada à todas as ciências e o segundo como sinônimo de ordem jurídica.

Neste trabalho preferimos a primeira acepção, do sentido técnico, da ideia de ordenação de um objeto, que no caso seria o Estado. Ao utilizar a expressão sistêmico também se compreende o sistema como algo circular e não vertical. Assim afirma Vesting (2015):

Na filosofia natural, a concepção de que o mundo estava subordinado, em sua totalidade, a princípios universais que o determinam estava associada de modo circular aos novos métodos. A par disso pela primeira vez, o conceito de lei fora enriquecido com critérios como imutabilidade e necessidade e aplicado ao estudo dos movimentos dos corpos (Vesting, 2015, p. 95).

Iniciamos o capítulo explorando o conceito de Estado hierárquico e a teoria dos sistemas. Três autores são de grande valia para a compreensão da discussão levantada: Kelsen, Losano e Luhmann.

O positivismo kelseniano utiliza o sistema como uma construção jurídica: “O conceito de *construction* referia-se ao sistema como projeto global, à construção de todos os elementos e estruturas do sistema no sistema” (Vesting, 2015, p.114-115, grifo do autor). Kelsen cria a mais extensa descrição do sistema jurídico, sua teoria é das mais influentes do século XX. A pureza mencionada na obra *Teoria Pura do Direito* procurava construir uma unidade para a ciência jurídica, por isso a hierarquia torna-se tão importante, visto que separa o seu objeto de qualquer ponto metafísico. Hodiernamente ainda existe influência de sua teoria dentro da organização do Estado, o que se investiga

aqui é se ela ainda é suficiente diante dos avanços de novas ordens jurídicas, tanto em harmonia com o Estado como com as estruturas extra estatais e paraestatais.

Losano, por sua vez, sistematiza todo o direito de forma histórica o que permite a análise do que seria de fato o sistema, e como evoluiu de uma estrutura hierárquica para uma estrutura heterárquica.

O ponto fundamental está em Luhmann que por intermédio da biologia estende o conceito de sistema das ciências naturais para as ciências sociais, principalmente para o direito e, também, com o destaque para a comunicação que resulta na autopoiese.

2.1. O conceito de estado hierárquico

A ordem jurídica designa o sistema legal de um Estado. Trata-se do conjunto de normas e regras que organizam a vida em sociedade, garantindo a segurança e a justiça. Neste sentido, analisaremos o conceito de ordem jurídica e como surge a noção de sistema dentro do Direito com a sua importância e os elementos que integram os conceitos.

As normas jurídicas compostas por princípios e regras são constituídas e utilizadas por intermédio do sistema legal de um Estado. Tem como escopo assegurar a paz, a segurança e a defesa de todos os direitos e deveres fundamentais de uma sociedade. Pode ser compreendida como um conjunto de princípios e valores que direcionam as ações dos indivíduos e instituições. A globalização pode alterar essa percepção da ordem jurídica como sistema, segundo Celso Campilongo (2011):

A teoria do direito de diferentes perspectivas, sempre entendeu a ordem jurídica como um sistema. A globalização econômica relativiza essa ideia? Depende muito do que se considere sistema. Caso a definição seja dada a partir do exame das características formais do sistema – unicidade, estabilidade das fontes, hierarquia das normas, completude do ordenamento, coerência – muito provavelmente a globalização desconfigure completamente a noção de sistema jurídico. O direito da sociedade global expande-se num ambiente de crescente complexidade. De um lado. Dá-se a crise regulatória do direito estatal, frequentemente acusado de não garantir expectativas de direitos e de não se ajustar ao aumento das possibilidades de ação e escolha gerada pela revolução

tecnológica. De outro lado, mas não menos importante, os modos de produção do direito mundial são difusos, policêntricos, autorregulativos. (Campilongo, 2011, p. 140).

A Constituição é o principal elemento na estabilidade de uma ordem jurídica, representa o alicerce do sistema legal, estabelecendo todas as diretrizes normativas, bem como os limites e as competências do poder público. Além da Constituição, a ordem jurídica é composta por diversas outras normas que se originam do Estado, como define Kelsen (2009, p. 33) em sua *Teoria Pura do Direito*: “Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas terem o mesmo fundamento de validade”.

Outro ponto chave para compreensão da ordem jurídica é o Poder Judiciário, uma vez que, ele é responsável por aplicar as normas postas pela Constituição. Além da norma base, da Constituição, e do Poder Judiciário, a ordem jurídica é fundamentada por outros elementos: justiça, valores, jurisprudência, direitos humanos, entre outros. Todos esses elementos integram dentro da visão clássica⁷, o sistema hierárquico.

2.2. O estado hierárquico em Kelsen

A *teoria pura do Direito* de Hans Kelsen é a principal obra do pensamento positivista jurídico do século XX. Para o autor, o direito deve ser separado de tudo que não pertence ao seu objeto, como valores morais, políticos ou sociais, para chegar num entendimento objetivo.

Conforme Kelsen, o direito é um sistema, uma ordem jurídica autônoma, formada por normas jurídicas que são hierarquicamente organizadas e que responde apenas a outras normas jurídicas dentro da pirâmide normativa, sem qualquer ligação com uma realidade de fora. Sua teoria pura do direito, portanto, possui uma abordagem formal, o que torna um sistema fechado, desvinculado da axiologia:

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e

⁷ Por visão clássica compreende-se o sistema hierárquico, como será exposto adiante.

excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito (Kelsen, 2009, p. 1).

Para ele, as normas são criadas por um ato de vontade do poder constituinte, que é de onde nasce a validade do direito. A validade das normas jurídicas sempre dependerá da norma hipotética fundamental, que sustenta todo sistema jurídico. A função de um juiz em sua teoria é a de interpretar as normas jurídicas conforme os critérios estabelecidos pelo Estado, de onde sai a autoridade responsável por criar a norma sem ligação com os valores ou interesses externos ao direito. Para ele o juiz limita-se a aplicar a norma jurídica válida, sem nenhum juízo de valor ou interpretações subjetivas, seguindo uma hierarquia estática.

Dentro da teoria pura a noção de Estado é balizada por uma ordem normativa, isso quer dizer um conjunto de normas que regulam todas as relações da sociedade. O Estado é a fonte do direito, de onde retira a validade, ademais a sua função é criar as normas que são seguidas pelos membros da sociedade. Kelsen ainda afirma que, o Estado possui autonomia e detém sozinho o monopólio do uso da força para impor as normas.

O Estado não é uma entidade mística, mas sim uma invenção humana, que surge da necessidade de estabelecer normas. Portanto, estabelece-se como uma instituição jurídica, não uma entidade política ou econômica. Além disso, não deve ser confundido com a sociedade, por ser independente com suas próprias normas e objetivos:

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda mística, não pode apreender a sua essência de outro modo que não seja concebendo essa figura social – tal como já tem feito nas indagações precedentes – como uma ordem de conduta humana (Kelsen, 2009, p. 316).

A hierarquia do direito é outro aspecto primordial da ordem jurídica, afirma que as normas jurídicas estão colocadas em diferentes níveis, sendo as normas superiores responsáveis por controlar e dirigir as normas inferiores. Nesse sentido, Adeodato (2013):

Daí a imagem da estrutura hierárquica e piramidal do ordenamento jurídico e a rejeição da separação entre criar e aplicar o direito. Toda

norma jurídica é aplicação, em vista das normas que lhe são superiores no sistema, e é criação, em relação às normas inferiores. Toda aplicação do direito pressupõe interpretação, não há sentido no brocardo *in claris*. A norma jurídica passa a ser considerada gênero do qual a lei é espécie. Outras espécies são a sentença, a jurisprudência, o costume, o tratado etc (Adeodato, 2013, p. 219).

Além disso, a hierarquia do direito não se confunde com a hierarquia das instituições. Uma vez que, as normas jurídicas são ordenadas de forma autônoma aos sujeitos que as criam e aplicam. A hierarquia do direito, portanto, é um atributo intrínseco da ordem jurídica, e não um tema de poder ou autoridade. As normas jurídicas devem ser coerentes e sólidas, para evitar contradições e conflitos.

2.3. A evolução dos sistemas jurídicos de Losano

Mario Losano, por sua vez, desenvolve uma abordagem que considera o direito como um sistema complexo de valores. Em sua teoria o sistema não é analisado somente como um agrupamento de normas, mas como um conjunto de valores e princípios. Para o autor, o sistema jurídico é composto por três elementos básicos: normas, valores e instituições. As normas são as regras jurídicas que estabelecem a conduta humana, os valores são os princípios éticos que direcionam a aplicação das normas e, por fim as instituições são as organizações e estruturas sociais que asseguram o cumprimento do sistema jurídico:

Eis então o filósofo do direito propor, segundo os critérios de sua disciplina, um modelo de sistema jurídico bem diverso daquele dos comparatistas, mas igualmente abrangente: Um sistema jurídico completo deveria conter: 1. Todos os princípios que podem ser levados em consideração em um ordenamento jurídico, ou seja um mapa completo dos critérios de justiça; 2. Todas as situações existenciais (e regras que a regem que podem ser levadas em consideração (Losano, 2010, p. 190).

Para ele, o direito não pode ser entendido de maneira isolada, e sim como parte de um sistema maior. Nesse sentido, o sistema jurídico sofre influência cultural e política as quais mudam a sua dinâmica. Assim afirma Losano (2007, p. 14): “A história do direito,

e talvez a história da humanidade, é condicionada pelas três revoluções da escrita, da imprensa e da informática”. Então, o direito também deve ser visto como um processo eficaz de transformação, apropriado para responder às mudanças as demandas da sociedade. Sua teoria tem como base a concepção de que o direito não é somente um agrupamento de regras abstratas e universais, mas um sistema de valores.

Em seu livro *Os Grandes Sistemas Jurídicos* (2007) o autor destaca que os sistemas possuem características próprias. Na introdução argumenta sobre os sistemas jurídicos e as suas principais diferenças. Sua teoria dos sistemas refere-se aos sistemas jurídicos da Europa, o *civil law*, e mais precisamente do Reino Unido, o *common law*. Sua teoria será importante para a compreensão das organizações internacionais e das regras econômicas que são impostas para todos os outros Estados, conforme aponta:

Nesse sentido, costuma-se contrapor o Common Law ao Civil Law, entendendo por este último o direito europeu continental de origem romanística. Durante toda a época dos Tudor e dos Stuart, existiu uma áspera luta entre os tribunais que aplicavam o direito romano e os tribunais do Common Law, oriundos da especialização da cúria regis (Court of Exchequer para questões fiscais, mas também civis; Court of King's Bench, para crimes contra a paz do rei, ou seja, para delitos penais; Court of Common Pleas, para aplicar o Common Law aos súditos) (Losano, 2007, p. 327-328).

Losano aborda a história e a evolução dos sistemas jurídicos, destacando suas instituições e fontes de direito. Ele realiza uma análise crítica contundente das vantagens e desvantagens de cada um, bem como das convergências entre esses sistemas, aspecto crucial para a compreensão das normas trazidas pela globalização. Em um primeiro momento analisa o sistema romano-germânico, o chamado *civil law*, usado na maioria dos países da Europa, o qual tem como principais características: a codificação, a fonte na lei escrita e a presença de tribunais.

Outro sistema analisado em sua obra é o sistema anglo-saxão, o *common law*, tradicionalmente usados em países de língua inglesa, e que tem como características a utilização dos precedentes judiciais, a valorização da jurisprudência e, ao invés dos tribunais, a presença de um júri popular em certos julgamentos. Nesse sistema há um juiz adversarial, que tem o papel de defender os interesses das partes em litígio.

Losano também examinou o sistema de direito socialista, frequente em países como China e Cuba, e o sistema de direito islâmico. São sistemas jurídicos peculiares, pois um possuem uma forte influência da religião, enquanto o outro, socialista, tem a preocupação com uma igualdade social. Além de trazer também uma análise sobre o sistema soviético, o autor aponta que:

Como o direito soviético é permeado de ideologia e de política de modo mais explícito que os direitos ocidentais, a forma do direito codificado é chamada a se preencher de conteúdos políticos. Consequentemente, o direito soviético é tratado ao lado - e não dentro - dos direitos da Europa continental, por três razões, que não são jurídicas, mas políticas:

- 1) é um direito codificado, ao qual é confiada a tarefa de contribuir para realizar a sociedade comunista, oposta à sociedade burguesa, cujo bom funcionamento é o objetivo dos códigos tradicionais;
- 2) é um direito que, nascido do tronco europeu continental, rompeu com essa sua origem no plano político, mas não no formal;
- 3) é um direito "imperial", pois impôs seus modelos a Estados de culturas diferentes. Aliás, na Europa, foi o último direito "imperial", depois que a descolonização fizera recuar os direitos francês e inglês em favor, por exemplo, do direito islâmico (Losano, 2007, p. 151).

Losano quando analisa os sistemas a partir do século XX percebe que existem sistemas que são externos e outros que são internos. O sistema externo seria uma herança da filosofia clássica alemã e da teologia, ou seja, fruto da "estrutura da atividade do jurista" (Losano, 2010b, p. 2). Até Kelsen, os juristas concebem o direito como um objeto externo que precisa ser ordenado inclusive por outras ciências que não pertencem a ele. Conforme afirma:

No plano histórico e com referência ao direito, a passagem de uma para outra concepção pode ser reduzida a uma evolução razoavelmente linear. Por séculos, trabalhou-se para criar sistemas externos ao direito, sem, todavia, manter claramente distinto o plano conceitual da ciência sobre um certo objeto daquele do objeto de uma certa ciência (Losano, 2010b, p. 02).

O sistema externo seria um produto de esquemas expositivos, o jurista olha para ele como um ponto de chegada, como se fosse um quebra-cabeça que precisa ser

organizado. A estrutura encontra-se presente na própria realidade que havia sido introduzida pelo legislador. Assim segue o raciocínio:

O sistema pode ser o ponto de chegada ou o ponto de partida da atividade do estudioso e, em particular, do jurista. O sistema como ponto de chegada é uma construção intelectual que coloca ordem numa realidade caótica; é uma rede cognoscitiva que se superpõe ao seu objeto: é o terminus ad quem, ou seja, o fim a que tende a atividade do estudioso; é um sistema externo ao objeto estudado. Ao contrário, o sistema como ponto de partida é uma estrutura ínsita no objeto estudado; a tarefa do estudioso consiste em descobri-la e em descrevê-la; o sistema é o terminus a quo, o ponto de partida da atividade de pesquisa; o sistema é um sistema interno ao objeto estudado (Losano, 2010b, p. 2).

Enquanto o sistema interno seria autorreferente, uma estrutura lógica dentro seu próprio rigor científico, é o ponto de partida para a compreensão da ciência jurídica, não precisa encontrar respostas em uma realidade fora. Dentro de seu interior existe uma ordem, linguagem própria, é um sistema completo. Nesse sentido, Losano (2010b) faz a seguinte metáfora:

O jurista que enfrenta o direito positivo com a convicção de que em seu interior exista uma ordem, uma estrutura, ou seja, um sistema, opera não como um pedreiro que combina, segundo um plano, os tijolos amontoados, mas como um arqueólogo, que com os confusos fragmentos desenterrados deve reconstruir um arco ou uma fachada preexistente. O fragmento isolado do edifício, não tem mais um valor autônomo, mas adquire sentido e importância pela sua inserção em um plano preexistente, desta vez, na própria realidade (que o arqueólogo deve apenas “repensar”) (Losano, 2010b, p. 6).

O sistema interno trata da relação entre as normas, em uma concepção formal, não existe a busca pelo motivo da norma ser criada, não importa o ponto metafísico de onde partiu, mas sim o modo como foi feita. Toda a ordem está contida dentro do próprio sistema.

No sistema externo os precedentes considerados válidos para as outras ciências, também são os precedentes válidos para o direito, a resposta está fora dele mesmo. Enquanto no sistema interno a lógica está toda contida nele mesmo, ele é autorreferente.

Dentro da estrutura do sistema interno trazida por Losano encontram-se várias teorias como a do Kelsen, citada amplamente em seu livro, e a de Luhmman que analisaremos a seguir.

Outra consideração interessante sobre o sistema interno é que, segundo Losano, este seria um sistema em desenvolvimento, porque sua investigação ocorre a todo momento, uma vez que não trabalha com elementos externos já definidos por outra ciência. Conforme ressalta:

O sistema de desenvolvimento se rege sobre “a viva produção de um princípio”. As partes do sistema, portanto, já não estão conexas entre si por características externas, mas por um preciso nexos interno: a reconduzibilidade a um único fundamento (Losano, 2010b, p.19).

Sua classificação em sistema interno e externo nos ajuda a compreender a dinâmica da pluralidade de fontes. Existe uma comunicação entre os sistemas e dentro dos sistemas, daí o resultado da bifurcação exposta pelo autor. Outro ponto importante levantado é o reconhecimento das relações não hierarquizadas que em sua obra são chamadas de sistema móvel e sistema aberto.

O sistema móvel refere-se à jurisprudência dos interesses de Willburg que considera os valores e os princípios utilizados pelo juiz na interpretação como direito positivo. Os princípios trazidos para o sistema interno do juiz não precisam ser os tradicionais do direito, podem ser qualquer um que facilite o seu processo hermenêutico. Mas, para serem aplicados precisam do reconhecimento do legislativo. É um sistema que serve para os casos extremos, em que há uma lacuna. Segundo Losano (2010b):

O sistema móvel, serve para os casos limites, nos quais pareça incerta ou ausente a regra a ser aplicada; na maior parte dos casos, porém funciona bem o tradicional caso concreto rígido, fixado pela lei e interpretado segundo os cânones do sistema tradicional. Portanto, o sistema móvel coloca-se ao lado do sistema tradicional, mas não o substitui: o sistema móvel, raciocinando *de lege lata*, representa apenas um instrumento metodológico ao lado dos outros (Losano, 2010b, p. 269).

O sistema móvel nos remete muita a estrutura do direito internacional. Por exemplo, para uma regra de um organismo ser válida no Brasil, é necessário que haja a

ratificação de um tratado, só assim ela entre no sistema. Então, uma norma introduzida por uma empresa transnacional, ou até uma decisão arbitral internacional precisam ingressar na ordem jurídica, preza-se a soberania estatal.

Não existe tanta diferença entre o sistema aberto e o sistema móvel. O sistema aberto é fundamentado por Canaris e refere-se aos princípios jurídicos mais tradicionais. Conforme Losano (2010b):

Para Canaris, o sistema é algo próprio exclusivamente do direito (sistema interno). Ele remonta até os princípios jurídicos mais gerais, sem, contudo, efetuar a última passagem: aquela que, partindo dos princípios jurídicos, conduz aos princípios éticos. Assim, a noção de completude não é para ele um requisito do sistema jurídico: o seu é, efetivamente, um sistema aberto a todos os valores, que estão, porém fora do direito (Losano, 2010b, p. 311).

Dentro da lógica do sistema aberto, os princípios são os modificadores da legislação, é um sistema marcado pela mutabilidade. Enquanto o sistema móvel estaria engessado pela espera da produção legislativa. Pode-se dizer que o sistema aberto se assemelha ao consuetudinário em que os costumes são utilizados para atualizar o direito.

A teoria sistêmica do Losano é uma grande compilação das diversidades de estudos sobre os sistemas jurídicos, contudo, ainda é realizada sobre uma visão dentro de um Estado hierárquico. Ele não se preocupava com a globalização e nem com a produção normativa que eram criadas pelos atores que emergiam nesse novo cenário, como é o caso das empresas transnacionais, trata-se de uma teoria conservadora.

Algo que analisaremos será como esses sistemas jurídicos dialogam, sendo que na contemporaneidade essas diferenças não criam limites para a criação de normas jurídicas que não advêm somente da estrutura estatal, como a produção normativa interna das transnacionais e dos organismos internacionais.

2.4. A origem da teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas é um conceito criado de forma interdisciplinar que parte principalmente da Sociologia e da Biologia, mas que tem sido aplicado com frequência no Direito, área na qual a ideia de sistema é utilizada desde o século II a.C, conforme aponta Losano (2010a,):

No direito (sem dúvida, o legado de maior relevância da civilização romana), o termo “sistema” entrou mais tarde sob a influência bizantina, mas a exigência de ordenar o material jurídico esteve presente a partir da época clássica, ou seja, aproximadamente desde o século II a.C. A compilação ordenada por Justiniano foi ciclópica empresa sistemática, mesmo que seu produto fosse chamado de *Digestum* ou *Corpus iuris* (Losano, 2010a, p. 3).

Na modernidade, a teoria dos sistemas é um conceito criado de forma interdisciplinar, que parte principalmente da Sociologia e da Biologia. Define o Direito como um conjunto de elementos interdependentes que se relacionam de forma a atingir um objetivo comum: a segurança e aplicação das normas oriundas do Estado. A teoria dos sistemas tem sido utilizada para analisar o funcionamento de todos os sistemas jurídicos, examinando a interação entre os seus diferentes elementos e atores, bem como as consequências desses intercâmbios para a efetividade do aparelho estatal e paraestatal.

A teoria dos sistemas foi intensificada no começo do século XX por biólogos, os quais foram importantes para a abordagem desenvolvida posteriormente na sociologia de Luhmann (1927-1998). Ludwig von Bertalanffy foi um dos percussores que procuravam uma abordagem interdisciplinar para a apreensão do que eram os chamados sistemas complexos:

O pensamento em termos de sistemas desempenha um papel dominante em uma ampla série de campos, que vão das empresas industriais e dos armamentos até tópicos esotéricos da ciência pura, sendo-lhe dedicadas inumeráveis publicações, conferências, simpósios e cursos (Bertalanffy, 2010, p. 21).

Posteriormente, a teoria foi expandida para outros campos, como a Sociologia, a Psicologia, a Administração e o Direito, onde se tornou um instrumento relevante para analisar as organizações e os sistemas sociais. Foi a partir de 1970 com Luhmann que a teoria dos sistemas começou a ser utilizada pelo Direito, quando se tornou uma ferramenta para o exame da interação entre diferentes elementos do sistema jurídico:

Portanto, uma teoria da sociedade tem de se dedicar ao direito da sociedade. E, uma vez que as figuras mais ambiciosas do direito se encontram na sociedade – e somente na sociedade -, isso vale até para as conexões mais sutis da semântica jurídica e para toda e qualquer decisão que venha a ser tomada no direito (Luhmann, 2016, p. 7).

A teoria dos sistemas no direito ressalta a importância da interdependência entre todos os elementos e a cooperação efetiva entre eles para assegurar o funcionamento do sistema. Luhmann (2016) analisa como é a comunicação dentro do sistema e como é preciso uma comunicação clara para garantir que as decisões jurídicas sejam bem colocadas.

Na biologia, o principal expoente da teoria dos sistemas foi Humberto Maturana (1928-2021), o qual trouxe uma abordagem que ressalta a interdependência entre os pontos integradores do sistema e a *autopoiese* como um processo central para a conservação dos sistemas vivos. Assim expõe:

Reconhecer que aquilo que caracteriza os seres vivos é sua organização autopoietica permite relacionar uma grande quantidade de dados empíricos sobre o funcionamento celular e sua bioquímica. O conceito de autopoiese, portanto, não contradiz esse corpo de dados - ao contrário, apoia-se neles e propõe, explicitamente, interpretá-los de um ponto de vista específico, que enfatiza o fato de os seres vivos serem unidades autônomas (Maturana; Varela, 1995, p. 88).

Maturana indica que os sistemas vivos possuem a aptidão de criar e conservar suas próprias fronteiras, separando-se daquilo que pertence ao ambiente externo, mas sem deixar de manter um intercâmbio constante com ele. Esse intercâmbio é essencial para a sobrevivência dos sistemas vivos. Conceito que pode ser extrapolado para outras áreas, conforme aponta o autor:

Possuir uma organização, evidentemente, é próprio não só dos seres vivos, mas de todas as coisas que podemos analisar como sistemas. No entanto, o que os distingue é sua organização ser tal que seu único produto são eles mesmos, inexistindo separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e esse constitui seu modo específico de organização (Maturana; Varela, 1995, p. 89).

Dentro do direito, a sua teoria tem sido utilizada para compreender o intrincado de relações existentes na sociedade, incluindo as leis, as instituições jurídicas e os atores envolvidos. Um dos principais pontos de sua teoria que pode ser usado no direito é a noção de que os sistemas vivos são caracterizados por um processo completamente autônomo de produção, isso quer dizer que o próprio sistema é capaz de se autorregular e adaptar às mudanças. Significa também que o sistema jurídico consegue se modificar e se desenvolver ao longo do tempo, correspondendo às mudanças sociais, políticas e econômicas.

Maturana (1995) destaca como funciona a cognição na formação e na manutenção dos sistemas vivos:

Usamos a palavra “autonomia” em seu sentido corrente – ou seja, um sistema é autônomo se puder especificar suas próprias leis, aquilo que é próprio dele. Não estamos sugerindo que os seres vivos são as únicas entidades autônomas: certamente não o são. Mas uma das características mais evidentes dos seres vivos é sua autonomia. Estamos propondo que o modo, o mecanismo que toma os seres vivos sistemas autônomos é a autopoiese, que os caracteriza enquanto tais (Maturana; Varela, 1995, p. 88).

O método de cognição dos atores envolvidos no processo jurídico serve para a formação e interpretação das leis e para a resolução dos conflitos. A cognição jurídica envolve a hermenêutica e a aplicação do conhecimento jurídico para a tomada de decisões, o sistema jurídico está constantemente interagindo com outros atores. Essas interações podem influenciar na formação das normas, bem como na mudança do sistema jurídico.

2.5. Teoria dos sistemas de Luhmann

Fortemente inspirado por Maturana, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1927-1998) é uma das principais correntes da sociologia do século XX. Criada na década de 1970, apresenta uma abordagem que compreende a sociedade como um conjunto de sistemas interligados. Segundo o autor:

Isso se evidencia, sobretudo, na relação da ciência do direito com a sociologia. Para a ciência do direito, trata-se de um ordenamento normativo. Já a sociologia, a depender da tendência teórica, ocupa-se de comportamento social, das instituições, dos sistemas sociais – portanto, de algo que é -, e, assim, lança desafios a prognósticos e explicações (Luhmann, 2016, p. 18).

Diferente dos positivistas, como Kelsen e Hart, sua concepção sistêmica e hierárquica não parte das regras jurídicas e nem das estruturas, mas sim das comunicações operacionais, ou seja, a relação existente entre sistema e ambiente. Nesse sentido:

Ao contrário de muitos juristas, por “sistemas” não entendemos uma interconexão de determinadas regras, mas uma interconexão de operações factuais, que como ações de comunicação operacionais, devem ser comunicações, independente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito (Luhmann, 2016, p. 54-55).

Um sistema operativo fechado não significa um sistema isolado, o que acontece é que estão fechados na sua rede de operação para a produção em ciclo e nesse processo separa o que pertence ao sistema e o que pertence ao ambiente.

De acordo com Luhmann (2016, p. 77) “o sistema jurídico é uma máquina histórica, uma vez que toda operação autopoietica modifica o sistema”. Para ele o sistema é uma unidade que se difere do seu ambiente por intermédio da autopoieses, ou seja, se mantém seu funcionamento através de processos de comunicação. Sendo a comunicação um pilar da teoria dos sistemas, pois os sistemas são desenvolvidos por meios de comunicação que acontecem por elementos simbólicos, tais como, palavras,

gestos, imagens, dentre outros. A comunicação é o instrumento de reprodução da sociedade, por isso a importância de compreender sua teoria para analisar o diálogo entre o Estado e as empresas transnacionais, pois cada um tem seu próprio sistema operativo fechado. A autopoiese é um conceito desenvolvido dentro da teoria dos sistemas. Para Luhmann (2016) todos os sistemas sociais são autopoieticos, caso contrário não seriam sistemas, uma vez que são capazes de se autodesenvolver e de se organizar apenas pelas ligações internas de comunicação.

É por meio da autopoiese que os sistemas sociais se tornam independentes e autônomos ao ambiente externo, por isso não há a necessidade de estabelecer um materialismo histórico para a sua teoria. Eles são capazes de criar sua própria realidade e de se reproduzir por meio de processos internos de comunicação. A este respeito Luhmann (2016, p. 65) aponta que:

sistemas autopoieticos são atrelados ao tipo de operação, e isso vale tanto para a produção das operações seguintes como para as estruturas. Em outras palavras, não há nenhuma “diferença de essência” ou “diferença material” entre operação e estruturas (Luhmann, 2016, p. 65).

O sistema jurídico é autopoietico por ser apto de se reproduzir e se manter, sem necessitar de outros sistemas sociais. Essa autonomia só é assegurada pela sua competência de operar com suporte em um conjunto de normas e processos que são postos e aplicados pelos próprios atores desse sistema jurídico.

Outro ponto importante do sistema jurídico em Luhmann é a capacidade de comunicação. Segundo o próprio autor: “A operação de base, pela qual o sistema social se delimita em relação ao seu ambiente, pode ser designada como comunicação” (Luhmann, 2016, p. 73). O sistema jurídico é capaz de se harmonizar com outros sistemas sociais e essa comunicação é intercedida pela linguagem do direito, que tem um conjunto específico de conceitos, termos e expressões que são imediatamente reconhecidos pelos atores do sistema. O autor afirma que:

reconhecer o direito como direito é suficiente para movimentar a administração da justiça como autopoiese social. Porém, ela não é suficiente para que o sistema do direito se feche, ou seja, para que ele

remeta exclusivamente ao contato consigo mesmo. O direito encontra-se inserido em ordens sociais gerais e é dependente de estruturas, que, por sua vez, servem a outras funções (por exemplo, a da família, ou a da moral encoberta por uma religião), e encontra-se codeterminado, sobretudo, pela estratificação social e pela crucial diferença entre cidade e campo (Luhmann, 2016, p. 78).

Também ressalta a decisão judicial como a forma mais significativa de produção do direito, pois é a partir dela que são colocados novos precedentes e normas que direcionam as ações dos atores do sistema, além de pacificar a sociedade. Em sua teoria existem limites dentro do sistema jurídico, pois o sistema jurídico não é capaz de solucionar todos os problemas da sociedade e, em alguns momentos, a sua atuação pode gerar novos conflitos conforme será apresentado em outro momento da presente pesquisa. Além disso, ele também destaca a dificuldade do sistema jurídico em administrar questões mais complexas como a moral e a ética.

Segundo Luhmann o Estado é uma instituição que exerce uma função característica dentro do sistema social. Isso porque, o Estado será necessariamente responsável por trazer a segurança jurídica para dentro da sociedade e de conservar a ordem pela aplicação da lei. Assim como o sistema jurídico, o Estado é autônomo e age de forma independente dos demais sistemas existentes na sociedade.

Trata-se de um sistema fechado, diferente dos demais, porque se comunica apenas consigo mesmo. Ademais, não pode ser analisado por fatores externos, pois tem suas próprias estruturas e dinâmicas. A esse respeito Luhmann (2016) afirma que existe uma autopoiese do Estado, sua competência de se autorregular e de se reproduzir como um sistema autônomo:

O Estado é unicamente o centro do sistema político, a pressupor processos periféricos dos agrupamentos políticos e o disciplinamento na forma dos partidos, além dos processos que geram consenso e diuturnamente medeiam os interesses que se mostram interessantes para a política. Para poder continuar a cumprir sua função de provedor, a periferia política dispõe de liberdade maior do que a do próprio Estado (Luhmann, 2016, p. 448).

Nesse sentido, oferece uma perspectiva singular sobre o Estado por ser um sistema autônomo, que se comunica apenas consigo mesmo e que tem como função principal fornecer a segurança jurídica e a ordem. A teoria de Luhmann traz uma concepção de soberania que se distancia da tradicional, porque a soberania não se refere mais ao poder absoluto e centralizado do Estado sobre o povo e o território, mas à aptidão que um sistema social tem de tomar decisões sem interferência externa.

A soberania torna-se, portanto, uma propriedade dos sistemas sociais que lhes permite manter sua identidade, independentemente dos outros sistemas. Assim sendo, a soberania não pode ser tomada ou abdicada, mas sim construída e mantida pelos próprios sistemas sociais.

Portanto, a soberania vira um conceito central para o entendimento da política moderna, porque é através dela que se estabelece relação entre o Estado e a sociedade. Para Luhmann, o Estado é marcado pela sua competência em tomar decisões que não estão submetidas a nenhum controle externo. Mas, a soberania não será absoluta, uma vez que, está dentro do contexto internacional e sofre pressões dos outros Estados e de outras organizações. Sendo assim, Luhmann afirma (2016, p. 571) “a fórmula do Estado do direito expressa uma relação recíproca e parasitária entre política e direito”. O autor também destaca que a soberania não fica limitada ao Estado, porque pode ser encontrada em outros sistemas sociais como organizações sociais, movimentos sociais e principalmente as empresas transnacionais. Sua concepção de soberania tem um enfoque prático, não é apenas conceitual, porque contribui para entender melhor as novas dinâmicas e as tomadas de decisões que orientam a sociedade complexa e globalizada.

No próximo capítulo, daremos ênfase à análise aprofundada do conceito de Estado Heterárquico. Nesse contexto, concederemos especial destaque às perspectivas de Teubner, que aborda a fragmentação normativa e a pluralização do Estado como elementos fundamentais desse paradigma. Além disso, promoveremos uma minuciosa investigação sobre as origens do Estado Heterárquico, conforme proposto por Vesting. Este último contribui com a concepção de um sistema jurídico em rede, uma abordagem que será meticulosamente explorada ao longo do capítulo.

3. O ESTADO HETERÁRQUICO

O Estado heterárquico pode ser conceituado como uma forma de organização política-administrativa em que o poder está descentralizado, de maneira horizontal e fluida entre diferentes atores, sem que nenhum tenha um controle total. Nesse ponto, o Estado não é o centro do poder e nem o único que estabelece normas jurídicas, mas sim um integrante de uma rede que interagem entre si, formando um enredado de relações de poder. Trata-se de um poder distribuído entre diferentes atores, tais como: o governo, as empresas e os organismos internacionais. A divisão de poder é fruto da globalização, fundamentada em princípios de negociação e compromisso, mas também em pressão política e econômica.

A abordagem teórica e empírica do Estado heterárquico ganha relevância no estudo sobre soberania estatal, uma vez que, trabalha questões sobre poder, aplicação das normas e relações internacionais. Contudo, para que exista uma aplicação legítima é preciso enfrentar embates políticos, econômicos e uma profunda discussão sobre as fontes do direito, porque geram mudanças nas estruturas do estado hierárquicos, conforme analisamos no capítulo anterior.

3.1. Teubner: A Fragmentação Normativa e a Pluralização do Estado

Gunther Teubner ficou conhecido por suas contribuições para o campo do direito e da teoria social. Discípulo de Luhmann e de sua teoria sistêmica, explora a intrincada relação entre o Estado e a sociedade, abordando questões como a autonomia do direito em relação ao Estado e as mudanças políticas-administrativas advindas da globalização. Trata-se de um autor de extrema relevância para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Para Teubner (2020) o direito não pode ser diminuído a um mero comando do Estado, pois possui uma lógica própria, a sua legitimidade independente das ações estatais. Nesse sentido ressalta que o direito tem normas, princípios e instituições que

possuem uma estrutura interna de validação, funcionando com um sistema de autorreferência. Conforme aponta Teubner (2020):

“Constituição” da sociedade civil através de sua não constituição estatal – esse paradoxo caracteriza o constitucionalismo liberal. Ele concentra a constituição no Estado, conscientemente não a estende às ordens sociais parciais. Constituições liberais são expressamente limitadas às instituições políticas em sentido estrito. Atividades sociais devem permanecer livres do Estado e não ser submetidas às normas da constituição estatal. A dimensão constitucional da separação entre Estado e sociedade concretiza-se nessa abstenção. A isso se presta, ao mesmo tempo, o entendimento dos direitos fundamentais como espaços de liberdade dos indivíduos, que são protegidos por meio de direitos de defesa frente às intervenções estatais, mesmo as de natureza jurídico-constitucional. Atividades sociais não são atribuídas às instituições sociais, mas sim aos próprios indivíduos agentes, que ordenam seus âmbitos de liberdade sem a constituição do Estado (Teubner, 2020, p. 21).

Sendo assim, O Estado seria apenas um entre diversos sistemas sociais não podendo ser o único gerador de normas jurídicas. Enquanto, o direito seria um sistema autônomo, capaz de criar suas próprias regras e adaptá-las à realidade social, sem estar dependente do Estado. Dessa forma, perde a posição que tinha no sistema hierárquico, na qual detinha o monopólio do ordenamento jurídico e forma-se o sistema heterárquico.

Outro aspecto relevante trazido em sua teoria é a noção de pluralização do Estado, cuja estrutura foi ficando mais intrincada e fragmentada, com a diversidade de atores e entidades que cumprem a função normativa. A partir dessa pluralização ocorre uma redistribuição da soberania estatal, alterando as relações dos outros sistemas sociais. Para o autor:

Quando sistemas funcionais se interligam recursivamente em um plano mundial, emancipando-se com isso da dominância da política estatal nacional, faz falta uma instância limitadora, apta a conter sua tendência centrífuga e a regular seus conflitos. Contudo, a problemática constitucional não se esgota com essa questão de coordenação. Como mostrado especialmente por Pradini, a coordenação de sistemas autônomos, os quais ultrapassam a obrigatória limitação externa imposta à suas opções de ação, é apenas uma parte da mais abrangente problemática constitucional, resultante de sua autonomia artificialmente sustentada. O problema constitucional em questão consiste em saber se – e em caso afirmativo, como – os sistemas parciais podem adquirir maior

grau de autonomia no plano global, caso não haja instituições político-jurídicas que apoiem esse processo e que este seja até mesmo obstado pela política e pelo direito estatais-nacionais, com suas pretensões de validade territorial. Nesse caso, os descompassos da globalização são responsáveis pelo surgimento de um conflito entre autofundação constitutiva (Selbstkonstituierung) de sistemas sociais autônomos globais e sua constitucionalização (Konstitutionalisierung) político-jurídica (Teubner, 2020, p. 33).

Por meio desse aspecto, pode-se observar e analisar a relevância de diferentes formas de poder que coexistem além do sistema tradicional, tal como o hierárquico. Assim como as empresas transnacionais, esses autores influenciam a tomada de decisões políticas e alteram a concepção tradicional de soberania estatal.

Outro fenômeno recorrente na perspectiva do autor é a questão da fragmentação normativa que surge justamente da pluralização do Estado. A fragmentação normativa compreende à coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos que agem em âmbitos específicos da sociedade, muitas vezes com estruturas normativas próprias.

Essa fragmentação geralmente ocorre em áreas como o direito internacional, direitos humanos, direito ambiental e, principalmente no marco das empresas transnacionais que não se limitam à legislação interna do país em que estão localizadas. Para o autor a fragmentação não necessariamente enfraquece o Estado, mas pode gerar conexões entre os diversos sistemas jurídicos:

Os representantes do “Novo Constitucionalismo”, assim como os defensores de uma constituição econômica global de caráter ordoliberal, identificam exatamente esse objetivo dos regimes globais, mesmo quando, do ponto de vista político, os avaliam de maneira diametralmente oposta. Tal impulso constitucional direcionado para a autonomia dos sistemas sociais, principalmente no que toca à autonomia dos mercados mundiais, também foi alavancado politicamente no Consenso de Washington dos últimos 30 anos. Ele não promoveu apenas meras regulações políticas, mas também a normatização de princípios jurídico-constitucionais. Tais princípios visavam, no âmbito da economia, a fornecer às empresas transnacionais uma margem de ação ilimitada, a abolir participações governamentais em empresas, a combater o protecionismo comercial e, por fim, a libertar empresas econômicas de regulações políticas. Abrir mercados de capitais nacionais é o princípio norteador das constituições do regime do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. As constituições da Organização Mundial do

Comercio (OMC), bem como do Mercado Interno da Comunidade Europeia, do Tratado Norte Americano de Livre Comercio (NAFTA), o Mercado Comum do Sul (Mercosul) ou da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC) objetivam, por sua vez, a salvaguarda constitucional da liberdade do mercado global e o incentivo de investimento direto (Teubner, 2020, p. 49).

Ao desenvolver a ideia de pluralização do Estado e de fragmentação normativa, Teubner (2020) nos remete à noção de mundo conectado em rede, em que múltiplos atores possuem poder. Essas ideias têm implicações importantes para a pesquisa e a compreensão do papel da empresa transnacional nas transformações estatais e jurídicas atuais.

Conforme apontado no capítulo 2 da presente pesquisa, a concepção tradicional compreende o Estado como uma hierarquia verticalmente estruturada, nesse sentido, há um poder centralizado o criador normativo é o Estado. Porém, Teubner (2020) afirma que o Estado heterárquico nasce como uma resposta aos desafios de uma sociedade globalizada, pluralista e interconectada, uma sociedade que está ligada em rede.

As estruturas estatais não podem mais ser entendidas apenas como sistemas hierárquicos, pois vários problemas contemporâneos ultrapassam as fronteiras nacionais e as estruturas tradicionais do Estado. Como por exemplo é possível citar as questões que envolvem a *lex mercatória*, questões globais ou, sobre o meio ambiente, dentre outros exemplos.

O estado heterárquico concebido por Teubner, é uma estrutura estatal que ultrapassa a estrutura hierárquica tradicional, com uma abordagem mais flexível e colaborativa. Ao contrário do modelo hierárquico, em que o poder é concentrado nas mãos de uma autoridade, o estado heterárquico dissemina o poder entre vários atores desse novo sistema. Assim, busca uma solução para o conflito:

A solução heterárquica de conflitos conhece, no fundo, apenas duas formas: para se internalizar os conflitos em si nos processos de decisão dos regimes colidentes ou para os externalizar em negociações inter-regimes. Ou os conflitos são alocados nas constituições próprias dos regimes ou na cooperação entre eles. Entregar as colisões a fóruns jurídicos próprios do regime ou a um fórum entre os regimes e fora do direito – ambos os casos têm sido institucionalmente realizados em abordagem, de um lado, da jurisprudência dos tribunais dos regimes e, de

outro lado, dos procedimentos de cooperação entre os regimes. O pluralismo constitucional é orientado ao fato de uma dessas duas abordagens de um “metaconstitucionalismo” ser eleita para se obter uma integração, ao menos, mínima dos direitos dos regimes (Teubner, 2020, p. 84).

Há redes e parcerias entre atores estatais e não estatais. Tais redes podem ser entre organizações governamentais e não governamentais. A estrutura heterárquica também está caracterizada por sua flexibilidade. Ela ajusta-se com mais facilidade a mudanças e imprevistos com respostas mais ágeis

Em um estado heterárquico, também a legitimidade não fica monopolizada por uma autoridade estatal como no estado hierárquico. Ao contrário, existe a fragmentação normativa, nascendo de diferentes fontes, como as normas internacionais e as normas empresariais. Assim como afirma Teubner (2020):

A interação entre codes of conduct privados e públicos para empresas multinacionais oferece um nítido exemplo de como o mundo dos Estados desempenha apenas o reduzido papel de impulsor nas constituições de instituições sociais²⁰⁸. Aqui se mostram claras diferenças entre o papel do Estado nas constituições da empresa nacional, de um lado, e das globais, de outro. O soft law internacional, formulado pela ONU em codes of conduct destinados a diversas instituições globais, não é comparável com normas constitucionais vinculantes, tal como prescritas em diversos âmbitos sociais por parlamentos nacionais e tribunais constitucionais (Teubner, 2020, p. 34).

Para Teubner o pluralismo jurídico serve como um mecanismo para compreender a globalização e principalmente para desconstruir a hierarquia do sistema. As normas privadas introduzidas pelas empresas transnacionais costumam serem subjugadas pelo sistema hierárquico, uma vez que não emanam da Constituição. O rompimento da hierarquia gera um novo sistema, o heterárquico que acolhe essas normas. Conforme assinala:

O problema de um constitucionalismo social foi criado pela globalização. Com efeito, ela o modificou radicalmente: ela destrói sua latência. Hoje, em vista da força irradiante da política transnacional – ainda que de intensidade muito menor em comparação com aquela do Estado Nacional –, os agudos problemas constitucionais de outros setores da sociedade

mundial são colocados sob os holofotes. Responsáveis pela nova problemática constitucional são: a fragmentação da sociedade mundial, a desformalização de suas estruturas jurídicas, bem como as novas formas de direcionamento (Steuerung) da sociedade mundial e a questionável legitimidade da nova global governance. Sobre qual base de legitimação os regimes transnacionais regulam esferas inteiras de vida social, adentrando até mesmo nas especificidades da vida cotidiana? Onde se situam as fronteiras dos mercados financeiros globais em sua expansão na economia real e de outros âmbitos da sociedade? Pode-se pretender que os direitos humanos e fundamentais sejam válidos também em espaços não estatais da sociedade mundial, especialmente em face de organizações transnacionais? Diferentemente do que pressupõe o debate atual, com o surgimento de uma sociedade mundial não emerge uma problemática constitucional completamente nova. Pelo contrário, o constitucionalismo social – há tempos presente na realidade do Estado Nacional – coloca-se atualmente diante das questões sobre se e como ele deve se modificar sob as condições da globalidade. A continuidade do problema está atrelada à diferenciação funcional da sociedade, que, com a transnacionalização, se estendeu por todo o mundo. Sua descontinuidade, ao contrário, decorre do fato de que a sociedade mundial desenvolveu estruturas próprias e acelerou tendências de crescimento, algo que o Estado Nacional ainda desconhecia (Teubner, 2020, p. 16).

O Estado-nação encontra um desafio como a única forma de soberania. Com a globalização, as questões ultrapassam as fronteiras por intermédio da colaboração internacional e dos atores não estatais. Existe uma perspectiva complexa sobre a relação entre o direito e a sociedade contemporânea, principalmente sobre a autonomia do direito em relação ao Estado. Há um desafio sobre as concepções tradicionais do papel do Estado na criação normativa e na sua legitimidade. Compreende o estado heterárquico como um fenômeno da globalização com a complexidade e a interconexão de nossa sociedade atual. Nesse sentido, o estado heterárquico nasce como um sistema alternativo ao Estado hierárquico tradicional.

3.2. Origens do Estado Heterárquico em Vesting: O sistema jurídico em rede

Thomas Vesting é um filósofo político e teórico social, sendo uma de suas principais contribuições a abordagem multidimensional sobre o Estado. Segundo ele, o

Estado não poderia ser compreendido como uma mera estrutura burocrática ou um instrumento de controle social.

Uma das principais concepções de Vesting é do Estado como um agente promotor do bem-estar social, não sendo, um ente frio e autoritário, mas sim uma instituição que visa a justiça, o equilíbrio e o bem comum. Sendo assim, o Estado exerce uma função basilar na garantia dos direitos fundamentais, na solução dos conflitos e na construção de uma sociedade mais justa.

Em contraste com esse entendimento mais restrito de Estado social, o conceito de Estado do bem-estar deve ser associado aqui ao conceito de uma ampliação abrangente das tarefas e dos serviços estatais⁶⁴². Se o Estado constitucional e de Direito liberal emancipa as forças de auto-organização da sociedade civil ao mobilizar a liberdade individual na forma de direitos subjetivos, o Estado do bem-estar reage à complexidade das condições de vida na sociedade industrial que isso desencadeia. Como Estado social, o Estado do bem-estar assume a tarefa de promover segurança social para grandes setores da população ativa, por exemplo, na forma de seguro de saúde, seguro-desemprego e fundo de aposentadoria oficiais (Vesting, 2022, p. 75).

Ressalta como é importante a participação dos cidadãos de forma ativa na construção do Estado, apontando que o ideal de democracia é aquele que promove a participação política dos cidadãos, e estimula a diversidade de ideias com respeito ao multiculturalismo.

Para Vesting existe uma diferença entre fragmentação e pluralismo, segundo seu raciocínio o fragmento é uma parte do todo que não pode ser compreendida totalmente. Enquanto a pluralização é um desmembramento da unidade geral com a manutenção de pontos em comum. Nesse sentido, a teoria dos sistemas de Luhmann teria falhado por não reconhecer a cultura dentro dos sistemas, que leva a uma fragmentação. Segundo o autor:

Independentemente de como se possa julgar o envelhecimento da teoria dos sistemas de modo geral⁷⁵¹, a teoria da diferenciação funcional de Luhmann tem a falha de não oferecer um local para a cultura nos sistemas. Em *Sistemas sociais* (1984), a cultura é diluída numa espécie de estoque de temas possíveis para a comunicação social; em *Die*

Gesellschaft der Gesellschaft [A sociedade da sociedade] (1997), a possibilidade da definição de uma memória social é qualificada como uma conquista da cultura. Ambas as definições são bastante insatisfatórias (a mais antiga ainda mais do que a mais nova). A cultura ocidental sempre foi também um meio de permitir a permeabilidade entre diferentes ordens de vida e regiões de sentido, como mostra a história do surgimento do computador, por exemplo, que só dificilmente e com a ajuda de construções adicionais pode ser explicada nos termos da teoria dos sistemas. Essa permeabilidade entre diferentes ordens de vida e regiões de sentido prova que cada fronteira de sistema é ao mesmo tempo uma zona de contato, e os efeitos de transbordamento decorrentes dessas zonas de contato também são constitutivos do Estado moderno e da democracia liberal (Vesting, 2022, p. 89).

Uma solução para o envelhecimento da teoria dos sistemas seria a fragmentação da esfera pública. O Estado do bem-estar social representa uma resposta para a pluralização, uma vez que, dentro da cultura das redes existe uma multiplicação de referências. Vesting compreende que há uma perda de agregação institucional, um deslocamento do eixo de poder, conforme segue:

Nesta teoria do Estado, o Estado do bem-estar tem sido descrito como resposta a uma crescente pluralização da cultura moderna, como reação à emergência de um mundo feito de relações, tal como ele tem sido associado à cultura de massa e à sociedade industrial desde o final do século XIX. O termo “pluralização” aponta, de um lado, para a crise de consciência burguesa que se seguiu à multiplicação de referências universais na forma do aparecimento das mais diversas e incompatíveis visões de mundo, como conservadorismo, socialismo e liberalismo. Por outro lado, trata-se do conseqüente aumento da importância dos grupos e organizações, tal como ele se reflete, por exemplo, na economia, na formação de grandes empresas, e, na política, num aumento da importância de partidos e associações políticas, dos quais o Estado do bem-estar tornou-se dependente de muitas maneiras, transformando-se assim (parcialmente) num Estado cooperativo (Vesting, 2022, p. 94).

No viés econômico do Estado, há um equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade econômica. Existe a importância do mercado como uma estrutura eficiente de alocação de recursos, mas alerta para os perigos de um *laissez-faire* extremo, que resultar na concentração de riqueza e no enfraquecimento do Estado.

Este teria que desempenhar um papel garantidor dos direitos humanos e na proteção dos desfavorecidos. Assim, há a responsabilidade de desenvolver políticas públicas que assegurem a igualdade e combatam a discriminação.

Um direito global nasceria, principalmente, através dos organismos internacionais, como a ONU, por exemplo, que leva a uma ruptura parcial do monopólio do Estado. Interessante que Vesting não defende a constitucionalização de um ordenamento global:

Porém, há que se defender a tese de que não é a constitucionalização do ordenamento jurídico global como tal, mas sua fragmentação, a emergência de regras ou complexos de regras especiais e relativamente autônomos, de instituições jurídicas e de práticas jurídicas independentes, a característica decisiva da evolução mais recente do Direito global. Essa fragmentação dos subordenamentos jurídicos globais deve-se, principalmente, ao desenvolvimento quase inflacionário da formação de suborganizações dentro das Nações Unidas, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Saúde (OMS) ou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) (Vesting, 2022, p. 104).

Já o direito transnacional é formado de uma ideia jurídica completamente autônoma que está fora do Estado, ou seja, fragmentado, e também não pertence aos organismos internacionais, seu foco está nas relações além das fronteiras. Segundo Vesting (2022):

Trata-se, portanto, em primeiro lugar, do Direito da private ordering e, em segundo lugar, também de arranjos híbridos de componentes jurídicos de Direito público e privado, do Direito da internet e da atribuição de domínios, do Direito desportivo global, do Direito comercial, na medida em que este se baseie em tratados, do Direito de proteção de investimentos e daquelas matérias da global governance que não são derivadas de organizações internacionais ou da União Europeia. Isso mais uma vez revela o aumento da importância do ordenamento jurídico global, que se separa do Direito estatal, para, ao mesmo tempo, permanecer dependente dele. No caso do Direito transnacional, porém, esse entrelaçamento não é produzido por uma conexão com o Direito parlamentar nacional, ou seja, com os processos tradicionais da atividade legislativa democrática, mas sim com um novo entendimento da eficácia horizontal de direitos fundamentais como base e limite da formação transnacional do Direito (Vesting, 2022, p. 104).

Thomas Vesting traz o sistema heterárquico como uma opção ao modelo tradicional de organização estatal, o modelo hierárquico. É uma resposta das limitações entendidas nos sistemas que centralizam o poder no Estado. A proximidade das relações de forma horizontalizada leva à criação normativa e não mais a um temor referencial hierárquico, conforme aponta:

Para a teoria dos sistemas, a operação do sistema não mais é uma “aplicação” de um ordenamento dado. Nisso, ela reage às condições específicas à sociedade do presente, no qual o “ordenamento é o resultado da prática, não a sua pressuposição”. O Direito trabalha como um sistema de decisão que processa informações não de modo hierárquico, mas heterárquico, em rede, segundo relações de proximidade e de forma recursiva, i. e., ele aplica operações a resultados de operações e, através de repetição suficientemente longa, filtra aquelas formas capazes de manter a estabilidade sob condições dinâmicas (Vesting, 2022, p. 33).

Em sua teoria o estado heterárquico é marcado por uma rede, composta por diversos atores e organizações que interagem sempre em condições de igualdade. Diferente da hierarquia, em que o Estado possui legitimidade e controle sobre as demais esferas, na heterarquia a estrutura é horizontal, são diversos atores coexistindo em uma relação de interdependência. Segundo o autor:

A ruptura parcial do monopólio do Estado para legislar e a ascensão do Direito humanitário internacional também foram descritos na doutrina como uma transição do Direito internacional como “Direito de coordenação” para o Direito internacional como “Direito de cooperação”. Na doutrina de Direito internacional, também se fala de uma substituição do Direito da sociedade estatal pelo Direito de uma “constituição da comunidade internacional”. Ambas as fórmulas são acompanhadas por uma discussão dificilmente compreensível sobre a constitucionalização do Direito internacional e da comunidade global. Nesta sede, é impossível discutir esse tema com mais detalhes. Porém, há que se defender a tese de que não é a constitucionalização do ordenamento jurídico global como tal, mas sua fragmentação, a emergência de regras ou complexos de regras especiais e relativamente autônomos, de instituições jurídicas e de práticas jurídicas independentes, a característica decisiva da evolução mais recente do Direito global (Vesting, 2022, p. 104).

A estrutura de um sistema heterárquico proposta por Vesting seria uma solução para gerir a complexidade das sociedades atuais, sendo assim, parte da teoria de Luhmann da autopoiese para explicar como funciona o sistema jurídico em rede da sociedade globalizada, conforme segue:

O sistema jurídico autopoietico não está estruturado em forma de pirâmide ou em níveis, ele não é determinado de cima abaixo de modo hierárquico, “mas sempre de modo heterárquico, ou seja, colateral, isto é, em redes de proximidade”. Ele oscila entre um evento e outro e é sustentado exclusivamente por seus próprios modos operacionais recursivos. Ele aplica operações a resultados de operações e filtra por meio de repetição suficientemente longa aquelas formas capazes de manter a estabilidade sob condições dinâmicas, e.g., mediante recurso repetido a formas contratuais já experimentadas, para assim também conseguir solucionar constelações de casos até então desconhecidas. Desse modo, a teoria dos sistemas consome a transição “de um horizonte de problemas hierarquicamente dedutivo para um processo heterárquico (‘de caso para caso’) de formação do Direito” (Vesting, 2015, p. 152).

Há uma distribuição equitativa de poder, sem a concentração em um único agente. Por isso, Vesting (2015) destaca a colaboração e participação dos cidadãos nas decisões políticas. Essa descentralização gera uma maior adaptação às demandas da sociedade e das organizações, evitando a alienação de determinados nichos. A legitimação não está em uma hierarquia cujo Estado está no topo, mas de uma perspectiva horizontal com participação do cidadão e dos novos atores trazidos pela globalização.

No presente capítulo, aprofundamos nossa compreensão do Estado Heterárquico, enfatizando as ideias de Teubner acerca da fragmentação normativa. Além disso, examinamos as raízes desse modelo na proposta de Vesting, que destaca a concepção do sistema jurídico em rede. No próximo capítulo exploraremos diversas dimensões cruciais. Analisaremos a constitucionalização das fontes, destacando como esse processo impacta as bases normativas. Em seguida, abordaremos a normatividade do direito internacional, examinando o papel fundamental desempenhado por organismos internacionais. Além disso, dedicaremos atenção à arbitragem internacional e ao fenômeno emergente do transconstitucionalismo, proporcionando uma análise aprofundada dessas temáticas interconectadas.

4. DIÁLOGOS DAS FONTES: CONSTITUCIONALISMO, DIREITO INTERNACIONAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO

Neste capítulo será analisado o diálogo das fontes existente entre o direito constitucional, o direito internacional e os organismos internacionais. A ideia é pesquisar se há um limite para a criação normativa fora do Estado e analisar novos fenômenos como o direito global, o direito internacional e o transconstitucionalismo.

O conceito de fonte remete a ideia de origem, nesse caso, de onde o direito teria sido criado. Conforme analisado no capítulo 2, hoje há uma pluralidade de fontes, algumas que são derivadas da autoridade estatal e outras que nasceram dos novos atores frutos da globalização. Nesta pesquisa, adota-se a definição de Adeodato (2022):

Aqui as fontes do direito são tratadas como linguagem, significantes dirigidos ao direito, com a função de dar início ao processo de decisão de conflitos, para o qual se dirige a dogmática prática, e de conhecimento, para o qual se dirigem a filosofia, a teoria geral e as ciências do direito. Segundo essa sugestão da filosofia retórica, no início da gnose do mundo empírico aparece um evento, que a linguagem comum denomina “fato”, o qual é único e nunca se repete, como percebeu Heráclito ao comparar o mundo real com o fluxo de um rio. Para captar esse evento, o ser humano lança mão da linguagem, signos com os quais procura compreendê-lo e que formam o segundo elemento do processo. A esses signos, porém, são atribuídos diferentes significados, pois eles não têm um sentido (ambiguidade) nem um alcance (vagueza) precisos, e este significado constitui o terceiro e último elemento do conhecimento (Adeodato, 2022, p. 227).

Devido ao adensamento de fontes, há um estreitamento entre a relação do direito constitucional com a estrutura internacional, uma pluralização das ordens jurídicas, conforme assinala Jorge Miranda (2018):

O pluralismo das ordens jurídicas evidencia-se na observação da realidade. No Brasil, por exemplo, aplicam-se, como tais, não apenas o Direito brasileiro (Direito legislado pelo Estado federal brasileiro e Direito estadual, municipal e doutras entidades ou sociedades subordinadas ao Estado), mas também o Direito internacional (Direito da comunidade internacional e Direito do MERCOSUL) (enquanto autonomizado em relação ao Direito internacional no seu conjunto), o Direito canônico (Direito da Igreja Católica) – este não adstrito a nenhuma base territorial – e leis ou algumas leis de outros Estados (mercê de normas de remissão

ou recessão designadamente de resseção formal) (Miranda, 2018, p. 172).

Outro ponto está no regramento trazido pelas empresas transnacionais que ultrapassa os limites de um Estado moderno nacional. Há uma complexidade jurídico-normativa, tendo em vista o diálogo e até um possível conflito entre a ordem estatal e a ordem internacional. As empresas transnacionais, atuam além dos limites estatais constituindo blocos jurídicos mediante a relação privada contratual com os demais, impondo normas que, muitas vezes, não passam pelo poder do Estado.

O conceito clássico de Constituição relaciona-se com a ideia das normas jurídicas supremas estabelecidas na teoria kelseniana, portanto, o sistema hierárquico como visto no capítulo terceiro. Contudo, com a proliferação das transnacionais a funcionalidade dessa supremacia fica mitigada, haja vista, a complexidade sistêmica trazida pelos organismos internacionais e a possibilidade de resolução de controvérsias por instrumentos privados, como é o caso da arbitragem internacional.

Para tanto, a teoria do transconstitucionalismo do Marcelo Neves auxilia no possível embate, pois aponta para a transição entre as diversas ordens jurídicas: estatais, transnacionais e supranacionais. Uma relação de alteridade entre ordenamentos que afeta a soberania estatal:

Esse é o paradoxo da sociedade mundial: a diferenciação funcional e autonomia dos sistemas irradiou-se do seu centro como exigência funcional e em certa medida como pretensão normativa, sendo quase que imposta (evidentemente de forma seletiva) às suas periferias, que não estiveram e não estão em condições de corresponder ou dispostas a adequar-se ao modelo da diferenciação. Isso decorre da imensa assimetria da sociedade mundial, insuscetível de ser considerada em um foco evolutivo simplificado (Neves, 2014, p. 213).

Ocorre que para a efetivação da cidadania e para a sustentabilidade de uma empresa é necessária que a visão esteja direcionada para os direitos humanos com enfoque na internacionalização. Portanto, ao pensar no diálogo entre ordenamentos jurídicos propostos pela teoria do sistema heterárquico, haveria um caminho para as

empresas transnacionais operarem de forma mais humana, mantendo a soberania estatal.

4.1. Constitucionalização das fontes

Inicialmente as constituições dos movimentos revolucionários do século XVIII apresentaram um sentido político-jurídico de ruptura característico da afirmação dos ideais liberais da primeira dimensão de direitos fundamentais. Contudo, essa primeira conceituação não apresenta um viés universal histórico, mas apenas um diálogo no sentido formal. Conforme Marcelo Neves (2009):

Normalmente, esse conceito apresenta-se no plano empírico, para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas. Conforme essa concepção, que encontra em autores tão díspares como Engels, Lassale e Weber, não se pode excluir a presença de uma Constituição de qualquer ordem social, inclusive das sociedades arcaicas, pois, também nelas, haveria estruturas básicas do “poder difuso” (Neves, 2009, p. 54).

Mesmo com o fim da Idade Média e o início do período moderno ainda não há um constitucionalismo consolidado, tendo em vista as monarquias absolutistas. Uma grande questão é levantada através da investigação filosófica do conceito de Estado que se refere ao poder. Nem sempre a ideia de soberania esteve ligada a ideia clássica propagada de que o Estado seria o detentor do poder, e assim, organizaria a sociedade politicamente. Haja vista, que no medievo o poder cercava-se em três esferas: senhorial, real e papal.

Aristóteles em (384 a.C – 322 a.C). compreendia o Estado como sendo orgânico, natural, cujo homem nascia predisposto para a vida política, portanto, a concepção de poder e consequentemente de soberania seguiria o mesmo raciocínio do seu *zoon politikon*. Mas, com a era moderna e os contratualistas o Estado passa a ser uma ficção, criação do homem, para organizar o poder e deslocar o eixo da soberania.

Em Hobbes e seu Leviatã, conforme analisado no capítulo primeiro da presente pesquisa, o povo renuncia à soberania para o soberano que é o único capaz de controlar

as intempéries de raiva e medo provocadas na imaginação daquele que apenas almeja proteger a própria vida. Tudo é cedido para o Estado que tem o único objetivo de zelar pelas duas leis naturais: garantir a vida e a paz, nem que para isso busque a guerra. É uma assimilação de direito ligado à força. Segundo Châtele (2009):

Para fazê-lo, analisa as condições graças às quais instaura-se uma ordem política estável. E a condição primordial é que a coletividade deseje a instituição de um princípio soberano onipotente e consista em obedecer às leis civis e às decisões que são impostas pelo poder que encarna a soberania (Châtele, 2009, p. 50).

Em oposição, John Locke com o pensamento liberal e defensor do direito natural da propriedade, propõe um escoamento do poder. A soberania não é cedida, mas transferida para que haja a manutenção dos direitos conquistados pela lei da natureza. Em sua teoria existem três poderes: Legislativo, o mais importante; federativo, apenas para controle de fronteiras; e o executivo que organiza a cidade e julga os conflitos. Posteriormente, Montesquieu com influência do pensamento parlamentarista inglês consagra a clássica teoria da tripartição dos poderes.

Com o constitucionalismo do Estado moderno os direitos de primeira dimensão entendidos como direitos de liberdade nascem do pensamento liberal-burguês do XVIII, com forte influência da Revolução Francesa e da interferência que o absolutismo exercia sobre a burguesia nesta época. Possui como titular o indivíduo, propriamente dito, trata-se de direito de defesa, impondo limites à intervenção do Estado. Assim como Cândido, personagem emblemático de Voltaire (1998, p. 12) afirmou: “(...) que as vontades são livres e que não desejava nem uma nem outra coisa – era preciso haver uma escolha”, o ideal de liberdade foi levantado pelos burgueses com a tomada da Bastilha.

São direitos de cunho negativo (*non facere*), não impondo uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Constam do rol dos direitos de primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. As consagrações dos direitos de primeira dimensão infelizmente não geraram sua perfeita eficácia, o que resultou em diversos movimentos reivindicatórios para que o Estado tivesse um comportamento mais ativo no bem-estar

social. Enquanto os direitos de primeira dimensão nasceram da revolta da burguesia contra o absolutismo que imperava na França, os direitos de segunda dimensão surgem devido ao impacto da industrialização e da massificação do trabalhador no século XIX.

São os ditos direitos sociais, culturais e econômicos, direitos de cunho positivo. Encontram amparo no princípio da justiça social, nas reivindicações da classe operária. Os direitos fundamentais neste momento passam da figura do homem-indivíduo e abarcam a proteção dos grupos humanos.

Em um sentido mais transversal, os que integram a terceira dimensão de direitos fundamentais são os direitos: à paz; a autodeterminação dos povos; ao desenvolvimento; ao meio ambiente; à comunicação. Na realidade nasce para acompanhar os avanços tecnológicos, pelo estado de beligerância da ruptura do mundo entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas que acompanhou todo pós-guerra, o que acarretou profundo impacto nos direitos fundamentais. O que destaca esta dimensão é a titularidade coletiva destes direitos, principalmente quando se fala em meio ambiente. Possuem essa classificação como direitos de fraternidade por terem uma implicação universal, transindividual. Possuem essência de direitos de cunho excludente e negativo que atuam como direitos de caráter defensivo.

Mas, sua efetivação na própria Constituição não ocorreu em grande escala, ficando reservada ao âmbito do Direito Internacional e aos diversos tratados que existem nessa seara. O que gera uma discussão sobre a soberania estatal e o seu limite jurisdicional e acaba afetando diretamente as empresas transnacionais. Na realidade grande parte desses direitos são um desdobramento do princípio da dignidade humana como proteção às liberdades do Estado e do indivíduo.

Paulo Bonavides (2012) reconhece a presença dos direitos de quarta dimensão que justifica a existência desta dimensão devido ao resultado da globalização. Esta dimensão é imposta pelos direitos à democracia e à informação, bem como o direito ao pluralismo. Culminam na subsunção dos direitos das duas dimensões antecedentes, bem como reforçam os direitos fundamentais de primeira dimensão. Paulo Bonavides (2012) trata da globalização dos direitos fundamentais e constata que o seu reconhecimento pelo direito positivo interno ainda está longe de ocorrer, ressaltando algumas tentativas

de participação popular direta no processo decisório. Em seu entendimento somente através da quarta dimensão de direitos fundamentais é que será possível a verdadeira cidadania, pois assim será legítima a globalização política.

4.2. Normatividade do Direito Internacional

A Constituição Federal adota os contornos do pensamento de Kelsen, do sistema hierárquico em que temos uma norma superior onde todas as outras a ela estão subordinadas, ou seja, há uma relação vertical de cima para baixo, Estado-indivíduo. O Estado, neste caso, é o principal destinatário das normas de direitos fundamentais. Certos direitos são exclusivamente dirigidos ao Estado, tais como os direitos políticos, processuais e o direito de nacionalidade.

Com o surgimento do neoliberalismo a figura do Estado enfraqueceu e as relações privadas ficaram fortalecidas sendo importante a Constituição abranger em seu bojo essas relações e não só as relações entre Estado e indivíduo. Mas, também relações entre empresas e Estado, sendo que muitas não possuem a sua sede no território em que está alocada. As transnacionais muitas vezes optam pela arbitragem internacional para não terem que se submeter ao julgo de problemas sistêmicos de soberania. Pode-se afirmar que ao lado do direito constitucional e internacional, existem novos direitos como o transnacional e o global. Há uma integração entre os direitos regionais, nacionais e internacionais, ocorrendo a multiplicação de fontes normativas. Dessa forma, teríamos ao lado do direito internacional e do direito constitucional novos direitos, o transnacional e o global, fruto dos processos de regionalização e globalização que caracterizam a sociedade contemporânea.

Gunter Teubner (2020) alega que o constitucionalismo está sendo corrompido pelo surgimento de regimes transnacionais e pela União europeia. Os novos atores privados acabam enfraquecendo as constituições. Segundo aponta o autor:

O debate atual é marcado, também por outra perspectiva, por falsos pressupostos tabulas rasas, segundo os quais não haveria normas constitucionais nos âmbitos sociais parciais – nem no Estado Nacional,

nem, muito menos, no espaço transnacional. Embora o constitucionalismo moderno tenha conseguido se estabelecer em quase todos Estados Nacionais, ele estaria sendo enfraquecido, como é costume dizer, pela transferência de atividades do Estado Nacional para organizações, regimes e redes transnacionais (Teubner, 2020, p. 16).

Com o avanço tecnológico e a expansão capitalista existe uma superação do constitucionalismo clássico idealizado no Estado liberal das primeiras Constituições. É necessário fazer um deslocamento e uma análise sob o ponto de vista internacional do conceito de soberania para a solução das questões que envolvem as empresas transnacionais.

4.3. Organismos Internacionais

No contexto da globalização, as relações internacionais desempenham um papel fundamental na compreensão da estrutura atual da ordem jurídica. Nesse cenário, os organismos internacionais desempenham um papel crucial ao facilitar o diálogo entre diversas fontes, especialmente no que diz respeito à interdependência entre as nações e ao desafio de regulamentar empresas transnacionais. Contudo, a multiplicidade de fontes internacionais e o constante diálogo entre elas introduzem novos aspectos que desafiam concepções clássicas de soberania e hermenêutica jurídica. Nesse sentido, faz-se necessário analisar a dinâmica dos organismos internacionais e o diálogo entre os tratados, costumes, jurisprudência, as diretrizes das organizações internacionais, principalmente relacionadas ao comércio. Seria inviável não reconhecer a produção normativa desses organismos e a sua influência sobre o conceito clássico de Estado. Na medida que avançamos no entendimento dessas fontes, fica mais fácil visualizar a interação entre elas para a construção do sistema heterárquico.

O Primeiro organismo internacional a ser analisado será a Organização das Nações Unidas (ONU) e os acordos de *Bretton Woods* que foram um marco para as negociações comerciais internacionais. Posteriormente o TPI (Tribunal Penal Internacional), a União Europeia e o Mercosul. Aliás, a União Europeia encontra-se no

centro do debate por conta da sua normatividade vinculante para os seus países signatários e a possível elaboração de uma constituição para todos.

4.3.1. Organização das Nações Unidas (ONU)

Em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas, tendo como inspiração a obra *A Paz Perpétua* do filósofo Kant⁸, a ONU vem em substituição a antiga Liga das Nações e tem como propósito ser uma mediadora entre as nações, principalmente após os horrores da Segunda Grande Guerra. A Carta das Nações Unidas foi escrita em 26 de junho de 1945, em São Francisco (EUA). Flávia Piovesan (2022) ressalta que a ONU inaugura uma nova ordem internacional:

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional. A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos (Piovesan, 2022, p. 69).

A ONU tem como objetivos, conforme estabelecido no artigo 1º, a promoção da paz e segurança, a mediação de relações amistosas entre as nações, bem como o estímulo à cooperação internacional para a resolução de conflitos, conforme documentado:

ARTIGO 1 - Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de

⁸ Kant em 1795 escreve *A Paz Perpétua*, em que desenvolve a ideia da integração entre os Estados e como seria a relação entre os estrangeiros dentro de outro território.

agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns (ONU, Carta das Nações Unidas, 1945).

Para implementar esses princípios, foram estabelecidos órgãos como a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça e o Conselho Econômico e Social, conforme disposto no artigo 8º da Carta das Nações Unidas. A Assembleia Geral, composta atualmente por 193 países, englobando todos os Estados-membros da ONU, detém a competência para abordar qualquer dos temas delineados na Carta. Cada membro possui o direito de voto, e as decisões fundamentais são tomadas por maioria de dois terços dos presentes, conforme estabelecido no artigo 18 da Carta das Nações Unidas.

O Conselho de Segurança pode ser considerado o órgão de maior destaque nas Nações Unidas, uma vez que é o único com poder de veto. Sua composição é fixada em quinze países, dos quais cinco são membros permanentes, a saber: Rússia, China, EUA, França e Reino Unido; os outros dez são membros não permanentes, sendo atualmente: Albânia, Brasil, Equador, Gabão, Gana, Japão, Malta, Moçambique, Suíça e Emirados Árabes, cada um com um mandato de dois anos. O Conselho de Segurança tem como responsabilidade central zelar pela segurança e paz, com destaque para seu poder de veto em questões tanto materiais quanto formais. Conforme destacado por Flávia Piovesan (2022):

Cada membro do Conselho de Segurança tem direito a um voto. As deliberações do Conselho em questões processuais são tomadas pelo voto afirmativo de nove membros. Em relação às questões materiais, as deliberações também são tomadas pelo voto afirmativo de nove

membros, incluindo, todavia, os votos afirmativos de todos os cinco membros permanentes (art. 27). Dessa previsão é que decorre o poder de veto dos membros permanentes (Piovesan, 2022, p. 71).

A Corte Internacional de Justiça, por sua vez, desempenha o papel correspondente ao Judiciário no âmbito da ONU. É composta por quinze juízes originários de diferentes países, detendo competência tanto contenciosa quanto consultiva. A Corte tem a capacidade de proferir decisões que são vinculativas para os Estados-membros, constituindo também uma fonte normativa. O órgão administrativo é conduzido pelo secretariado, sob a liderança do secretário-geral da ONU, que possui um mandato de cinco anos e é recomendado pelo Conselho de Segurança.

Outros conselhos desempenham papéis significativos na estrutura desse organismo internacional, contribuindo como fontes normativas. Entre eles, destacam-se o Conselho de Tutela, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Direitos Humanos. O Conselho Econômico e Social é um órgão que fomenta a cooperação em questões econômicas, facilitando transações internacionais, conforme documentação:

ARTIGO 63 - 1. O conselho Econômico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das entidades a que se refere o Artigo 57, a fim de determinar as condições em que a entidade interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral. 2. Poderá coordenar as atividades das entidades especializadas, por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos Membros das Nações Unidas. ARTIGO 64 - 1. O Conselho Econômico e Social poderá tomar as medidas adequadas a fim de obter relatórios regulares das entidades especializadas. Poderá entrar em entendimentos com os Membros das Nações Unidas e com as entidades especializadas, a fim de obter relatórios sobre as medidas tomadas para cumprimento de suas próprias recomendações e das que forem feitas pela Assembleia Geral sobre assuntos da competência do Conselho. 2. Poderá comunicar à Assembleia Geral suas observações a respeito desses relatórios (ONU, Carta das Nações Unidas, 1945).

Apesar de a ONU ser o organismo internacional mais influente, há uma necessidade evidente de aprimorar seus mecanismos de produção normativa. Embora os tratados estabelecidos vinculem os Estados-membros, torna-se claro que é preciso

desenvolver meios práticos para efetivar esses compromissos. Além disso, a melhoria do diálogo com outras fontes internacionais, especialmente com os países orientais, representa um aspecto crucial a ser abordado.

4.3.2. O sistema de Bretton Woods

Dentro da perspectiva transnacional, em 1944, ocorreu a Conferência de Bretton Woods. Ao longo do tempo, a economia internacional ganhou destaque devido à globalização econômica, que relativizou as fronteiras nacionais e facilitou o comércio de bens e serviços. No entanto, essa abertura também trouxe consigo consequências negativas para questões sociais e ambientais, levando à necessidade de regulamentações para enfrentar tais desafios.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, torna-se evidente uma mudança na ordem econômica, e, por extensão, na ordem mundial. Nesse contexto, a Conferência de Bretton Woods estabeleceu um novo rumo para a economia global. Influenciados pelo pensamento dos economistas Keynes e White (Cozendey, 2013), foram criados o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). Vale ressaltar que também foi proposta a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), que, no entanto, não avançou no Senado americano e não foi ratificada.

Foram realizadas várias rodadas de negociação até a criação da OMC, Organização Mundial do Comércio, em 1995. Antes da fundação da OMC, as questões eram decididas pelo GATT (sigla em inglês para *General Agreement on Tariffs and Trade*), um acordo geral sobre tarifas e comércio. Com a instituição da OMC, consolidou-se a estrutura definitiva do sistema de Bretton Woods. Carlos Cozendey (2013) relata a tensão que existia durante a formação desse sistema:

Em 22 de julho de 1944, concluía-se em Bretton Woods, no estado norte-americano de New Hampshire, um processo iniciado quase três anos antes com a elaboração, quase simultânea e independente, dos planos elaborados nos Estados Unidos da América, por Harry Dexter White (março de 1942), e no Reino Unido, por John Maynard Keynes (setembro de 1941), para a organização do sistema monetário internacional que deveria suceder à Segunda Guerra Mundial,

então em plena conflagração. Após uma concessão final do delegado soviético, que, sob instruções diretas do chanceler Molotov, aceitou finalmente que a contribuição da URSS ao capital do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) fosse idêntica à sua contribuição ao Fundo Monetário Internacional (FMI), encerrava-se a negociação dos instrumentos constitutivos destas duas instituições internacionais (Cozendey, 2013, p. 13).

É interessante notar que o FMI e o BIRD são considerados organismos vinculados à ONU, no entanto, possuem regulamentações próprias e são controlados por seus Estados-membros, conforme a participação social destes, apresentando assim um exemplo de estrutura normativa heterárquica. O FMI iniciou suas atividades em 1945, tendo como membros os Estados que participaram da Conferência Monetária e Financeira da ONU. Sua regulamentação é autônoma, e a adesão de novos membros é decidida pela Junta de Governadores do Fundo, de acordo com os termos do Convênio Constitutivo. A finalidade do FMI, conforme estabelecido no artigo I, é:

Os objetivos do Fundo Monetário Internacional são: i) Promover a cooperação monetária internacional através de uma instituição permanente que sirva como mecanismo de consulta e colaboração em questões monetárias internacionais. ii) Facilitar a expansão e o crescimento equilibrado do comércio internacional, contribuindo assim para alcançar e manter elevados níveis de emprego e rendimento real e para desenvolver os recursos produtivos de todos os países membros como objetivos primários da política económica. iii) Promover a estabilidade cambial, garantir que os países membros mantenham regimes cambiais ordenados e evitem depreciações cambiais competitivas. iv) Ajudar a estabelecer um sistema multilateral de pagamentos para as transações correntes realizadas entre os países membros e eliminar as restrições cambiais que dificultam a expansão do comércio mundial. v) Incutir confiança nos países membros, disponibilizando lhes temporariamente e com garantias adequadas os recursos gerais do Fundo, dando-lhes assim a oportunidade de corrigir desequilíbrios nas suas balanças de pagamentos sem recorrer a medidas prejudiciais à prosperidade nacional ou internacional. vi) De acordo com o acima exposto, encurtar a duração e reduzir o grau de desequilíbrio nas balanças de pagamentos dos países membros (Convênio Constitutivo do FMI, 1944, tradução nossa)⁹.

⁹ Em livre tradução do original: “Los fines del Fondo Monetario Internacional son: i) Fomentar la cooperación monetaria internacional por medio de una institución permanente que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales. ii) Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales y a desarrollar los recursos productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica. iii) Fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas. iv) Coadyuvar a establecer un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes que se realicen entre los países miembros, y eliminar las restricciones cambiarias que dificulten la expansión del comercio mundial. v) Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los

Os Estados-membros se submetem à regulação e controle do FMI, comprometendo-se a cumprir metas e obrigações estabelecidas por este. O Banco Mundial, BIRD, surgiu em 1944 após os estragos da Segunda Guerra Mundial, e sua estrutura é baseada na assembleia dos Estados-membros. Atualmente, o presidente do BIRD é indicado pelos Estados Unidos.

A OMC, foi oficializada em 1º de janeiro de 1995, substituindo o GATT, refletindo uma nova estrutura na economia global. Na década de 1990, houve um significativo desenvolvimento das empresas transnacionais, marcando o auge da globalização e, por conseguinte, demandando uma regulamentação mais precisa. Dentro do sistema de regras da OMC, são estabelecidos os ilícitos que os países podem cometer, assim como as normas que organizam o mercado mundial. A influência da OMC sobre a soberania normativa dos Estados-membros é inegável, impactando também outros países, mesmo aqueles que não são signatários. A institucionalização de um ambiente de negociação que facilita o diálogo contribui para evitar conflitos armados, uma vez que todos os Estados-membros seguem as diretrizes da OMC.

Existe uma tríade composta pelo FMI, pelo BIRD e pela OMC, que regula a economia global. No entanto, esse sistema ainda é verticalizado, pois países centrais como os Estados Unidos exercem considerável influência na formulação de grande parte das regras, conforme observa Carlos Cozende (2013):

O conjunto desses fatores tornou realidade a previsão de Triffin, pois se a saída de dólares dos EUA resolvia o problema da liquidez global, o volume de dólares passou a pressionar a manutenção da paridade cambial do dólar em relação a moedas estáveis e respaldadas por economias crescentemente sólidas, como o marco alemão. O questionamento da convertibilidade do dólar em ouro, já desde 1963, tomara conotação política com a decisão do presidente francês, De Gaulle, de ordenar ao banco central francês que convertesse em ouro oitenta por cento dos haveres franceses em dólar (Cozende, 2013, p. 69).

desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional. vi) De acuerdo con lo que antecede, acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros”.

O sistema de Bretton Woods continua a evoluir, adaptando-se aos desafios da globalização. A cooperação internacional desempenha um papel crucial na abordagem de questões sociais, ambientais e econômicas, buscando simultaneamente equilibrar interesses entre os países centrais e em desenvolvimento. A discussão sobre a regulamentação da economia permanece relevante em um mundo cada vez mais interconectado, destacando a necessidade contínua de desenvolver abordagens eficazes para os desafios emergentes.

4.3.3. O Tribunal Penal Internacional

Criado em 1988 durante a Conferência de Roma com a aprovação de 120 países, o Tribunal Penal Internacional (TPI) é o órgão jurisdicional mais importante do direito internacional. Sua origem remonta a 1948, quando a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio previu a possibilidade de sua criação. O TPI é considerado um tribunal permanente e independente, detendo jurisdição suplementar em relação aos tribunais dos países signatários.

Seu principal objetivo consiste em assegurar a punição para os crimes graves de natureza internacional, especialmente quando os tribunais nacionais não são capazes de conduzir devidamente esses processos. É crucial destacar que o TPI opera com um caráter secundário, respeitando a soberania estatal dos países envolvidos, sem comprometer essa prerrogativa fundamental. Segundo Flávia Piovesan (2022):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de

Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação (Piovesan, 2022, p. 100).

Existe uma colaboração entre o Estado-membro que em parte julga o ilícito ou entrega o caso ao TPI. O artigo 5º do Estatuto de Roma delinea sua competência, que abrange desde genocídio até agressão. O acesso ao Tribunal pode ocorrer por meio de denúncia de um Estado-parte, do Conselho de Segurança à Promotoria, ou por iniciativa própria da Promotoria. Como penalidade, a privação de liberdade pode atingir no máximo 30 anos, além de possíveis sanções cíveis.

É importante salientar que não há confusão com a jurisdição estatal. Ao contrário da arbitragem internacional, o TPI possui uma limitação estabelecida no artigo 12 do estatuto, que restringe sua atuação com base na matéria, período, nacionalidade e território. Conforme o Estatuto de Roma:

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5o.
2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3o: a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave; b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, s/d, p. 9).

A admissibilidade perante o Tribunal Penal Internacional é uma competência delegada pelo tribunal nacional, sem, no entanto, violar a soberania interna. O TPI opera sob o princípio da complementaridade, o que significa que o julgamento internacional complementa, mas não substitui, o julgamento interno. A jurisprudência do TPI também desempenha o papel de fonte normativa secundária para os Estados-membros. Embora não tenha um efeito vinculante, ela estabelece padrões comportamentais a serem

seguidos por todos, influenciando a conduta e as práticas dos Estados em relação aos crimes internacionais. Conforme aponta Piovesan (2022):

Na ordem contemporânea, inadmissível é o silêncio e a indiferença da comunidade internacional, especialmente em face de atrozes violações a direitos humanos. Do princípio da não intervenção no âmbito internacional (reflexo mesmo da noção clássica de soberania absoluta do Estado), transitou-se ao “direito de ingerência” e mais recentemente à chamada *responsibility to protect* (responsabilidade internacional de proteção). Da proibição de ingerência passou-se, assim, ao direito de ingerência, para culminar em um quase “dever” de intervenção internacional, em casos de graves e sistemáticas violações a direitos (Piovesan, 2022, p. 103, grifos do autor).

Dentro do contexto da globalização, o Tribunal Penal Internacional se apresenta como um avanço significativo na comunidade internacional. Não exclui as decisões dos tribunais nacionais, os quais só seriam deslegitimados em casos de fraude.

4.3.4. União europeia

Em 1951, quando foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e Aço, também surgiu a União Europeia. No ano de 1957, mais duas comunidades foram estabelecidas: a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica. A integração dessas três comunidades culminou, em 1965, na assinatura do Tratado de Bruxelas, o qual simplificou os procedimentos das instituições europeias. O Tratado da União Europeia, conhecido como Tratado de Maastricht, foi efetivamente estabelecido apenas em 1992, consolidando a União Europeia na forma que a conhecemos hoje. Além disso, é importante mencionar o Tratado de Amsterdã de 1997 e o Tratado de Nice de 2001, que reformularam o processo decisório dentro da União Europeia e facilitaram a admissão de novos membros.

Outro tratado de grande relevância é o Tratado de Lisboa, que, em adição à introdução da participação direta dos cidadãos, democratizou ainda mais a União Europeia. Este tratado também especificou as competências comuns e compartilhadas entre os Estados-membros. A União Europeia, desde sua origem, envolveu a concessão

de parte da soberania de cada país. Seu objetivo inicial era garantir um mercado comum, reduzir a burocracia e estabelecer uma normatividade unificada.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia destaca que o direito comunitário deve prevalecer sobre o direito interno, estabelecendo assim uma nova ordem jurídica que transcende as fronteiras geográficas. Essa concessão de parte da soberania é o que viabiliza a criação desse ordenamento jurídico supranacional. O questionamento pertinente é sobre qual ordem jurídica deve ter precedência e se as normas da União Europeia poderiam estar impactando a soberania constitucional de cada membro. Conforme Patrícia Luíza Kegel e Mohamed Amal (2009):

Tal questão, transferida ao terreno do controle jurisdicional do Direito Comunitário, pode ser formulada do seguinte modo: o TJCE é o intérprete máximo do sentido e extensão do TCE e da compatibilidade do direito comunitário derivado. Para manter a coesão do Direito Comunitário houve, ao longo de todo o processo de integração europeu, a renúncia, por parte dos Tribunais Constitucionais nacionais, do controle da constitucionalidade da norma comunitária, ou seja, da adequação do ordenamento jurídico comunitário às Constituições nacionais. Em outros termos, o Direito Comunitário não necessita coincidir com as Constituições nacionais e nem pode ser avaliado por elas (Kegel; Amal, 2009, p. 64).

De fato, a União Europeia alterou a dinâmica do poder estatal, conferindo-lhe independência em relação aos Estados nacionais, estabelecendo a supremacia do direito europeu. Isso ocorre porque as decisões da comunidade afetam a todos, mesmo aqueles que não são signatários. Conforme a argumentação de Gilmar Mendes (2010), a defesa da implementação de uma Constituição Europeia indica a inauguração de uma nova ordem que transcende a concepção clássica do Estado-nação:

Todo esse quadro faz com que a Constituição perca o sentido de singular elemento-chave do universo jurídico-político. O Estado deixa de ser o Estado-império e passa a ser Estado-região. Ademais, o Estado deixa de ser o detentor da última decisão.⁴ Os movimentos ligados à globalização e à regionalização abriram fendas significativas no âmbito do Estado-nação (fronteira/cidadania/moeda/segurança). Essas questões se, de um lado, testam a ordem constitucional, produzem, de outro, a necessidade de desenvolvimento de uma nova compreensão para essas entidades de integração política supranacional (Mendes, 2010, p. 64).

A União Europeia, portanto, é uma importante fonte de produção normativa que se consolida pela globalização econômica.

4.3.5. Mercosul

Em 1991, ocorreu um intenso processo de negociação entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, resultando no Tratado de Assunção. O objetivo era criar um mercado comum, em semelhança ao que a Comunidade Europeia havia feito. Somente em 1994, por meio do protocolo assinado em Ouro Preto, o Mercosul adquiriu personalidade jurídica própria.

O Mercosul não estabelece estritamente um mercado comum livre de fronteiras e burocracia, mas consegue definir mecanismos para eventualmente alcançar essa liberdade comercial. Sua estrutura pode ser caracterizada como intergovernamental, mais próxima de um diálogo entre os sistemas jurídicos nacionais, preservando completamente a soberania de cada membro, do que um sistema supranacional. Conforme Gilmar Mendes (2010):

Como já prenunciamos, do ponto de vista jurídico, a legislação aplicável do Mercosul não é imediatamente coercitiva no plano interno para particulares, nem encontra legitimidade supranacional na Constituição brasileira. O próprio Protocolo de Ouro Preto (complementar ao Tratado de Assunção) reconhece essa falta de aplicabilidade interna de suas fontes jurídicas. Os arts. 38 a 40 inclusive disciplinam que as normas convencionadas para o Mercosul apenas entrarão em vigor após a sua incorporação em cada um dos quatro países membros (Mendes, 2010, p. 74).

A estrutura intergovernamental do Mercosul estabelece procedimentos mais simplificados em comparação com a União Europeia, uma vez que não possui aplicação automática nos Estados-membros, exigindo a incorporação pelo sistema jurídico nacional. Carmem Lúcia (1998) também confirma que o processo de integração das decisões do Mercosul não resulta na criação de um direito comum:

Por conta mesmo desta condição de serem as decisões tomadas no processo de integração vinculadas às deliberações independentes e soberanas dos Estados não se forma um direito supranacional de aplicação direta, automática e imediata em cada qual deles, como se dá no direito comunitário. Não se cria, no âmbito do processo integracionista, um direito comum aos Estados, mas uma criação comum de um direito que cada qual dos Estados estudam e decidem quanto à vigência e aplicação na esfera de suas competências soberanas. Por isso as decisões adotadas pelos órgãos do Mercosul podem ser formalizadas como normas, mas a sua natureza distingue-se das leis quer do ponto de vista da fonte, quer do ponto de vista da forma, quer do ponto de vista dos efeitos (Rocha, 1998, p. 50).

Com a criação do Mercosul, também foi estabelecido o Tribunal Internacional de Arbitragem, responsável pela resolução de disputas comerciais entre os Estados-membros. Composto por árbitros indicados por cada país, que possuem mandato fixo, o tribunal tem como objetivo garantir que as decisões sejam equitativas e imparciais. As disputas geralmente envolvem questões tarifárias, barreiras comerciais e práticas de *dumping*.

Além disso, o Tribunal desempenha um papel crucial na interpretação de tratados e acordos celebrados no âmbito do Mercosul. Isso contribui para evitar imprecisões e conflitos na implementação dos acordos, garantindo a harmonização com as normas estabelecidas. Sua função consultiva permite ser acionado para consultas jurídicas sobre questões comerciais e legais relevantes para o Mercosul.

Conclui-se, portanto, que o Mercosul representa um esforço dos países sul-americanos para promover relações econômicas e comerciais na região. Apesar de buscar a criação de um mercado comum, a estrutura intergovernamental ainda limita a soberania nacional de cada membro. O Mercosul é considerado uma fonte normativa, porém inferior à produção normativa nacional.

4.4. A Arbitragem Internacional

A arbitragem internacional é um dos métodos apropriados para a resolução de conflitos, especialmente nas áreas comerciais e de investimento, que ultrapassam as fronteiras dos Estados. Ao contrário dos métodos tradicionais conduzidos nos tribunais,

a arbitragem internacional proporciona um ambiente neutro e maior flexibilidade para as partes negociarem em um contexto internacional desafiador.

Na arbitragem internacional, o processo é de natureza privada, no qual as partes têm a liberdade de escolher toda a estrutura do procedimento, incluindo os árbitros e a fonte jurídica. Não há restrições externas que impeçam as partes de tomar uma decisão independente sobre o conflito. Conforme observado por Emmanuel Gaillard (2014):

A primeira representação a atribuir à arbitragem internacional uma explicação global é aquela que consiste em assimilar, pura e simplesmente, o árbitro a uma jurisdição de uma ordem jurídica única, que se revela ser a ordem jurídica da sede da arbitragem, a qual é concebida como um foro (Gaillard, 2014, p. 13).

A utilização da arbitragem para a resolução de conflitos remonta a tempos antigos, quando comerciantes buscavam uma figura neutra para resolver controvérsias que extrapolavam as fronteiras. No entanto, a estruturação da arbitragem internacional nos moldes contemporâneos teve início no século XIX, com o estabelecimento de tratados internacionais e convenções arbitrais. Os tratados mais significativos que regulamentam a arbitragem incluem a Convenção de Nova Iorque de 1958, que substituiu a Convenção de Genebra de 1927, e encerrou a Convenção do Panamá de 1975, sendo o Brasil signatário de ambas.

Para as empresas transnacionais, a arbitragem oferece um ambiente neutro com menos interferências das ordens jurídicas, uma vez que, na convenção de arbitragem, é possível escolher a base legal. Ao contrário dos tribunais, onde podem surgir questões relativas aos interesses regionais, a arbitragem permite que as partes determinem toda a estrutura do procedimento. Para empresas transnacionais, essa flexibilidade é valiosa, considerando que operam em vários países.

Outro ponto vantajoso da arbitragem é a confidencialidade, o que geralmente é uma preocupação para empresas transnacionais que precisam proteger informações sensíveis. A arbitragem oferece a possibilidade de um ambiente mais confidencial do que os processos judiciais tradicionais, permitindo que as partes protejam seus segredos empresariais.

Zanelato (2021) destaca que a arbitragem internacional se baseia em três critérios: o critério geográfico, que evidencia a possibilidade de lidar com várias ordens jurídicas no procedimento arbitral; o critério econômico, focado no comércio internacional; e o critério misto. Segundo o autor:

Como o próprio nome já indica, o critério misto corresponde à adoção de ambos os critérios anteriormente mencionados (geográfico e econômico), de forma alternativa, para qualificação da arbitragem enquanto internacional. Significa dizer que será internacional a arbitragem quando verificado o preenchimento do requisito envolvendo contato objetivo com mais de um sistema jurídico (conforme elemento(s) eleito(s) por aquele determinado Estado) ou, alternativamente, quando o objeto do litígio for considerado como voltado aos interesses do comércio internacional (Zanelato, 2021, p. 137).

A crescente busca por uniformidade no processo arbitral e a observação da condução da arbitragem levam inevitavelmente a questionar a existência de um processo arbitral globalizado. Mesmo diante das diferenças de cultura e sistemas jurídicos, surgem conflitos sobre questões processuais, indicando que não há um entendimento totalmente unificado na prática. No entanto, há cada vez mais tentativas de harmonização da prática de arbitragem em todo o mundo, visando adaptar o sistema às necessidades das empresas transnacionais.

Com o aumento das relações transnacionais, o número de conflitos empresariais tem crescido nas últimas décadas, principalmente devido às divergências na legislação entre países. Diante dessas circunstâncias, a arbitragem é estabelecida para resolver a necessidade de conflitos que ultrapassam fronteiras. Existe, portanto, uma demanda por meios mais eficazes de resolução de conflitos, e a arbitragem suplementa essa lacuna.

4.4.1. Convenções internacionais sobre arbitragem

Duas convenções se destacam na regulamentação da arbitragem internacional: a Convenção de Nova Iorque de 1958, que trata da execução das sentenças arbitrais estrangeiras, e a Convenção do Panamá de 1975, juntamente com a Lei Modelo UNICITRAL de 1985.

O crescimento significativo dos conflitos comerciais internacionais nas últimas décadas tem enfrentado muitos obstáculos devido às diferentes ordens jurídicas em vigor em cada país. Nesse contexto, a arbitragem internacional tornou-se uma solução necessária e eficaz para a resolução de controvérsias. Em resposta a essa necessidade, a implementação de uma legislação internacional tornou-se essencial, conforme afirmado por Guido Soares (1987):

Os tratados internacionais interestatais que regulam a arbitragem comercial internacional são obrigações dirigidas aos Estados no sentido de eles reconhecerem efeitos às normas relativas às arbitragens, e tem sentido muito mais no que se refere às legislações internas dos mesmos do que propriamente ao regime das arbitragens comerciais internacionais. Deixando de lado o mencionado Protocolo de Genebra de 1923, relativo a cláusulas de arbitragem vigente só no Brasil um a vez que foi ab-rogado pela Convenção da ON U de Nova York de 1958, "para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras"[^], pode-se observar que os tratados internacionais de Direito Processual Internacional que se tornam obrigatórias para os Estados signatários: a) cria-se a obrigação ao Estado de reconhecer e dar executoriedade a laudos arbitrais estrangeiros; b) cria-se a obrigação de reconhecer os efeitos da arbitragem e enviar as partes litigantes aos árbitros, subtraindo-lhes a via judicial, antes de esgotado aquele recurso; c) estabelecem as condições mínimas para dar-se o reconhecimento e a exequibilidade a laudos arbitrais estrangeiros; d) as condições de controle de legalidade das arbitragens: segundo as leis de regência da arbitragem, o respeito ao contraditório arbitral, os limites objetivos e subjetivos da "res judicata" arbitral, a definitividade do laudo arbitral estrangeiro, (conforme os termos da mencionada Convenção da ON U de Nova York, que, "mutatis mutandis" são repetidos nas Convenções do Panamá (arbitragem interamericana) e Genebra (convenção européia) (Soares, 1987, p. 34).

Em uma abordagem hierárquica, a arbitragem é legitimada na ordem jurídica local, equiparando-se ao processo judicial, com o árbitro assumindo um papel semelhante ao de um juiz de estado e a sentença arbitral sendo análoga a uma sentença judicial. Nessa perspectiva, a decisão arbitral internacional estaria condicionada à homologação pelo poder judiciário para que pudesse ser executada.

Essa concepção perdurou até meados dos anos 1950, quando surgiu a Convenção de Nova Iorque em 1958, alterando a forma de execução da sentença arbitral estrangeira e rompendo com a importância atribuída ao local onde a arbitragem era sediada. A

Convenção de Nova Iorque foi uma correção da Convenção de Genebra de 1927, que estabelecia a necessidade de as condições de reconhecimento serem observadas no país onde a sentença foi proferida antes que a execução pudesse ser iniciada.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 é conhecida por ser o instrumento internacional sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Criada em 10 de junho de 1958, na Conferência das Nações Unidas sobre Arbitragem Comercial Internacional, essa convenção desempenhou um papel fundamental na facilitação da execução de sentenças arbitrais estrangeiras em nível global. Até o surgimento da Convenção de Nova Iorque, a legitimação e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras eram um impasse para as partes envolvidas. A ausência de uma legislação internacional padronizada prolongava os conflitos e gerava insegurança jurídica na aplicação das sentenças fora do país de origem das partes. Essa falta de clareza desencorajava as transações comerciais internacionais de optarem pela arbitragem na resolução de disputas.

A Convenção de Nova Iorque, por sua vez, agilizou o processo de execução, conferindo força vinculativa à sentença arbitral sem a necessidade de passar pelo Judiciário. Estabelece que os Estados envolvidos possuem capacidade de execução independentemente do local onde a decisão foi proferida. Isso é determinado pelo artigo II da Convenção de Nova Iorque:

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.
3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável (Convenção de Nova Iorque, 1958, s/p).

Um princípio crucial estabelecido na Convenção é o da não-discriminação, que proíbe que as sentenças arbitrais estrangeiras sejam tratadas de maneira diferente das sentenças arbitrais internas, garantindo o mesmo peso para ambas. Existe uma limitação dos tribunais em revisar o mérito das decisões arbitrais, uma vez que os critérios para a recusa do reconhecimento e execução incluem a capacidade das partes, validade do acordo e conformidade do assunto debatido com as leis internas do país onde a sentença foi proferida. Apresentada a documentação necessária, o reconhecimento e a execução são imediatamente concedidos sem a necessidade de revisão pelos tribunais nacionais.

A presença de cláusulas opcionais permite que um país recuse a execução da sentença arbitral por ausência de algum dos critérios mencionados, proporcionando flexibilidade ao país e evitando possíveis abusos. A Convenção obteve ampla adesão internacional, com vários países reconhecendo sua importância para o comércio internacional. Assim, foi estabelecida uma padronização global. A estruturação legal da arbitragem internacional por meio da Convenção permitiu que as fronteiras se tornassem mais permeáveis, garantindo a eficácia da sentença arbitral sem a necessidade de passar pelos tribunais nacionais. É interessante observar que, já na década de 50, o comércio internacional conseguia se desvincular em certa medida do controle estatal.

Outro instrumento internacional de grande relevância é a UNICITRAL, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, criada em 1966. No entanto, foi a partir de 1985 que ela ganhou evidência pela criação de vários instrumentos que impactaram o comércio internacional. Entre esses instrumentos, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Além disso, a UNICITRAL também elaborou a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial e sobre a Insolvência da Empresa Transnacional. Essas contribuições da UNICITRAL têm desempenhado um papel significativo na promoção da uniformidade e eficiência no comércio internacional. Responsável por modernizar o direito comercial internacional, a UNICITRAL desempenha um papel crucial na facilitação das relações internacionais, especialmente no que diz respeito a questões contratuais. Em 1980, um marco significativo nesse contexto foi o reconhecimento da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias), com

sua entrada em vigor em 1988. A CISG estabelece um conjunto normativo abrangente sobre a compra e venda internacional e conta com a adesão de 60 países signatários:

Estruturados para garantir a representação das diversas regiões geográficas e dos principais sistemas económicos e jurídicos do mundo, os 60 Estados membros incluem 14 Estados africanos, 14 Estados asiáticos, 8 Estados da Europa Oriental, 10 Estados latino-americanos, americanos e caribenhos e 14 Estados ocidentais. Europeus e outros Estados. A Assembleia Geral elege os membros para mandatos de seis anos; a cada três anos, os mandatos de metade dos membros expiram.

¹⁰

A criação da CISG facilitou significativamente o comércio internacional, uma vez que agora não é mais necessário lidar com a diversidade de sistemas jurídicos estaduais. A CISG estabeleceu um único conjunto de normas, reduzindo assim os custos associados às disputas judiciais. A CISG aborda diversos pontos, como a formação e estrutura dos contratos, a tradição das mercadorias, o pagamento, o inadimplemento e a responsabilidade em caso de dano.

O ponto crucial da UNICITRAL é a criação da Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional, aprovada em 1985, com uma alteração em 2006 (essa lei encontra-se no anexo da presente pesquisa). De acordo com a lei, novas diretrizes são estabelecidas para a uniformização do procedimento, demonstrando mais uma vez que a normatização estatal perde força em relação à estrutura internacional.

A lei estabelece toda a condução das arbitragens internacionais, incluindo a escolha dos árbitros, o procedimento, a condução do processo, bem como o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais, considerando também a Convenção de Nova Iorque. Assim, conforme estabelecido pela própria lei:

2. A Lei Modelo constitui uma base sólida para a desejada harmonização e para o aperfeiçoamento das leis nacionais. Abrange todas as fases do procedimento arbitral, desde a convenção de arbitragem até ao

¹⁰ Em livre tradução do original: "Structured to ensure that the various geographic regions and the principal economic and legal systems of the world are represented, the 60 member States include 14 African States, 14 Asian States, 8 Eastern European States, 10 Latin , American and Caribbean States and 14 Western European and other States. The General Assembly elects members for terms of six years; every three years the terms of half of the members expire."

reconhecimento e execução da sentença arbitral, refletindo um consenso universal sobre os princípios e questões relevantes da prática da arbitragem internacional. É reconhecida por Estados de todo o mundo com sistemas jurídicos e econômicos diferentes. Desde a sua adoção pela UNCITRAL, a Lei Modelo tem vindo a caracterizar o modelo legislativo internacionalmente aceitável de uma lei moderna sobre arbitragem e um número substancial de países tem promulgado leis sobre arbitragem baseadas nesta Lei Modelo.

3. A forma da lei modelo foi escolhida como veículo de harmonização e de modernização devido à flexibilidade que ela proporciona aos Estados na preparação de novas leis sobre arbitragem. Para além desta flexibilidade e no intuito de aumentar a probabilidade de alcançar um nível de harmonização razoável, os Estados são encorajados a alterar a Lei Modelo o menos possível quando a incorporarem aos seus sistemas jurídicos. Espera-se também que haja uma tentativa de não se desviarem do texto adotado pela UNCITRAL, de forma a aumentar a visibilidade da harmonização e assim intensificar a confiança de partes estrangeiras, os principais usuários da arbitragem internacional, na segurança da lei arbitral no Estado que a adotou (Lei Modelo da Arbitragem Internacional, 1985, s/p).

Outra inovação legislativa da UNCITRAL foi a Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional. Esta lei aborda o problema da insolvência de empresas sediadas em países diferentes, fornecendo orientações sobre cooperação internacional em casos de falência transnacional e na recuperação de ativos na distribuição entre os credores. Trata-se de uma legislação fundamental em tempos de globalização, dado que as empresas atuam em diversos Estados.

A UNCITRAL desempenha um papel de grande relevância na legislação internacional do direito comercial das transnacionais. As inovações introduzidas em 1985, como a CISG, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional e a Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, modificaram as relações comerciais. Esses instrumentos jurídicos garantem segurança jurídica e eficiência nas negociações transfronteiriças. À medida que o comércio internacional continua a se desenvolver, a UNCITRAL continuará a desempenhar um papel crucial no diálogo entre as fontes do direito.

4.4.2. A arbitragem internacional e as empresas transnacionais

A arbitragem internacional revela-se crucial para o sistema heterárquico das empresas transnacionais, proporcionando um meio mais flexível para a resolução de conflitos comerciais. Na arbitragem, não há obrigatoriedade de vinculação à legislação do país-sede das empresas. Dentro da convenção de arbitragem, é possível a escolha de todo o procedimento, o que facilita para as transnacionais. Devido à globalização econômica, o cenário empresarial passou por transformações, e a maioria das empresas opera em vários países. Por esse motivo, a arbitragem internacional ganhou força e é amplamente utilizada no âmbito comercial:

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos que pode ser utilizada amplamente, pouco importando a complexidade da disputa ou o seu impacto econômico. Apesar disso, como se trata de uma alternativa de custo inicial mais elevado para a generalidade dos casos (grandes, médios e pequenos), quando comparada com a jurisdição estatal (em que há, inclusive, a possibilidade de, preenchidas algumas condições legais, obtenção do benefício da gratuidade de justiça, até mesmo para pessoas jurídicas), a verdade é que a arbitragem evoluiu bastante no Brasil e em outras jurisdições no terreno dos grandes litígios, especialmente naquelas causas envolvendo obras de grande porte, contratos comerciais complexos de modo geral e lides societárias (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2018, p. 274).

O procedimento arbitral inicia-se com a adesão das empresas à cláusula compromissória ou posteriormente ao firmar o compromisso arbitral. Após a vinculação, ocorre a seleção dos árbitros, que muitas vezes são especialistas em direito comercial, economia ou direito processual. Com a escolha dos árbitros, inaugura-se a fase da instrução. Nesse início, é possível que haja recusa dos árbitros, os quais serão substituídos por suplentes, se assim ficou consignado na convenção de arbitragem.

A fase da instrução consiste na coleta de provas, documentos e na apresentação de alegações sobre o conflito. Na arbitragem, a condução é mais adaptável do que em um tribunal, permitindo uma maior participação das empresas envolvidas na disputa. Após as audiências, os árbitros emitem o laudo arbitral, que é a sentença que vincula as empresas e resolve a disputa. É possível que na convenção de arbitragem as partes

estipulem um prazo limite para a sentença ser proferida, tornando o procedimento ainda mais favorável. Outro ponto importante é que toda a arbitragem ocorre em sigilo, e nenhum detalhe do processo pode ser divulgado publicamente.

As empresas transnacionais são obrigadas a cumprir a decisão arbitral, conforme estudado anteriormente na Convenção de Nova Iorque, que regula o reconhecimento e a execução sem a necessidade de passar por um tribunal estatal. Um exemplo de arbitragem internacional é o caso ARAMCO. O caso envolveu a maior transportadora de petróleo dos EUA, a ARAMCO, e o transportador Aristóteles Onassis, que no contrato estabeleceram a arbitragem como instrumento de resolução de conflitos, embora não tenham definido um regulamento para o procedimento. Nesse caso, seria necessário realizar a convenção de arbitragem para estabelecer o procedimento.

Foi estabelecido o tribunal arbitral de Genebra como sede para a audiência, e três árbitros foram selecionados, todos professores de direito internacional. No entanto, houve impasses na escolha do direito aplicável ao caso, uma vez que a ARAMCO tinha sede em Delaware, nos EUA, enquanto o transportador alegava que o direito muçulmano da Arábia Saudita deveria ser aplicado, o que não se ajustava bem ao caso. Por essa razão, foi definido o direito suíço, onde a arbitragem foi sediada, conforme preceitua Sebastião Roque (2012):

Os árbitros, em comum acordo com as partes, invocaram o princípio básico da arbitragem: vigora nela a autonomia da vontade, e, dentro desse princípio, as partes tem a faculdade de escolher qual será o direito aplicável no julgamento da questão, da mesma forma como tiveram a faculdade de escolher os aplicadores desse direito. Adotaram então as normas básicas do Direito Internacional, conjugadas com os PGD - Princípios Gerais do Direito, aplicados, porém, ao objeto específico do petróleo: foi criada a LEX PETROLEA, que passou a ser aplicada nas outras arbitragens que tivessem por objetivo as relações referentes ao petróleo. A relevância desse novo direito se nota no fato de ele ter penetrado na legislação interna de vários países (Roque, 2012, s/p).

No laudo arbitral, não foi estipulado um prazo específico, mas a decisão teve caráter urgente devido ao valor extremamente alto da causa. O julgamento foi praticamente imediato, conduzido de forma sigilosa, e as vias foram entregues às partes, que acolheram a resolução sem nenhum impasse. A decisão desse caso serviu como

modelo para diversos outros, como o caso *Texaco versus Californian Asiatic Oil*. Além da escolha do direito utilizado na arbitragem, que não pertencia a nenhuma das partes, também ganhou destaque a *lex petrolea*. Esses fatos evidenciam a transnacionalidade das questões comerciais e como o sistema jurídico hierárquico abre espaço para a nova estrutura heterárquica.

4.5. Direito global e transconstitucionalismo

O Direito Global aparece como um fenômeno jurídico que vai além das fronteiras nacionais, buscando desenvolver um sistema normativo capaz de lidar com questões complexas de um mundo hiper globalizado. Suas raízes estruturam-se da necessidade de regulamentação internacional dos novos atores, como as empresas transnacionais, por exemplo, e dos temas que ultrapassam o sistema um Estado. No decorrer do tempo, tratados e convenções internacionais foram criados para resolver assuntos como direitos humanos, meio ambiente e comércio. A criação de organizações internacionais, como a ONU, e a União Europeia, também desempenhou um avanço na promoção de normas de cunho global, conforme abordam Georges Abboud e Ricardo Campos (2022):

Se, no passado, a globalização crescente poderia ser vislumbrada como estertor do constitucionalismo – dado que o Direito Constitucional nasce e se consolida em estrita isomorfia com a figura do Estado-nação –, fato é que o constitucionalismo se reconfigurou ao mundo cada vez mais conectado e globalizado. Tanto assim é que hoje falamos de constitucionalismo global, digital e novas interações entre os constitucionalismos nacionais, bem como o surgimento de estruturas supranacionais (União Européia) que se regulam à luz do constitucionalismo (Abboud; Campos, 2022, p.13).

As bases do direito global estão assentadas na universalidade e na igualdade. Princípios como a observância aos direitos humanos acabam sendo vitais para assegurar uma aplicação mais equânime das normas. Além disso, a ideia de responsabilidade comum, com a garantia da equidade, permite que as possíveis diferenças entre as nações sejam levadas em consideração na aplicação de soluções globais.

Dificuldades aparecem para a sua aplicação, são desafios comuns dentro do direito internacional, como a falta de mecanismos de aplicação a resistência de alguns Estados em aderir aos tratados. A complexidade de questões transnacionais, como cibersegurança, comércio internacional, economia exige uma abordagem conjunta que muitas vezes encontra empecilhos. Apesar das dificuldades impostas, o Direito Global gera a promoção para a cooperação internacional e para a resolução de problemas transnacionais. A expansão digital e a interconectividade possibilitam a implementação de normas transnacionais. O Direito Global emerge como uma resposta aos desafios que surgem em um mundo cada vez mais interconectado. Sua evolução reflete as crescentes preocupações com soluções coletivas e normas de caráter universal, as quais têm sido abordadas de forma abrangente e sistemática. O direito global pode ser conceituado como um sistema legal sem fronteiras determinadas, autores como John Mitchell Finnis (2012) trazem uma compreensão de que as normas de caráter universal são postuladas de direito natural, enquanto outros enxergam o viés positivista dentro dessa normatividade global. Historicamente percebe-se a dualidade entre as leis que possuíam um caráter estatal, imperial e as leis de origem religiosa. A crescente globalização desenvolveu um mercado transfronteiriço, de estrutura supranacional, em que há a livre circulação de bens e serviço, de capitais. O que por consequência econômica e financeira gera uma redução do Estado e amplia o poder dos instrumentos de governança global.

O direito não se baseia mais nas normas domésticas de caráter absoluto, como vimos no sistema hierárquico, mas sim na fragmentação advinda dos novos modelos, das empresas, da cultura, da redução do espaço físico e consequente ampliação do espaço virtual. Nesse sentido, que questionamos a formação de um novo sistema chamado de heterárquico, em que as relações entre público e privado se confundem, ou melhor, mesclam-se formando novos modelos. Podendo ocorrer um constitucionalismo sem Estado, definido por Karl-Heinz Ladeur e Lars Viellechner (2022) da seguinte forma:

Pode ser deixada em aberto se a principal crítica ao constitucionalismo sem Estado, sobretudo no que concerne aos direitos humanos internacionais e sua validade, é adequada. Quando se recorda a vinculação do Direito Internacional com a prática dos Estados e das organizações internacionais e se desconfia da evocação de valores que não têm nenhuma base internacional, deve-se constatar, de maneira mais

realista, que se não pode observar, em muitos campos do comércio, uma prática estabilizada, ainda que incipiente, que poderia dar contornos jurídicos aos direitos humanos. Em todo caso, mesmo para a Comunidade Europeia, assim como para um Estado mundial, cuja configuração da constitucionalização do Direito Internacional é esperada a longo prazo, dever-se-ia ter, por enquanto, um considerável nível de ceticismo diante de todas as expectativas de harmonização jurídica (Lader; Viellechner, 2022, p. 120).

Nessa nova estrutura o direito não seria apenas aquele criado pelos Estados por intermédio dos mecanismos tradicionais, estabelecidos pela Constituição, mas sim pelos atores privados, com escalas variáveis de vinculação. O direito, então, seria formado pelo direito interno e externo, pelos atores privados, como as empresas transnacionais. Segundo Ricardo Campos, (2023):

A positividade e a função do Direito, como haviam caracterizado fortemente o sistema jurídico do Estado nacional, seriam reformuladas por uma incorporação de mecanismos cognitivos devido ao dinamismo peculiar da sociedade global: as expectativas humanas totais, dadas pela fidelidade normativa do Direito Positivo, seriam substituídas pela capacidade de solução de problemas de estruturas de aprendizado, e a aplicação coercitiva segundo o padrão do Estado-nação seria tendencialmente substituída por uma adaptação flexível (Campos, 2023, p. 49).

No direito global há um declínio do Estado constitucional e a ascensão da normatividade paraestatal, muito pela inserção da governança como os princípios de ESG, de compliance e as próprias normas dos organismos internacionais, principalmente por conta do avanço da tecnologia.

É evidente que por conta da economia a velocidade da globalização em relação à política e ao direito tem maior velocidade, por isso existe uma assimetria entre as normas transnacionais e as normas internas. O que demonstra a fraqueza do Estado e dos organismos internacionais. O direito global atua em vários níveis como governo, instituições, empresas e a própria sociedade. Ricardo Campos (2023) afirma que o direito precisou se adequar às novas estruturas hierárquicas, conforme segue:

Tanto no plano transnacional quanto no plano nacional, novas relações abstratas que mantinham uma maior distância das redes tradicionais

exigiam do Direito uma arquitetura conceitual mais adequada a um mundo cada vez mais articulado em relações heterárquicas. Nesse sentido, resquícios de uma cultura da corte fortemente marcadas por relações hierárquicas e sua presença na conformação de estruturas sociais passam a competir, e muitas vezes a ceder espaços, para uma nova forma de semântica e estrutura social voltado para a criação de condições de relações abertas (Campos, 2023, p. 192).

O ordenamento jurídico nacional está sendo reorganizado, pois precisa reformular os elementos tradicionais que compõe o Estado, principalmente a soberania. Portanto, a teoria do direito global foca nesses processos naturais que foram formados pelos novos atores privados e pelos organismos internacionais.

Por conta disso, as constituições transnacionais têm ganhado destaque por conta da interconexão tecnológica, onde questões como comércio, direitos humanos e meio ambiente extrapolam as fronteiras nacionais. As constituições transnacionais podem ser conceituadas como documentos legais que estabelecem princípios e normas aplicáveis em vários países, diferente das constituições nacionais, pois regulamentam questões que ultrapassam as jurisdições individuais. Existem exemplos interessantes de constituições transnacionais, como a Carta das Nações Unidas, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o Acordo de Paris sobre mudanças climáticas, há também a discussão sobre a criação de uma constituição para a Europa, que surgiria a partir da União Europeia.

Há também o direito supranacional que representa uma forma de ordenamento jurídico que ultrapassa as fronteiras nacionais, assim como o direito transnacionais, porém sem mitigar a soberania estatal. Busca regular relações entre Estados de maneira mais abrangente. Também está relacionado ao processo de globalização e à crescente interdependência entre os Estados. Anderson Vichinkeski Teixeira (2011) defende uma teoria pluriversalista do direito internacional:

Neste momento, após termos defendido um conceito de soberania relativizada do Estado-nação e a ideia de espaço regional em um contexto pluriversalista, parece evidente que a competência funcional e normativa do direito supranacional – e mesmo da ordem política internacional que dá suporte a este, a qual será, somente nesse nível, verdadeiramente universalista (Teixeira, 2011, p. 293).

O direito supranacional emerge no pós-Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional, buscou estabelecer mecanismos para prevenir futuros conflitos. O Tratado de Paris (1951), que deu origem à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, representa um marco nesse processo. A progressiva interdependência dos países europeus que culminou na União Europeia, é um exemplo de legislação supranacional que possui impacto sobre os Estados-membros.

A soberania no direito supranacional é transferida de forma parcial para as organizações internacionais. Processo esse, que leva à criação de instituições supranacionais, como tribunais e órgãos legislativos, com autoridade para tomar decisões que vinculam os Estados-membros. A União Europeia, por exemplo, conta com o Tribunal de Justiça Europeu, responsável por garantir a aplicação do direito comunitário.

Porém alguns impasses são enfrentados, como a resistência de alguns Estados em relativizar parte de sua soberania. Além disso, há uma discussão sobre a eficácia das decisões supranacionais que dependem da vontade política dos Estados-membros em cumpri-las. Nesse sentido, Anderson Vichinkeski Teixeira (2011) afirma:

Não se pode negar que mudanças na tradicional estrutura organizacional do Estado-nação são inevitáveis. No entanto, a participação na cultura global e nos mercados mundiais está levando o mesmo modelo de exclusão social historicamente afirmado dentro dos Estados para a nova sociedade global (Teixeira, 2011, p. 293).

Não há dúvida que assim como o direito transnacional, existe a promoção da cooperação internacional e da resolução dos conflitos. Ao criar normas e mecanismos de aplicação que transcendem a soberania estatal, o direito supranacional reforça a governança global e colabora para a estabilidade internacional. É um conceito que desafia concepções mais tradicionais de soberania e oferece uma visão diferente para os problemas da globalização.

A implementação de constituições transnacionais passa por desafios consideráveis, como a soberania nacional, o descordo de interesses entre os Estados e a resistência à perda de autonomia. A solução desses problemas requer uma cooperação e um equilíbrio entre os Estados.

Alguns benefícios são oferecidos pelas constituições, como a promoção da paz, a proteção dos direitos humanos e ao meio-ambiente. Além disso, fornecem uma estrutura para a construção de instituições globais mais eficazes.

Outro ponto que emerge do direito global é o chamado interconstitucionalismo, introduzido por J.J Canotilho, um fenômeno no campo do direito constitucional, que compreende as interações entre diferentes ordens constitucionais. Esse conceito reflete a existência da complexidade das relações jurídicas em tempos de globalização, onde as fronteiras entre os Estados estão cada vez mais permeáveis.

O interconstitucionalismo pode ser conceituado como o estudo das relações entre diversas constituições, sejam elas advindas dos Estados, das organizações internacionais ou de entidades subnacionais. Ele vai além da análise conservadora de uma única ordem constitucional, reconhecendo que as normas e princípios interagem e, por vezes, colidem. Tal conceito é muito utilizado pelo pós-positivismo. Assim, afirma Canotilho (2008):

Penso ser conhecida a tese fundamental do corifeu da *autopoiesis*: uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas (políticos, econômicos, religiosos e científicos) não dispõe de qualquer centro. É uma sociedade sem centro e sem topo hierárquico. Ora, onde não há topo e nem centro, também não pode haver uma supra-ordenação do Estado sobre as forças da sociedade, nem qualquer direção política imperativamente conformada de fins (CANOTILHO, 2008, p. 160).

Os fundamentos do interconstitucionalismo estão ligados à globalização, aos avanços da tecnologia e ao aumento da interdependência entre os países. A ideia central é que as constituições não funcionam isoladamente, mas sim em um contexto global, onde a sua interpretação e a sua aplicação são influenciadas por fatores externos.

Na prática, o interconstitucionalismo aparecer de várias maneiras. Um exemplo é o alcance dos tratados internacionais sobre as constituições nacionais. Quando um Estado ratifica um tratado, as disposições desse instrumento geram mudanças na ordem constitucional interna. Além disso, decisões de tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e a Corte Europeia dos Direitos Humanos, também possuem impacto nas constituições nacionais. Conforme Daniela Menengoti e Malu Romancini

(2015, p. 164): “A Teoria da Interconstitucionalidade enfrenta, dentre outros problemas, o da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas.” Outro aspecto relevante é a regionalização do interconstitucionalismo, como observado nos blocos econômicos e nas organizações regionais. A União Europeia é um exemplo, como já mencionamos onde as constituições dos Estados-membros são influenciadas pelas normas e decisões do bloco.

Apesar de ser um conceito muito avançado, o interconstitucionalismo também enfrenta alguns obstáculos significativos como a preservação da soberania nacional, a compatibilidade entre diferentes sistemas jurídicos e a harmonização das normas. A promoção de diálogo entre os sistemas jurídicos e a consolidação de mecanismos de resolução de conflitos, como por exemplo, a arbitragem internacional, são elementos essenciais para o desenvolvimento saudável do interconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo é uma teoria relativamente recente no campo do Direito Constitucional, pois rompe com a concepção tradicional de soberania. Ele surge como resposta à crescente globalização, considerando que as conexões entre os países estão cada vez mais interdependentes e complexas, transcendendo as fronteiras nacionais e levando em conta as constituições não apenas a nível nacional, mas como parte de uma interação global.

No âmago do transconstitucionalismo está a concepção de que as constituições nacionais não são suficientes para resolver os problemas da sociedade globalizada e complexa, que ultrapassam as delimitações geográficas. A globalização aumentou a necessidade de abordagens mais colaborativas e flexíveis para temas como terrorismo, direitos humanos, meio ambiente, empresas transnacionais e comércio internacional. O transconstitucionalismo busca compreender e lidar com novos atores não estatais, definindo a melhor forma de aplicar o direito diante dessas complexidades.

A principal ideia do transconstitucionalismo é que as constituições nacionais precisam ser interpretadas em conjunto com o direito internacional e os princípios de justiça. Isso resulta em uma mudança na forma como os tribunais abordam as questões constitucionais, uma vez que os magistrados não ficam mais limitados apenas à

legislação nacional, mas também consideram os tratados ratificados por seus Estados. Conforme aponta Marcelo Neves (2009):

A questão é outra quando se trata de transconstitucionalismo. Nesse caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, "lícito/ilícito", mas com diversos programas e critérios. Verifica-se, dessa maneira uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão de identidade (dogmática jurídica). Disso resulta uma diferenciação no interior do sistema jurídico (Neves, 2009, p. 115).

Outro ponto importante é o diálogo entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais por meio dos tribunais, envolvendo o compartilhamento de jurisprudências e a interpretação conjunta dos tratados internacionais, visando a harmonização do direito. Além disso, a teoria ressalta a internacionalização dos direitos humanos, promovendo o alinhamento dos Estados com a comunidade internacional.

É crucial não confundir a teoria do transconstitucionalismo com a ideia de uma constituição mundial, como a União Europeia almejava. A existência de cortes internacionais possibilita o diálogo esperado no transconstitucionalismo, conforme foi analisado nos itens anteriores. Marcelo Neves destaca que no transconstitucionalismo não há uma hierarquia entre as ordens jurídicas nacionais, configurando-se como um sistema horizontal, entrelaçado. Essa abordagem rejeita as teorias que advogam pela supremacia das normas internacionais. Nesse contexto, a solução proposta é um diálogo, ou mais precisamente, uma relação transversal entre o direito interno e o direito internacional.

O transconstitucionalismo implica que as constituições nacionais não devem ser consideradas isoladas dentro das fronteiras estatais, mas sim como elementos conectados no contexto global. Elas interagem, influenciam umas às outras e estabelecem relações com fontes internacionais, como tratados e jurisprudência de tribunais supranacionais:

Embora se possa afirmar a primazia do direito comunitário perante as ordens jurídicas nacionais, a questão torna-se muito simples se considerada apenas como base nessa asserção geral: em primeiro lugar, porque se trata de “hierarquia entrelaçada” entre ordens normativas, que se observam reciprocamente, em segundo lugar, porque surgem problemas constitucionais que são relevantes tanto para as cortes constitucionais dos Estados-membros como para o Tribunal de Justiça das comunidades europeias, dando ensejo a seleções e interpretações diversas dos textos normativos a serem aplicados e a compreensões (construções) distintas dos casos jurídicos subordinados a julgamento (Neves, 2009, p. 153).

Nesse contexto, Neves (2009) destaca a relevância da interpretação constitucional para o transconstitucionalismo. Ele argumenta que os intérpretes e aplicadores do direito precisam ser flexíveis ao considerar outros sistemas jurídicos. Isso resulta em uma visão dinâmica do direito, na qual as constituições se ajustam em resposta às transformações sociais, políticas e econômicas.

O conceito de transconstitucionalismo ultrapassa, portanto, as questões de constitucionalismo internacional, transnacional e supranacional, porque os problemas que surgem no contexto da globalização envolvem uma pluralidade de questões jurídicas, conforme aponta o pesquisador:

Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. Para tratar do transconstitucionalismo, recorro ao conceito de “razão transversal” de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318), mas me afasto um tanto desse ambicioso conceito, para analisar os limites e possibilidades da existência de “racionalidades transversais” (“pontes de transição”) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial (Neves, 2014, p. 207).

A partir do pensamento contemporâneo, que considera a Constituição fundamentada em dois pilares - os direitos fundamentais e a limitação do direito positivo

produzido -, faz sentido afirmar que os casos submetidos a tribunais internacionais tratam de questões típicas do direito constitucional. O que se modifica são os parâmetros utilizados, sendo um de natureza nacional e o outro internacional. Nesse contexto, pode ocorrer um conflito entre uma decisão proferida internacionalmente e outra proferida sob a égide da constituição nacional.

No presente capítulo investigamos várias dimensões fundamentais e avaliamos a constitucionalização das fontes, enfocando como esse desenvolvimento influencia as bases normativas. Discutimos, ainda, a normatividade do direito internacional, explorando o papel crucial desempenhado por organizações internacionais. Além disso, nos dedicamos à análise da arbitragem internacional e ao fenômeno em ascensão do transconstitucionalismo, oferecendo uma análise aprofundada desses temas interligados. No capítulo a seguir, abordaremos a crise no sistema atual e a formação de um novo sistema estatal. Exploraremos os sistemas paraestatais e extraestatais, examinando a localização do regramento das empresas estatais e os limites à soberania, com foco na análise detalhada desses aspectos.

5. CRISE O SISTEMA E FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA ESTATAL

A globalização pode ser compreendida por dois ângulos: o primeiro abrange a perspectiva da política e da economia, enquanto o segundo diz respeito à relação entre o Estado e a comunidade internacional. Com o progresso da sociedade, especialmente no que diz respeito à comunicação e tecnologia, as interconexões tornam-se mais intensas e rápidas, repercutindo na estrutura do Estado. Conforme David Held (1991):

Com frequência, esses desenvolvimentos internacionais são considerados parte do processo de “globalização” ou, mais precisamente, da “globalização ocidental”. Globalização, nesse contexto, envolve pelo menos dois fenômenos distintos. Em primeiro lugar, o termo sugere que a atividade política, econômica e social tem, cada vez mais, um alcance mundial. Em segundo lugar, ele sugere os níveis de interação e interconexão entre os Estados e a sociedades que formam a sociedade internacional têm-se intensificado (Held, 1991, p. 157).

A globalização também pode ser analisada sob a ótica do desenvolvimento das redes de produção internacional, caracterizadas pela constante fragmentação e flexibilidade do Estado, em associação aos sistemas transnacionais. Como destaca Cassesse (2010, p. 50): "No passado, a unidade de comando era entregue à cúpula do governo, e todas as decisões importantes passavam pelos ministérios econômicos". As interconexões entre os Estados, facilitadas pela globalização, manifestam-se de diversas maneiras, como no caso da União Europeia, que possui um sistema jurídico próprio. Essas relações alteram o papel tradicional do Estado e apresentam desafios ao direito constitucional.

A partir da década de 1990, a institucionalização do direito internacional, por meio da estruturação de organismos reguladores, contribui para a disseminação das transnacionais. Isso reflete a globalização dos mercados, que modifica a relação que o estado moderno mantinha com a soberania, conforme analisado no primeiro capítulo da presente pesquisa. Dessa forma:

A globalização é frequentemente apresentada como uma força homogeneizadora, redutora da “diferença” e da capacidade dos Estados-

nação de agir independentemente na articulação e busca de objetivos políticos domésticos e internacionais: O Estado-nação democrático territorial parece fadado ao declínio ou à crise (Held, 1991, p. 161-162).

A soberania acaba sendo relativizada pelas novas características do Estado, das comunidades internacionais e das transnacionais, resultando em um fortalecimento das teorias cosmopolitas que negam as divisões políticas e territoriais. Esses questionamentos trazidos por essa nova sistematização não são muito diferentes dos enfrentados no início da modernidade. Maquiavel abordou em sua obra questões relacionadas ao poder, legitimação e fronteiras, assim como os contratualistas do século XVIII.

O direito, como fenômeno social, evolui a partir das relações entre a sociedade e o poder. Na concepção contemporânea, esse poder estaria no Estado e na comunidade internacional. Nesse contexto, segue o pensamento de David Held (1991):

A significação desses desenvolvimentos do ponto de vista da forma e da estrutura da política nacional e internacional pode ainda ser examinada a partir de um argumento presente na literatura sobre a globalização. Refiro-me ao que se denomina visão “transformacionista” ou “modernista”, que descreve o processo através do qual a crescente interconexão global pode levar ao declínio ou crise da autonomia do Estado e à necessidade de que o Estado-nação cooperem e colaborem intensamente uns com os outros (Held, 1991, p. 157).

Pode-se afirmar que o Estado contemporâneo enfrenta uma crise sistêmica, visto que o eixo do poder está deslocado para novos atores, como as empresas transnacionais e os organismos internacionais. Surge, assim, a indagação: quem determina a criação do sistema jurídico? Será a soberania a responsável por definir a origem da normatividade?

5.1. Sistemas paraestatais e extra estatais

Na era da globalização, as conversas acerca de instituições paraestatais e extraestatais desempenham um papel crucial na compreensão das transformações nas relações internacionais e no direito internacional. Muitas vezes associados a sistemas

não estatais e organizações internacionais, esses sistemas questionam a visão tradicional dos Estados como únicos detentores de autoridade e poder na arena global.

Os sistemas paraestatais referem-se a estruturas que operam de maneira independente dos Estados, mas desempenham um papel significativo na formulação de políticas em nível internacional. Isso pode abranger organizações não governamentais (ONGs), empresas transnacionais, grupos de pressão e outras entidades que exercem influência. Adeodato (2012) explica o conceito de direito alternativo:

Propõe-se aqui outra linha para explicitar o conceito de direito alternativo, mediante o que se pode chamar uma definição negativa: direito alternativo é um direito paralelo ao direito estatal, um direito que se oferece como alternativa diante do direito dogmático — que é o direito estatal contemporâneo por excelência, aquele representado pela lei, pela jurisprudência, pelos contratos lícitos etc. — aproveitando-se de suas impotência e incompetência no trato dos conflitos (Adeodato, 2012, p. 53).

A crescente importância dos sistemas extraestatais e paraestatais levanta a questão de como a soberania nacional é afetada. À medida que o direito alternativo ganha influência, os Estados frequentemente enfrentam o desafio de equilibrar a soberania com os interesses das estruturas não estatais.

Esses sistemas também apresentam desafios ao direito internacional, uma vez que o desenvolvimento de normas e regulamentos globais muitas vezes ocorrem fora do âmbito das estruturas tradicionais de tratados e acordos internacionais. Isso suscita questões sobre a soberania e a aplicação do direito internacional. Conforme esses sistemas evoluem, novos modelos institucionais surgem, incluindo parcerias público-privadas, colaborações entre paraestatais e extraestatais, e a busca por soluções globais. Segundo Adeodato (2012):

É assim compreensível que se formem procedimentos jurídico espontâneos, alternativos aos oficiais, em um país como o Brasil, cuja distribuição da justiça legal, dentre outros serviços públicos, caracteriza-se pela ineficiência. Daí que o interesse dos juristas brasileiros pelo direito alternativo revela não apenas sensibilidade diante da realidade, como também se impõe do ponto de vista científico (Adeodato, 2012, p. 54).

Dentro do comércio internacional, os sistemas paraestatais e extra estatais são responsáveis pela maior parte da produção normativa, basta observar as práticas costumeiras e a arbitragem internacional. Derivam da própria estrutura capitalista, como as regras de reciprocidade entre os países, normas contratuais, meios privados de solução de controvérsia.

No direito transnacional os usos e costumes são a fonte mais importante, embora reconhecidos pelo Estado comumente entram como *secundum legem* ou *praeter legem* de forma bem positivista. Os usos e costumes dentro do direito empresarial não precisam de reconhecimento por parte do Estado, basta a vinculação com a tradição dos negócios comerciais e a força econômica que as empresas transnacionais possuem. A força deriva do tempo e principalmente da economia. Dentro da arbitragem as partes optam por conduzir o procedimento pelos costumes internacionais, geralmente utilizados para preencher lacunas nos contratos ou interpretar alguma cláusula.

Embora estes sistemas paraestatais e extra estatais possam colocar desafios à soberania do Estado, também proporcionam oportunidades para soluções mais eficazes e colaborativas para problemas globais. A capacidade de reunir diversos intervenientes na procura de soluções comuns pode ser a resposta aos complexos desafios da globalização.

Os sistemas paraestatais e extra estatais constituem uma parte do panorama político e jurídico na era da globalização. Redefiniram a dinâmica do poder e da autoridade na arena internacional, desencadeando discussões contínuas sobre como os Estados e outros intervenientes devem adaptar-se e cooperar num mundo cada vez mais interligado.

5.1.1. A Formação da *soft law*

A *soft law* é um importante conceito jurídico surgido no direito internacional. Ao contrário das normas tradicionais do *hard law*, que são vinculantes e obrigatórias por natureza, a *soft law* caracteriza-se por ser não vinculativa, fornecendo diretrizes e princípios que orientam condutas, especialmente condutas corporativas. A expressão

vem do inglês que poderia ser traduzida como direito suave, uma oposição ao direito chamado de direito duro, o *hard law* que emana dos tratados em que os Estados são signatários. Segundo Salem Nasser (2021) há uma discussão sobre o uso da expressão *soft law*:

O uso da expressão é muito diverso e, normalmente, não se sabe a extensão do que pretende cobrir até que o contexto em que se insere fique claro. O sentido também varia; alguns pretenderão dizer que a expressão serve a apoiar o pertencimento das normas ao mundo do jurídico, ainda que de algum modo diferente, por conta do soft. Outros, ao contrário, sustentarão que a expressão só poderia servir para apontar para aquilo que não é Direito, porque, se o fosse, seria *hard law*. Ou seja, tanto os defensores da expansão do conceito de Direito quanto os defensores da especificidade do jurídico podem se valer da expressão e ela não pode servir de árbitro entre eles (NASSER, 2021, p. 84).

As suas raízes residem no desenvolvimento das relações internacionais e na necessidade de coordenação entre os países. Surgida no âmbito de acordos que visavam promover a harmonização das práticas entre os atores internacionais. Inicialmente, a *soft law* foi utilizada em questões diplomáticas e de relações internacionais, mas com o tempo, sua aplicação se expandiu para diferentes áreas do direito.

Um ponto central da *soft law* é a sua flexibilidade. Diferente das normas de *hard law*, que muitas vezes exigem procedimentos complexos para serem alteradas, pois originam-se do Estado, a *soft law* pode ser mais facilmente adaptada às mudanças e às necessidades das partes envolvidas. Além disso, a legislação não vinculativa proporciona frequentemente espaço para experimentação e ajustamento, permitindo que as partes ajustem as suas práticas antes de assumirem compromissos jurídicos. Conforme Cezar Nava Escudero (2016):

Uma questão central na discussão sobre soft law (que inclui normas brandas nos tratados) é a terminologia e o tipo de preceitos que ela designa. A questão a ser resolvida é, por um lado, se com esta expressão estamos lidando com normas que não são legais, ou seja, normas que não são legais, e portanto o uso da palavra “direito” ou lei seria incorreto, confuso, paradoxal ou contraditório, porque na concepção tradicional o Estado de Direito é vinculativo: se não é vinculativo, então não é legal. Ou se, pelo contrário, o direito deve ser entendido como um conjunto de diversos tipos de normas jurídicas, que se encontram em diferentes

“níveis” ou “graus”, onde algumas são mais severas que outras, ou, inversamente, algumas são menos vinculativas. o que os outros (Escudero, 2016, p. 107).¹¹

Outro ponto importante é a sua vinculação jurídica indireta. As normas da *hard law* são juridicamente sujeitas a sanções estatais, enquanto a *soft law* depende da boa-fé e do compromisso voluntário das partes envolvidas. O que gera dúvidas sobre a sua eficácia para garantir o cumprimento e a implementação dos seus princípios.

A *soft law* tornou-se uma ferramenta valiosa na formulação de políticas e na regulação de áreas complexas que demandam respostas rápidas e flexíveis. Setores como o meio ambiente, direitos humanos e comércio internacional têm experimentado a aplicação bem-sucedida da *soft law* em instrumentos como declarações de princípios, diretrizes voluntárias e códigos de conduta. No entanto, a aplicação da *soft law* não está imune de falhas. A falta de vinculação jurídica direta, por exemplo, enfraquece sua eficácia, também pode haver abusos ou interpretações arbitrárias. A busca por um equilíbrio entre flexibilidade e coerção é um desafio na aplicação da *soft law*.

A comunidade internacional sempre encontrou obstáculos para a criação de uma normatividade que não colidisse com o sistema hierárquico, *soft law* vem como uma resposta inovadora, oferecendo uma abordagem mais flexível. A contínua evolução da *soft law* certamente molda a maneira como as normas legais são concebidas e implementadas em um mundo de hipercomunicação

No contexto das empresas transnacionais, a *soft law* possui uma função decisiva na promoção da governança corporativa responsável e na gestão das práticas comerciais éticas. Diversos instrumentos de *soft law*, como diretrizes voluntárias, códigos de conduta e padrões de responsabilidade social corporativa, têm sido utilizados para guiar o

¹¹ Em livre tradução do original: Un tema central en la discusión sobre el derecho suave (que comprende el de normas soft en tratados) es la terminología y el tipo de preceptos que designa. La cuestión a resolver es, por un lado, si con esta expresión estamos frente a normas que no son de derecho, es decir, normas que no son jurídicas, y por lo tanto el uso de la palabra “derecho” o law sería incorrecto, confuso, paradójico o contradictorio, porque en la concepción tradicional la norma de derecho es vinculante: si no es vinculante, entonces no es jurídica. O si, por el contrario, el derecho debe entenderse como un conjunto de diversos tipos de normas jurídicas, las cuales se encuentran en “niveles” o “grados” distintos, donde algunas son más duras que otras, o a la inversa, algunas menos vinculantes que otras.

comportamento das ETNs. Esses instrumentos visam preencher lacunas normativas que o Estado não consegue satisfazer pro questões de soberania, fornecendo um quadro mais maleável que incentiva a conformidade com padrões éticos e sociais, muitas vezes extrapolando as fronteiras nacionais.

A Responsabilidade Social Corporativa é um campo em que a *soft law* tem um papel de destaque dentro das empresas transnacionais. Diretrizes e princípios voluntários, como os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, fornecem um campo para a promoção e proteção dos direitos humanos em operações empresariais transnacionais. Esses instrumentos são projetados para incentivar a autorregulação das empresas, promovendo boas práticas sem atribuir obrigações legais estritas.

Nas condutas relativas à proteção ambiental, a *soft law* também tem destaque. Acordos voluntários e padrões de sustentabilidade, muitas vezes desenvolvidos por organizações não governamentais e fóruns multissetoriais, oferecem diretrizes para as empresas transnacionais abordarem as questões ambientais. Essas iniciativas pretendem alinhar os interesses comerciais com preocupações ambientais, promovendo práticas sustentáveis sem impor legalmente sanções.

À medida que as ETNs continuam a desempenhar força na economia global, a *soft law* conserva-se como uma ferramenta efetiva na promoção de práticas empresariais sustentáveis e éticas. A evolução constante desses instrumentos, aliada a um diálogo contínuo entre os setores público e privado, é fundamental para garantir que a *soft law* atenda às exigências globais. A complexidade das questões enfrentadas pelas ETNs exige uma abordagem diferenciada, e a *soft law*, com sua adaptabilidade, contribui para a construção de um ambiente empresarial responsável e sustentável.

A aplicação da *soft law* é caracterizada por uma diversidade de instrumentos e iniciativas que oferecem orientações para os atores internacionais. Há alguns exemplos significativos de *soft law* em diferentes contextos, tais como: Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, chamados de UNGPs. Representam um marco na *soft law*, ministrando orientação para as empresas na gestão de questões de direitos humanos. Apesar de não ter força vinculativa, os UNGPs

possuem aceitação e projeção internacional e influenciam as práticas das empresas transnacionais.

Outro exemplo é Código de Conduta de Paris para Combate à Corrupção, desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em que foram estabelecidos princípios e padrões éticos para governos e empresas combaterem a corrupção internacional. Embora não seja legalmente obrigatório, o código serve como uma referência valiosa na promoção da integridade no ambiente de negócios.

O Acordo de Paris também é um exemplo de *soft law* dentro do campo ambiental. Ele cria metas de adesão voluntária para a redução das emissões de gases de efeito estufa. Depende da vontade política e do comprometimento dos Estados que aderiram ao acordo, pois não existe sanções vinculantes nesse caso. Assim especifica Cezar Nava Escudero (2016):

Não deveria surpreender que em qualquer um dos regimes internacionais de protecção ambiental os tratados desenvolvam tal conteúdo. A *soft law* é simplesmente um processo de elaboração de regras bastante comum no âmbito do direito ambiental internacional. Os Estados recorrem repetidamente a ele quando negociam e elaboram os respectivos textos. Conseqüentemente, e mesmo sem considerá-lo trivial ou supérfluo, esse processo nem sempre oferece o melhor cenário para responder aos grandes desafios ambientais (Escudero, 2016, p. 118)¹².

Os Princípios para Investimento Responsável das Nações Unidas são um empreendimento de *soft law* que orientam investidores institucionais na incorporação de critérios ambientais, sociais e de governança, a ESG, em suas decisões de investimento. Embora não tenham caráter vinculante obrigatório, os princípios têm influenciado a integração crescente das ESG, conforme abordado na presente pesquisa.

Interessante mencionar que a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, a FAO, desenvolveu diretrizes voluntárias para promover a exploração

¹² Em livre tradução do original: No debe sorprender que en cualquiera de los regímenes internacionales de protección al ambiente los tratados desarrollen tales contenidos. El derecho suave es simple y sencillamente un proceso de creación de normas bastante común dentro de lo jurídico internacional ambiental. Los Estados acuden reiteradamente a él al momento de negociar y redactar los textos respectivos. En consecuencia, y aún sin considerarlo trivial o superfluo, este proceso no siempre ofrece el mejor de los escenarios para responder a los grandes retos ambientales.

responsável da terra. Essas orientações buscam direcionar as práticas relacionadas à posse, uso e controle da terra por parte do governo e das empresas transnacionais.

Esses exemplos mencionados mostram como a *soft law* ganhou destaque em diversos domínios, proporcionando flexibilidade para a resolução dos impasses da globalização. As vantagens oferecidas pela *soft law* são sem dúvidas a flexibilidade e adaptação dentro da comunidade internacional. Ao contrário das normas de *hard law*, a *soft law* pode ser ajustada e adaptada com facilidade às mudanças nas circunstâncias e às necessidades das partes envolvidas, o que permite uma resposta mais ágil aos problemas enfrentados.

A facilitação da cooperação Internacional permite experimentação e desenvolvimento gradual de normas e práticas que muitas vezes já eram costumeiras nos acordos de comércio. As partes podem testar novas abordagens sem comprometer-se legalmente, permitindo a identificação de soluções antes da consolidação de normas de efeito vinculante. A *soft law* frequentemente envolve processos de consulta e participação ampliada, incorporando uma variedade de perspectivas. Isso contribui para uma abordagem mais inclusiva na formulação de normas, possibilitando a representação de interesses diversos.

Uma desvantagem observada na implementação da *soft law* é a falta de vinculação jurídica direta, a ausência de obrigações legais pode resultar em uma prática desigual e questionamentos sobre a eficácia de fato das diretrizes. A aplicação da *soft law* muitas vezes depende da interpretação das partes envolvidas, levando a uma variabilidade de interpretações, o que pode resultar em lacunas e inconsistências.

A falta de sanções pode incentivar a não conformidade, especialmente em contextos em que os interesses comerciais podem prevalecer sobre considerações éticas. O monitoramento da *soft law* também é um desafio à parte, assim como a sua execução o que acaba comprometendo a sua eficácia. Apesar da *soft law* desempenhar um papel essencial na promoção da cooperação internacional suas limitações exigem uma discussão cuidadosa sobre as circunstâncias da sua aplicação, uma vez que rompem com a concepção hierárquica e concedem mais poder as empresas transnacionais.

5.1.2. Os princípios de ESG dentro das empresas transnacionais

O chamado *Environmental, Social and Governance*, a ESG, trata-se de um conjunto de critérios enquadrados como *soft law* que as empresas incorporam em suas práticas tanto comerciais, quanto de gestão. Estes critérios estão localizados em três dimensões: a ambiental trazida na expressão *environmental*, a social e a governança. A adoção dos princípios ESG reflete a conscientização sobre a responsabilidade corporativa e o impacto das atividades empresariais no meio ambiente, na sociedade. Segundo Guerra Filho, Turqueti e Lima (2021):

A ESG *Evaluation* consiste na Avaliação de uma empresa com base em sua atuação nas esferas ambiental, social e de governança corporativa. Assim, conforme uma empresa tenha uma política forte, transparente e verdadeiro engajamento nessas áreas, mostra-se como mais convidativa a receber aportes de investimentos. Essa avaliação é preponderantemente feita pelo próprio mercado econômico, com vias a orientar a atuação dos investidores. Por estar atrelada a ideia de receber capital de investidores, tem maior aplicabilidade para empresas de capital aberto, listadas em Bolsa de Valores, ainda que a Avaliação não se reduza a essa modalidade societária (Guerra Filho; Turqueti; Lima, 2021, p. 665).

A dimensão ambiental do ESG concentra-se na gestão dos impactos ambientais nas transações de uma empresa. Isso inclui práticas de sustentabilidade, de eficiência, conservação de recursos naturais, acordos antipoluição. Empresas comprometidas com a dimensão ambiental buscam minimizar os danos, contribuindo para a preservação do meio ambiente e para a transição para uma economia mais sustentável e humana.

A outra dimensão do ESG refere-se às práticas sociais e às relações que uma empresa tem com seus *stakeholders*, incluindo colaboradores, clientes, fornecedores e comunidades locais. Aspectos como diversidade e inclusão, condições de trabalho, direitos humanos, bem-estar dos funcionários, políticas raciais e de gênero. Quando incorporada essa dimensão social a empresa busca promover um ambiente ético e justo, com responsabilidade social para toda a comunidade envolvida. A preocupação social é um tema mais recente para as empresas, conforme afirma Guerra Filho, Turqueti e Lima (2021):

Por sua vez, a preocupação social é ainda mais recente, tendo iniciado há pouco tempo seu destaque dentro do contexto empresarial. A avaliação do critério social abrange a preocupação com um emprego digno, com a observância da legislação e efetivação dos direitos trabalhistas. Com efeito, a empresa que se preocupa com o aspecto social deve, primeiramente, voltar seu olhar para dentro e, em uma análise crítica, procurar garantir internamente a observância dos direitos trabalhistas, assim como adequadas condições de trabalho. Atualmente, há certificações que atestam que uma empresa tem preocupações e engajamento social com seus funcionários, suas condições de trabalho e bem-estar. A título elucidativo, um exemplo de certificação é o "Great Place to Work" certificação que busca adequar as práticas empresariais para o desenvolvimento de um ambiente de trabalho que respeite e valorize seus colaboradores (Guerra Filho; Turqueti; Lima, 2021, p. 666).

Por fim, a terceira dimensão, a governança no ESG está ligada à estrutura de liderança, transparência e principalmente integridade empresarial. Está ligada às atividades como a composição do conselho de administração, a independência dos membros do conselho, a remuneração dos executivos, a divulgação de informações financeiras e a gestão de riscos. Para a empresa a governança busca garantir a transparência e a eficácia na tomada de decisões, fortalecendo a confiança dos envolvidos na gestão empresarial.

A integração dos princípios ESG dentro do modelo de negócios de uma empresa vai além do mero cumprimento de regulamentações, apesar de um mecanismo que não possui força estatal, pois se passa exclusivamente entre as empresas, entre os entes privados, aquelas que adotam a ESG não buscam apenas lucros, mas também criar valor a longo prazo, e uma credibilidade no cenário econômico mundial. Além disso, existe uma grande demanda por investimentos responsáveis, e muitos investidores consideram os critérios ESG ao tomar decisões de alocação de recursos, reconhecendo que empresas sustentáveis tendem a ter melhor performance financeira.

Percebe-se que os princípios de ESG representam um exemplo dentro do sistema heterárquico onde a força para estabelecer critérios mais éticos e sustentáveis não está na figura do Estado, muito menos nas normas expedidas por ele. A medida que as preocupações globais com questões ambientais, sociais e éticas crescem a adoção dos princípios ESG torna-se importante para as empresas.

O ESG surgiu como uma abordagem nova para a gestão sustentável e ética dos negócios, ultrapassando as fronteiras nacionais. Neste contexto, há uma relação entre os princípios da ESG e a *soft law* no direito internacional. A *soft law* é caracterizada como um instrumento não vinculativo de normas e diretrizes, conforme analisado anteriormente e possui uma função significativa ao fornecer orientações para a implementação dos princípios ESG. A ligação de ESG e com a estrutura da *soft law* no direito internacional é nítida quando se observa os vários instrumentos, tais como acordos globais, as diretrizes da organização para cooperação e desenvolvimento Econômico, a OCDE, exemplificam a aplicação da *soft law* para a promoção das práticas ESG pelas empresas em escala global. Esses instrumentos oferecem uma estrutura maleável que se adequa às dinâmicas do ambiente empresarial.

Mesmo com todas as vantagens da *soft law* na promoção da ESG, desafios existem. A falta de obrigatoriedade pode resultar em ações inconsistentes e falta de responsabilização adequada. Mesmo assim, a flexibilidade da *soft law* assegura uma adaptação contínua às mudanças nas condições de mercado, apresentando oportunidades para inovações e melhorias. A crescente conscientização sobre a sustentabilidade e responsabilidade social dentro das empresas tem levado à adoção dos princípios ESG. Alguns exemplos ilustram bem como a ESG é utilizada dentro das empresas transnacionais.

Um exemplo interessante é o compromisso com energias renováveis pela Google que é reconhecida por seu compromisso com a sustentabilidade ambiental. A empresa alcançou a neutralidade de carbono em 2007 e, desde então, tem investido constante em energias renováveis. A Google anunciou em seu blog planos para operar com cem por cento de energia renovável em todas as suas operações. Segundo Maia Mau (2022), diretora de Marketing para o blog da Google Brasil:

Aqui, no Google, compensamos nossas emissões de carbono e até 2030, temos o compromisso de usar 100% da nossa energia de fontes renováveis. Isso vai permitir que a gente opere apenas com fontes de energia livres de carbono. Com iniciativas que não ficam apenas da porta para dentro, mas valorizam globalmente a sustentabilidade com um olhar especial para o Brasil, também anunciamos no Google for Brasil que expandimos as nossas parcerias com instituições que trabalham para

manter o conhecimento científico disponível. Uma delas é a colaboração com o CRIA (Centro de Referência em Informação Ambiental). Formado por uma rede de pesquisadores, o CRIA reúne 15 milhões de registros e quase 5 milhões de imagens sobre a fauna e flora brasileiras, compondo um extenso catálogo da nossa biodiversidade (GOOGLE, 2022, s/p).

Sob o aspecto social da ESG, tem-se o exemplo da Unilever com seu compromisso com diversidade e inclusão. A empresa utilizou políticas de diversidade e inclusão, criando metas para garantir que os líderes e os colaboradores reflitam esses valores. Além disso, a Unilever está envolvida em iniciativas sociais, como o compromisso com a redução das desigualdades e, principalmente a promoção da igualdade de gênero. Essas práticas destacam a importância de políticas sociais abrangentes dentro da empresa. Conforme explica Ana Cláudia Atchabahian (2022):

Ademais, a homogeneidade por vezes esconde pressupostos de vieses inconscientes (estes potencializados cada vez mais pelas tecnologias da informação e mecanismos de inteligência artificial e algoritmos, cuja elaboração também imbui os vieses de seus criadores) e mesmo outras formas discriminatórias e microagressões, contrárias ao “S” da sigla ora sob análise e que dificultam a própria representatividade dos grupos no ambiente corporativo. A partir do momento que os colaboradores se veem representados em todos os níveis da empresa, sua percepção de pertencimento também aumenta. Para a frente de diversidade e inclusão, pertencimento é o seu principal fundamento. Uma empresa genuinamente focada neste propósito conta com grupos diversos em todos os setores da empresa, desde suas lideranças, até seus colaboradores e terceirizados. Programas de diversidade e inclusão devem, assim, ter por foco a redução das desigualdades existentes no tecido social e a proteção de grupos vulneráveis, invisibilizados nos mais variados contextos históricos. Neste livro serão apresentados os recortes de gênero, raça/etnia/cor, orientação sexual e identidade de gênero, pessoas com deficiência, migrantes e refugiados e idosos. Contudo, todos os grupos vulneráveis reconhecidos à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos devem ser considerados nos mais variados programas que tenham por objetivo se conectar com práticas ESG, em conformidade com o ODS 10, voltado à redução das desigualdades, e com o Princípio 12 dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos (Atchabahian, 2022, p. 20).

Sobre a governança, a Microsoft é um exemplo claro nessa dimensão da ESG. A empresa tem adotado práticas transparentes de governança corporativa, com divulgação regular de informações financeiras e relatórios detalhados sobre suas atividades comerciais. Além disso, a Microsoft tem um compromisso claro com a ética nos negócios,

demonstrado por sua participação em iniciativas de responsabilidade corporativa e pela ênfase na integridade em todas as suas operações. Esse exemplo demonstra a importância de uma governança eficaz para o sucesso a longo prazo.

Os exemplos citados refletem as formas de abordagens que as empresas podem adotar para incorporar os princípios ESG em sua rotina, verifica-se como atualmente esses princípios tornam-se mais importante do que as próprias leis produzidas pelo Estado. Essas iniciativas não apenas atendem às expectativas dos investidores e das outras empresas e clientes, mas também comprovam o papel crítico que as empresas desempenham na promoção da sustentabilidade ambiental, responsabilidade social e governança corporativa ética. À medida que mais empresas reconhecem a importância desses princípios, espera-se que a implementação da ESG continue a evoluir e a se tornar uma parte do corporativo global.

No cenário das empresas transnacionais, a discussão em torno dos princípios ESG, ambiental, social e governança, tem ganhado cada vez mais destaque. Estes princípios fornecem maneiras para avaliar o impacto e a responsabilidade das empresas em relação a questões ambientais, sociais e de governança que transcendem as fronteiras geográficas e culturais, formando uma governança global segundo Guerra Filho, Turqueti e Lima (2021):

A profunda interdependência entre os países, o encurtamento de distâncias com os modernos meios de transportes e o amplo intercâmbio entre pessoas, tecnologia e comércio, são apenas alguns dos exemplos das causas (ou talvez consequências) da globalização experimentada pela atual sociedade mundial. Verifica-se uma conexão intensa entre todos os países do globo. E, se ainda existia alguma dúvida sobre isso, foi encerrada com o cenário atual de crise pandêmica global. Nesse contexto, a governança global assume protagonismo, por enfatizar a necessidade de cooperação entre as nações, na medida em que os problemas ultrapassam os limites territoriais de um único Estado (Guerra Filho, Turqueti e Lima 2021, p. 676).

As empresas transnacionais, muitas vezes operam em diversos países, e estão sendo, cada vez mais pressionadas a adotar políticas ambientalmente responsáveis. Regulamentações ambientais rigorosas em diferentes jurisdições desafiam essas empresas a desenvolverem estratégias que minimizem possíveis danos.

A responsabilidade social corporativa exige que as empresas transnacionais considerem as comunidades onde estão localizadas. Em um contexto transnacional, isso envolve respeitar os direitos humanos, garantir condições de trabalho justas e proporcionar práticas comerciais mais éticas. A regulamentação nessas áreas visa assegurar que as empresas transnacionais atuem como agentes positivos para o desenvolvimento social, independentemente do local em que operem. Assim preceitua Rubens Filho e Cierco (2022):

E, portanto, os princípios básicos norteadores da Governança e ESG podem possuir alto grau de intersecção entre eles, a linha que os separa e que os identifica, pode ser tênue. Porém, em congruência, o que deve prevalecer deve sempre implicar em uma gestão sob padrões éticos, de maneira que os critérios que são seguidos, quando uma decisão é tomada, podem ser apresentados claramente às pessoas que têm o direito de conhecê-lo, dentro do seu mais amplo espectro de stakeholders e *shareholders* de relacionamento, como faremos no segundo capítulo, onde identificaremos os impactos dos diferentes ambientes externos na estruturação e no funcionamento das organizações (Filho e Cierco, 2022, p. 18).

A dimensão de governança enfatiza a necessidade de transparência, prestação de contas e ética na tomada de decisões corporativas. Empresas transnacionais estão sujeitas a regulamentações complexas e variadas em diferentes jurisdições, e muitas vezes enfrentam desafios relacionados à conformidade e à ética corporativa. As regulamentações visam estabelecer padrões uniformes de governança, promovendo a integridade da marca.

A natureza transnacional das empresas oferece desafios significativos para a regulamentação da ESG. A ausência de harmonização nas leis e normas entre os países pode criar desigualdades na aplicação desses princípios. No entanto, observa-se uma tendência crescente em direção à cooperação internacional para desenvolver padrões globais de ESG e estabelecer diretrizes comuns.

Apesar dos desafios, adotar práticas ESG e cumprir as regulamentações advindas dos princípios pode trazer benefícios para as empresas transnacionais. Além de atender às demandas dos consumidores que buscam empresas responsáveis, e fortalecer a

reputação da empresa para atrair investidores éticos e diminuir riscos legais e embargos econômicos.

Não se nega que a relação entre ESG e regulamentação nas empresas transnacionais representa um modelo que se encaixa no sistema heterárquico. À medida que as normas ESG continuam a evoluir, as empresas transnacionais são desafiadas a não apenas cumprir esses requisitos regulatórios, mas também liderar de forma positiva o cenário empresarial global.

5.1.3. O *compliance* como estrutura heterárquica

A evolução do ambiente corporativo das empresas transnacionais levou a uma complexidade nas relações dentro das organizações. Nesse contexto, o *compliance* tem ganhado destaque como uma normatividade paraestatal para garantir a harmonia das atividades empresariais em conformidade com os valores éticos. Assim, como o ESG, o *compliance* é estabelecido pela própria empresa que define um código de conduta para seus colaboradores e líderes. O *Compliance* é um parceiro das práticas de ESG, pois incide na governança corporativa onde justamente está o canal de denúncia e onde é gerido o código de conduta da empresa.

O *compliance* nasceu nos EUA, no século XX, quando foi criado o Banco Central Americano e a necessidade de se ter um sistema financeiro forte e estável. Por isso, o *compliance* não é destinado somente para instituições financeiras, mas sim, uma diretriz para a ética empresarial. Um instrumento que advém da legislação americana, conforme André Castro Carvalho (2021):

Num voo panorâmico, a ideia de *compliance* surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, em que se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento de operações. Alguns anos depois, precisamente em 9 de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo

descumprimento resultaria na aplicação de sanções, como multas e outras penalidades (Carvalho, 2021, p. 50).

A expressão *compliance* origina-se do verbo em inglês *to comply*, que significa conformidade ou cumprimento. No contexto empresarial, *compliance* significa o conjunto de práticas e processos utilizados por uma organização para garantir que suas atividades estejam de acordo com os regulamentos, políticas internas e padrões éticos. O *compliance* dentro de uma empresa garante justamente o cumprimento das normas relevantes ao ramo empresarial de atuação. Isso engloba normativas governamentais, padrões internacionais e exigências específicas de cada país em que a empresa transnacional opera.

Além das obrigações determinadas, o *compliance* também abrange a adoção de valores éticos nos negócios, o que gera a promoção de uma cultura organizacional que valorize a integridade, a transparência e a responsabilidade, tanto internamente quanto nas relações com outras empresas e *stakeholders*. A implementação desses controles internos acaba sendo fundamental para a credibilidade da empresa frente ao mercado, pois inclui procedimentos de monitoramento, avaliação de riscos e sistemas de relatórios que ajudam a identificar e corrigir possíveis falhas das normas estabelecidas.

Como não há uma fiscalização por parte do Estado, o *compliance* demanda a capacitação constante dos colaboradores, assegurando que entendam as políticas e regulamentações criadas. A conscientização sobre a importância das regras de *compliance* contribui para a prevenção de práticas inadequadas e condutas não éticas. Inclusive o Estado incentiva a prática, assim afirmam Francisco Schertel Mendes e Vinicius Marques de Carvalho (2017):

É por isso, inclusive, que o Estado incentiva sua adoção. Ao pensar sobre os motivos pelos quais a Administração incentiva os programas de compliance, nota-se que se trata de uma espécie de compartilhamento de uma atividade própria do poder público com os agentes privados. Ou seja, entende-se que a sociedade tem algo a ganhar se for criado um incentivo para que as próprias empresas sejam parcialmente responsáveis por garantir o cumprimento da legislação. Evidentemente, o Estado não abdica dessa atividade (e nem poderia fazê-lo), mas conscientemente confere aos agentes privados um papel maior na observância da lei, criando incentivos palpáveis para as empresas que desenvolverem um programa efetivo de compliance (Carvalho, 2017, p. 19).

Dessa forma, a adoção das regras de *compliance* não apenas fortalece a reputação da empresa, mas também diminui os riscos legais e financeiros de possíveis infrações. Além disso, a conformidade contribui para um ambiente de negócios mais justo e transparente, promovendo a confiança.

Como já analisado anteriormente, a globalização econômica trouxe consigo uma proliferação de empresas transnacionais, que atuam em vários países e enfrentam a dificuldade com a legislação interna e externa. Nesse sentido, o *compliance* consegue criar padrões uniformes entre as empresas, que posteriormente podem incorporar a *lex mercatoria*. As transnacionais operam em ambientes com diferentes sistemas, o desafio consiste justamente em garantir que o *compliance* esteja alinhado com as leis específicas de cada país, evitando conflitos e mantendo a sua integridade. Frequentemente, também abarcam uma variedade de culturas organizacionais, cada uma com sua própria política, harmonizar todas essas divergências têm sido o principal obstáculo dentro do sistema heterárquico.

Para compreender o *compliance* e a sua instrumentalização, se faz necessário analisar a sua eficácia e implementação. A implementação garante que a conformidade seja estabelecida caso não haja um programa dentro da empresa. E a efetividade está relacionada justamente a mudança comportamental das regras estabelecidas.

Segundo André Castro Carvalho (2021), a adoção do *compliance* no Brasil virou uma proteção para as empresas, principalmente com a lei 12.846/13, a lei da anticorrupção, que responsabiliza de forma objetiva os atos lesivos contra a administração pública, nacional e estrangeira e atenua as sanções para as empresas que utilizarem mecanismos de *compliance*.

A Lei Brasileira Anticorrupção instituiu, no país, a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira²¹, bem como conferiu ao Estado mecanismos administrativos para responsabilizar, educar e obter o ressarcimento ao erário, em face de atos de corrupção e fraudes praticadas por pessoas jurídicas e seus agentes, sobretudo nas licitações públicas e na execução dos contratos administrativos. Até então, embora desde o tempo do Império o Brasil já viesse editando normas para combater a corrupção, não havia qualquer lei brasileira que

tornasse possível a aplicação de penalidades às pessoas jurídicas envolvidas especificamente em suborno estrangeiro, em manifesta ofensa ao artigo 2º da Convenção da OCDE (Carvalho, 2021, p. 61).

Uma estratégia eficaz para as empresas transnacionais é desenvolver políticas que atendam aos padrões globais de *compliance*. No entanto, é igualmente importante incorporar flexibilidade para ajustar as particularidades locais e garantir a aderência de cada país.

É comum que as empresas transnacionais enfrentem riscos diante de diferentes jurisdições, desde questões trabalhistas até desafios ambientais. A gestão desses riscos requer uma compreensão profunda das nuances de cada país, bem como a implementação de sistemas de monitoramento globalizados. As normas que regulam a atividade empresarial são complexas e acabam abrindo espaço para o regramento privado das condutas, nessa linha de raciocínio afirma Francisco Schertel Mendes e Vinicius Marques de Carvalho (2017):

A complexidade das normas que regulam a atividade empresarial, como a Lei de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção, faz com que o espaço da legalidade não seja delimitado de forma clara. Além disso, tais leis estabelecem penalidades graves para as empresas responsáveis por infrações à ordem econômica e por atos de corrupção. Os programas de *compliance* ganham, nesse contexto, grande importância. Ainda que sua implementação não signifique a eliminação completa dos riscos a que a organização esteja submetida, é inegável que, quando o programa é implementado de forma coerente e adequada, tais riscos diminuem substancialmente (Carvalho, 2017, D124).

Programas robustos de treinamento e conscientização devem ser ministrados de maneira global, uma vez que asseguram que os funcionários estejam familiarizados com as políticas de *compliance* da empresa e compreendam todas as suas implicações, promovendo uma cultura de conformidade com todas as organizações.

Além disso, as empresas transnacionais devem desenvolver sistemas de monitoramento integrados em uma época de tecnologia avançada para rastrear o cumprimento do *compliance*, o que é fundamental. A tecnologia desempenha um papel relevante na centralização de dados e na geração de relatórios que podem ser adaptados a cada jurisdição estadual. Em um mundo cada vez mais interconectado, o *compliance*

nas empresas transnacionais não é apenas uma obrigação, mas uma necessidade estratégica para garantir a sustentabilidade e a reputação internacional. Enfrentando desafios complexos, devem adotar abordagens inovadoras para garantir que o regramento do *compliance* seja adotado em todos os níveis da organização.

5.2. A localização do regramento das empresas transnacionais

Um fenômeno que afeta diretamente a soberania é a transnacionalização do Direito, pois tem dissipado as fronteiras alterando a validade do sistema jurídico. Sendo assim:

Há uma relação direta entre a transnacionalidade e a globalização. A primeira pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da segunda. Assim, a transnacionalização não é um fenômeno distinto da globalização. Em uma perspectiva etimológica, o termo transnacional é oriundo do prefixo *trans* que, no latim, significa “além de”. Destarte, o termo “transnacional” diz respeito àquilo que vai além da nação. Referido fenômeno tem como característica a permeabilidade (Lima; Magalhães; Dias, 2017, p. 59).

Outro fenômeno importante é a internacionalização, que está diretamente relacionada aos organismos internacionais. Essa internacionalização ocorre de duas maneiras: pela transformação, na qual as normas internacionais se convertem em normas internas, ou pela recepção, na qual as normas internacionais mantêm seu status, mas dentro da ordem jurídica nacional. Esse processo envolve uma considerável produção normativa por meio de tratados e convenções. Segundo Neto Cretella (2013):

O mesmo pode ser dito em relação à práxis das organizações internacionais. A estas, no entanto, apenas mais recentemente vem sendo confiado importante papel na consecução de tarefas para as quais a cooperação dos membros da sociedade internacional é imprescindível, e para as quais os Estados, individualmente ou em conjunto, não possuem a necessária flexibilidade e/ou capacidade para realizar. Um aparelho institucional parece mais bem adaptado para obter resultados concretos, bem como para supervisionar e orientar as ações futuras, após a adoção de decisões pelos membros da comunidade interestatal (Neto Cretella, 2013, p. 165).

A tradição do direito constitucional muitas vezes sustenta a crença na supremacia do Estado, impedindo a interferência de qualquer organismo externo em sua normatividade. No entanto, a proteção internacional dos direitos humanos garante a normatividade, inclusive para os estados que não são membros desses organismos.

Autores como Marcelo Varella (2012) enxergam um direito chamado de pós-nacional que se caracteriza por fontes, atores e funcionamento diferente da concepção tradicional de soberania. Segundo o pesquisador:

Nota-se uma emergência de redes de relações jurídicas privadas, fora do Estado, com capacidade de atuação transnacional, com pretensão de autonomia. De fato, há vários conceitos de pluralismo normativo ou de pluralismo normativo global. Entendemos o conceito como a pluralidade de ordens normativas, de forma a relacionar o tema com a ideia de complexidade ou diversidade. Envolve a multiplicação de fontes, atores, centros de poder, de lógicas comunicativas e de métodos de solução de conflitos no direito internacional (Varella, 2012, p. 40).

O processo de integração, internacionalização e transnacionalização do direito resulta em modificações na origem das normas jurídicas, introduzindo normas jurídicas supranacionais que têm o potencial de alterar o eixo da soberania.

5.2.1. Regramento das empresas transnacionais

As empresas transnacionais (ETNs) possuem um alto impacto na economia global, adaptando os mercados à sua dinâmica e influenciando as políticas em todo o mundo. As transnacionais existem de forma rudimentar desde o início do comércio internacional com as companhias criadas no século XVIII, como por exemplo a Companhia das Índias Orientais. Contudo, a sua estruturação foi realmente estabelecida no século XX, graças aos avanços tecnológicos, a comunicação e a globalização. Manuel Castells (2010) já prenunciava a revolução tecnológica que transformaria a sociedade:

Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias de informação está remodelando a base material da sociedade em ritmo acelerado. Economias por todo o mundo passaram a manter interdependência

global, apresentando uma nova forma de relação entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável (Castells, 2023, p. 21).

Empresas transnacionais exercem um impacto significativo nas economias dos países onde operam, contribuindo para o crescimento econômico, a criação de empregos e a abertura ao comércio internacional. No entanto, também geram impactos negativos, incluindo preocupações ambientais, questões de direitos humanos e práticas de elisão fiscal. Essas empresas muitas vezes desempenham um papel dominante nas comunidades onde estão presentes, influenciando não apenas o mercado de trabalho, mas também exercendo pressão na formulação normativa, desafiando a soberania estatal.

A presença das empresas transnacionais desencadeia uma mudança na estrutura tradicional do Estado, que historicamente detinha um poder vertical. Atualmente, as empresas transnacionais operam de maneira horizontal, caracterizadas pela descentralização e pela estrutura em rede. Essa flexibilidade permite que tais empresas conduzam suas operações em diferentes locais, dificultando a regulação estatal. Sua capacidade de realocação conforme conveniência torna desafiador para os Estados regulamentar eficazmente suas atividades, conforme observado por José Eduardo Farias (1997):

Além disso, a ordem jurídica do Estado-nação atualmente enfrenta outra enorme limitação estrutural. Suas normas padronizadoras, editadas com base nos conhecidos princípios da impessoalidade, da generalidade e da abstração, tradicionalmente organizadas sob a forma de um sistema lógico-formal fechado e hierarquizado, são singelas para disciplinar ações crescentemente complexas. Elas não conseguem dar conta, de maneira lógica, da pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas (Faria, 1997, p. 44).

O direito diante desse novo cenário encontra-se fragmentado (Teubner, 2020), o que leva ao questionamento sobre a regulamentação das empresas transnacionais. Sabe-se que os critérios adotados por Dallari para classificar o Estado, já não são suficientes para a nova realidade das transnacionais. Uma possibilidade de regulamentação estaria na atuação dos Estados onde essas empresas estão localizadas.

Como existe um benefício econômico para eles, deveriam se responsabilizar de forma objetiva. A transformação do Direito em meio à globalização está intrinsecamente ligada às diversas opções proporcionadas pelo aumento da complexidade social. O Direito é impactado pela fragmentação das normas das Empresas Transnacionais (ETNs), resultando em uma efetividade que, muitas vezes, depende das exigências econômicas do mercado.

O país que acolhe uma transnacional é comumente denominado hospedeiro, e, em princípio, espera-se que a empresa se ajuste às normas estabelecidas por esse país. Esse entendimento reflete a concepção clássica de soberania, na qual as normas são originadas dentro de um território específico. No entanto, Fornasier e Ferreira (2015) argumentam que submeter as empresas transnacionais ao controle do país hospedeiro não é uma tarefa tão simples. Segundo os autores:

Pensar assim, no entanto, consiste em simplificar o problema. Imaginar que mais de 200 países, com capacidades, realidades e interesses diversos, fiscalizarão essas empresas da mesma maneira, de forma espontânea e sem qualquer estímulo externo, é utópico, para não dizer ingênuo. Existe hoje acirrada disputa por atração de investimento estrangeiro direto que pode forçar a diminuição dos standards regulatórios, em uma espécie de “corrida para o fundo” (race to the bottom). De maneira óbvia, o Estado que está buscando incessantemente hospedar uma ETN dificilmente promoverá o endurecimento de seus mecanismos de controle em seu território, com medo de ser preterido na hora da escolha. Nesse contexto e por essas razões, não se pode esperar grandes feitos por parte dos Estados hospedeiros (Fornasier, Ferreira, 2015, p. 402).

Como podemos observar o Estado hospedeiro fica com receio de acirrar as normas regulatórias da ETN, por isso uma solução seria que a regulamentação partisse dos Estados investidores¹³. Essa possibilidade por si só rompe com a soberania estatal permitindo uma solução extraterritorial.

Segundo Brownlie (1997) existem cinco maneiras de o Estado fazer o controle das condutas da empresa: a primeira seria baseada no princípio da territorialidade, em que

¹³ Estado investidor é aquele de onde se origina o financiamento da empresa transnacional, geralmente é aquele em que ela possui a matriz.

os Estados regulam as ações que ocorrem dentro de seu território. A segunda está correlacionada ao princípio da nacionalidade, nesse caso a norma regula apenas a conduta dos seus nacionais, a terceira liga-se ao princípio da personalidade passiva no qual protege os nacionais de atos cometidos por estrangeiros. Em quarto teríamos o princípio protetor que permite que o Estado fiscalize as ações que possam afetar a sua segurança, e por fim o princípio da universalidade que está ligado a comunidade internacional permitindo que todos os outros Estados possam punir aquele que cometeu uma ação de natureza grave. Nesse sentido, Brownlie (1997):

Pode ser que cada princípio faça, por si só, prova da razoabilidade do exercício de jurisdição. Na prática, os vários princípios estão muitas vezes interligados. Assim, as aplicações objetivas do princípio territorial e do princípio da personalidade jurídica passiva apresentam fortes semelhanças com o princípio protetor ou da segurança. Estes aspectos da prática levaram alguns juristas, com muita razão, a formular um princípio amplo que se apoia num determinado vínculo genuíno ou efetivo existente entre crime e o Estado de foro (Brownlie, 1997, p. 327).

Há evidente conflito em relação à regulação extraterritorial das empresas transnacionais. Atualmente, observa-se que os Estados com maior poder econômico têm mais influência na regulamentação das transnacionais. Além disso, essas empresas têm a capacidade de se realocar facilmente, exercendo pressão sobre o Estado hospedeiro, fenômeno conhecido como "*race to the bottom*" (corrida para o fundo). Esse termo refere-se à competição entre os Estados para oferecer condições econômicas mais atraentes para as transnacionais, muitas vezes caracterizada por baixos custos trabalhistas.

As empresas transnacionais também conseguem evitar a regulação estatal ao terceirizar sua produção para países onde os direitos humanos são precários. Além disso, a insuficiência das normas internas para regular as empresas transnacionais leva a uma resolução predominante de conflitos por meio de organismos internacionais.

5.2.2. A *lex mercatória* como normatividade base para as empresas transnacionais

O comércio internacional desenvolveu-se de maneira muito intensa, pode-se dizer que desde o momento em que começaram as grandes navegações, os homens já criavam um mecanismo normativo costumeiro para regular suas relações que ultrapassavam fronteiras.

A dinâmica do comércio internacional é diametralmente oposta à do Estado, sua normatividade adapta-se com muito mais facilidade à evolução da sociedade. É o comércio que abre portas para um diálogo transfronteiriço, quanto mais comunicação existir, mais fácil serão as práticas comerciais.

Por conta disso, é possível afirmar que o comércio influencia a organização do Estado que muitas vezes produziu normas jurídicas que já estavam sendo utilizadas nas relações comerciais internacionais. A *lex mercatoria* surge nesse contexto, como um conjunto de princípios e regras usados no comércio internacional, totalmente independente da legislação estatal.

A *lex mercatoria* tem sua origem nos costumes comerciais criados no correr dos séculos em várias regiões do mundo. Enquanto as normas estatais enfrentavam desafios na harmonização e aplicação transnacional, a *lex mercatoria* surge como uma alternativa flexível e adaptável às necessidades do comércio internacional. Remonta aos tempos medievais, quando os comerciantes criavam normas comerciais para auxiliar nas transações com outros territórios. Ao longo do tempo, esse conjunto de princípios progrediu como uma resposta às mudanças nas práticas comerciais e às demandas de uma economia globalizada. Assim expõe Galgano (2003):

É na origem, o *ius mercatorum* ou *lex mercatoria*, e é tal não só porque regula a atividade dos mercadores, mas também, e sobretudo, porque é direito criado pelos *mercatores*, que nasce dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência da corte dos mercadores. É um *ius mercatorum*, diretamente criado pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, não já em nome da inteira comunidade; e isto conquanto a classe mercantil fosse classe politicamente dirigente, força de governo da sociedade comunal, que podia ditar lei – e em outra esfera de relação

ditava lei – para o trâmite das instituições públicas, sob o signo da autoridade comunal (Galgano, 2003, p. 224).

Os usos e costumes das práticas do comércio medieval expandiram-se quando o comércio foi além dos limites territoriais das cidades. Seu desenvolvimento acontece de maneira mais notável com as expedições marítimas, principalmente as realizadas pela Inglaterra que fundamentou o seu direito sobre o sistema de *common law*, o conjunto de usos foi chamado de *lex mercatoria*. A utilização da *lex mercatoria* nesse momento considerava, além dos usos das feiras medievais, as práticas e os costumes do comércio internacional que já era praticado como uma diretriz autônoma em relação às ordens postas pelo Estado.

O direito comercial europeu surgiu a partir da metade do século XII com as corporações de ofício. O direito comercial nessa época tem características de direito costumeiro com jurisdição própria, mas que possui um lastro internacional, segundo Frederico Glitz (2012):

Este direito nasceria corporativo, objetivo, universal, baseado na reciprocidade de direitos, com jurisdição participativa e exclusivo aos comerciantes, mas com o tempo se estende para fora dos seus estreitos limites iniciais (em primeiro lugar para abarcar aqueles que negociam com comerciantes para depois incluir aqueles que agiam como comerciantes). Por outro lado criaria inovações como a integração jurídica do Direito comercial (independentemente de espaços territoriais), utilização de instrumentos de circulação de crédito e a difusão de novos tipos sociais (por exemplo, a *comenda*) (Glitz, 2012, p. 127).

O desenvolvimento das relações de comércio na Europa reforçou o sistema baseado nos costumes, principalmente pela ausência de normas estatais e normas de direito internacional oficiais que regulavam essas negociações e os conflitos oriundos das relações comerciais. Não restava outro caminho a não ser o desenvolvimento desse sistema costumeiro que foi denominado como *lex mercatoria medieval*. Contudo, a Europa entra no positivismo estrito em que a base legislativa seguia um caminho hierárquico, então somente as normas produzidas pelo Estado teriam força, o que gerou um descrédito dessa lei costumeira.

Para que a *lex mercatoria* mantivesse a sua eficácia foi necessário estabelecer uma nova teoria. O desafio para uma reforma semântica ocorre por conta das crises econômicas da época e pela inadequação das normas estatais e a crescente evolução das empresas transnacionais. Essa nova concepção enxerga os costumes das relações comerciais internacionais, não só como norma jurídica, mas também como uma forma metodológica de padronizar o comércio. A partir desse momento, com esses usos e costumes do comércio internacional há a substituição da *lex mercatoria* do medievo pela nova *lex mercatoria*. A nova *lex mercatoria* é marcada pelos organismos internacionais que agora possuem participação no processo de criação dessas normas que regem o comércio. Nesse sentido surgiram sistemas normativos importantes como a UNICITRAL e a lei modelo da arbitragem internacional, já analisada no capítulo 4 da presente pesquisa.

Um marco jurídico importante ocorrido em 1842 na Suprema Corte Americana é o *Swift v. Tyson* que tem a fundamentação da decisão judicial não em normas estatais, mas em normas do comércio internacional e costumes comerciais da época. Será dentro do ambiente da nova *lex mercatoria* que as empresas transnacionais irão se desenvolver, pois celebram contratos e realização diversas negociações internacionais. É nesse cenário com a expansão do comércio que surgem novas práticas como a arbitragem internacional e os conjuntos normativos específicos como a *lex petrolea* e a *lex sportiva*.

Teubner (2003) compreende a *lex mercatoria* como um conjunto normativo que advém de fatos sociais interligados pela comunicação. Conforme afirma:

Historicamente a *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um “direito mundial” além da ordem política internacional. Mas o significado da “Bukowina global” ultrapassa em muito o mero direito do comércio. Nos dias de hoje estão se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*. Os candidatos para um tal “direito mundial sem Estado” são inicialmente os ordenamentos jurídicos de grupos empresariais multinacionais (Teubner, 2003, p. 10-11).

Utilizando do pluralismo jurídico para descortinar o processo da globalização, Teubner (2003) desconstrói o sistema hierárquico de viés positivista. Pois, as normas produzidas dentro das organizações privadas, como as empresas transnacionais são deixadas em segundo plano pelo Estado o que acarretara a formação de um pluralismo jurídico. A *lex mercatoria*, estaria dentro do chamado direito global, mas de forma periférica acoplada às organizações econômicas.

O chamado direito comercial global tenta unificar e integrar a legislação comercial internacional com as normas produzidas pelo Estado, contudo a *lex mercatoria* é um dos casos mais difíceis porque sua base não é nem política e nem estatal. Para Teubner (2003), o direito global está inserido em uma pluralidade fragmentada, conforme afirma:

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. O direito global (não: “inter-nacional!”), 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 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 essenciais (Teubner, 2003, p. 11).

Para Teubner não é o direito que advém do Estado que consegue definir a natureza das normas jurídicas, se elas serão nacionais ou globais, mas sim a representação e a comunicação que elas possuem na sociedade, são os denominados

sistemas parciais da sociedade que são caracterizados por velocidades diferentes. Assim segue:

Em que pesem toda a internacionalidade da política e todo o direito internacional, a ênfase da política e do direito ainda nos dias de hoje recai no Estado-nação. E mais: fazem-se sentir tendências nítidas, até dramáticas, a uma maior regionalização e localização da política. Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Já há muito tempo ela está a caminho das suas global villages respectivamente próprias. E essas global villages se preparam para defender tenazmente a sua autonomia diante das pretensões hegemônicas da política. Isso vale, em grau especial, para a globalização do direito (Teubner, 2003, p. 12).

No início desse século ocorre um grande debate sobre a globalização e principalmente sobre a transnacionalidade, o que traz com força a noção sobre sistemas jurídicos que atuam em paralelo ao Estado. A *lex mercatoria* dentro da estrutura transnacional trouxe uma ruptura sistêmica gerando várias situações que desafiam a concepção do direito dentro do sistema hierárquico. O cenário pós-moderno é muito peculiar o que gera uma sociedade mais complexa e interligada. Pode-se afirmar que a *lex mercatoria* existe de forma independente ao sistema hierárquico que é fundamentado na ideia de Estado-nação.

As novas normas do comércio internacional não só se equiparam à ordem jurídica estatal, mas também se configuram como uma opção superior àquela produzida pelo Estado. Para Teubner (2003) a questão não estaria no critério de validade formal, se ela se originaria ou não da autoridade estatal, e sim se o conjunto de normas sociais poderiam ter a mesma força do direito positivo. A fonte do direito global estaria nas organizações estritamente setoriais, especializadas que geram uma identificação dos seus membros, como é o caso das empresas transnacionais:

A fonte do direito mundial não jorra no “mundo vivido” de grupos e comunidades distintas. As teorias do pluralismo jurídico deverão reformular as suas concepções. Deverão reorientar-se, de grupos e comunidades para discursos e redes de comunicação.²⁶ A fonte social do direito mundial não pode ser encontrada em redes globalizadas de relações pessoais, mas no “proto-direito” de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, que criam uma identidade global,

porém estritamente setorial. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica (Teubner, 2003, p. 14).

A *lex mercatoria* pode ser concebida, portanto, como uma ordem jurídica global que não está ligada ao Estado. Suas fontes estão dentro da comunidade internacional, das práticas de comércio, nas cortes arbitrais. Trata-se de uma alternativa melhor do que o sistema de normas estatais, a arbitragem internacional, conforme analisada no capítulo 4, vira o juízo principal das empresas transnacionais que aplica as normas internacionais do comércio, seus usos e costumes sem se preocupar com a influência política e econômica de um determinado país.

No presente capítulo, discutimos a crise no sistema vigente e a emergência de um novo sistema estatal. Investigamos os sistemas paraestatais e extraestatais, analisando a alocação das normas para empresas estatais e os desafios impostos à soberania. No capítulo 6, a seguir, exploraremos o novo sistema estatal em um mundo globalizado, caracterizado pela hipercomunicação. Discutiremos o papel do Estado na pós-modernidade e analisaremos a separação dos poderes dentro do sistema heterárquico.

6. O NOVO SISTEMA ESTATAL NO MUNDO GLOBALIZADO DA HIPERCOMUNICAÇÃO

As transformações do sistema jurídico, conforme analisadas no capítulo anterior, alteram a concepção trazida pelo Estado moderno. Há uma diversidade de fontes, atores e organismos internacionais que densificam os subsistemas. Pode-se afirmar que ocorre uma constitucionalização das normas internacionais. Os efeitos da transnacionalização fazem parte das mudanças ocorridas nas comunicações e afetam as relações na sociedade, especialmente nas relações empresariais, como no comércio internacional e nos direitos fundamentais.

Os elementos básicos do Estado não são mais suficientes para orientar a criação e aplicação da ordem jurídica contemporânea. Existe um policentrismo dos ordenamentos, conforme destacado por Cassese (2010):

Portanto, podemos dizer que o policentrismo dos ordenamentos gerais traz hoje alguns problemas comuns, embora com intensidades diferentes. O primeiro deles é o das definições. Inicialmente procurou-se definir o ente público, depois, a figura deste entrou em crise, e, por fim, percebeu-se que as noções são tão numerosas quanto os entes – ou categorias de entes – existentes (Cassese, 2010, p. 34).

O direito internacional foi concebido com semelhança nos elementos do Estado e na base da soberania, seguindo, portanto, a vontade dos Estados. Os organismos internacionais não reconhecem autoridade superior à sua, mantendo assim a dependência do poder estatal. A jurisdição estatal e a interna ficam subjugadas à vontade de cada Estado, algo que não se observa mais no cruzamento das ordens transnacionais.

O processo de fragmentação do sistema jurídico intensificou-se a partir da segunda metade do século XX, resultando em múltiplos regimes normativos. A esse fenômeno, podemos atribuir o aumento da fragmentação política no direito internacional, a transnacionalização do direito e a emancipação das empresas em relação ao Estado. O ponto de vista positivo dessa mudança é o aumento da comunicação e a maior adesão às regras internacionais, enquanto o ponto de vista negativo está relacionado à confusão entre soberania e legitimidade.

A fragmentação está relacionada à ideia de verticalização do próprio direito internacional, onde novos atores, como empresas transnacionais, passam a produzir normatividade. A verticalização difere da pluralização do direito, uma vez que implica a centralização do Estado, seguindo os ditames do Direito Constitucional, embora haja uma diversidade normativa aprovada pelo Estado.

O conceito de pós-modernidade na sociedade é um tema de grande relevância e complexidade nas Ciências Sociais e na Filosofia contemporânea. A pós-modernidade é frequentemente discutida em relação à sua influência na cultura, na política, na economia e em vários aspectos da vida contemporânea. Neste sentido, vamos explorar as principais características da pós-modernidade e como elas afetam a sociedade.

6.1. O papel do Estado na pós-modernidade

A pós-modernidade é um conceito que surgiu nas últimas décadas do século XX para descrever uma nova era que supostamente sucedeu à modernidade. Essa fase é caracterizada por uma série de mudanças na maneira como compreendemos o mundo, a cultura e a sociedade. Ela se destaca pela fragmentação, em que a globalização se tornou um fenômeno complexo que conecta os países. Isso gera uma tensão entre a fragmentação local e a conexão global.

Portanto, a pós-modernidade é um conceito que desafia muitos dos pressupostos da modernidade, influenciando a sociedade desde a política até o direito. No entanto, é crucial destacar que o conceito de pós-modernidade é objeto de debate, e sua interpretação pode variar. Baumann refere-se à pós-modernidade como modernidade líquida, argumentando que instituições sólidas, como as do sistema hierárquico, tendem a ser abolidas, daí a ideia de liquidez, em que tudo se torna fluido e rápido. O Estado, conforme afirmado em *A modernidade líquida* (2001), encontra-se ancorado ao solo, aos seus limites geográficos. De acordo com o filósofo:

Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das

terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga; a retribuição pela violação do novo estatuto global é rápida e impiedosa. De fato, a recusa de participar do jogo das novas regras globais é o crime a ser mais impiedosamente punido, crime que o poder do Estado, preso ao solo por sua própria soberania territorialmente definida, deve impedir-se de cometer e evitar a qualquer custo (Bauman, 2001, p. 212).

Lipovetsky (2004), por sua vez, sustenta que a sociedade está imersa na hipermodernidade, destacando o foco no individualismo, no excesso de consumo e em um capitalismo hedonista. Segundo seu pensamento, o Estado já não é capaz de atender às demandas individualistas, que buscam principalmente o lucro. Nesse sentido, segundo o filósofo francês, vivemos a era do vazio:

esta insistência no conceito central de personalização, a fim de entender uma notável mudança de rumo na dinâmica do individualismo em face do mundo a que pertencem, uma autonomização que permitiu a cada um não mais seguir um caminho preestabelecido pela tradição e assumir uma liberdade de ação cada vez mais acentuada, a pós-modernidade possibilitou realizar aqueles ideais das Luzes que a modernidade anunciara em termo meramente legalísticos, sem ter-lhes dado força real (Lipovetsky, 2004, p. 20).

A Pós-Modernidade introduziu mudanças significativas na compreensão do Estado. Nesse contexto, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann oferece uma perspectiva interessante para examinar como as estruturas legais e o Estado de Direito se adaptaram e evoluíram diante da complexidade pós-moderna. Conforme observado por Bittar (2010):

A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descalabros da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social (Bittar, 2010, p. 142).

O conceito de Estado hierárquico refere-se à ideia de que o poder estatal deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei, seguindo a visão kelseniana apresentada no terceiro capítulo. No contexto contemporâneo de um mundo pós-moderno, esse conceito passou por transformações significativas. Luhmann foi um dos primeiros a sugerir que a complexidade da sociedade moderna demandava uma abordagem sistêmica para compreender o funcionamento do Estado de Direito. Niklas Luhmann (2016) desenvolveu, como já analisado, uma teoria dos sistemas sociais que se fundamenta na concepção de que a sociedade é composta por sistemas autônomos que operam de acordo com suas próprias lógicas internas. No que se refere ao Estado, isso implica que ele é um sistema independente com sua própria dinâmica e operações.

Luhmann afirmava que os sistemas se tornaram cada vez mais autônomos e complexos. O Estado não seria apenas um conjunto de normas legais, mas um sistema que se comunica interna e externamente com outros sistemas, como a economia, a política e a cultura. Dessa forma, ele expõe:

O direito encontra-se inserido em ordens sociais e gerais e é dependente de estruturas, que, por sua vez, servem a outras funções (por exemplo, a da família ou a da moral encoberta por uma religião, e encontra-se codeterminado, sobretudo, pela estratificação social (Luhmann, 2016, p. 78).

Na pós-modernidade, o Estado enfrenta desafios decorrentes da globalização, da tecnologia da informação e da diversidade cultural. Contudo, a teoria dos sistemas introduzida por Luhmann destaca também as vantagens que emergem dessa complexidade, especialmente a capacidade do sistema legal de se adaptar a novas situações e de responder a mudanças rápidas na sociedade. A complexidade e autonomia dos sistemas legais pós-modernos demandam uma abordagem em rede, permitindo que o Estado evolua e continue desempenhando um papel fundamental na garantia dos direitos e na estabilidade social, além de possibilitar a interação com novos atores advindos da transnacionalidade.

Teubner (2020) argumenta que o Estado de Direito é estruturado por uma rede de sistemas que se influenciam mutuamente, sendo essa interconexão crucial para

compreender a dinâmica complexa do Estado na pós-modernidade. Na visão de Teubner, o Estado não pode ser compreendido de forma isolada, mas como parte de um sistema interligado. Isso resulta no fato de que as decisões legais têm implicações que ultrapassam as fronteiras do sistema jurídico. Para Celso Campilongo a estrutura global não tem um ponto específico, conforme afirma:

A unidade do sistema global não reside em estruturas específicas. Não é o capitalismo, nem tampouco o direito internacional e muito menos a rede mundial de informática que selam a unidade do sistema mundial. A unidade encontra-se na forma de diferenciação funciona da comunicação (Campilongo, 2011, p. 116).

Na sociedade contemporânea, a teoria de Teubner adquire relevância significativa, especialmente em um mundo globalizado e digitalizado. A interconexão entre sistemas jurídicos e não jurídicos é mais evidente do que nunca, à medida que desafios transnacionais são expostos. Nesse contexto, Teubner (2020) indaga quais atores constitucionais serão capazes de enfrentar os desafios da nova questão constitucional na era da globalização? E prossegue em seu questionamento: isso inclui a fragmentação da sociedade global, a perda de formalidade em suas estruturas jurídicas, bem como as novas formas globais de controle e a questionável legitimidade da recém-criada governança global?

6.2. A separação de poderes no sistema heterárquico

O conceito de soberania tem variado ao longo do tempo, desde a Grécia Antiga, passando pelo direito romano e pela fragmentação do sistema feudal, até o surgimento do Estado absolutista. Posteriormente, evoluiu para a concepção de Estado moderno, como analisado no capítulo um da presente pesquisa. Segundo Ferrajoli (2002), o conceito de soberania percorre a história e a formação do Estado em vários momentos distintos:

Soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista

do direito e do Estado. Embora apareça na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da idéia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar de soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno (Ferrajoli, 2002, p. 01-02).

Atualmente, discute-se a crise do Estado, a superação do conceito de soberania e a consolidação de uma governança mundial, com a diminuição do poder estatal. Fala-se em uma sociedade em rede, na qual a produção normativa não tem uma única fonte vinculada ao poder do Estado, resultando na diminuição da influência estatal diante dos desafios da pós-modernidade. A pluralidade normativa surge da própria sociedade civil e das ordens transnacionais, com a fusão do Direito Constitucional e do Direito Internacional, alterando as características fundamentais do constitucionalismo de inspiração positivista. O constitucionalismo moderno reflete a soberania popular, alcançando seu ápice na ordem jurídica de origem estatal, observada dentro do sistema hierárquico.

Os Estados desafiam essa concepção de soberania moderna, principalmente com a participação em entidades supranacionais, como a União Europeia, onde há uma governança multinível que descentraliza e enfraquece o poder estatal. A incorporação de normas internacionais pelo Estado coloca a soberania em uma posição delicada, conforme aponta Ferrajoli (2002):

Vivemos hoje – todos somos cientes disso – uma época de crise não menos radical do que aquela pela qual o mundo passou há quatro séculos, quando nasceu na Europa o Estado moderno e a comunidade internacional dos Estados soberanos. É exatamente a soma desses fatores que torna hoje mais urgente e, simultaneamente, mais concreta do que em qualquer outro momento do passado, a hipótese de uma integração mundial baseada no direito (Ferrajoli, 2002, p. 46-47).

A soberania do Estado moderno, com a clássica separação de poderes, tem suas bases no pensamento de Montesquieu. Em 1748, Charles-Louis de Secondat, o Barão

de Montesquieu, escreveu *O espírito das leis*, obra que provocaria uma mudança fundamental nas relações de poder dentro do Estado. Apesar de ser mais conhecida pela proposta da clássica separação de poderes, a obra pode ser dividida em duas partes: a primeira aborda a tipologia dos governos, enquanto a segunda trata da separação dos poderes dentro de cada governo.

Devido à sua origem nobre, Montesquieu inicia sua análise examinando a monarquia e a problemática associada ao excesso de poder na figura do soberano. Ele emergiu de um contexto de predominância do absolutismo na Europa, onde a única limitação ao poder do rei seria o direito natural e as leis fundamentais existentes no reino, sem a participação dos súditos. A característica principal do absolutismo é a concentração das funções em uma única pessoa ou em um grupo de governantes.

O Estado é dinâmico e evolui ao longo do tempo e do espaço, chegando a um ponto em que se torna necessário romper com uma estrutura centralizada, como proposto por Montesquieu. Dentro de sua tipologia de governos, Montesquieu argumenta que existem três formas principais: monárquica, republicana e despótica. Cada uma delas está associada a um sentimento motivador específico, conforme expõe:

Suponho três definições, ou melhor, três fatos: “o governo republicano é aquele no qual o povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos” (Montesquieu, 1996, p. 19, grifos do autor).

Cada forma de governo possui uma natureza distintiva que efetivamente a define, assim como um princípio orientador que reflete o ânimo ou sentimento dos governantes no exercício do poder. A natureza de um governo é determinada pelo número de detentores da soberania: na monarquia, apenas um indivíduo detém a soberania e governa por meio de leis fixas e estáveis; na república, a soberania é compartilhada pelo corpo do povo ou por uma parte dele; e no governo despótico, um único indivíduo detém a soberania e governa arbitrariamente, sem leis, de acordo com sua vontade e capricho.

Montesquieu condena o despotismo, pois este leva a uma estrutura absolutista. Segundo Adeodato (2013):

Montesquieu afirma expressamente que a separação de poderes é condição *sine qua non* da liberdade política e que essa separação precisa ocorrer entre os três poderes. Ao criticar o sistema da Turquia e o das cidades independentes italianas, observa que a opressão aumenta se houver concentração de dois deles em uma só pessoa; se os três poderes estão reunidos, pior ainda (Adeodato, 2013, p. 216).

Os princípios que orientam cada forma de governo estão relacionados ao ânimo e à vontade dos governantes. Na monarquia, o princípio buscado pelo governante é a honra, visando a manutenção das vantagens que os nobres possuem nesse tipo de governo. No despotismo, apesar de haver apenas um detentor da soberania, o governante não busca a honra, mas governa por meio do temor, sendo o princípio desse governo o medo. Na república, o princípio orientador é a virtude, como aponta Montesquieu (1996):

Não é necessária muita probidade para que um governo monárquico ou um governo despótico se mantenham ou se sustentem. A força das leis no primeiro, o braço sempre erguido do príncipe no segundo regram e contêm tudo. Mas num Estado popular se precisa de um motor a mais, que é a virtude (Montesquieu, 1996, p. 32).

Inspirado no modelo de separação dos poderes da Inglaterra, Montesquieu procura um mecanismo para evitar que a soberania fique concentrada em uma única autoridade, pois isso resultaria em um governo despótico. Assim, partindo da monarquia, ele propõe a criação de um canal intermediário, um poder intermédio, no qual a responsabilidade pela elaboração das normas é transferida para outro setor, como a nobreza ou o clero. Isso resulta em uma forma de governo conhecida como monarquia constitucional:

Os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele onde um só governa com leis fundamentais. Eu falei dos poderes intermediários subordinados e dependentes: de fato, na monarquia, o príncipe é a fonte de todo poder

político e civil. Estas leis fundamentais supõem necessariamente a existência de canais médios por onde flui o poder: pois, se existe num Estado apenas a vontade momentânea e caprichosa de um só, nada pode ser fixo e, conseqüentemente, nenhuma lei pode ser fundamental (Montesquieu, 1996, p. 26).

Montesquieu defende que um governo eficaz é aquele que evita a concentração excessiva de poder, considerando, portanto, como formas legítimas a monarquia e a república. Para o bom funcionamento de um governo republicano, é necessária a moderação, razão pela qual ele propõe a divisão em três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Montesquieu destaca que o poder legislativo deve ser exercido por representantes eleitos, responsáveis pela formulação das leis, enfatizando a importância da participação popular. A separação entre aqueles que criam as leis e os que as executam ou julgam é crucial para preservar a liberdade, conforme ele argumenta:

Tem necessidade, como os monarcas, e até mais do que eles, de ser conduzido por um conselho ou senado. Mas, para que nele tenha confiança, deve eleger seus membros, quer os escolhendo por si mesmo, como em Atenas quer por algum magistrado que estabeleceu para elegê-los, como se praticava em Roma em algumas oportunidades. O povo é admirável quando escolhe aqueles aos quais deve delegar uma parte de sua autoridade. Ele deve ser determinado apenas por coisas que não pode ignorar e por fatos que se encontram à vista (Montesquieu, 1996, p. 20).

Segundo Montesquieu, o poder executivo será sempre destinado ao governante e a um corpo administrativo designado para aplicar as leis. A distinção entre o poder executivo e o legislativo é essencial para evitar a concentração excessiva de poder.

Quanto ao poder judiciário, Montesquieu enfatiza a necessidade de independência em relação ao legislativo e ao executivo. Ele destaca a importância de um sistema judiciário independente para garantir a imparcialidade na aplicação das leis por magistrados que não decidem além do que foi estabelecido pelo legislativo. Segundo Montesquieu (1996):

Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juizes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida (Montesquieu, 1996, p. 87).

A separação de poderes idealizada por Montesquieu ainda é mantida dentro dos Estados contemporâneos, apesar da superação do positivismo estrito com a inserção dos princípios como normas jurídicas após a Segunda Guerra Mundial.¹⁴ O ponto de reflexão que fica é: Como os três poderes funcionam dentro da nova concepção de um Estado heterárquico? Em que a produção normativa não advém necessariamente do Poder Legislativo, onde os julgamentos são realizados em organismos internacionais ou mesmo dentro de instituições privadas como a arbitragem internacional e a administração fica por conta das empresas transnacionais?

O resultado da crescente complexidade da pluralidade de ordens jurídicas acaba adotando a estrutura heterárquica. Cada ordem jurídica acaba funcionando como um sistema que cria seus mecanismos de funcionamento sem apego ao Estado centralizado. Pode-se chamar de essa ordem jurídica advinda da transnacionalidade de ordem jurídica parcial que possuem sua legitimidade em vários atores como é o caso das fontes internacionais.

O direito internacional acaba oferecendo uma alternativa ao direito estatal com uma série de instrumentos e operações de *soft law* produzidos pelos próprios organismos internacionais. Neste sentido, o Estado deixa de ser centralizador da produção normativa do direito e, se sujeita às ordens jurídicas criadas pelas empresas. Há um pluralismo normativo, o que implica dizer que a clássica separação de poderes não possui a mesma funcionalidade. O Estado contemporâneo tem atributos que não foram produzidos por ele mesmo, mas sim por outros protagonistas da sociedade mundial. As organizações transnacionais estabeleceram-se como instituições jurídico-políticas com suas normas próprias, como por exemplo a OMC com a *lex mercatória*.

¹⁴ O chamado pós-positivismo tem como marco temporal o Tribunal de Nuremberg, onde o princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque.

Marcelo Neves (2009) chama de racionalidade transversal o entrelaçamento das ordens jurídicas de diversas fontes, pois em paralelo da racionalidade particular de cada ordem existe a ponte com a racionalidade transversal de uma normatividade que não emanou do Estado. Assim afirma:

No caso da Constituição transversal, o vínculo ocorre entre dois mecanismos reflexivos estruturais: por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processo de tomada de decisão coletivamente vinculante. Essa transversalidade reflexiva possibilita uma intensificação do aprendizado, mas pode, eventualmente, atuar parasitariamente para um ou ambos os sistemas (Neves, 2009, p. 63).

A racionalidade transversal permite a abertura da criação normativa do Estado para outros atores. A ideia da transversalidade normativa é uma proposta de ligação entre as diversas normas produzidas por outros organismos.

As diferentes ordens jurídicas transnacionais com que vão além das Constituições nacionais impõe um novo sentido para a teoria política de composição dos poderes do Estado. São estruturas normativas de vários níveis que acabam por abalar a soberania estatal.

6.3. A proposta de um direito comum de Delma-Marty

A concepção de um direito comum foi idealizada pela professora da Universidade de Paris, Meirelle Delmas-Marty. Seus estudos transitam por várias áreas desde Direito Penal, passando por Direitos Humanos e Direito Internacional. Contudo, na presente pesquisa será analisada a sua obra Por um direito comum, publicado em 1994 na França. Dentro dessa obra analisa a pluralidade de fontes dentro do Estado contemporâneo. Explora a indeterminação das regras produzidas e a mudança da estrutura hierárquica, utilizando o pensamento de horizontalidade do direito e não mais de verticalidade. Assim afirma Delmas-Marty (2004):

Observa-se toda uma graduação conforme a descentralização expresse somente o deslocamento das fontes do centro para a periferia – descentralização em proveito das coletividades territoriais que perturba os Estados de tradição centralizada, mas se insere na própria lógica dos Estados federais – ou é acompanhada, como no caso das comissões locais de ética, de uma certa “privatização” quando o espaço normativo local não se prende à esfera pública (Delmas-Marty, 2004, p. 53).

O ponto central estaria na racionalidade do direito comum, em como trabalhar o direito sobre um aspecto universal sem ser imposto necessariamente pelo Estado, dentro de um viés positivista. A lógica clássica aristotélica que somente trabalha com premissas verdadeiras ou falsas é deixada de lado por uma lógica difusa com a pluralidade de premissas que não tem sua legitimação na autoridade estatal. Delma-Marty não utiliza a expressão ordenamento jurídico, prefere conjuntos jurídicos, pois conjuntos traz a noção de interação entre as fontes jurídicas e adequa-se melhor ao pluralismo jurídico.

A estrutura hierárquica, segundo a autora, desenvolve-se na teoria pura do Kelsen em que o critério de validade de uma norma está no fato de uma derivar da outra, sem se preocupar com a efetividade. É a concepção monista do direito que só aceita uma alternativa. Nesse sentido:

Isto quer dizer que cada ordem jurídica é composta exclusivamente de um conjunto de normas que derivam umas das outras em virtude de um princípio de hierarquia, supondo-se que uma norma fundamental assegura a unidade e a validade do conjunto (Delma-Marty, 2004, p. 85).

As pirâmides do direito seriam inacabadas e a hierarquia descontinuada, pois não seria possível colocar dentro delas os princípios gerais do direito, o direito natural, o direito internacional, além da jurisprudência e dos costumes. Portanto, ao invés de pirâmides seriam criados anéis (Delma-Marty, 2004). A hierarquia não teria desaparecido, apenas estaria com uma nova configuração diferente da kelseniana. Segundo Delma-Marty (2004):

Das formas retilíneas às formas curvilíneas, o plano de organização da paisagem se modifica. Mais expansivas de fato, se considerarmos que a imagem do anel introduz a ideia de uma interação que não acarreta forçosamente o desaparecimento de todas as hierarquias, mas antes o enredamento delas e, por isso mesmo, o aparecimento de novos modos de geração do direito. Modos novos e diferentes uns dos outros conforme

o enredamento ocorra entre sistemas autônomos e não hierarquizados, que criam hierarquias “alternativas” que estabelecem certa continuidade no ponto em que o processo normativo foi interrompido, ou se desenvolve a partir de sistemas já hierarquizados, ou parcialmente hierarquizados, tendo o efeito de inverter os níveis normativos ao fazer o nível inferior participar da determinação das normas de nível superior e favorecendo assim o aparecimento de hierarquias (Delma-Marty, 2004, p. 98).

Para a autora os sistemas jurídicos distintos não seriam completamente autônomos, mas sim ligados entre si. Nesse ponto faz uma crítica ao pensamento de Teubner que adota o sistema autopoietico: “Poder-se-ia ficar tentando a ver nisso um fenômeno de pura interação, sem hierarquia alguma, aproximando-se assim da teoria da escola alemã de Luhmann e Teubner” (Delma-Marty, 2004, p. 98). Por isso ao invés de um sistema heterárquico, como Teubner e Vesting idealizam, prefere o termo hierarquia alternativa. A hierarquia alternativa faz o jogo de referências cruzadas entre os sistemas, por isso não existe autonomia absoluta entre eles. As referências cruzadas entre os sistemas só são possíveis por conta dos princípios gerais do direito. Cita como exemplo a aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Assim é que, faz uns vinte anos, o Tribunal de Luxemburgo adota diversos princípios que figuram na Convenção, mas sem nunca se aventurar a dizer que as Comunidades Europeias seriam de uma forma qualquer ligadas pela Convenção Europeia dos Direitos dos Homens enquanto tal (Delma-Marty, 2004, p. 101).

Outro conceito inserido por Delma-Marty é o de hierarquia invertida, que está na relação entre os sistemas hierarquizados. A inversão ocorre entre sistemas que estão parcialmente hierarquizados como os direitos nacionalizados em relação ao direito estabelecido por um organismo internacional, como é o caso dos direitos europeus. Dentro da própria hierarquia das normas estatais existe uma margem de apreciação que permite uma discricionariedade do intérprete. Essa margem, também entendida como lacuna pode ser completada por outra hierarquia como a de um organismo internacional. Conforme explica:

Ora, precisamente, essa noção de “margem” reconhecida “no interior de um contexto para ser cumprido” comanda todo o processo de inversão das hierarquias, porque exprime uma indeterminação da norma e, por

isso, remete ao nível inferior o poder de determinar esta. Já perceptível no plano nacional, mas geralmente camuflados, pois se situa no interior de um sistema aparentemente unificado, esse processo fica mais visível no plano internacional, em particular com a Convenção Europeia de Salvaguarda, que não pretende integrar os direitos nacionais numa ordem supranacional unificada (Delma-Marty, 2004, p. 101).

Sua teoria é desenvolvida dentro do direito europeu, percebendo a integração dos conjuntos do direito nacional com um direito supranacional europeu. Na Europa esses conjuntos jurídicos coexistem como é o caso dos direitos de ordem econômica e os direitos humanos europeus, a própria União Europeia é exemplo de convívio coeso com as normas nacionais. A proposta seria de uma harmonização e não de uma unificação dos conjuntos jurídicos a partir dos princípios comuns e da ética dos direitos dos homens. Aos Estados resta manter o pluralismo normativo com o uso correto dos meios de integração sem excluir o direito comunitário e sem desaparecer com a hierarquia do direito nacional.

Apesar de abrir uma discussão muito importante dentro dos sistemas jurídicos, em especial, com a análise do direito europeu, Delma-Marty mantém uma estrutura hierárquica. Mais atualizada que a de Kelsen, mas ainda assim presa a soberania estatal. A concepção de heterarquia não é clara em sua obra como verificamos em Teubner e Vesting, conforme foi analisado no capítulo 3.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou investigar a transformação do conceito de Estado hierárquico para um sistema heterárquico, contextualizando-a historicamente e examinando as teorias filosóficas que a influenciaram. No processo de desenvolvimento do Estado moderno, a centralização do poder, a emergência da soberania estatal e as teorias dos pensadores contratualistas desempenharam papéis fundamentais. A globalização, com sua regionalização e fragmentação jurídica, trouxe novos desafios para o Estado contemporâneo. Por conta disso, identificamos uma busca por respostas para os desafios entre a soberania e a formação de um novo sistema.

Entretanto, a sociedade está longe de ter um sistema jurídico unificado. Apesar das mudanças trazidas pela globalização, com a introdução de novos atores, ainda persiste um núcleo sólido dentro do Estado onde a soberania permanece. O diálogo entre fontes legais, como o Direito Constitucional, base do Estado, e o Direito Internacional, com sua estrutura transnacional, também é destacado. Pode-se afirmar que o Estado contemporâneo está em uma nova fase, caracterizada pelos autores estudados como um sistema jurídico heterárquico. Este sistema define novas características e estruturas da ordem jurídica, mantendo o monopólio da força e da criação normativa.

O maior desafio persiste no âmbito do poder. Como estabelecer uma organização internacional capaz de criar regras gerais e universais? Quem determinará a fonte criadora? Quais serão os limites das empresas transnacionais? As teorias de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau são marcos importantes para buscar respostas, estabelecendo uma visão racionalista do Estado e explorando questões de soberania e legitimidade.

Observamos que com o Estado moderno ocorre uma centralização na figura da autoridade estatal, em que somente esse soberano teria o poder para criar as normas de caráter vinculativo. Maquiavel foi muito importante nesse processo de transição, sua visão das engrenagens do Estado possibilitou desmitificar a figura do governante, desvinculando de uma imagem sagrada e intocável. O Estado abre-se para a

racionalidade, embora presente os direitos naturais, os contratualistas modernos tentam justificar a existência da autoridade.

Hobbes parte da concentração total da soberania na mão do soberano, a figura de autoridade que consegue garantir a segurança e estabilidade do Estado devido a natureza cruel e vil do homem. Contudo, permite que somente esse soberano crie a normatividade jurídica, aliás ele julga, executa e legisla sempre de forma hierárquica e impositiva. Locke, diferentemente de Hobbes, encontra a legitimidade na vontade da maioria, a autoridade é importante, mas o seu poder é fragmentado pelo legislativo que faz a manutenção dos direitos naturais existentes. Por fim, Rousseau abre a soberania para a vontade geral, com a legitimação pelo povo.

A pesquisa também investigou as estruturas jurídicas relacionadas ao sistema jurídico heterárquico, destacando a hierarquia e a soberania estatal, bem como a fragmentação do poder no sistema heterárquico, com a influência de atores globais, como empresas transnacionais.

Outro ponto de discussão aborda o constitucionalismo. À medida que ocorre uma alteração no sistema jurídico, também é necessário repensar o papel do direito constitucional, suas dimensões de direitos fundamentais, e o quanto de força ainda existe perante os novos atores. Uma possível resposta seria o transconstitucionalismo. O constitucionalismo se expande além do Estado, torna-se mais cooperativo, invadindo o direito internacional.

O transconstitucionalismo vem como uma possível resposta para a crise de soberania que o Estado enfrenta, por ser uma teoria que não retira o poder da autoridade estatal, mas faz uma ponte entre as diferentes ordens jurídicas vigentes, principalmente com as normas introduzidas pelos organismos internacionais. Contudo, entendemos que ainda não é suficiente para resolver a pluralidade de normas que nascem das relações empresariais.

A análise da normatividade internacional, assim como dos organismos internacionais, é crucial para uma conclusão definitiva dentro da pesquisa. Foram propostas hipóteses de pesquisa centradas na crise de hierarquia causada pela globalização e pela ascensão das empresas transnacionais. Hoje existem regras que são

utilizadas em detrimento as do Estado, basta verificarmos a arbitragem internacional com a lei modelo da UNICITRAL que permite que as partes estabeleçam o local em que será resolvido o conflito, a ordem jurídica, o idioma e até mesmo se essa arbitragem será baseada nas regras e costumes do mercado internacional. Um caso emblemático citado na pesquisa que ilustra a discussão foi o ARAMCO, em que uma empresa sediada nos EUA composta por sete empresas petrolíferas e a Arábia Saudita que tinha como transportador do petróleo no contrato de concessão Aristóteles Onassis. No contrato era previsto que o conflito seria levado para um tribunal arbitral em Genebra na Suíça, até por conta de ser o local onde várias agências da ONU estão localizadas. Entretanto, a escolha da ordem jurídica foi baseada nas normas de direito internacional e nos princípios gerais do direito, não se podia usar o direito dos EUA por um problema específico e nem o direito da Arábia Saudita por ser do sistema mulçumano, desta forma criou-se a *lex petrolea*.

Não é possível negar o quanto as grandes empresas transnacionais mudaram a configuração do Estado contemporâneo. Por essa razão, partimos de um sistema hierárquico que funcionou por séculos e ainda funciona para uma nova realidade, agora dentro do sistema heterárquico. A heterarquia desenvolvida por Vesting e Teubner propõe uma nova forma de comunicação, por isso nomeamos a tese de nova autopoiese. A autopoiese de Luhmann opera de forma hierárquica, as estruturas comunicam-se consigo mesmas são produzidas dentro do sistema. A comunicação com o ambiente permitirá que o direito sofra transformações realizadas pela ordem jurídica estatal. Contudo, emergem os novos atores, entra em cena a potência econômica e cultural das empresas transnacionais e o ponto é como será a comunicação entre os sistemas.

Seguindo o raciocínio de Vesting a ordem jurídica deve estruturar-se através da cultura e perseguir o bem-estar social, a heterarquia está no estado ligado em rede, a autopoiese não está conectada por uma pirâmide, ou por níveis, mas por proximidade. A estabilidade do sistema encontra-se na repetição das formas que já funcionaram. Nesse sentido, fácil identificar os procedimentos estabelecidos com frequência pelas empresas transnacionais em detrimento a própria ordem estatal.

Teubner vai mais fundo com a questão do pluralismo jurídico. Este seria um produto da globalização, haja vista que as normas produzidas pelas empresas transnacionais não possuem autoridade dentro do sistema hierárquico, mas a quebra de paradigma para o sistema heterárquico acolhe toda produção normativa, seja privada ou feita por um organismo internacional.

O estudo recomenda o estabelecimento de um novo sistema nacional que integre o princípio da soberania nacional no contexto da globalização econômica, promova uma ordem jurídica mais coesa e eficiente e permita um diálogo eficaz entre as partes relevantes. Essa mudança representa um grande desafio e uma oportunidade para repensar o papel e a estrutura do Estado no século XXI, à medida que a normatividade do direito está cada vez mais interligada e diversificada.

Acreditamos que a autoridade será deslocada da figura estatal e que novos atores também produziram normas com efeito vinculante, muitas vezes, até com mais força do que o Estado. Não negamos a soberania estatal, dentro da pesquisa observamos que é um conceito que perpassa a história e assim estará presente nos próximos séculos.

É necessário verificar como abriremos a comunicação das estruturas de Estado com as estruturas privadas, das empresas transnacionais e de outros mecanismos internacionais. A empresa do século XXI é autopoietica, tem poder tanto econômico, quanto jurídico, não se pode negar sua dimensão. Portanto, acreditamos que o Estado será um balizador de princípios e direitos fundamentais, agora sobre um prisma horizontal, em rede, denominado sistema heterárquico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; CAMPOS, R. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

ADEODATO, J. M. **Ética e retórica**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ADEODATO, J. M. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ADEODATO, J. M. **Introdução ao Estudo do Direito: Retórica Realista, Argumentação e Erística**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2023.

ATCHABAHIAN, A. C. R. C. **ESG: Teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

AURÉLIO, D. P. **O “Enigma” de Maquiavel**. In.: MAQUIAVEL. N. O Príncipe. São Paulo: Editora 34, 2017.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERTALANFFY, L. V. **Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 5.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

BITTAR, C. B. O direito na pós-modernidade. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 29, n. 57, p. 131–152, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131>
Acesso em: 10/11/2023.

BROWNLIE, I. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAMPIONGO, C. F. **O direito da sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, R. **Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**; São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

CANOTILHO, J. J. G. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

CASSESE, S. **A crise do Estado**. Campinas, SP: Saberes Editoria, 2010.

CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C. **Manual de Compliance**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**, v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CHÂTELE, F. **HISTÓRIA DAS IDÉIAS POLÍTICAS**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CHAUÍ, M.S. **Vida e Obra**. In.: ROUSSEAU, J.J. Do Contrato Social. Coleção Os Pensadores. v.1. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS. Nova Iorque, 1958. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/convencao-de-nova-iorque/> Acesso em: 02 out. 2023.

COZENDEY, C. M. B. **Instituições de Bretton Woods**: desenvolvimento e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2013.

DELMAS-MARTY, M. **Por um Direito Comum**. Padro Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2004.

DE OLIVEIRA FORNASIER, M.; FERREIRA, L. V. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/1709351356?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals> Acesso em: 17/09/2023.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos avançados**, v. 11, p. 43-53, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/hnNngyhSQ3yTXqjf49JYvHS/?format=pdf> Acesso em: 15/06/2023.

FERRAJOLI, L. **A soberania no mundo moderno: nascimento a crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FICHTNER, J. A.; MANNHEIMER, S. N.; MONTEIRO, A. L. **Teoria Geral da Arbitragem**. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

FILHO, R. I.; CIERCO, A. A. **Governança, ESG e Estrutura Organizacional**. Coimbra: Grupo Almedina, 2022.

FINNIS, J. **Fundamentos de ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FMI. **Convenio Consultivo**, 1944. Disponível em: <https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aas.pdf> Acesso em: 27/11/2023.

GAILLARD, E. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. São Paulo: Grupo GEN, 2014.

GLITZ, F. E. Z. Apontamentos sobre o conceito de Lex Mercatoria. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, p. 123-144, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/413> Acesso em: 01/12/2023.

GUERRA FILHO, W. S.; TURQUETI, D. M.; LIMA M. V. R. "A RESPONSABILIDADE PELO ENFRENTAMENTO DE DEMANDAS SOCIAIS: A ASSIMILAÇÃO EMPRESARIAL DO CONCEITO E A NOVA ONDA ESG." **Revista Jurídica** 1.63 (2021): 663-683. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5348>. Acesso em: 27.12.2023.

HELD, D. **A Democracia, o Estado-Nação e o Sistema Global**. In: Lua Nova, No. 23, março 1991.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, I. **À paz perpétua**: Um projeto filosófico. Petrópolis: Vozes, 2020.

KEGEL, P. L.; AMAL, M. Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 52, p. 53-70, 2009.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LADEUR, K. H.; VIELLECHNER, L. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

LIMA, R. A.; MAGALHÃES, A.; DIAS, T. A. CONFLITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO À LUZ DE ROBERT ALEXY. **Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC**, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235032345.pdf> Acesso em: 03/09/2023.

LIPOVETSKY, G. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o governo**. 1.ed. São Paulo: Lebooks: 2018.

LOSANO, M. G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

LOSANO, M. G. **Sistema e estrutura no direito**, volume 1: Das origens à escola histórica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

LOSANO, M. G. **Sistema e estrutura no direito**, volume 2: O Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

LUHMANN, N. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. São Paulo: Editora 34, 2017.

MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento**. As bases biológicas do entendimento humano. Campinas, Psy, 1995.

MENDES, G. **A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais**. Direito Público, [S. l.], v. 2, n. 8, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1348>. Acesso em: 2 nov. 2023.

MENDES, F. S.; CARVALHO, V. M. de. **Compliance - Concorrência e combate à corrupção, 1ª edição**. São Paulo: Editora Trevisan, 2017.

MIRANDA, J. **Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição**. 5.ed. São Paulo. Grupo GEN, 2018.

MONTESQUIEU, C. de S. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NAVA ESCUDERO, C. El Acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático. **Bol. Mex. Der. Comp. [online]**. 2016, vol.49, n.147, pp.99-135. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v49n147/2448-4873-bmdc-49-147-00099.pdf>. Acesso em: 02.04.2024.

NETO CRETELLA, J. **Teoria geral das organizações internacionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, M. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/abstract/?lang=pt>

ONU - Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em: 16/10/2023.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

RIBEIRO, D. M.; ROMANCINI, M. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/1770948074?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals> Acesso em: 10/01/2024.

RIBEIRO, R. J. **Hobbes o medo e a esperança**. In: WEFFORT, F. C. (organizador). Os Clássicos da Política. v.1. 13.ed. São Paulo: Ática, 2001.

ROCHA, C. L. A. Constituição, Soberania e Mercosul. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 213, p. 35–66, 1998. DOI: 10.12660/rda.v213.1998.47197. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47197>. Acesso em: 9/9/2023.

ROQUE, S. J. **O caso ARAMCO: a arbitragem maior já realizada ditou regras Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 05 jun 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29401/o-caso-aramco-a-arbitragem-maior-ja-realizada-ditou-regras>. Acesso em: 08 out 2023.

ROUSSEAU, J.J. **Do Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. v.1. São Paulo: Nova Cultural, 1999a.

ROUSSEAU, J.J. **Do Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. v.2. São Paulo: Nova Cultural, 1999b.

SOARES, G. F. S. (1987). Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 82, 28-88. 1987. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>> Acesso em: 02. out. 23.

TEIXEIRA, A. V. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, G. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, v. 14, n. 33, 2003. Disponível em: <<https://eds.p.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=56c98898-8700-4fed-b594-f5323692ce31%40redis&bdata=Jmxhbmc9cHQYnlmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d>> Acesso em: 01/12/2023.

TEUBNER, G. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

UNICITRAL. A guide to UNICITRAL. United Nations. Viena, 2013. Disponível em: [A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law](#). Acesso em: 01/10/2023.

UNICITRAL. Lei modelo da arbitragem. United Nations. Viena, 2006. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/> Acesso em: 01/10/2023.

VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade**. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949 Acesso em: 03/09/2023.

VESTING, T. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VESTING, T. **Teoria do Estado: a transformação do Estado na modernidade**. (Série IDP. Linha direito comparado). São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

ZANELATO, T. D. P. **A internacionalidade da arbitragem à luz do Direito brasileiro**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. p. 137.

ZIPPELIUS, R. **Linha direito comparado: teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

WEFFORT, F. C. (organizador). **Os Clássicos da Política**. v.1. 13.ed. São Paulo: Ática, 2001.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

ANEXO A – Lei Modelo da UNICITRAL sobre arbitragem internacional

Resoluções adotadas pela Assembleia Geral

40/72. Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

A Assembleia Geral,

Reconhecendo o valor da arbitragem como método de resolução de disputas oriundas de relações comerciais internacionais,

Convencida de que a implementação de uma lei modelo sobre arbitragem aceitável por Estados com sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, contribui para um desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais,

Notando que a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional¹⁵ foi adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, na sua 18.^a sessão, depois de devida deliberação e de extensa consulta aos centros de arbitragem e especialistas sobre a arbitragem comercial internacional,

Convencida de que a Lei Modelo, juntamente com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras¹⁶ e as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional³ recomendada pela Assembleia Geral, na sua resolução 31/98, de 15 de Dezembro de 1976, contribui significativamente para a implementação de um enquadramento jurídico uniforme com vista a uma resolução justa e eficiente de litígios emergentes de relações comerciais internacionais,

1. *Pede* ao Secretário-Geral que transmita, aos Estados e aos centros de arbitragem e a outros órgãos interessados, tal como as câmaras de comércio, o texto da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, juntamente com os trabalhos preparatórios da 18.^a sessão desta Comissão;

2. *Recomenda* que os Estados dêem a devida consideração à Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, tendo em vista o desejo de uniformidade da lei sobre procedimentos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional.

¹⁵ Registros oficiais da Assembleia Geral, 40.^a sessão, Suplemento n.º 17 (A/40/17), anexo I.

¹⁶ Nações Unidas, Conjunto de Tratados, vol. 330, n.º 4739, p.

38. ³ Publicação das Nações Unidas, n.º E.77.V.6.

[sobre o relatório do 6.º Comitê (A/61/453)]

61/33. Artigos revistos da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, e a recomendação sobre a interpretação do artigo II, parágrafo 2.º e artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958

A Assembleia Geral,

Reconhecendo o valor da arbitragem como método de resolução de disputas oriundas de relações comerciais internacionais,

Relembrando a sua resolução 40/72, de 11 de Dezembro de 1985, sobre a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional¹⁷,

Reconhecendo que a Lei Modelo necessita de disposições conformes às práticas correntes no comércio internacional e aos modernos meios de contratação no que concerne à forma do convenção de arbitragem e à concessão de medidas provisórias,

Acreditando que os artigos revistos da Lei Modelo sobre a forma do convenção de arbitragem e sobre as medidas provisórias que refletem as práticas correntes irão melhorar significativamente o funcionamento da Lei Modelo,

Notando que a preparação dos artigos revistos da Lei Modelo sobre a forma do convenção de arbitragem e sobre as medidas provisórias foi submetida à devida deliberação e a extensas consultas com os Estados e círculos interessados e que poderá contribuir significativamente para a implementação de um enquadramento jurídico uniforme com vistas a uma resolução justa e eficiente de disputas comerciais internacionais,

Acreditando que, juntamente com a modernização dos artigos da Lei Modelo, a promoção da interpretação uniforme e a aplicação da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958¹⁸, são particularmente oportunas,

1. *Manifesta o seu apreço* à Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional pela formulação e pela adoção dos artigos revistos da sua Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional sobre a forma das convenções de arbitragem e das medidas provisórias, cujo texto se inclui no anexo I do relatório dos trabalhos da 39.^a

¹⁷ Registros oficiais da Assembleia Geral, 40.^a sessão, suplemento n.º 17 (A/40/17), anexo I.

¹⁸ Nações Unidas, Conjunto de Tratados, vol. 330, n.º 4739.

sessão¹⁹ da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional e recomenda que todos os Estados dêem parecer favorável à promulgação dos artigos revistos da Lei Modelo ou à revisão da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das

Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, sempre que estes promulguem ou revejam as suas leis, tendo em vista o desejo de uniformidade da lei sobre procedimentos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional;

2. *Manifesta também o seu apreço à Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional pela formulação e adoção da recomendação sobre a interpretação do artigo II, parágrafo 2.º e artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958”, cujo texto se inclui no anexo II do relatório dos trabalhos da 39.ª sessão da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional;*

3. *Pede ao Secretário-Geral para envidar todos os esforços de forma a garantir que os artigos revistos da Lei Modelo e a recomendação sejam do conhecimento geral e fiquem acessíveis a todos.*

64.ª Reunião plenária
4 de Dezembro de 2006

¹⁹ Registos oficiais da Assembleia Geral, 61.ª sessão, suplemento n.º 17 (A/61/17)

Parte Um

Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

(Documentos das Nações Unidas nos. A/40/17, anexo I e A/61/17, anexo I)

(Adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional em 21 de Junho de 1985, alterada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional em 7 de Julho de 2006)

CAPÍTULO I. DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1.º Âmbito de Aplicação²⁰

(1) A presente Lei aplica-se à arbitragem comercial²¹ internacional sujeita a qualquer acordo que se encontre em vigor entre este Estado e qualquer outro Estado ou Estados.

(2) As disposições da presente Lei, à exceção dos artigos 8.º, 9.º, 17.º H, 17.º I, 17.º J, 35.º e 36.º, aplicam-se apenas se o local da arbitragem encontrar-se dentro do território deste Estado.

(O artigo 1.º, parágrafo 2.º, foi alterado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

(3) Uma arbitragem é internacional se:

a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou
b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes

têm a sua sede;

(i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem;

(ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou

²⁰ Os títulos dos artigos só servem como referência e não devem ser utilizados para fins de interpretação.

²¹ O termo “comercial” deve ser compreendido no seu sentido lato, de forma a abranger as questões decorrentes de qualquer relação de natureza comercial, contratual ou não contratual. As relações comerciais incluem, mas não se encontram restritas, às seguintes transações: qualquer fornecimento de bens ou serviços; acordos de distribuição; representação ou agência comercial; *factoring*; *leasing*; construção civil; consultoria; engenharia; licenças; investimento; financiamento; operações financeiras; seguros; acordo de exploração ou de concessão; coempreendimento e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de bens ou de passageiros por ar, mar, ferrovia ou por estrada.

c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

(4) Para os fins do parágrafo 3º. do presente artigo:

a) Se uma das partes tiver mais de uma sede, deve ser considerada a que tiver vínculos mais estreitos com a convenção de arbitragem;

b) Se uma das partes não tiver sede, a sua residência habitual deve ser considerada.

(5) A presente Lei não afetará qualquer outra Lei do presente Estado, em virtude da qual certas disputas não possam ser submetidas à arbitragem ou apenas o possam ser por aplicação de disposições diferentes das da presente Lei.

Artigo 2.º Definições e regras de interpretação

Para os fins da presente Lei:

(a) “arbitragem” significa toda e qualquer arbitragem, quer sua organização seja ou não confiada a uma instituição permanente de arbitragem;

(b) “tribunal arbitral” significa um árbitro único ou um painel de árbitros;

(c) “tribunal estatal” significa uma entidade ou órgão do sistema judiciário de um Estado;

(d) Quando uma disposição da presente Lei, com exceção do artigo 28.º, dá às partes liberdade para decidir determinada questão, esta liberdade compreende o direito de as partes autorizarem um terceiro, inclusive uma instituição, a decidir essa questão;

(e) Quando uma disposição da presente Lei se refere ao fato de as partes terem acordado ou poderem vir a chegar a um acordo sobre determinada questão, ou de qualquer outra forma se refere a um acordo entre as partes, tal acordo engloba quaisquer regras de arbitragem aí referidas;

(f) Quando uma disposição da presente Lei, com exceção do artigo 25.º, alínea a) e do artigo 32.º, parágrafo 2.º, alínea a), se refere a um pedido, esta disposição aplica-se igualmente a um pedido reconvenicional, e quando ela se refere a alegações de defesa, aplica-se igualmente às alegações de defesa relativas a um pedido reconvenicional.

Artigo 2.º-A Origem internacional e princípios gerais

(Como adotado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

(1) Na interpretação da presente Lei, deve ser levado em consideração sua origem internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e a observância da boa-fé.

(2) Questões relativas a matérias reguladas por esta Lei, que não estejam expressamente nela referidas, devem ser resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que esta Lei se baseia.

Artigo 3.º Recepção de comunicações escritas

(1) Salvo acordo entre as partes em sentido contrário:

a) Considera-se recebida qualquer comunicação escrita se ela tiver sido entregue quer à pessoa do destinatário, quer na sua sede, na sua residência habitual ou no seu endereço postal; se nenhum destes locais tiver sido encontrado após uma inquirição razoável, a comunicação escrita considera-se recebida se tiver sido enviada, por carta registrada ou por qualquer outro meio que prove a tentativa de fazer a entrega, para a última sede, residência habitual ou endereço postal conhecidos do destinatário;

b) A comunicação considera-se recebida no dia em for entregue por uma dessas formas.

(2) As disposições do presente artigo não se aplicam às comunicações feitas no âmbito de processos judiciais.

Artigo 4.º Renúncia ao direito de objeção

Considera-se que uma parte renunciou ao seu direito de objeção se, sabendo que a presente Lei contém disposições que podem ser derogadas pelas partes, e, tendo conhecimento de que uma das condições da convenção de arbitragem não foi cumprida, ainda assim prosseguir com a arbitragem sem apresentar objeções de imediato ou, caso haja um prazo estabelecido para esse efeito, não o fizer dentro desse prazo.

Artigo 5.º Âmbito de intervenção dos tribunais estatais

Os tribunais estatais não poderão intervir em nenhuma questão regulamentada por esta Lei, exceto nos casos aqui previstos.

Artigo 6.º Auxílio e controle dos tribunais estatais ou de outras autoridades na arbitragem

As funções mencionadas nos artigos 11.º, parágrafos 3.º e 4.º, 13.º, parágrafo 3.º, 14.º, 16.º, parágrafo 3.º e 34.º, parágrafo 2.º, serão desempenhadas por ... [cada Estado ao adotar a Lei modelo indica o tribunal estatal, os tribunais estatais ou, nos casos em que esta Lei o admitir, uma outra autoridade competente para desempenhar essas funções.]

CAPÍTULO II. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Opção I

Artigo 7.º Definição e forma do convenção de arbitragem

(como adotado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

- (1) “Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um acordo autônomo.
- (2) A convenção de arbitragem deve ser feita por escrito.
- (3) A convenção de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registrado sob qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou o contrato terem sido concluídos oralmente, por conduta ou por qualquer outro meio.
- (4) O requisito de que a convenção de arbitragem seja celebrada por escrito é preenchido por uma comunicação eletrônica se a informação contida em referida comunicação é acessível de forma a possibilitar sua utilização para referência futura; “comunicação eletrônica” significa toda e qualquer comunicação utilizada pelas partes por meio de mensagens de dados; “mensagem de dados” significa a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio eletrônico de dados (“*eletronic data interchange* - EDI), o correio eletrônico, o telegrama, o telex ou a telecópia.
- (5) Ademais, uma convenção de arbitragem é escrita se estiver contida em uma troca de petições entre as partes, em que uma das partes alega a existência da convenção de arbitragem e a outra não a nega.
- (6) Em um contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem por escrito, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato.

Opção II

Artigo 7.º Definição de convenção de arbitragem

(como adotado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

“Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.

Artigo 8.º Convenção de arbitragem e pedido de mérito perante um tribunal estatal

(1) O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz.

(2) Quando tiver sido proposta, perante um juízo, uma ação referida no 1.º parágrafo do presente artigo, o procedimento arbitral pode, apesar disso, ter início ou prosseguir, e pode ser proferida uma sentença arbitral enquanto a questão estiver pendente no tribunal.

Artigo 9.º Convenção de arbitragem e providências cautelares concedidas por um tribunal estatal

O pedido de uma medida provisória feito por uma das partes a um tribunal estatal, antes ou durante o procedimento arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelos tribunais estatais, não são incompatíveis com a convenção de arbitragem.

CAPÍTULO III. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Artigo 10.º Número de árbitros

(1) As partes podem determinar livremente o número de árbitros.

(2) Na falta de tal determinação, os árbitros serão em número de três.

Artigo 11.º Nomeação de árbitros

- (1) Ninguém poderá, em razão de sua nacionalidade, ser impedido de exercer as funções de árbitro, salvo acordo das partes em contrário.
- (2) As partes podem, por acordo, escolher livremente o processo de nomeação do árbitro ou dos árbitros, sem prejuízo das disposições dos parágrafos 4.º e 5.º do presente artigo.
- (3) Na falta de tal acordo,
 - (a) No caso de uma arbitragem com três árbitros, cada uma das partes nomeia um árbitro e os dois árbitros assim nomeados escolhem o terceiro árbitro; se uma das partes não nomear seu respectivo árbitro no prazo de 30 (trinta) dias a contar da recepção de um pedido feito nesse sentido pela outra parte, ou se os dois árbitros não chegarem a um acordo quanto à escolha do terceiro árbitro dentro de 30 (trinta) dias a contar da respectiva designação, a nomeação será feita a pedido de uma das partes, por um tribunal estatal ou por outra autoridade referida no artigo 6.º;
 - (b) No caso de uma arbitragem com um único árbitro, se as partes não chegarem a um acordo sobre a escolha do árbitro, este será nomeado, a pedido de uma das partes, por um tribunal estatal ou por outra autoridade referida no artigo 6.º.
- (4) Quando, durante um processo de nomeação acordado pelas partes,
 - (a) Uma das partes não agir em conformidade com o referido processo, ou
 - (b) As partes, ou dois árbitros, não chegarem a acordo nos termos do referido processo, ou
 - (c) Um terceiro, incluindo uma instituição, não cumprir a função que lhe foi confiada, qualquer uma das partes pode pedir a um tribunal estatal ou a outra autoridade referida no artigo 6.º que tome as medidas necessárias, a menos que o acordo relativo ao processo de nomeação estipule outros meios de assegurar essa nomeação.
- (5) A decisão de uma questão confiada a um tribunal estatal ou a outra autoridade referida no artigo 6.º, nos termos dos parágrafos 3.º e 4.º do presente artigo, é insuscetível de recurso. Quando nomear um árbitro o tribunal estatal ou a outra autoridade, terá em conta as qualificações exigidas a um árbitro pelo acordo das partes e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e, quando nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal estatal terá igualmente em consideração o fato de que poderá ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

Artigo 12.º Fundamentos de objeção

- (1) Quando uma pessoa for indicada com vistas à sua eventual nomeação como árbitro, fará notar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência. A partir da data da sua nomeação e durante todo o procedimento arbitral, o árbitro fará notar sem demora às partes as referidas circunstâncias, a menos que já o tenha feito.

(2) Um árbitro só pode ser objetado se existirem circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes acordaram. Uma parte só pode objetar um árbitro nomeado por si, ou em cuja nomeação tiver participado, por um motivo de que tenha tido conhecimento apenas após essa nomeação.

Artigo 13.º Procedimento de objeção

(1) Sem prejuízo das disposições do parágrafo 3.º do presente artigo, as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo de objeção do árbitro.

(2) Na falta de tal acordo, a parte que tiver intenção de objetar um árbitro, deverá expor por escrito os motivos da objeção ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 12.º, parágrafo 2.º. Se o árbitro objetado não renunciar ou se a outra parte não aceitar a objeção, o tribunal arbitral deverá decidir sobre a objeção.

(3) Se a objeção realizada segundo o procedimento acordado entre as partes ou nos termos do parágrafo 2.º do presente artigo não for bem sucedida, a parte que pretende objetar o árbitro pode, no prazo de 30 (trinta) dias, após ter-lhe sido comunicada a decisão que recusou a objeção, pedir a um tribunal estatal ou a outra autoridade referida no artigo 6.º que decida sobre a objeção; essa decisão será insuscetível de recurso; enquanto referido pedido estiver pendente de decisão, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro objetado, poderá prosseguir o procedimento arbitral e proferir uma sentença arbitral.

Artigo 14.º Falha ou impossibilidade de agir

(1) Quando um árbitro se encontrar impossibilitado, de direito ou de fato, de cumprir a sua missão, ou por outras razões não a cumprir dentro de um prazo razoável, o seu mandato termina se ele renunciar ou se as partes acordarem em encerrar o mandato. No caso de subsistir desacordo quanto a algum destes motivos, qualquer uma das partes pode pedir a um tribunal estatal ou a qualquer outra autoridade referida no artigo 6.º que decida sobre a extinção do mandato, decisão essa que será insuscetível de recurso.

(2) Se, nos termos deste artigo ou do artigo 13.º, parágrafo 2.º, um árbitro renunciar ou se uma das partes aceitar a extinção do mandato de um árbitro, isso não implica o reconhecimento dos motivos mencionados no artigo 12.º, parágrafo 2.º, ou no presente artigo.

Artigo 15.º Nomeação de árbitro substituto

Quando o mandato de um árbitro terminar, nos termos dos artigos 13.º e 14.º, ou quando este renunciar às suas funções por qualquer outra razão, ou quando o seu mandato for revogado por acordo entre as partes, ou em qualquer outro caso em que seja posto fim ao seu mandato, será nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à nomeação do árbitro substituído.

CAPÍTULO IV. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autónomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica *ipso jure* a nulidade da cláusula compromissória.

(2) A alegação da falta de competência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até a apresentação das alegações de defesa. O fato de uma das partes ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir esta alegação. A alegação de que o tribunal arbitral está excedendo o escopo da convenção de arbitragem deve ser arguida logo que surja a questão que se entenda fora do escopo da convenção de arbitragem no decurso do procedimento arbitral. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma alegação arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora.

(3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o mérito da disputa. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 (trinta) dias após ter sido notificada dessa decisão, pedir ao tribunal estatal referido no artigo 6.º que decida a questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento arbitral e proferir a sentença arbitral.

CAPÍTULO IV-A. MEDIDAS PROVISÓRIAS E PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

(como adotado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

1.ª Seção. Medidas provisórias

Artigo 17.º Poder do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias

- (1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias, a pedido de uma das partes.
- (2) Uma medida provisória é uma medida temporária, quer sob a forma de uma sentença arbitral ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à resolução definitiva da disputa, o tribunal arbitral ordena a uma das partes que:
 - (a) Mantenha ou reponha o *status quo* enquanto pender a resolução da disputa;
 - (b) Tome medidas para prevenir, ou que se abstenha de tomar medidas que possam causar dano ou prejuízo atual ou iminente ao próprio procedimento arbitral;
 - (c) Forneça meios para salvaguardar os bens que possam ser objeto de uma sentença arbitral subsequente; ou
 - (d) Preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução da disputa.

Artigo 17.º-A Requisitos para a concessão de medidas provisórias

- (1) A parte que solicita uma medida provisória com base no artigo 17.º, parágrafo 2.º, alíneas a), b) e c), deverá demonstrar ao tribunal arbitral que:
 - (a) Caso a medida provisória não seja concedida, é provável que haja dano não adequadamente reparável por uma indenização, e que esse dano ultrapasse substancialmente aquele que a parte, contra a qual a medida é voltada, sofreria se a medida fosse ordenada; e
 - (b) Existe uma possibilidade razoável de que a parte que solicita a medida provisória tenha sucesso quanto à substância do seu pedido. A determinação desta possibilidade não afetará a decisão do tribunal arbitral em decisões posteriores.
- (2) No que diz respeito a um pedido de medida provisória, ao abrigo do artigo 17.º, parágrafo 2.º, alínea d), os requisitos do parágrafo 1.º, alíneas a) e b) do presente artigo, só se aplicarão se o tribunal arbitral o considerar apropriado.

2.ª Seção. Providências cautelares

Artigo 17.º-B Pedidos de providências cautelares e requisitos para a sua concessão

- (1) Salvo acordo das partes em contrário, uma das partes pode, sem notificar qualquer das outras partes, submeter um pedido de medida provisória, juntamente com um pedido de providência cautelar, requerendo que determinada parte não frustrasse o objetivo da medida provisória solicitada.

(2) O tribunal arbitral pode conceder uma providência cautelar desde que considere que a divulgação prévia do pedido de medida provisória à parte contra a qual ela foi solicitada implica risco de frustração do objetivo da medida provisória.

(3) Os requisitos definidos no artigo 17.º-A aplicam-se a qualquer providência cautelar, desde que o dano, objeto de avaliação ao abrigo do artigo 17.º-A, parágrafo 1.º, alínea (a), seja o dano que poderá resultar da concessão ou não da providência cautelar.

Artigo 17.º-C. Regime específico das providências cautelares

(1) Imediatamente após o tribunal arbitral ter determinado a concessão de uma providência cautelar, o tribunal arbitral notificará todas as partes envolvidas no pedido de medida provisória, a respeito do pedido de concessão da providência cautelar, da providência cautelar, se houver, e de todas as outras comunicações, incluindo o conteúdo de qualquer comunicação oral que tenha relação com a matéria em causa, entre qualquer uma das partes e o tribunal arbitral.

(2) O tribunal arbitral pode, simultaneamente, dar a oportunidade a qualquer uma das partes contra a qual a providência cautelar foi solicitada, de apresentar os seus argumentos o mais cedo possível.

(3) O tribunal arbitral deve decidir prontamente sobre qualquer contestação à providência cautelar.

(4) A providência cautelar expira em 20 (vinte) dias após a data de sua emissão pelo tribunal arbitral. No entanto, o tribunal arbitral pode emitir uma medida provisória adotando ou alterando a providência cautelar, após a parte contra a qual esta se aplica ter sido notificada e ter tido a oportunidade de expor o seu caso.

(5) As providências cautelares vinculam as partes, mas não são estão sujeitas à execução perante um tribunal estatal. Uma providência cautelar não constitui uma sentença arbitral.

3.ª Seção. Disposições aplicáveis às medidas provisórias e às providências cautelares

Artigo 17.º-D. Alteração, suspensão e extinção

O tribunal arbitral pode alterar, suspender ou extinguir uma medida provisória ou uma providência cautelar que tenha concedido, a pedido de uma das partes ou, em circunstâncias excepcionais e mediante notificação prévia das partes, por iniciativa do próprio tribunal arbitral.

Artigo 17.º-E. Prestação de garantia

- (1) O tribunal arbitral pode solicitar à parte que requer uma medida provisória que preste garantia apropriada com relação à medida requerida.
- (2) O tribunal arbitral solicitará à parte que requer uma providência cautelar que preste garantia com relação à providência requerida, a menos que o tribunal arbitral considere inapropriado ou desnecessário fazê-lo.

Artigo 17.º-F. Divulgação

- (1) O tribunal arbitral pode solicitar a qualquer uma das partes que divulgue prontamente qualquer alteração material nas circunstâncias com base nas quais a medida urgente foi pedida ou concedida.
- (2) A parte que requer uma providência cautelar tem a obrigação de divulgar ao tribunal arbitral todas as circunstâncias susceptíveis de serem relevantes na decisão dos árbitros de conceder ou manter vigente a providência cautelar e esta obrigação subsiste até que a parte contra a qual a providência foi solicitada tenha tido a oportunidade de expor o seu caso. A partir de então, aplicar-se-á o parágrafo 1.º deste artigo.

Artigo 17.º-G. Custos e prejuízos

A parte que requer uma medida provisória ou uma providência cautelar será responsável por quaisquer custos e prejuízos causados pela medida ou pela providência, se o tribunal arbitral posteriormente decidir que, de acordo com as circunstâncias, a medida ou a providência não deveriam ter sido concedidas. O tribunal arbitral pode decidir atribuir os custos e prejuízos em qualquer momento no decorrer do procedimento.

4.ª Seção. Reconhecimento e execução de medidas provisórias

Artigo 17.º-H. Reconhecimento e execução

- (1) Uma medida provisória concedida por um tribunal arbitral deve ser reconhecida como vinculante e, salvo disposição do tribunal arbitral em contrário, exequível mediante requerimento dirigido ao tribunal estatal competente, independentemente do país em que foi emitida, encontrando-se sujeita às disposições contidas no artigo 17.º-I.

(2) A parte que requeira ou que tenha obtido o reconhecimento ou a execução de uma medida provisória, deverá informar prontamente o tribunal estatal sobre a extinção, suspensão ou alteração da medida provisória.

(3) O tribunal estatal do país onde o reconhecimento ou a execução é requerido pode, se o considerar apropriado, ordenar à parte requerente que preste garantia, caso o tribunal arbitral não o tenha feito ou se essa decisão for necessária para salvaguardar interesses de terceiros.

Artigo 17.º-I. Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução ²²

- (1) O reconhecimento ou a execução de uma medida provisória só pode ser recusado se:
- (a) A pedido da parte contra a qual a medida foi solicitada, o tribunal estatal convencer-se de que:
 - (i) Tal recusa é abrangida pelas hipóteses estabelecidas no artigo 36.º, parágrafo 1.º, alínea a), (i,ii,iii ou iv); ou
 - (ii) A decisão do tribunal arbitral a respeito da garantia relativa à medida provisória decretada pelo tribunal arbitral não foi cumprida; ou
 - (iii) A medida provisória extingui-se ou foi suspensa pelo tribunal arbitral ou, caso tenha competência para tal, pelo tribunal do Estado no qual a arbitragem teve lugar ou, segundo a lei do qual, a medida provisória foi concedida; ou
 - (b) Se o tribunal estatal entender que:
 - (i) A medida provisória é incompatível com os poderes concedidos ao tribunal estatal a menos que este decida reformulá-la de forma a adaptá-la às suas competências e procedimentos, com o objetivo de executar a medida provisória, sem alterar a sua substância; ou
 - (ii) Qualquer dos fundamentos estabelecidos no artigo 36.º, parágrafo 1.º, alínea a), (i ou ii), aplicam-se ao reconhecimento e execução da medida provisória.
- (2) Qualquer decisão do tribunal estatal relativa a qualquer um dos fundamentos do parágrafo 1.º do presente artigo, só se tornará efetiva para os efeitos do pedido de reconhecimento e execução da medida provisória. O tribunal estatal perante o qual o reconhecimento e a execução foram solicitados, não deverá, na sua decisão, empreender uma revisão de mérito da medida provisória.

²² Os requisitos estabelecidos no artigo 17.º-I destinam-se a restringir as circunstâncias em que um tribunal estatal pode recusar-se a executar uma medida provisória. O fato de um Estado restringir as circunstâncias em que a execução de uma medida provisória pode ser recusada perante seus tribunais, não é contrário ao nível de harmonização que estas normas modelo pretendem alcançar.

5.ª Seção. Medidas provisórias decretadas por tribunais estatais

Artigo 17.º-J. Medidas provisórias decretadas por tribunais estatais

Um tribunal estatal terá a mesma competência para decretar uma medida provisória relativa a um procedimento arbitral, independentemente de este ocorrer ou não em local diferente deste Estado, tal como é o caso dos processos que correm nesse tribunal. O tribunal estatal deverá exercer a sua competência de acordo com os seus próprios procedimentos e tendo em conta as características específicas da arbitragem internacional.

CAPÍTULO V. CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Artigo 18.º. Igualdade de tratamento das partes

As partes devem ser tratadas de forma igualitária e deve ser dada a cada uma delas plena possibilidade de expor seu caso.

Artigo 19.º. Determinação das regras de procedimento

(1) Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por comum acordo, escolher livremente o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral.

(2) Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida.

Artigo 20.º. Local da arbitragem

(1) As partes podem decidir livremente sobre o local da arbitragem. Na falta de tal decisão, este local será fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes.

(2) Não obstante as disposições do parágrafo 1.º do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo acordo das partes em contrário, reunir-se em qualquer local que julgar apropriado para a realização de consultas entre os seus membros, para a oitiva de testemunhas, de peritos ou das partes, ou para a inspeção de mercadorias, outros bens ou documentos.

Artigo 21.º. Início do procedimento arbitral

Salvo acordo das partes em contrário, o procedimento arbitral relativo a determinada disputa tem início na data em que o pedido de sujeição desta disputa à arbitragem é recebido pelo requerido.

Artigo 22.º. Idioma

(1) As partes podem, por acordo, escolher livremente o idioma ou idiomas a serem utilizados no procedimento arbitral. Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral determinará o idioma ou idiomas a utilizar no procedimento. Este acordo, ou esta determinação, a menos que tenha sido especificado de modo diverso, aplica-se a qualquer declaração escrita de uma das partes, a qualquer procedimento oral e a qualquer sentença, decisão ou outra comunicação do tribunal arbitral.

(2) O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer peça processual seja acompanhada de uma tradução no idioma ou idiomas acordados entre as partes ou determinados pelo tribunal arbitral.

Artigo 23.º. Alegações iniciais e de resposta

(1) No prazo acordado entre as partes ou fixado pelo tribunal arbitral, o requerente enunciará os fatos que fundamentam o seu pedido, os pontos controvertidos e a compensação almejada, e o requerido enunciará a sua resposta relativa a essas questões, a menos que as partes tenham acordado de forma diferente quanto aos elementos a figurar nas alegações. As partes podem fazer acompanhar as suas alegações de quaisquer documentos que julguem pertinentes ou nelas mencionar documentos ou outros meios de prova que poderão vir a apresentar.

(2) Salvo acordo das partes em contrário, qualquer uma das partes pode alterar ou completar o seu pedido ou a sua defesa no decurso do procedimento arbitral, a menos que o tribunal arbitral considere que não deve autorizar tal alteração em razão do momento tardio em que é apresentada.

Artigo 24.º. Audiências e procedimentos escritos

(1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral decidirá se o procedimento deve conter uma fase oral para produção de prova ou para a exposição oral de argumentos ou se o procedimento deve ser conduzido com base em documentos ou outros materiais. Contudo, a menos que as partes tenham acordado que nenhuma audiência ocorrerá, o tribunal arbitral organizará audiências, numa fase adequada do procedimento, se uma das partes assim o requerer.

(2) As partes serão notificadas com a devida antecedência de todas as audiências e reuniões do tribunal arbitral realizadas com o objetivo de inspecionar mercadorias, outros bens ou documentos.

(3) Todas as alegações, documentos ou informações que uma das partes fornece ao tribunal arbitral devem ser comunicados à outra parte. Deve igualmente ser comunicado às partes qualquer relatório ou documento apresentado como prova que possa servir de base à decisão do tribunal.

Artigo 25.º. Ausência de uma das partes

Salvo acordo das partes em contrário, se, sem invocar impedimento bastante,

(a) O requerente não apresentar o seu pedido em conformidade com o artigo 23.º, parágrafo 1.º, o tribunal arbitral porá fim ao procedimento arbitral;

(b) O requerido não apresentar a sua defesa em conformidade com o artigo 23.º, parágrafo 1.º, o tribunal arbitral prosseguirá o procedimento arbitral sem considerar esta falta em si mesma como uma aceitação das alegações do requerente;

(c) Uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de fornecer documentos de prova, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento e decidir com base nos elementos de prova de que disponha.

Artigo 26.º. Perito nomeado pelo tribunal

(1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral:

(a) Pode nomear um ou mais peritos encarregados de elaborar um relatório sobre pontos específicos a determinar pelo tribunal arbitral;

(b) Pode pedir a uma das partes que faculte ao perito todas as informações relevantes ou que lhe faculte ou torne acessíveis, para inspeção, quaisquer documentos, mercadorias ou outros bens relevantes.

(2) Salvo acordo das partes em contrário, se uma das partes o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após apresentação do seu relatório escrito ou oral, participará de uma audiência em que as partes podem interrogá-lo e na qual podem fazer intervir, na qualidade de testemunhas, peritos que deponham sobre as questões em análise.

Artigo 27.º. Auxílio de um tribunal estatal na obtenção de provas

O tribunal arbitral, ou uma das partes com a aprovação do tribunal arbitral, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal estatal pode responder à solicitação nos limites de suas competências e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas.

CAPÍTULO VI. SENTENÇA ARBITRAL E ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO

Artigo 28.º Regras aplicáveis ao mérito da disputa

(1) O tribunal arbitral decide a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da disputa. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como se referindo diretamente à lei substantiva desse Estado e não às suas normas de conflito de leis.

(2) Na falta de tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela norma de conflito de leis que considerar aplicável.

(3) O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes expressamente o autorizarem.

(4) Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com os termos do contrato e terá em conta o uso comercial aplicável à transação.

Artigo 29.º Decisão tomada por um painel de árbitros

Em um procedimento arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral será tomada pela maioria dos seus membros, salvo acordo das partes em contrário. Todavia, as questões do procedimento podem ser decididas pelo árbitro presidente, se estiver autorizado para tanto pelas partes ou por todos os membros do tribunal arbitral.

Artigo 30.º Decisão homologatória de acordo

(1) Se, no decurso do procedimento arbitral, as partes estiverem de acordo quanto à decisão da disputa, o tribunal arbitral porá fim ao procedimento arbitral e, se as partes assim o solicitarem e se o tribunal não tiver nada a opor, o acordo ficará registrado por meio de uma sentença arbitral proferida nos termos acordados entre as partes.

(2) A sentença proferida nos termos acordados entre as partes será elaborada em conformidade com as disposições do artigo 31.º e mencionará o fato de que se trata de uma

sentença. Esse tipo de sentença tem o mesmo status e o mesmo efeito que qualquer outra sentença arbitral proferida sobre o mérito da disputa.

Artigo 31.º Forma e conteúdo da sentença arbitral

(1) A sentença arbitral será feita por escrito e assinada por um ou mais árbitros. Em um procedimento arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes.

(2) A sentença será fundamentada exceto se as partes acordarem que não haverá fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base em um acordo entre as partes nos termos do artigo 30.º.

(3) Da sentença constará a data e o local da arbitragem, em conformidade com o artigo 20.º, parágrafo 1.º. Considerar-se-á que a sentença foi proferida nesse local.

(4) Proferida a sentença, será enviada a cada uma das partes uma cópia assinada pelo árbitro ou árbitros, nos termos do parágrafo 1.º do presente artigo.

Artigo 32.º Encerramento do procedimento

(1) O procedimento arbitral termina quando for proferida a sentença final ou quando for ordenado o encerramento do procedimento pelo tribunal arbitral nos termos do parágrafo 2.º do presente artigo.

(2) O tribunal arbitral ordenará o encerramento do procedimento arbitral quando:

(a) O requerente retirar o seu pedido, a menos que o requerido a isso se opuser e o tribunal arbitral reconhecer que este tem um interesse legítimo em que a disputa seja definitivamente resolvida;

(b) As partes concordarem em encerrar o procedimento;

(c) O tribunal arbitral constatar que o prosseguimento do procedimento se tornou, por qualquer razão, desnecessária ou impossível.

(3) O mandato do tribunal arbitral finda-se com o encerramento do procedimento arbitral, sem prejuízo das disposições do artigo 33.º e do artigo 34.º, parágrafo 4.º.

Artigo 33.º Ratificação e interpretação da sentença arbitral; sentença arbitral adicional

(1) Nos trinta dias seguintes à recepção da sentença arbitral, a menos que as partes tenham acordado outro prazo:

(a) Uma das partes pode, notificando a outra parte, pedir ao tribunal arbitral que retifique no texto da sentença qualquer erro de cálculo ou tipográfico ou qualquer erro de natureza similar.

(b) Se as partes assim acordarem, uma delas pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que interprete um ponto ou uma passagem específica da sentença arbitral.

Se o tribunal arbitral considerar o pedido justificado, fará a retificação ou interpretação nos 30 (trinta) dias seguintes à recepção do pedido. A interpretação fará parte integrante da sentença arbitral.

(2) O tribunal arbitral pode, por sua iniciativa, retificar qualquer erro do tipo referido na alínea a) do parágrafo 1.º do presente artigo, nos 30 (trinta) dias seguintes à data da sentença.

(3) Salvo acordo das partes em contrário, uma das partes pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que, nos 30 (trinta) dias seguintes à recepção da sentença arbitral, profira uma sentença arbitral adicional sobre certos pontos do pedido expostos no decurso do procedimento arbitral, mas omitidos na sentença. Se julgar o pedido justificado, o tribunal arbitral proferirá a sentença adicional dentro de 60 (sessenta) dias.

(4) O tribunal arbitral pode prolongar, se necessário, o prazo de que dispõe para retificar, interpretar ou completar a sentença, nos termos dos parágrafos 1.º ou 3.º do presente artigo.

(5) As disposições do artigo 31.º aplicam-se à retificação ou à interpretação da sentença, ou à sentença adicional.

CAPÍTULO VII. RECURSO CONTRA A SENTENÇA ARBITRAL

Artigo 34.º. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral

(1) O recurso interposto contra uma sentença arbitral perante um tribunal estatal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º do presente artigo.

(2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se

(a) A parte que faz o pedido fizer prova de que:

(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou

- que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou
- (iii) A sentença tem por objeto uma disputa não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou
 - (iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derrogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente Lei; ou
- (b) O tribunal estatal constatar:
- (i) Que o objeto da disputa não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou
 - (ii) Que a sentença arbitral contraria a ordem pública do presente Estado.
- (3) O pedido de anulação não pode ser apresentado após um período de 3 (três) meses a contar da data em que a parte que faz esse pedido recebeu comunicação da sentença ou, se tiver sido feito um pedido nos termos do artigo 33.º, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou a decisão sobre esse pedido.
- (4) Quando lhe for solicitada a anulação de uma sentença arbitral, o tribunal estatal pode, se for necessário e a pedido de uma das partes, suspender o procedimento de anulação durante o período de tempo que determinar, a fim de dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o procedimento arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os fundamentos da anulação.

CAPÍTULO VIII. RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS

Artigo 35.º. Reconhecimento e execução

- (1) A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação por escrito dirigida ao tribunal competente, será executada, sem prejuízo das disposições do presente artigo e do artigo 36.º.
- (2) A parte que invocar a sentença ou pedir a respectiva execução deve fornecer o original da sentença ou uma cópia certificada. Se a sentença não estiver redigida em um

idioma oficial do presente Estado, a parte fornecerá uma tradução devidamente certificada nessa língua ²³.

(O artigo 35.º, parágrafo 2.º, foi alterado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

Artigo 36.º. Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução

(1) O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

(a) A pedido da parte contra a qual foi invocado, se essa parte fornecer ao tribunal estatal competente ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução, prova de que:

- (i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou
 - (ii) A parte, contra a qual a sentença é invocada, não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou
 - (iii) A sentença tem por objeto uma disputa não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou
 - (iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente Lei; ou
 - (v) A sentença arbitral não tenha ainda tornado-se obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou segundo a lei do qual, a sentença tenha sido proferida; ou
- (b) O tribunal estatal constatar:
- (i) Que o objeto da disputa não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou
 - (ii) Que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a ordem pública do presente Estado.

²³ As disposições previstas neste parágrafo têm por objetivo definir padrões elevados. Não será por isso contrário à harmonização a ser alcançada por esta Lei Modelo, se um Estado impuser condições menos onerosas.

(2) Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentado a um tribunal referido no parágrafo 1.º, alínea a), subalínea v. deste artigo, o tribunal estatal ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução pode, ser julgar apropriado, adiar a sua decisão e pode também, a requerimento da parte que pede o reconhecimento ou a execução da sentença, ordenar à outra parte que preste garantias adequadas.

Parte Dois

Nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL sobre a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, alterada em 2006²⁴

1. A Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (“a Lei Modelo”) foi adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), em 21 de Junho de 1985, no final da sua 18.ª sessão. A Assembleia Geral, na sua resolução 40/72, de 11 de Dezembro de 1985, recomendou “que todos os Estados tenham em consideração a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, tendo em vista o desejo de uniformidade da lei sobre procedimentos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional”. A Lei Modelo foi alterada pela UNCITRAL, a 7 de Julho de 2006, na 39.ª sessão da Comissão (ver abaixo os parágrafos 4.º, 19.º, 20.º, 27.º, 29.º e 53.º). A Assembleia Geral, na sua resolução 61/33, de 4 de Dezembro de 2006, recomendou “que todos os Estados dêem parecer favorável à promulgação dos artigos revistos da Lei Modelo ou à revisão da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, sempre que estes promulguem ou revejam as suas leis (...)”.

2. A Lei Modelo constitui uma base sólida para a desejada harmonização e para o aperfeiçoamento das leis nacionais. Abrange todas as fases do procedimento arbitral, desde a convenção de arbitragem até ao reconhecimento e execução da sentença arbitral, refletindo um consenso universal sobre os princípios e questões relevantes da prática da arbitragem internacional. É reconhecida por Estados de todo o mundo com sistemas jurídicos e económicos diferentes. Desde a sua adoção pela UNCITRAL, a Lei Modelo tem vindo a caracterizar o modelo legislativo internacionalmente aceitável de uma lei moderna sobre arbitragem e um número substancial de países tem promulgado leis sobre arbitragem baseadas nesta Lei Modelo.

3. A forma da lei modelo foi escolhida como veículo de harmonização e de modernização devido à flexibilidade que ela proporciona aos Estados na preparação de novas leis sobre arbitragem. Para além desta flexibilidade e no intuito de aumentar a probabilidade de alcançar um nível de harmonização razoável, os Estados são encorajados a alterar a Lei Modelo o menos possível quando a incorporarem aos seus sistemas jurídicos. Espera-se também que haja uma tentativa de não se desviarem do texto adotado pela UNCITRAL, de forma a aumentar a

²⁴ Esta nota foi preparada pelo Secretariado da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) com fins meramente informativos; não é um comentário oficial sobre a Lei Modelo. Um comentário preparado pelo Secretariado sobre uma versão anterior da Lei Modelo consta do documento A/CN.9/264 (reproduzido no Anuário UNCITRAL, vol. XVI – 1985, publicações das Nações Unidas, Vendas N.º E.87.V.4).

visibilidade da harmonização e assim intensificar a confiança de partes estrangeiras, os principais usuários da arbitragem internacional, na segurança da lei arbitral no Estado que a adotou.

4. A revisão da Lei Modelo adotada em 2006 inclui o artigo 2.º-A que visa facilitar a interpretação por referência a princípios internacionalmente aceitos e a promover uma compreensão uniforme da Lei Modelo. Outras alterações de fundo da Lei Modelo dizem respeito à forma da convenção de arbitragem e às medidas provisórias. A versão original de 1985 sobre a forma da convenção de arbitragem (artigo 7.º) seguiu os moldes do artigo 2.º, parágrafo 2.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1985) (“A Convenção de Nova Iorque”). A revisão do artigo 7.º aborda a prática do comércio internacional e os desenvolvimentos tecnológicos. A extensa revisão do artigo 7.º sobre medidas provisórias foi considerada necessária tendo em conta o fato de que estas medidas são cada vez mais invocadas na prática da arbitragem comercial internacional. A revisão também inclui um regime de execução, uma vez que a eficácia da arbitragem depende muitas vezes da possibilidade de executar as medidas provisórias. As novas disposições incluem-se no novo capítulo da Lei Modelo sobre medidas provisórias e providências cautelares (capítulo IV-A).

A. Histórico da Lei Modelo

5. A Lei Modelo foi desenvolvida de forma a abordar as enormes disparidades sobre arbitragem nas leis nacionais. A necessidade de melhorar e de harmonizar tem a ver com o fato de que muitas vezes as leis nacionais não se encontravam adequadas aos casos internacionais.

1. Inadequação das leis nacionais

6. As inadequações que se encontram, de forma recorrente, em leis nacionais desatualizadas incluem disposições que igualam o procedimento de arbitragem à litigância judicial e a disposições fragmentárias que não abordam as questões mais relevantes da lei substantiva. A maior parte destas leis que parecem ser atuais e exaustivas foram feitas tendo em conta, sobretudo, senão mesmo exclusivamente, a arbitragem a nível nacional. Embora essa abordagem seja compreensível na medida em que, mesmo hoje em dia, a maior parte dos casos regulados pela lei da arbitragem é de natureza meramente nacional, a consequência negativa é que os conceitos tradicionais locais são aplicados a casos internacionais e não satisfazem as necessidades da prática corrente.

7. As expectativas das partes tal como estão fixadas num conjunto de normas de arbitragem ou em uma convenção de arbitragem podem ser frustradas, especialmente através de disposições imperativas da lei aplicável. As restrições inesperadas e indesejadas que se encontram nas leis nacionais podem impedir as partes de, por exemplo, submeter disputas futuras à arbitragem, de escolher livremente o árbitro ou de conduzir os procedimentos de arbitragem de acordo com as normas de processo acordadas sem o envolvimento excessivo dos tribunais estatais. A frustração pode também advir de disposições, de caráter não obrigatório,

capazes de impor requisitos indesejáveis às partes mais incautas que não veem necessidade de prever o oposto quando redigem a convenção de arbitragem. Mesmo a ausência de disposições legais pode causar dificuldades ao deixar sem resposta algumas das muitas questões processuais relevantes para o procedimento de arbitragem e nem sempre resolvidas na convenção de arbitragem. Esta Lei Modelo destina-se a reduzir o risco de possíveis frustrações, dificuldades ou surpresas.

2. Disparidade entre leis nacionais

8. Os problemas que emergem de leis inadequadas ou de ausência de legislação específica sobre arbitragem são agravados pelo fato de as leis nacionais divergirem de forma substancial. Estas diferenças são uma fonte frequente de preocupação na arbitragem internacional, onde, pelo menos, uma das partes é, ou ambas as partes são, confrontadas com disposições e procedimentos estrangeiros e desconhecidos. Obter uma descrição completa e precisa da lei aplicável à arbitragem é, em algumas circunstâncias, extremamente dispendioso, impraticável ou impossível.

9. A incerteza sobre a lei local, com o inerente risco de frustração, pode afetar de forma adversa o funcionamento do procedimento arbitral e pode ter impacto na escolha do local de arbitragem. Devido a tal incerteza, a parte pode hesitar ou recusar-se a concordar com um local que, por razões práticas, até seria considerado mais adequado. O conjunto de locais de arbitragem acessíveis às partes é assim alargado e os Estados que adotam a Lei Modelo veem o funcionamento regular dos procedimentos arbitrais reforçado, facilmente reconhecido, indo ao encontro das necessidades específicas da arbitragem comercial internacional e proporcionando um padrão internacional assente em soluções aceitáveis para as partes de sistemas jurídicos diferentes.

B. Características específicas da Lei Modelo

1. Regime processual específico para a arbitragem comercial internacional

10. Os princípios e soluções adotados pela Lei Modelo têm o objetivo de reduzir ou eliminar as preocupações e dificuldades acima mencionadas. Como resposta às inadequações e disparidades das leis nacionais, a Lei Modelo apresenta um regime jurídico específico adaptado à arbitragem comercial internacional, sem afetar qualquer tratado relevante em vigor no Estado que adota a Lei Modelo. Muito embora a Lei Modelo tenha sido elaborada tendo em mente a arbitragem comercial internacional, ela oferece um conjunto de normas básicas que são, *per se*, compatíveis com qualquer outro tipo de arbitragem. Os Estados podem assim considerar alargar a adoção da Lei Modelo de forma a abranger disputas domésticas, como já foi feito por alguns Estados.

(a) Âmbito de aplicação substantiva e territorial

11. O artigo 1.º define o âmbito de aplicação da Lei Modelo, por referência ao conceito de “arbitragem comercial internacional”. Segundo a Lei Modelo a arbitragem é internacional se “as

partes, em uma convenção de arbitragem, têm, no momento de conclusão do acordo, a sua sede em Estados diferentes” (artigo 1.º, parágrafo 3.º). A grande maioria das situações que, regra geral, são tidas como internacionais, preenchem esse requisito. Além disso, o artigo 1.º, parágrafo 3.º, alarga o conceito de internacional de modo a que a Lei Modelo abranja também os casos em que o local de arbitragem, o local onde o contrato é feito ou o local da matéria em disputa se situa fora do Estado onde as partes têm a sua sede, ou os casos em que as partes expressamente acordaram que a questão em disputa submetida ao procedimento de arbitragem diz respeito a mais do que um país. O artigo 1.º reconhece assim que as partes têm liberdade considerável para submeter uma disputa ao regime jurídico estabelecido na Lei Modelo.

12. Em relação ao termo “comercial”, a Lei Modelo não avança com nenhuma definição rigorosa. A nota de rodapé do artigo 1.º, parágrafo 1.º, chama a atenção para uma “interpretação alargada” e apresenta uma lista ilustrativa e aberta de relações que podem ser descritas como comerciais na sua natureza, “quer contratual ou extracontratual”. O objetivo da nota de rodapé é o de ultrapassar as dificuldades técnicas que possam surgir na determinação, por exemplo, de transações que devem ser reguladas por um conjunto específico de “leis comerciais” existentes em determinados sistemas jurídicos.

13. Um outro aspecto desta aplicabilidade tem a ver com o âmbito de aplicação territorial. O princípio consagrado no artigo 1.º, parágrafo 2.º, estabelece que a Lei Modelo adotada em determinado Estado só se aplica se o local de arbitragem encontrar-se no território desse Estado. No entanto, o artigo 1.º, parágrafo 2.º, também contém exceções importantes a este princípio, permitindo assim que determinados artigos se apliquem, independentemente do local de arbitragem encontrar-se no Estado que a adotou ou em qualquer outro local (ou, conforme o caso, mesmo antes do local da arbitragem ter sido determinado). Os artigos são: o artigo 8.º, parágrafo 1.º e o artigo 9.º que abordam o reconhecimento de convenções de arbitragem incluindo a sua compatibilidade com medidas provisórias decretadas por tribunais estatais, o artigo 17.º-J sobre medidas provisórias decretadas por tribunais estatais, os artigos 17.º-H e 17.ºI sobre o reconhecimento e a execução de medidas provisórias decretadas por um tribunal arbitral e os artigos 35.º e 36.º sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

14. O critério territorial que regula a maior parte das disposições da Lei Modelo foi adotado por razões de segurança jurídica e tendo em consideração os seguintes fatores. Na maior parte dos sistemas jurídicos, o local de arbitragem é tido como um critério exclusivo na determinação da lei nacional a aplicar e, quando a lei nacional permite que as partes escolham a lei processual de um Estado em detrimento de outro onde a arbitragem ocorre, a experiência mostra que as partes muito raramente fazem uso de tal possibilidade. Incidentalmente, a adoção da Lei Modelo reduz qualquer necessidade de as partes escolherem uma lei “estrangeira”, uma vez que a Lei Modelo concede às partes ampla liberdade na elaboração das regras dos procedimentos arbitrais. Para além de designar a lei que regula o procedimento arbitral, o critério territorial tem ainda uma importância prática considerável no que concerne aos artigos 11.º, 13.º, 14.º, 16.º, 27.º e 34.º, na medida em que confere aos tribunais do local onde a arbitragem ocorre, funções de supervisão e de auxílio à arbitragem. De notar que o critério territorial desencadeado legalmente pelas escolhas das partes no que diz respeito ao local de arbitragem, não limita a capacidade do tribunal arbitral de se reunir em qualquer local que julgar apropriado para a condução do procedimento, de acordo com o estipulado no artigo 20.º, parágrafo 2.º.

(b) Delimitação do auxílio e da supervisão dos tribunais estatais

15. As recentes alterações ocorridas nas leis de arbitragem revelam uma tendência para limitar e definir claramente o envolvimento dos tribunais estatais na arbitragem comercial internacional. Essa tendência justifica-se no fato de que as partes, em uma convenção de arbitragem, podem decidir excluir, de forma consciente, a jurisdição dos tribunais estatais, preferindo o caráter definitivo e expedito do procedimento de arbitragem.

16. Com esse espírito, a Lei Modelo prevê o envolvimento dos tribunais estatais nos seguintes casos. O primeiro grupo inclui a nomeação, a recusa e a extinção do mandato do árbitro (artigos 11.º, 13.º e 14.º), a competência do tribunal arbitral (artigo 16.º) e o pedido de anulação da sentença arbitral (artigo 34.º). Esses casos encontram-se descritos no artigo 6.º como funções que devem ser confiadas, por razões de centralização, especialização e eficiência, a um tribunal estatal especialmente designado ou, no que respeita aos artigos 11.º, 13.º e 14.º, a uma outra autoridade (por exemplo, um centro de arbitragem ou a uma câmara de comércio). O segundo grupo compreende temas relacionados com o auxílio do tribunal estatal na obtenção de provas (artigo 27.º), o reconhecimento da convenção de arbitragem, incluindo a sua compatibilidade com as medidas provisórias decretadas por tribunais estatais (artigos 8.º e 9.º), as medidas provisórias decretadas por tribunais estatais (artigo 17.º-J), o reconhecimento e a execução de medidas provisórias (artigos 17.º-H e 17.º-I) e o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais (artigos 35.º e 36.º).

17. Além dos casos descritos nestes dois grupos, “os tribunais estatais não poderão intervir em nenhuma questão regulamentada por esta Lei”. O artigo 5.º garante assim que todos os casos em que um tribunal estatal intervém se encontram previstos na legislação que aprova a Lei Modelo, à exceção das matérias que aí não se encontram reguladas (por exemplo, a consolidação de procedimentos arbitrais, a relação contratual entre árbitros e partes ou centros de arbitragem ou a fixação de custas e honorários, incluindo os depósitos). Proteger o procedimento arbitral de uma intervenção imprevisível e negativa dos tribunais estatais é essencial para as partes que escolhem a arbitragem (e, em particular, as partes estrangeiras).

2. Convenção de arbitragem

18. A convenção de arbitragem, incluindo o seu reconhecimento pelos tribunais, encontra-se previsto no capítulo II da Lei Modelo.

(a) Definição e forma da convenção de arbitragem

19. A disposição da versão original de 1985, no que respeita à definição e forma da convenção de arbitragem (artigo 7.º), seguido do artigo II, parágrafo 2.º, da Convenção de Nova Iorque, exige que a convenção de arbitragem seja feita por escrito. Se as partes tiverem acordado em submeter a disputa à arbitragem, mas o tiverem feito de uma forma que não está de acordo com esse requisito, qualquer uma das partes pode fundamentadamente contestar a competência do tribunal arbitral. Foi salientado por profissionais da área que, em um determinado número de casos, a elaboração de um documento por escrito era impossível ou impraticável. Nesses casos, quando não estava em causa a boa vontade das partes em seguir o procedimento de arbitragem,

devia ser reconhecida a validade da convenção de arbitragem. Por essa razão, o artigo 7.º foi alterado, em 2006, de forma a melhor se adequar às práticas comerciais internacionais. Ao alterar o artigo 7.º, a Comissão adotou duas opções, que refletem duas abordagens diferentes no que concerne à definição e à forma da convenção de arbitragem. A primeira abordagem segue a estrutura detalhada do texto original de 1985. Confirma a validade e o efeito do compromisso assumido pelas partes de submeterem uma disputa existente (“*compromis*”) ou futura (“*clause compromissoire*”) ao procedimento de arbitragem. Segue a Convenção de Nova Iorque quando exige que a convenção de arbitragem seja feita por escrito, mas reconhece o registro dos “conteúdos” dos acordos sob “qualquer forma” como equivalente ao tradicional “por escrito”. O acordo de submeter a disputa à arbitragem pode ser feito sob qualquer forma (incluindo a oral) desde que o conteúdo do acordo fique registrado. Esta nova norma é importante, na medida em que não exige a assinatura das partes ou a troca de mensagens entre elas. A linguagem moderniza-se ao remeter para a utilização do comércio eletrônico e ao adotar a linguagem da Lei Modelo de 1996 da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico e da Convenção das Nações Unidas de 2005 sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais. Engloba ainda o “intercâmbio de petições o requerente e o requerido, em que uma das partes alega a existência do acordo e a outra não o nega”. Refere ainda que “a referência num contrato a qualquer documento” (por exemplo, as condições gerais) “que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem escrita, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato”. Clarifica ainda que a lei contratual aplicável permanece disponível para que as partes possam concordar em se vincularem à convenção de arbitragem alegadamente feita “por referência”. A segunda abordagem define a convenção de arbitragem de maneira a omitir qualquer requisito. A Comissão não se pronunciou a favor de qualquer uma destas opções, que são deixadas à consideração dos Estados tendo em conta as suas necessidades particulares, a referência ao contexto jurídico em que a Lei Modelo é adotada e a lei contratual geral de cada Estado. Ambas as opções pretendem promover a execução de convenções de arbitragem ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

20. Assim, a Comissão adotou também, na sua 39.ª sessão, em 2006, a “Recomendação sobre a interpretação do artigo II, parágrafo 2.º e artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958” (A/61/17, Anexo 2).²⁵ A Assembleia Geral, na sua resolução 61/33, de 4 de Dezembro de 2006, fez notar que “juntamente com a modernização dos artigos da Lei Modelo, a promoção de uma interpretação uniforme e a aplicação da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958, são particularmente oportunas”. A Recomendação foi elaborada tendo em conta o uso alargado do comércio eletrônico e a adoção de leis nacionais e de jurisprudência, consideradas, no que toca a forma dos requisitos que regulam os acordos de arbitragem, os procedimentos arbitrais e a execução de sentenças arbitrais, mais favoráveis que a Convenção de Nova Iorque. A Recomendação encoraja os Estados a aplicar o artigo 2.º, parágrafo 2.º da Convenção de Nova Iorque “reconhecendo que as circunstâncias aí descritas não são exaustivas”. Além disso, a Recomendação encoraja os Estados a adotar o artigo 7.º revisto da Lei Modelo. Ambas as opções do artigo 7.º revisto estabelecem um regime mais favorável para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais do que as estabelecidas na Convenção de

²⁵ Reproduzido na III Parte

Nova Iorque. Em virtude da “disposição legal mais favorável” incluída no artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção de Nova Iorque, a Recomendação esclarece que “qualquer uma das partes interessadas” pode “valer-se dos seus direitos para pedir o reconhecimento da validade da convenção de arbitragem ao abrigo da lei ou de tratados do país onde a convenção de arbitragem foi requerida”.

(b) A convenção de arbitragem e os tribunais estatais

21. Os artigos 8.º e 9.º abordam dois aspectos importantes da relação complexa que existe entre a convenção de arbitragem e o recurso aos tribunais estatais. Seguindo os moldes do artigo II, parágrafo 3.º da Convenção de Nova Iorque, o artigo 8.º, parágrafo 1.º, da Lei Modelo impõe aos tribunais estatais a obrigação de remeter as partes para a arbitragem se uma ação sobre o mesmo assunto tiver sido instaurada no tribunal estatal, a menos que o tribunal considere a convenção de arbitragem nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável. A remissão das partes à arbitragem depende do pedido de uma das partes, que podem fazê-lo, o mais tardar, até a apresentação dos seus argumentos sobre o mérito da disputa. Essa disposição, quando adotada pelo Estado que promulga a Lei Modelo, só é vinculativa aos tribunais desse Estado. No entanto, uma vez que o âmbito do artigo 8.º não se limita aos acordos que prevêm a arbitragem no Estado que promulga a lei, o reconhecimento universal e o efeito das convenções de arbitragem comercial internacionais são assim promovidos.

22. O artigo 9.º consagra o princípio segundo o qual todas as medidas provisórias de proteção que podem ser decretadas por tribunais estatais ao abrigo de suas leis processuais (por exemplo, uma concessão de pré-penhora) são compatíveis com a convenção de arbitragem. Esta disposição dirige-se, em última análise, aos tribunais de qualquer Estado, na medida em que estabelece a compatibilidade entre medidas provisórias possivelmente decretadas por qualquer tribunal estatal e uma convenção de arbitragem, independentemente do local de arbitragem. Enquanto um pedido de medida provisória pode ser dirigido a qualquer tribunal, de acordo com a Lei Modelo não há lugar à recusa ou à contestação contra a existência ou efeito da convenção de arbitragem.

3. Composição do tribunal arbitral

23. O capítulo III contém um número de disposições detalhadas sobre a nomeação, objeção, extinção de mandato e substituição dos árbitros. O capítulo descreve a abordagem geral seguida pela Lei Modelo na eliminação de dificuldades que surgem de leis ou normas inadequadas ou fragmentárias. Em primeiro lugar, a abordagem reconhece às partes a liberdade de escolherem, por referência a um conjunto de regras de arbitragem existentes ou através de um acordo *ad hoc*, o procedimento a ser seguido, sem prejuízo dos requisitos fundamentais de equidade e justiça. Em segundo lugar, quando as partes não escolhem livremente as regras do procedimento ou quando não abarcam uma questão particular, a Lei Modelo garante, através de um conjunto supletivo de regras, o início da arbitragem e o seu prosseguimento efetivo até a disputa ser resolvida.

24. Se, ao abrigo dos procedimentos acordados pelas partes ou baseados nas regras supletivas da Lei Modelo, surgirem dificuldades no processo de nomeação, objeção ou extinção

do mandato dos árbitros, os artigos 11.º, 13.º e 14.º preveem o auxílio dos tribunais e de outras autoridades designadas pelo Estado que adota a lei. Tendo em consideração a urgência das matérias relacionadas com a composição de um tribunal arbitral ou com a sua capacidade de funcionamento, e no sentido de reduzir o risco e o efeito de táticas dilatórias, foram estabelecidos períodos de tempo limitados e não são passíveis de recurso as decisões dos tribunais estatais ou de outras autoridades a respeito.

4. Competência do tribunal arbitral

(a) Competência para decidir sobre a sua própria competência

25. O artigo 16.º, parágrafo 1.º, adota os dois importantes (embora ainda não amplamente reconhecidos) princípios de “Komptenz-Kompetenz” e de separação ou de autonomia da cláusula compromissória. “Komptenz-Kompetenz” significa que o tribunal arbitral pode, de forma independente, decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção em relação à existência ou validade da convenção de arbitragem, sem precisar recorrer a um tribunal estatal. Separabilidade significa que a cláusula compromissória deve ser tratada como um acordo independente dos outros termos do contrato. Assim, uma decisão de um tribunal arbitral decretando a nulidade de um contrato não significa *ipso jure* a invalidade da cláusula compromissória. As disposições detalhadas do parágrafo 2.º estabelecem que qualquer objeção à competência dos árbitros deve ser feita o mais cedo possível.

26. A competência do tribunal arbitral de decidir sobre a sua própria competência (por ex. sobre a sua constituição, conteúdo e extensão do seu mandato e autoridade) está obviamente sujeita à supervisão dos tribunais estatais. Quando o tribunal arbitral decide, como questão prévia, que tem competência, o artigo 6.º, parágrafo 3.º permite a supervisão imediata do tribunal de forma a não se perder tempo nem dinheiro. No entanto, três garantias processuais são aditadas para reduzir o risco e o efeito de táticas dilatórias: um período de tempo muito limitado para recorrer aos tribunais estatais (30 (trinta) dias), as decisões dos tribunais estatais não serem passíveis de recurso e o poder do tribunal arbitral de continuar com os procedimentos e proferir uma sentença arbitral final enquanto a questão estiver pendente perante os tribunais estatais. Nesses casos, quando o tribunal arbitral decide conjugar a decisão sobre a sua competência com a sentença sobre o mérito, pode haver lugar a revisão de sentença em processo de recusa sobre a questão da competência, com base no artigo 34.º ou em processos de execução, com base no artigo 36.º.

(b) Poder de ordenar medidas provisórias

27. O capítulo IV-A sobre medidas provisórias e providências cautelares foi adotado pela Comissão, em 2006. Substitui o artigo 17.º na versão original da Lei Modelo, de 1985. A seção 1.ª prevê a definição genérica de medidas provisórias e estabelece as condições para a sua concessão. A novidade mais importante desta revisão tem a ver com o estabelecimento (na seção 4.ª) de um regime para o reconhecimento e execução de medidas provisórias moldado, consoante os casos, no regime sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, ao abrigo dos artigos 35.º e 36.º da Lei Modelo.

28. A seção 2.^a do capítulo IV-A aborda a aplicação e os requisitos para a concessão de providências cautelares. As providências cautelares permitem a preservação do *status quo* até que o tribunal arbitral decrete a medida provisória, adotando ou alterando a providência cautelar. O artigo 17.^o-B, parágrafo 1.^o, estabelece que “uma das partes pode, sem notificar qualquer das outras partes, submeter um pedido de medida provisória, juntamente com um pedido de providência cautelar, instruindo a parte para não frustrar o objetivo da medida provisória solicitada”. O artigo 17.^o-B, parágrafo 2.^o permite que o tribunal arbitral conceda uma providência cautelar se “considerar que a divulgação prévia do pedido da medida provisória à parte contra a qual ela foi interposta, implica o risco de frustração do objetivo da medida”. O artigo 17.^o-C contém garantias, cuidadosamente elaboradas, dirigidas à parte contra a qual a providência cautelar foi interposta, como por exemplo a notificação imediata da aplicação da providência cautelar e da própria providência cautelar (se houver), e a oportunidade de a parte apresentar os seus argumentos “o mais cedo possível”. Em qualquer dos casos, uma providência cautelar tem uma duração máxima de 20 (vinte) dias e, embora vinculativa às partes, não se encontra sujeita à execução perante tribunais estatais e não constitui uma sentença arbitral. O termo “providência cautelar” é utilizado para enfatizar a sua natureza restrita.

29. A seção 3 estabelece as regras aplicáveis às providências cautelares e às medidas provisórias.

30. A seção 5 para além de incluir o artigo 17.^o-J sobre medidas provisórias decretadas pelos tribunais estatais como forma de apoio à arbitragem, estabelece que “um tribunal estatal terá a mesma competência para decretar uma medida provisória relativa a um procedimento arbitral, independentemente de esta ocorrer ou não em local diferente deste Estado, tal como é o caso dos processos que correm nesse tribunal”. Este artigo foi aditado em 2006 para que não houvesse dúvidas de que a existência de uma convenção de arbitragem não impede que o tribunal competente decrete medidas provisórias e que qualquer uma das partes da convenção de arbitragem possa escolher livremente o tribunal estatal perante o qual solicitará a medida provisória.

5. Condução do procedimento arbitral

31. O Capítulo V contém o quadro legal para uma condução justa e efetiva dos procedimentos de arbitragem. O artigo 18.^o, que estabelece os requisitos da justiça processual e o artigo 19.^o sobre os direitos e as atribuições das regras de procedimento, expõe os princípios fundamentais da Lei Modelo.

(a) Direitos processuais fundamentais das partes

32. O artigo 18.^o incorpora o princípio de que as partes devem ser tratadas com igualdade e de que lhes deve ser dada a oportunidade de apresentarem o seu caso. Existem várias disposições que ilustram este princípio; por exemplo, o artigo 24.^o, parágrafo 1.^o, estabelece que, a menos que as partes tenham chegado a acordo de que não haveria audiências durante a fase de apresentação de provas ou que não seriam apresentadas argumentações orais, o tribunal arbitral levaria a cabo essas audiências numa fase apropriada do procedimento, se requerido por uma das partes. Deve-se notar que o artigo 24.^o, parágrafo 1.^o, diz respeito ao direito geral de

uma das partes às audiências (como alternativa aos procedimentos levados a cabo com base em documentos ou em outros materiais) e não ao aspecto processual, como a extensão, número ou agendamento de audiências.

33. Outra demonstração desse princípio diz respeito à prestação de prova por um perito nomeado pelo tribunal arbitral. O artigo 26.º, parágrafo 2.º, determina que o perito, após ter apresentado o seu relatório oralmente ou por escrito, participe de uma audiência em que as partes possam fazer-lhe perguntas e em que possam apresentar peritos para testemunharem sobre as questões em causa, se essa audiência for requerida por uma das partes ou se for considerada necessária pelo tribunal arbitral. O artigo 24.º, parágrafo 3.º, determina que, no sentido de assegurar a justiça, a objetividade e a imparcialidade, todos os documentos ou outras informações fornecidas ao tribunal arbitral por uma das partes sejam comunicados à outra parte e que qualquer relatório pericial ou documento de prova sobre o qual o tribunal arbitral baseie a sua decisão deve ser comunicado às partes. De forma a permitir às partes estarem presentes em qualquer audiência e em qualquer reunião do tribunal arbitral para fins de inspeção, essas devem ser notificadas com a devida antecedência (artigo 24.º, parágrafo 2.º).

(b) Determinação das regras de processo

34. O artigo 19.º garante às partes liberdade para escolher o processo a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do procedimento arbitral, sujeito a algumas disposições obrigatórias sobre o processo e atribui ao tribunal arbitral a competência para conduzir o procedimento arbitral da forma que considerar apropriada, na falta de acordo das partes. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência e a materialidade de qualquer prova produzida.

35. A autonomia das partes para determinar as regras de condução do processo reveste especial importância em casos internacionais, uma vez que permite às partes escolherem as melhores regras de acordo com as suas necessidades e vontade, sem os entraves dos tradicionais, e por vezes conflituosos, conceitos nacionais, afastando assim o anteriormente mencionado risco de frustração ou surpresa (ver parágrafos 7 e 9 acima). A sentença adicional do tribunal arbitral é muito importante uma vez que permite ao tribunal adequar a forma de conduzir os procedimentos às características específicas do caso sem restrições que possam ter origem em leis locais, incluindo qualquer norma nacional sobre a prova. Além disso, fornece os fundamentos para a iniciativa de resolver qualquer questão processual não regulada na convenção de arbitragem da Lei Modelo.

36. Além das disposições gerais do artigo 19.º, existem outras disposições na Lei Modelo que reconhecem autonomia às partes e, na ausência de uma convenção de arbitragem, atribuem ao tribunal arbitral a competência para decidir em determinadas matérias. São exemplo dessa importância prática em casos internacionais o artigo 20.º relativo ao local da arbitragem e o artigo 22.º relativo ao idioma a ser utilizado no procedimento arbitral.

(c) Ausência de uma das partes

37. Os procedimentos arbitrais podem prosseguir na ausência de uma das partes, desde que tenha sido feita notificação dessa ausência. Essa situação aplica-se, em particular, quando o

requerido não apresentar a sua defesa (artigo 25.º, alínea b). O tribunal arbitral pode também prosseguir com o procedimento arbitral quando uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou não fornecer documentos de prova sem invocar impedimento bastante (artigo 25.º, alínea c). No entanto, se o requerente não apresentar o seu pedido, o tribunal arbitral é obrigado a pôr fim ao procedimento arbitral (artigo 25.º, alínea a).

38. As disposições que atribuem ao tribunal arbitral as competências para o desempenho das suas funções mesmo que uma das partes não participe do procedimento, são de considerável importância prática. Como a experiência demonstra, não é incomum que uma das partes tenha pouco interesse em colaborar ou em dar seguimento às questões em discussão. Essas disposições conferem, assim, à arbitragem internacional a sua necessária efetividade, dentro dos limites dos requisitos fundamentais da justiça processual.

6. Sentença arbitral e encerramento do procedimento

(a) Regras aplicáveis ao mérito da disputa

39. O artigo 28.º determina as regras aplicáveis ao mérito da disputa. Ao abrigo do parágrafo 1º, o tribunal arbitral decide a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes. Essa disposição é significativa em dois aspectos: atribui às partes a liberdade de escolher a lei substantiva aplicável, o que é importante nos casos em que a lei nacional não reconhece claramente esse direito. Além disso, ao referir-se à escolha das “regras de direito” em vez de “legislação”, a Lei Modelo alarga o âmbito de opções ao dispor das partes no que concerne a escolha da lei aplicável *ao mérito da disputa*. Por exemplo, as partes podem escolher regras de direito elaboradas por um fórum internacional, mas que ainda não tenham sido incorporadas em nenhum sistema jurídico nacional. As partes podem também escolher diretamente um instrumento como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias enquanto corpo de regras substantivas que governa a arbitragem, sem necessidade de fazer qualquer referência à legislação nacional de qualquer Estado parte da Convenção. A competência do tribunal arbitral, por outro lado, segue uma linha mais tradicional. Quando as partes não escolhem a legislação a ser aplicada, o tribunal arbitral aplica a lei (i.e. a legislação nacional) determinada pelas normas de conflito de leis que considerar aplicável.

40. O artigo 28.º, parágrafo 3.º reconhece que as partes podem autorizar o tribunal arbitral a decidir a disputa *ex aequo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur*. Este tipo de arbitragem (quando o tribunal arbitral pode decidir a disputa com base em princípios que acredita serem justos, sem ter que reportar a nenhum outro órgão) não é conhecido nem é utilizado em todos os sistemas jurídicos. A Lei Modelo não pretende regulamentar esta área, mas apenas chamar a atenção das partes para a necessidade de serem bastante claras quando da convenção de arbitragem e, em especial, de darem poderes ao tribunal arbitral. No entanto, o parágrafo 4.º deixa claro que nos casos em que a disputa esteja relacionada a algum contrato (incluindo a arbitragem *ex aequo et bono*) o tribunal arbitral deve decidir de acordo com os termos do contrato e deve ter em conta os usos comerciais aplicáveis à transação.

(b) Sentença e outras decisões

41. Nas regras relativas à sentença (artigos 29.º a 31.º), a Lei Modelo centra-se na situação em que o tribunal arbitral tem mais do que um árbitro. Nessa situação qualquer sentença ou outra decisão deve ser tomada pela maioria dos árbitros, exceto em questões processuais, que podem ser decididas pelo árbitro presidente. O princípio da maioria aplica-se também à assinatura da sentença, desde que seja mencionada a razão para a omissão das restantes.

42. O artigo 31.º, parágrafo 3.º estabelece que da sentença constará o local da arbitragem e que se considerará como tendo sido proferida no mesmo local. O efeito desta disposição é de realçar que a emissão de uma sentença é um ato legal o que, na prática, nem sempre coincide com um acontecimento factual. Pela mesma razão que os procedimentos de arbitragem têm que ter lugar no local designado como o “local de arbitragem”, a emissão da sentença pode ser complementada por deliberações tomadas em vários locais, por telefone ou por correspondência. Além disso, a sentença não tem que ser assinada fisicamente pelos árbitros todos juntos no mesmo local.

43. A sentença do tribunal arbitral deve ser feita por escrito e dela deve constar a data. Deve também ser fundamentada, exceto se as partes acordarem que não haverá lugar para fundamentação ou se a sentença for proferida nos termos acordados entre as partes. Acrescenta-se que a Lei Modelo não requer nem proíbe “opiniões discordantes”.

7. Recurso contra a sentença arbitral

44. A disparidade encontrada nas leis nacionais sobre os tipos de recurso contra uma sentença arbitral à disposição das partes apresenta uma grande dificuldade de harmonização em relação à legislação internacional sobre arbitragem. Algumas leis ultrapassadas sobre arbitragem, ao estabelecer regimes de recurso paralelos contra sentenças arbitrais ou de decisões dos tribunais estatais, fornecem vários tipos de recurso, vários (e por vezes longos) períodos para a apresentação dos recursos, e uma extensa lista de fundamentos em que os recursos se podem basear. Essa situação (particularmente importante para quem está envolvido em arbitragem comercial internacional) melhora consideravelmente com a Lei Modelo, que fornece fundamentos uniformes em que os recursos contra uma sentença arbitral podem se basear (e períodos de tempo específicos).

(a) Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral

45. A primeira medida de melhoramento é o permitir apenas um tipo de recurso, excluindo qualquer outro recurso regulamentado pelas leis processuais do Estado em questão. O artigo 34.º, parágrafo 1.º estabelece que o único tipo de recurso *contra a sentença arbitral* é o pedido de anulação, que deve ser apresentado no prazo de 3 (três) meses da data da recepção da sentença (artigo 34.º, parágrafo 3.º). Ao regulamentar o “recurso” (i.e. o meio pelo qual uma parte “ataca” ativamente a sentença), o artigo 34.º não impede uma das partes de submeter a sentença arbitral ao controle dos tribunais estatais por meio da defesa em processos de execução (artigos 35.º e 36.º). O artigo 34.º está limitado aos recursos interpostos perante tribunais estatais (i.e. um órgão do sistema judicial de um Estado). No entanto, nenhuma das partes está impedida de recorrer a um tribunal arbitral em segunda instância se as partes tiverem acordado essa possibilidade (como é comum acontecer em certas formas de comércio de mercadorias).

(b) Fundamentos para anulação da sentença arbitral

46. Uma outra medida de melhoramento da Lei Modelo é a listagem taxativa dos fundamentos de anulação da sentença arbitral. Esta lista reproduz na sua essência as disposições do parágrafo 1.º do artigo 36.º, que foi retirado do Capítulo V da Convenção de Nova Iorque. Os fundamentos contidos no artigo 34.º, parágrafo 2.º, dividem-se em duas categorias. Os fundamentos de que uma das partes deve fazer prova de: falta de capacidade das partes para concluírem a convenção de arbitragem; falta de convenção de arbitragem válida; falta de notificação da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral ou incapacidade de uma das partes de apresentar o seu caso; a sentença contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem; a constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão em conformidade com o acordo das partes ou, na falta de tal acordo, com a Lei Modelo. Os fundamentos que o tribunal pode considerar por sua própria iniciativa são os seguintes: a não sujeição à arbitragem da matéria em disputa ou a violação da ordem pública (que deve ser entendido como um afastamento das noções básicas da justiça processual).

47. A abordagem por meio da qual os fundamentos de anulação da sentença arbitral são previstos na Lei Modelo em paralelo aos fundamentos de indeferimento do pedido de homologação de sentenças arbitrais, previstos no artigo V da Convenção de Nova Iorque, faz recordar a abordagem assumida pela Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Genebra, 1961). De acordo com o artigo IX desta Convenção, a decisão de um tribunal estrangeiro de recusar uma sentença por um motivo ulterior aos listados no artigo V da Convenção de Nova Iorque não constitui fundamento para rejeitar o reconhecimento da sentença arbitral. A Lei Modelo vai mais longe ao limitar diretamente os motivos de anulação.

48. Apesar dos fundamentos de anulação estabelecidos no artigo 34.º, parágrafo 2.º, serem praticamente idênticos aos do indeferimento do pedido de reconhecimento e execução estabelecidos no artigo 36.º, parágrafo 1.º, é importante notar uma diferença prática: um pedido de anulação ao abrigo do artigo 34.º, parágrafo 2.º, só pode ser feito a um tribunal estatal localizado no Estado em que a sentença foi proferida enquanto um pedido de execução pode ser feito a um tribunal de qualquer Estado. Por esta razão, os fundamentos relativos à ordem pública ou de não sujeição à arbitragem podem variar em razão da lei aplicada pelo tribunal estatal (no Estado da anulação ou no Estado da execução).

8. Reconhecimento e execução de sentenças

49. O oitavo e último capítulo da Lei Modelo trata do reconhecimento e execução de sentenças. As suas disposições refletem a importante política de que as mesmas regras devem-se aplicar às sentenças arbitrais quer as proferidas no país da sua execução ou no estrangeiro e que essas regras devem aproximar-se o máximo possível da Convenção de Nova Iorque.

(a) Parar um tratamento uniforme das sentenças independentemente do país de origem

50. Ao tratar as sentenças proferidas em sede de arbitragens comerciais internacionais de maneira uniforme, independentemente do país onde foram proferidas, a Lei Modelo faz distinção

entre sentenças “internacionais” e “não internacionais” em vez da tradicional distinção entre sentenças “nacionais” e “estrangeiras”. Esta nova linha baseia-se em fundamentos concretos e não em fronteiras territoriais, que não constitui um critério adequado tendo em conta a importância limitada do local da arbitragem em procedimentos internacionais. O local da arbitragem é frequentemente escolhido por motivos de conveniências das partes e a disputa pode ter pouca ou nenhuma ligação com o Estado em que a arbitragem tem lugar. Assim, o reconhecimento e a execução de sentenças “internacionais”, quer sejam “nacionais” ou “estrangeiras” deve ser regulamentado pelas mesmas disposições.

51. Ao estabelecer as regras do reconhecimento e da execução com base nas disposições relevantes da Convenção de Nova Iorque, a Lei Modelo complementa, sem entrar em conflito com ele, o sistema de reconhecimento e execução criado por essa bem sucedida Convenção.

(b) Requisitos processuais do reconhecimento e da execução

52. Ao abrigo do artigo 35.º, parágrafo 1.º, qualquer sentença arbitral, independentemente do país em que foi feita, será considerada vinculante e exequível, sujeita às disposições do artigo 35.º, parágrafo 2.º e do artigo 36.º (o último estabelece os fundamentos de indeferimento do pedido de reconhecimento e execução). Com base na suprarreferida importância limitada do local da arbitragem em procedimentos internacionais e da vontade de ultrapassar as restrições territoriais, a reciprocidade não faz parte dos requisitos de reconhecimento e execução.

53. A Lei Modelo não estabelece os pormenores processuais do reconhecimento e da execução, que ficam a cargo da legislação e da prática processuais nacionais. A Lei Modelo apenas estabelece algumas condições para a obtenção da execução ao abrigo do artigo 35.º, parágrafo 2.º. Foi alterada em 2006 a fim de liberalizar os requisitos formais e reflete as alterações feitas ao artigo 7.º sobre a forma da convenção de arbitragem. A apresentação de uma cópia da convenção de arbitragem deixou de ser necessária, ao abrigo do artigo 35.º, parágrafo 2.º.

(c) Fundamentos de recusa do reconhecimento e da execução

54. Apesar dos fundamentos de recusa do reconhecimento e da execução que constam da Lei Modelo serem idênticos aos que se encontram listados no artigo V da Convenção de Nova Iorque, os que constam da Lei Modelo são relevantes não só para as sentenças estrangeiras mas para todas as sentenças decretadas na esfera de aplicação do diploma legislativo que transpõe a Lei Modelo. Foi considerado desejável adotar, para uma melhor harmonização, a mesma abordagem e redação dessa importante Convenção. No entanto, o primeiro fundamento da lista da Convenção de Nova Iorque (que estabelece que o reconhecimento e a execução podem ser recusados se “as partes no convenção de arbitragem estavam, de acordo com a lei aplicável, de algum modo incapacitadas”) foi alterado, uma vez que se considerou que continha uma regra de conflito de leis que poderia induzir em erro.

Informação adicional sobre a Lei Modelo pode ser obtida em:

Secretariado UNCITRAL
Vienna International Centre

P.O. Box 500
1400 Vienna
Áustria

Telefone: (+43-1) 26060-4060
Fax: (+43-1) 26060-5813
Internet: www.uncitral.org
E-mail: uncitral@uncitral.org

Parte Três

Recomendação sobre a interpretação do artigo II, parágrafo 2.º e artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958, adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, em 7 de Julho de 2006, na sua 39.ª sessão.

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Recordando a resolução n.º 2205 (XXI), de 17 de Dezembro de 1966, da Assembleia Geral, que criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional com o objetivo de promover uma harmonização progressiva e a unificação da lei do comércio internacional por meio da promoção de formas e de meios capazes de garantir uma interpretação uniforme e a aplicação de convenções internacionais e de legislação uniformes na área do direito do comércio internacional,

Consciente do fato de que sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, a nível mundial, e os diferentes níveis de desenvolvimento se encontram representados na Comissão,

Recordando as sucessivas resoluções da Assembleia Geral que reafirmam o mandato da Comissão como órgão jurídico central do sistema das Nações Unidas na área do direito comercial internacional, para coordenar as atividades jurídicas neste campo,

Convencida de que a adoção ampla da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958²⁶ foi uma importante conquista no que concerne à promoção do Estado do Direito e, em particular, na área do direito internacional,

Recordando que a Conferência de Plenipotenciários que preparou e abriu a Convenção a assinatura adotou a resolução que estipula, *inter alia*, que a Conferência “considera que uma maior uniformidade das leis nacionais sobre arbitragem deverá promover, ainda mais, a eficácia da arbitragem na resolução de litígios de direito privado”,

Tendo em conta que as diferentes interpretações sobre os requisitos formais ao abrigo da Convenção resultam em parte de diferenças de expressão, tal como acontece com os cinco textos, igualmente autênticos, da Convenção,

²⁶ Nações Unidas. Série de Tratados, vol. 330, n.º 4739.

Tendo em conta o artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção, cujo objetivo é permitir a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, em particular, o reconhecimento do direito da parte interessada de invocar a lei ou tratados do país onde a ação foi interposta, se essa lei ou tratado oferecer um regime mais favorável do que a Convenção,

Considerando o uso alargado do comércio eletrônico,

Tendo em conta os instrumentos jurídicos internacionais, tais como a Lei Modelo de 1985 da UNCITRAL sobre a Arbitragem Comercial Internacional²⁷, e a sua revisão subsequente, particularmente no que concerne ao artigo 7.º²⁸, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico²⁹, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Assinaturas Eletrônicas³⁰ e a Convenção das Nações Unidas sobre o Uso das Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais³¹,

Tendo também em conta a promulgação de legislação nacional e de jurisprudência consideradas mais favoráveis do que a Convenção no que diz respeito aos requisitos formais que regem os acordos de arbitragem, os procedimentos de arbitragem e a execução de sentenças arbitrais,

Considerando que, ao interpretar a Convenção, deve ser tida em conta a necessidade de promover o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais,

1. *Recomenda* que o artigo II, parágrafo 2.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958, seja aplicado reconhecendo que as circunstâncias nele descritas não são taxativas;

2. *Recomenda também* que o artigo VII, parágrafo 1.º, da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, a 10 de Junho de 1958, seja aplicado de forma a permitir que qualquer parte interessada possa valer-se de seus direitos para pedir o reconhecimento da validade da convenção de arbitragem ao abrigo da lei ou dos tratados do país em que se pretende reconhecer referida convenção de arbitragem.

²⁷ Registos oficiais da Assembleia Geral, Sessão 14.ª, Suplemento n.º 17 (A/40/17), anexo I e publicações das Nações Unidas, n.º E.95.V.18.

²⁸ Ibid., Sessão 61.ª, Suplemento n.º 17 (A/61/17), anexo I.

²⁹ Ibid., Sessão 51.ª, Suplemento n.º 17 (A/51/17), anexo I e publicação das Nações Unidas n.º E.99.V.4 que contém o artigo 5.º bis, adotado em 1998 e o Guia de Promulgação.

³⁰ Ibid., Sessão 56.ª, Suplemento n.º 17 e *corrigendum* (A/56/17 e Corr. 3), anexo II e publicações das Nações Unidas n.º E.02.V.8. que contém o Guia de Promulgação.

³¹ Resolução das Nações Unidas n.º 60/21, anexo.

