UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
DEPARTAMIENTO DE FILOSOFIA
ESCUELA DE DOCTORADO

A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO

CARLA DELLA BONA

Itajaí-SC, junho 2021.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
DEPARTAMIENTO DE FILOSOFIA
ESCUELA DE DOCTORADO

A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO

CARLA DELLA BONA

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com dupla titulação em Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dra. Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Coorientador: Prof. Dra. Ángeles Rodenas

Itajaí-SC, junho 2021.

AGRADECIMENTOS

Não há como não agradecer inicialmente à Deus, pela infinita bondade em conceder-me a possibilidade de estar viva, com saúde, partilhando com os meus familiares e amigos um momento especial como a finalização e defesa de um trabalho árduo, mas extremamente prazeroso.

Não tenho palavras para agradecer a minha filha Valentina, que com apenas 6 anos de idade, soube compreender os meus inúmeros momentos de ausência, em finais de semana e feriados, para poder estudar e escrever este trabalho. Agora minha filha querida terás, novamente, a mamãe para os finais de semana das 'meninas'.

Ao meu grande professor e mestre, amor, marido, amigo, mas, que hoje não se faz mais presente fisicamente entre nós, Osmar Teixeira. A você meu grande amor, agradeço os valiosos ensinamentos que me proporcionou ao longo de mais 20 anos de convivência. Por onde estiver, saiba que foste meu grande incentivador e mentor.

Aos meus pais, Carlos e Zelima, que nunca mediram esforços para proporcionarem a mim tudo o que fosse necessário para uma educação de excelência; patrocinando, sem nunca reclamar, os estudos e demais despesas da graduação, porém sempre alertando que era minha a responsabilidade de estudar e sempre querer obter o melhor de tudo o que fizesse. Meu eterno agradecimento.

Ao meu irmão Álvaro Della Bona, minha fonte de inspiração e "abre alas" do mundo, mostrou-me desde cedo que estudar e conquistar novos espaços é fundamental para se atingir os objetivos almejados; mostrou-me que o mundo não se restringia somente à nossa cidade natal, mas, sim, ela era somente o quintal dos nossos sonhos.

As minhas fiéis e sempre "escudeiras" de trabalho, Monique M. Schmitz, Diulia Ceolin, Larissa Rambo, Victoria Basso e Carmen Lúcia, não tenho palavras para agradecer o apoio, suporte e confiança que sempre tiverem para comigo, tanto no escritório como em casa. Muitíssimo Obrigada!

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, na pessoa do Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, e à Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UPF, na pessoa do Prof. Dr. Liton Pilau Sobrinho, pela oportunidade na realização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, meu primeiro Orientador, por ter me direcionado, depois de muitos cafés/almoços, para o tema e conteúdos desenvolvidos no presente trabalho. A sua orientação e disposição foram muito importantes para a consecução desta Tese.

Às minhas queridas professoras orientadoras, Profa. Dra. Natammy Bonissoni e Profa. Dra. Ángeles Rodenas, pelos ensinamentos, apoio, orientações, motivação, desprendimento para que este trabalho pudesse ser realizado. Inexistiram para vocês, durante toda esta jornada de orientações, finais de semana, férias ou feriados, uma vez que sempre estiverem à minha disposição para sanar dúvidas e amenizar as preocupações.

Ambas, Profa. Natammy e Profa. Ángeles contribuíram sobremaneira do início ao fim desta Tese, tenham certeza que todas as palavras de agradecimento são ínfimas para descrever o quão agradecida e abençoada fui por tê-las comigo durante todo este período de estudo. Não tenham dúvidas que as levarei guardadas no fundo da minha alma.

Não tem como deixar de agradecer à Cristina de Oliveira Gonçalves Koch, Secretária do PPCJ-UNIVALI, meu “braço” e socorro em Itajaí, SC, para assuntos acadêmicos, e a Fernanda Tarnovsky, Secretária do PPCJ-UPF, pela atenção e auxílio prestados.

Por fim, um agradecimento sincero a todos os meus familiares, amigos, Colegas e Professores do Doutorado e demais pessoas que estiveram comigo durante essa jornada de estudos e que contribuíram das mais variadas formas para a finalização de mais este ciclo de vida.

O fechamento deste ciclo, nada seria, sem a contribuição e o auxílio das pessoas queridas que fazem parte da minha vida.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha filha amada Valentina Della Bona Teixeira, fruto da benção divina e do amor incondicional de duas pessoas que batalharam para tê-la, com todo o amor do mundo e a minha mais profunda gratidão. Para que sirva de inspiração para o teu futuro, que não tenho dúvida ... será brilhante como você!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho 2021.

CARLA DELLA BONA:78731178049

Assinado de forma digital por CARLA DELLA BONA:78731178049
Dados: 2021.08.17 13:29:23 -03'00'

Carla Della Bona

Doutoranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 13/07/2021, às 11 horas, a doutoranda CARLA DELLA BONA fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título "A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Natammy Luana de Aguiar Bonissoni (UNIVALI) como presidente e orientadora, Doutora Ángeles Ródenas Calatayud (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, UA, ESPANHA) como orientadora, Doutor Gabriel Real Ferrer (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, UA, ESPANHA/UNIVALI) como membro, Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI) como membro, Doutor Elflay Miranda (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ/UEM) como membro, Doutora Heloise Siqueira Garcia (UNIVALI) como membro suplente e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente

Itajaí (SC), 13 de julho de 2021.

PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Civil Law: a *Civil Law* é o Sistema de Direito utilizado pelos países que adotam a lei como fonte principal do Direito nacional, tendo nos códigos o organizador deste sistema. Também pode ser chamada de Direito romano-germânico, positivista ou mesmo civilista.

Common Law: a expressão *Common Law* será mais utilizada no presente trabalho como referência ao Direito aplicado aos outros países que a utilizam e não somente à Inglaterra. Na maioria das vezes que o Direito aplicado na Inglaterra for referido, ao longo do presente trabalho, utilizar-se-á a expressão Direito Inglês, a fim de visualizar uma melhor diferenciação entre o Direito aplicado na Inglaterra e o Direito difundido por ela nos demais países que compõem referido Sistema de Direito. A *Common Law* é o produto natural de regras não escritas no decorrer dos séculos, sendo que foram, num primeiro momento, os juízes ingleses que fizeram a obra criadora, e em seguida, esse juridicismo foi estendido e, por vezes, modulado por outros países.[1]

Democracia: é um sistema que envolve competição efetiva entre partidos políticos por cargos de poder. Numa Democracia realizam-se eleições regulares e limpas, de que todos os membros da população podem participar; esses direitos de participação democrática são acompanhados por liberdades civis.[2]

Direito Inglês: o Direito Inglês contemporâneo formou-se, gradualmente, na base da experimentação de soluções pelos tribunais e não a partir de um sistema de princípios gerais a que o legislador houvesse decidido dar expressão normativa. Subjaz-lhe a ideia de que o desenvolvimento do Direito se faz por pequenos ajustes: um *incremental approach*, no dizer de alguns. A este se contrapõe o *principled approach* característico dos sistemas jurídicos continentais. O Direito Inglês é, nesta medida,

---

[1] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.** São Paulo: Landy, 2001. p.13.

[2] GIDDENS. Anthony. **Mundo em descontrole o que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, Título original: *Runaway World*, p. 78.

mais um produto da História do que o resultado de um esforço de sistematização das instituições na base de certas máximas da razão previamente definidas.[3]

Direito Pós-moderno: o Direito Pós-moderno pode ser conceituado como tendo por objetivo a formulação de um novo senso emancipatório para com o Estado, ou seja, a redução da interferência do Direito estatal no senso comum jurídico, fazendo com que as novas relações de poder e competitividade rompam com o Direito interno, a fim de passar a atuar no âmbito transnacional.

Direito Transnacional: é usado para se referir às extensões de jurisdição além das fronteiras dos Estados-nação, de modo que pessoas, corporações, agências públicas ou privadas e organizações sejam tratadas ou diretamente afetadas por regulamentos originados fora da jurisdição territorial do Estado-nação em que estão situados ou são interpretados ou validados por autoridades externas a essa jurisdição. Às vezes, refere-se a regulamentos que não são nem garantidos por agências estatais nem por instituições ou instrumentos jurídicos internacionais, como tratados ou convenções. Às vezes, sinaliza um espaço para regulamentação ainda não (totalmente) existente, mas para o qual é sentida uma necessidade de interações transfronteiriças.[4]

Estado Pós-moderno: a pós-modernidade é entendida como um período de revisão das heranças modernas e como um momento histórico de transição no qual se ressente 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) causando, em parte, o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas

---

[3] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral.** volume 1. 4ª ed. São Paulo. Almedina, 2018, p. 236.

[4] Often “transnational law” is token to refer to extensions of jurisdiction across nation-state boundaries, so that people, corporations, public or private agencies, and organisations are addressed or directly affected by regulation that originates outside the territorial jurisdiction of the nation-state in which they are situated, or is interpreted or validated by authorities external to that jurisdiction. Sometimes it refers to regulations guaranteed neither by nation-state agencies nor by international legal institutions or instruments such as treaties or conventions. Sometimes it signals a space for regulation not yet (fully) existing but for which a need is felt in cross-border interactions. COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry***. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylors & Francis Group, 2018, p. 103/104. (tradução livre realizada pela autora)

públicas, da organização do Estado e na eficácia do Direito como instrumento de controle social.[5]

Globalização: é um processo muito complexo de interações humanas que facilmente se eleva acima das fronteiras estaduais estabelecidas e determina a existência de toda uma rede de relações políticas, econômicas, culturais e sociais que parece flutuar acima dos níveis locais, regional e nacional para se tornar uma espécie de nova civilização transnacional.[6]

Jurisprudência: a Jurisprudência, nesta Tese também chamada de precedente ou *precedent,* são as decisões análogas àquela em exame, as quais contêm o Direito vigente em forma não-codificada. Os precedentes judiciários, em especial nos Estados Unidos, segundo os *case laws* dos Estados federados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aquelas intersticiais, mas como os Estados federados possuem um sistema misto, permanece o traço característico do sistema, qual seja, o *judge-made Law.*[7] Considerando que a força normativa da Jurisprudência é um fenômeno que pode ser encontrado em qualquer lugar, e não apenas no campo da *Common Law*, visto que há alguns anos vem ganhando impulso - especialmente na Teoria do Direito dos países da América Latina, os quais têm suas raízes na *Civil Law* - um movimento pela reorganização e desenvolvimento dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Processo em relação à Teoria do Precedente. Com base nisso, tem-se a viabilidade, através de um novo arranjo dogmático proposto pelos Parlamentos (estabelecido por meio de codificações relevantes ao Direito jurisprudencial), a correta recepção e aplicação teórica dos institutos e categorias

---

[5] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, n.º 57, Dez. 2008, p. 142.

[6] *Se trata en verdad de un proceso muy complejo de interacciones humanas que se elevan con toda facilidad sobre las fronteras estatales establecidas y determinan la existencia de toda una trama de relaciones políticas, económicas, culturales y sociales que parece flotar por encima de los ámbitos locales, regionales y nacionales para constituirse en una suerte de nueva civilización transnacional*. LAPORTA, Francisco J.. *Globalización e Imperio de la Ley. Algunas Dudas Westfalianas*. In: ***Anales de La Càtedra Francisco Suárez***, 39 (2005), p. 245. (tradução livre realizada pela autora)

[7] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

específicas da doutrina dos precedentes, que até recentemente pertencia quase exclusivamente à *Common Law*.[8]

Lex Mercatoria: a *Lex Mercatoria* foi criada a partir do momento que o homem rompeu os limites imposto pelos oceanos. A *Lex Mercatoria* daquela época vigeu até o momento em que o comércio internacional, por força do desenvolvimento das relações econômicas internacionais e da pressão dos comerciantes, bem como diante das limitações enfrentadas pelas leis locais e pelas decisões dos tribunais nacionais – muitas vezes arbitrárias e despidas de praticidade -, os Estados se viram forçados a reconhecer alguns de seus instrumentos e estruturas legais, passando a chamar a aquela de *nova Lex Mercatoria.* A fase do declínio da velha *Lex Mercatoria*, caracterizou-se não pela extinção desse instituto, mas pela sua readaptação à nova realidade socioeconômica global. A velocidade e a relevância das práticas comerciais contemporâneas não estavam mais sendo abarcadas pela normatização autônoma de cada país, o que obrigatoriamente fez com que se adotassem práticas homogêneas no comércio internacional, fazendo surgir a nova *Lex Mercatoria.*[9]

Processo Jurídico Transnacional: o Processo Jurídico Transnacional pode ser descrito como a teoria e a prática de como atores públicos e privados - não-estatais, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos - que interagem em uma variedade de públicos e privados, nacionais e internacionais, fazem para interpretar, fazer cumprir e, finalmente, internalizar regras do Direito Transnacional.[10]

---

[8] *Considerando que la fuerza normativa de la jurisprudencia es un fenómeno que podemos encontrar en cualquier lugar, y no solo en el ámbito del Common Law, desde hace algunos años viene ganando empuje – sobre todo en la Teoría del Derecho de los países de América Latina, que hunden sus raíces en el Civil Law – un movimiento para la reorganización y desarrollo de los conceptos fundamentales de la Teoría General del Proceso relativas a la Teoría del Precedente. Con ello se pretende posibilitar, mediante un nuevo arreglo dogmático propuesto por los Parlamentos (establecido mediante codificaciones que dotan de relevancia al derecho jurisprudencial), la correcta recepción teórica y aplicación de los institutos y categorías específicas de la doctrina de los precedentes que hasta hace poco tiempo pertenecían casi exclusivamente al Common Law.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020, p. 141. (tradução livre realizada pela autora)

[9] VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e sua aplicação no Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 171-193, Brasília. abr./jun. 2010, ps.171 e 176.

[10] *Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – non-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and*

Protagonismo Judicial: a realidade é que o Poder Judiciário tem se reinventado lentamente ao longo do último século, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito, seja na esfera nacional ou internacional. Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes de um mundo dinâmico e em crescente evolução, colocam a prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados, em dar a melhor solução para a *quaestio juris.* Todas as grandes iniciativas que ocorrem dentro do judiciário hoje são projetadas, direta ou indiretamente, para realizar essa grande visão. Os juízes aceitaram a reconstituição da ordem social como objetivo do Poder Judiciário, redefinindo o que seria o próprio Poder Judiciário. Consequentemente, tem-se um novo conceito de Direito com técnicas multifacetadas e coercitivas de engenharia social nas mãos de juízes.[11]

Protagonismo Jurídico Transnacional: poder-se-ia conceituar como o engajamento, dentro das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, no sentido de fortalecer as demandas dos movimentos sociais e promover mudanças legais e políticas dentro dos Estados.[12]

Sistema de Direito: o Direito, salvo em tempo muito antigos, apresenta-se como um corpo, um sistema de normas; um sistema formado, segundo as épocas, com critérios

---

private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international for a to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law. KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*. *In:* ***Faculty Scholarship Series***, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2096, 1-1-1996, p. 183. (tradução livre realizada pela Autora)

[11] *The reconstitution of social order was to be accomplished by the subordination of law to alternative, non-legal methods of resolving disputes based on past cultures and new technologies. Every major initiative taking place within the judiciary today is designed, directly or indirectly, to accomplish this one great vision of utopian dreamers. Activists in the judiciary have accepted the reconstitution of the social order as the goal of the judicial branch by redefining the judicial power. Consequently, we have a concept of law as the multifaceted, coercive techniques of social engineering in the hands of judges*. WILLIAMS III, Frank V. ***Reinventing the Courts: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts***. *Campbell Law Review,* 591, vol. 29, Issue 3, Article 6, Primavera de 2007, p. 127 (tradução livre realizada pela autora)

[12] SANTOS, Cecília MacDowell. **Atividade jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. 2007, vol.4, n.7, pp.26-57. ISSN 1983-3342. https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003, p. 28.

diferentes. Dada esta natureza sistêmica do Direito, seu estudo histórico deve fazer-se com respeito por ela, quer dizer, sistematicamente.[13]

Transnacionalidade: a Transnacionalidade é vista como um novo paradigma social, o qual é representativo de um novo contexto socioeconômico em que as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre as diversas sociedades. Com a intensificação do sistema de comunicação mundial ocorrida na evolução pós-guerras (primeira e segunda) e as transações econômicas entre pessoas alocadas nas mais variadas localidades planetárias, foi gerada a "desterritorialização" social, que culmina com a necessidade de novo regramento para ordenar uma nova conformação social. Critério este que coaduna com a teoria do Processo Jurídico Transnacional, em que este quebra com duas dicotomias tradicionais, pois deixa de haver separação entre público e privado, além de nacional e internacional.[14]

União Europeia: a União Europeia é entidade com personalidade jurídica única, baseada na supranacionalidade, as normas de Direito Comunitário estão acima das fontes nacionais. O desenvolvimento da União Europeia não encontra comparações, pois o quadro institucional atual da mesma supera todos os demais projetos de aproximação entre os Estados, especialmente pelo seu caráter supranacional.[15]

---

[13] *El derecho, salvo en tiempos muy antiguos, se presenta como un cuerpo, o sistema de normas; un sistema formado, según las épocas, con criterios diferentes. Dada esta naturaleza sistemática del Derecho, su estudio histórico debe hacerse con respeto por ella, es decir, sistematicamente.* LEVAGGI, Abelardo. ***Manual de Historia Del Derecho Argentino****,* 2.ed., Buenos Aires: Ed. Depalma, 1998. p.8. (Tradução livre realizada pela autora).

[14] DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O Processo Legal Transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional. *In:* **Novos Estudos Jurídicos**, nej.v 21, n.º 1, ISSN eletrônico 2175-0491, 2016, p. 131.

[15] MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 81.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CE	Comunidade Europeia
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEDEAO	Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
DIPr	Direito Internacional Privado
EUA	Estados Unidos da América
ECHR	Corte Europeia de Direitos Humanos
FCC	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICC	*International Chamber of Commerce*
INCOTERMS	*International Commercial Terms*
LPC	*Legal Practice Course*
MNPs	Sociedades Multinacionais
NMS	Novos Movimentos Sociais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
OHADA	Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios
OMC/WTO	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
STEDH/CEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE/EU	União Europeia
UEMOA	União Econômica e Monetária Oeste-Africana
UNCITRAL	*United Nations Commission on International Trade Law*
UNIDROIT	*International Institute for the Unification of Private Law*

“*Que nossas filosofias sigam no mesmo passo das nossas tecnologias; que nossa compaixão siga no mesmo passo dos nossos poderes. E, que o amor, e não o medo, seja o motor da mudança.”*

Winston Churchill.

SUMÁRIO

RESUMO.....29

ABSTRACT.....31

RESUMEN.....33

RESUMEN POR LA DOBLE TITULACIÓN……..35

INTRODUÇÃO.....65

PARTE 1 – A MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS NO DIREITO PÓS-MODERNO

CAPÍTULO 1.....75

O DIREITO INGLÊS – DA ORIGEM E FORMAÇÃO À INFLUÊNCIA NO DIREITO DA ATUALIDADE.....75

1.1. ORIGEM E FORMAÇÃO DO DIREITO INGLÊS.....79
1.2. O AVANÇO DO *STATUTE LAW* DENTRO DO DIREITO INGLÊS.....92
1.3. A INFLUÊNCIA DOS OPERADORES DO DIREITO NA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INGLÊS NO MUNDO.....98

CAPÍTULO 2.....107

A *CIVIL LAW* - DA ORIGEM E FORMAÇÃO – A TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DE DIREITOS.....107

2.1. ORIGEM E FORMAÇÃO DA *CIVIL LAW*.....109

2.2. A IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DA *CIVIL LAW*.....117

2.3. A PRODUÇÃO JURISPRUDENCIAL JUNTO AO SISTEMA DE DIREITO DA *CIVIL LAW*.....122

2.4. OS OPERADORES DO DIREITO E A FUNÇÃO DOS JUÍZES DENTRO DA *CIVIL LAW*.....128

CAPÍTULO 3.....141

O DIREITO PÓS-MODERNO: DECORRÊNCIA LÓGICA PARA O SURGIMENTO DE UM DIREITO TRANSNACIONALIZADO.....141

3.1. TRANSPOSIÇÃO DO ESTADO MODERNO PARA O PÓS-MODERNO.....146

3.2. O PAPEL DA GLOBALIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE CENÁRIOS PÓS-MODERNOS.....153

3.3. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E A CONTRIBUIÇÃO PARA O SURGIMENTO DO DIREITO TRANSNACIONAL.....161

PARTE 2 – A COMMOLIZAÇÃO DO DIREITO COMO ELEMENTOTRANSNACIONALIZANTE

CAPÍTULO 4.....171

O DIREITO INGLÊS E A SUA INFLUÊNCIA NO OCIDENTE.....171

4.1. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO DOS PAÍSES AFRICANOS.....174

4.2. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO DA ÍNDIA E NO DIREITO HINDU.....181

4.3. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO CANADENSE.....189

4.4. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO PROCESSO INTEGRACIONISTA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU.....193

CAPÍTULO 5.....201

O DIREITO NORTE-AMERICANO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS.....201

5.1. O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE.....205

5.2. O *STARE DECISIS*, O *CASE LAW* E O *STATUTE LAW* NA VISÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO.....210

5.3. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NA FORMAÇÃO DAS UNIVERSIDADES E DOS OPERADORES DO DIREITO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO.....218

5.4. AS FACULDADES DE DIREITO NORTE-AMERICANAS.....219

5.5. O PAPEL DOS JURISTAS OPERADORES DO DIREITO NORTE-AMERICANO.....224

CAPÍTULO 6.....233

O PAPEL DO DIREITO INGLÊS NA TRANSNACIONALIZAÇÃO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL.....233

6.1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INGLÊS PARA A FORMAÇÃO DE *PRECEDENTS* TRANSNACIONAIS.....242

6.2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL.....248

6.3. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NA *LEX MERCATORIA* PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL.....256

PARTE 3 – A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO

CAPÍTULO 7.....265

AS CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO TRANSNACIONAL PARA O MUNDO JURÍDICO.....265

7.1. A FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA À LUZ DO DIREITO TRANSNACIONAL.....270

7.2. O ENSINO JURÍDICO EM FACE DO DIREITO TRANSNACIONAL.....284

7.3. O DIREITO TRANSNACIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE UM PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL.....291

CAPÍTULO 8.....299

O PROTAGONISMO JUDICIAL NO DIREITO TRANSNACIONAL.....299

8.1. O PROTAGONISMO JUDICIAL NA *COMMON LAW* DOS ESTADOS UNIDOS.....309

8.2. O PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL.....312

8.3. A IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL COMO MODELO À EFICÁCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL.....316

8.4. O PROTAGONISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: UM DIÁLOGO ENTRE TRIBUNAIS.....319

8.5. A DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES.....331

CAPÍTULO 9.....341

A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO.....341

9.1. O PRECENTE COMO FONTE PARADIGMA PARA A RECOMPOSIÇÃO DO DIREITO E PARA A EFICÁCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL.....348

9.2. UMA PROPOSTA DE RECOMPOSIÇÃO DA CONCEPÇÃO DO DIREITO PROPRIAMENTE DITO: SISTEMA TRINÁRIO DE DIREITO.....359

9.3. UMA PROPOSTA DE MUDANÇA DE PARADIGMA NA ORDEM JURÍDICA MUNDIAL A PARTIR DO DIREITO TRANSNACIONAL.....368

CONCLUSÃO.....375

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....403

RESUMO

A presente Tese tem como tema a miscigenação dos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law* como elemento propulsor à transnacionalização do Direito e a recomposição dos fundamentos do Direito, cujo objetivo institucional é a obtenção de título de Doutora pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI, inserindo-se na área de concentração "Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito", vinculando-se à linha de pesquisa "Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade", com dupla titulação pela Universidade de Alicante – UA/Espanha pela linha de pesquisa "*Filosofia del Derecho*". O objeto é a reformulação dos fundamentos, estrutura e conceitos do Direito ante a existência de um Direito Transnacional fruto da miscigenação de Sistemas de Direito, estabelecendo-se como objetivo geral analisar a transnacionalização do Direito como produto da miscigenação entre dois Sistemas de Direito específicos, *Common Law* e *Civil Law,* e os possíveis impactos desta miscigenação na recomposição dos fundamentos do Direito. E, objetivos específicos: a) examinar a origem e formação do Direito Inglês e a sua influência na atualidade; b) verificar a proximidade, intercâmbio e a harmonização entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*; c) analisar a origem e formação da *Civil Law* e a possível harmonização de direitos; d) verificar a formação do Direito Pós-moderno e o surgimento de um Direito Transnacionalizado; e) estudar a influência do Direito Inglês em países como Canadá, Índia e países africanos que se utilizam da *Common Law* e outros Sistemas de Direito; f) estudar a influência do Direito Inglês no Direito norte-americano; g) verificar a influência do Direito Inglês na edificação do Direito Transnacional; h) examinar a possibilidade de países e entes supranacionais conviverem com estes dois Sistemas de Direito e as alternativas encontradas para superar os entraves transnacionais; i) aprofundar os estudos sobre a importância de um Direito Transnacional para a resolução de conflitos envolvendo atores internacionais e transnacionais; j) identificar como o Direito Inglês e, possivelmente, o Protagonismo Judicial podem contribuir para a transnacionalização do Direito; e, por fim, k) a influência da Transnacionalidade na recomposição, estrutura e conceitos dos fundamentos jurídicos do Direito. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes, a primeira que visa a apresentar os Sistemas de Direito da *Common Law* e *Civil Law,* bem como o Direito Pós-moderno, ou seja, a questão da miscigenação propriamente dita; a segunda que apresenta a influência da *Common Law* para a formação do Direito Transnacional, visto ser a mesma o Sistema de Direito mais flexível e adaptável a mudanças do Direito Pós-moderno; e, a terceira e última parte que trata da transnacionalização do Direito e a recomposição dos Fundamentos do Direito, com a criação de um eixo trinário de Direito e uma nova ordem jurídica mundial. A conclusão denota os pontos cruciais, com ênfase para a confirmação das hipóteses da pesquisa proposta. O Direito Inglês (*Common Law*) como propulsor da *Civil Law* contribuiu para o desenvolvimento de um Direito Transnacional capaz de recompor os fundamentos do Direito com a criação de um novo eixo e ordem jurídica mundial. No que tange à metodologia, registra-se que o Relatório dos Resultados expressos nesta Tese é composto na base lógica Indutiva.

Palavras-chave: *Civil Law*, *Common Law,* Direito Pós-moderno, Direito Transnacional; Eixo Trinário; Fundamentos; Nova Ordem Mundial; Protagonismo Judicial; Recomposição.

ABSTRACT

The subject of this Thesis is the miscegenation of the systems of Common Law and Civil Law as a driving force for the transnationalization of Law and the recomposition of the foundations of Law. Its institutional objective was to obtain the title of Doctor of the Doctoral Course in Legal Science of University of Vale do Itajaí - UNIVALI, and it is part of the area of concentration "Constitutionalism, Transnationality and Production of Law", linked to the line of research "State, Transnationality and Sustainability", with a double title from the University of Alicante - UA/Spain through its line of research "Filosofia del Derecho". The object is to reformulate the foundations, structure and concepts of Law in light of the existence of a transnational Law resulting from the miscegenation of systems of Law, establishing, as a general objective, the analysis of transnationalization of Law as a product of miscegenation between two specific systems: Common Law and Civil Law, and the possible impacts of this miscegenation on the recomposition of the foundations of Law. Its specific objectives are: a) to examine the origin and formation of English law and its influence today; b) to verify the approach, exchange and harmonization between the systems of Common Law and Civil Law; c) to analyze the origin and formation of Civil Law and the possible harmonization of rights; d) to verify the formation of postmodern law and the emergence of a transnationalized law; e) to study the influence of English law in countries such as Canada and India and some countries in Africa, which use Common Law and other systems of law; f) to study the influence of English law on American law; g) to verify the influence of English law in the construction of transnational law; h) to examine the possibility of countries and supranational entities maintaining these two systems of law, and the alternatives found to overcome transnational barriers; i) to deepen studies on the importance of a transnational law for conflict resolution involving international and transnational actors; j) to identify how English law and, possibly, judicial protagonism can contribute to the transnationalization of law; and, finally, k) to investigate the influence of Transnationality in the recomposition, structure and concepts of the legal foundations of Law. This work was divided into three parts; the first presents the systems of Common Law and Civil Law, as well as Postmodern Law, and the question of miscegenation itself; the second presents the influence of Common Law for the formation of transnational Law, as it is the legal system that is most flexible and able to adapt to changes in Postmodern Law; and, the third and final part deals with the transnationalization of Law and the recomposition of the Fundamentals of Law, with the creation of a Trinitarian axis of Law and a new world legal order. The conclusion outlines the crucial points, with emphasis on confirming the hypotheses of the proposed research. English Law (Common Law) as the driver of Civil Law contributed to the development of a Transnational Law capable of recomposing the foundations of Law with the creation of a new axis and world legal order. In terms of methodology, the Report of the Results expressed in this Thesis is composed on the Inductive logic basis.

Keywords: *Civil Law; Common Law; Fundamentals; Judicial Protagonism; New world order; Postmodern Law; Recomposition; Transnational Law; Trinary Axis.*

RESUMEN

El tema de la presente tesis es el del mestizaje de los sistemas de Derecho de Common Law y de Civil Law como elemento catalizador de la transnacionalización del Derecho, así como la recomposición de los fundamentos del Derecho, fruto de tal transnacionalización. El objetivo institucional de la misma es la obtención del título de doctor por el Curso de Doctorado en Ciencias jurídicas de la Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), en el área "Constitucionalismo, Transnacionalidad y Produción de Derecho", vinculándose a la línea de investigación "Estado, Transnacionalidad y Sostenibilidad", con doble titulación por la Universidad de Alicante –UA/España - en la línea de investigación "Filosofía del Derecho". El objetivo científico de esta tesis es la reformulación de los fundamentos, estructura y conceptos del Derecho ante el reto del Derecho transnacional, fruto del mestizaje de sistemas de Derecho, estableciéndose como objetivo general analizar la transnacionalización del Derecho como producto del mestizaje entre dos sistemas específicos, el Common Law y el Civil Law, y los posibles impactos de este mestizaje en la recomposición de los fundamentos del Derecho. Los objetivos específicos son: a) examinar el origen y formación del Derecho inglés y su influencia en la actualidad; b) verificar la proximidad, el intercambio y la harmonización entre los sistemas de Common Law y de Civil Law; c) analizar el origen y la formación del Civil Law y la posible harmonización de derechos; d) verificar la formación del Derecho posmoderno y el surgimiento de un Derecho transnacioanalizado; e) estudiar la influencia del Derecho inglés en países como Canadá, India y países africanos que se utilizan el Common Law y otros sistemas de Derecho; f) estudiar la influencia del Derecho inglés en el Derecho norteamericano; g) verificar la influencia del Derecho inglés en la construcción del Derecho transnacional; h) examinar la posibilidad de que países y entes supranacionales convivan con esos dos sistemas de Derecho y las alternativas encontradas para superar los problemas transnacionales; i) profundizar en los estudios sobre la importancia de un Derecho transnacional para la resolución de conflictos que implican a actores internacionales y transnacionales; j) identificar cómo el Derecho inglés y, posiblemente, el protagonismo judicial pueden contribuir a la transnacionalización del Derecho; y, por fin, k) analizar la influencia de la transnacionalidad en la recomposición, estructura y conceptos de los fundamentos jurídicos del Derecho. Para atender estos objetivos el trabajo se ha dividido en tres partes, en la primera se presentan los sistemas de Derecho del Common Law y Civil Law, así como el Derecho posmoderno, o sea, la cuestión del mestizaje propiamente dicha; en la segunda se analiza la influencia del Common Law en la formación del Derecho transnacional, en tanto que sistema de Derecho más flexible y adaptable a los cambios del Derecho posmoderno; y, la tercera y última parte, que trata de la transnacionalización del Derecho y la recomposición de los fundamentos del Derecho, con la creación de un eje trinario de Derecho y un nuevo orden jurídico mundial. La conclusión recupera los puntos cruciales, con énfasis en la afirmación de las hipótesis de la investigación propuesta. El Derecho inglés (Common Law) como catalizador del Civil Law contribuyó al desarrollo de un Derecho transnacional capaz de recomponer los fundamentos del Derecho, dando lugar a la creación de un nuevo eje y orden jurídico mundial. En lo que concerniente a la metodología, debe constarse que los resultados expuestos en esa tesis se han obtenido empleando una base lógica inductiva.

Palabras clave*: Civil Law. Common Law. Derecho posmoderno. Derecho transnacional. Eje trinario. Fundamentos. Nuevo orden mundial. Protagonismo Judicial. Recomposición.*

RESUMEN POR LA DOBLE TITULACIÓN

El mundo como un todo - Estado, sociedad, actores nacionales e internacionales, instituciones y asociaciones- experimentó cambios significativos de paradigmas después del final de la Segunda Guerra Mundial. Estas modificaciones se hicieron sentir igualmente en el Derecho.

Tal situación, específicamente en lo relativo al Derecho, se debe al hecho de su conversión en un bien intercambiable; traspasando las fronteras como si fuera un producto de exportación, pasando de una esfera nacional a otra, a veces infiltrándose sin visto bueno de entrada. Cada vez más las reglas que organizan la vida de la sociedad local son concebidas en otros lugares y aquellas que son concebidas aquí servirán para formular el Derecho en países extranjeros.[16]

En un mundo de globalización caracterizado, entre otros factores, por la creciente complejidad de las relaciones interpersonales, en particular las jurídicas, la comunidad jurídica mundial debe reflexionar sobre el delineamiento de un "proceso judicial" apto para servir a un mundo globalizado y transnacionalizado como el actual.[17]

El intercambio creciente entre sujetos de diferentes nacionalidades presiona a los juristas del mundo entero para que produzcan los instrumentos legales necesarios para cimentar, garantizar y asegurar los contratos que van gestándose. El embate entre concepciones jurídicas históricamente diversas, como lo son las dos grandes familias del Derecho -Civil Law y Common Law- obstinado por la urgencia de la solución de conflictos, muchas veces inéditos, impone una necesidad de creación de normativas acatadas internacionalmente.

En ese sentido, la aproximación entre el Civil Law y el Common Law, debido a la urgencia de la regulación de conflictos, a causa de la influencia decisiva del

---

[16] ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A Nova Revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título Original: *Les Juges Dans la Mundialisation*, p. 7.

[17] BUENO, Cássio Scarpinella. Processo Civil e Globalização: Notas de uma Primeira Reflexão. *In:* SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 217.

proceso de globalización y de la transnacionalización en el Derecho, ha hecho surgir una nueva visión de cómo el Derecho debe ser concebido y puesto en práctica.

La contribución al Derecho de los nuevos actores - nacionales, internacionales y transnacionales - a la hora de resolver conflictos antes impensables, brinda una visión de cómo diferentes sistemas pueden, a través de la formulación de nuevas reglas, convivir armoniosamente, llegando incluso a conformar, en el futuro, un nuevo sistema de Derecho occidental, con matices propios del Civil Law y del Common Law.

Es importante recordar que el Derecho en sí, con independencia del sistema jurídico al que pertenezca, ya venía experimentando una evolución gradual desde mitad del siglo XIX, pero el "rumbo" en que se encuentra hoy se produjo después de la segunda mitad del siglo XX. A partir de este momento algunas tradiciones jurídicas (específicamente las familias del Derecho del Common Law y del Civil Law) se aproximaron con mayor firmeza, en la tentativa de poder armonizar las bases de sus Derechos, inicialmente mediante una aproximación entre sus fuentes y, después, por medio de la conjugación del Derecho transnacional propiamente dicho.

Tal situación tuvo como consecuencia un cambio del eje de los fundamentos, la estructura y las concepciones del Derecho existentes hasta la mitad del siglo XX. El eje trinario del Derecho (Derecho nacional, internacional y transnacional) se tornó una realidad que, "más temprano o más tarde", deberá ser instrumentalizada para que, además de existir, pueda surtir efectos tanto en el plano de la validez cuanto en el de la eficacia.

El objetivo general de esta investigación consiste en explorar la posibilidad de recomponer los fundamentos del Derecho en razón del mestizaje de los sistemas jurídicos resultante de la transnacionalización.

En la Introducción de esta Tesis se formularon algunas hipótesis relativas este problema, las cuales se han ido confirmando o no por medio de los argumentos teóricos desarrollados en los capítulos que la componen.

De tal modo, se planteó si sería posible la recomposición de los fundamentos del Derecho ante la transnacionalización del Derecho resultante del mestizaje entre el Common Law y el Civil Law. La hipótesis fue que la transnacionalización del Derecho inglés sería un propulsor del Civil Law, contribuyendo al desarrollo de un Derecho transnacional capaz de recomponer los fundamentos del Derecho.

Una vez finalizada la investigación, las hipótesis formuladas quedaron confirmadas, en gran parte debido a la adaptabilidad del Derecho inglés a las más variadas formas de Derecho en todo el mundo. Tal situación adquiere una importancia primordial para la recomposición de los fundamentos del Derecho ante la nueva concepción trinaria del Derecho, colocando "a la par" y "lado a lado" el Derecho nacional, el internacional y el transnacional.

Así, tenemos que el Derecho inglés es uno de los paradigmas de los sistemas de Derecho de esta tesis. A pesar de haberse desarrollado de forma autónoma, sufrió sólo de forma limitada la influencia del contacto con el continente europeo. Al jurista inglés le gusta poner en valor la continuidad histórica del mismo. Además, el jurista inglés se enorgullece de esta circunstancia, de la que deduce, no sin razón, la prueba de la gran destreza del Common Law, de sus facultades de adaptación, de su permanente valor y de las cualidades correspondientes de los juristas y del pueblo inglés.[18]

Además, inequívocamente el Derecho Inglés, debido a todas las circunstancias por las que atravesó desde su formación, se encuentra actualmente en las mejores condiciones para lograr, por lo menos de manera incipiente, hacer una integración con el statute law. Y, a pesar de la clara preponderancia que tiene la regla del precedente vinculante, la aproximación entre las dos grandes fuentes pertenecientes a distintos Derechos (legislación y precedente) que se dio en Inglaterra ha hecho surgir nuevas posibilidades en el sentido de vislumbrar la construcción de

[18] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 356.

un nuevo mundo jurídico, capaz de corresponder a las necesidades de los nuevos actores nacionales e internacionales.

De esa manera, el inicio de la utilización de la legislación dentro del Derecho Inglés, especificadamente en el Derecho aplicado en Inglaterra, tiene un impacto jurídico mucho mayor que el de la aplicación del precedente dentro del sistema de Civil Law. Eso ocurre porque para aquellos países en los que se utiliza la legislación la sistematización del Derecho a través de los precedentes es mucho más fácil de lo que lo es para aquellos países en los que se utiliza del Derecho inglés y pasan a adherirse al sistema legicéntrico. Ello es debido a que el Derecho inglés no recurre a la sistematización para la construcción del Derecho, ya que tuvo su origen un sistema totalmente tribal – el Derecho anglosajón -, y se enfrentó a serias luchas con la familia de los Derecho de la Equity en el siglo XX, por asumir una construcción normativa relativa a este sistema.

Pero, a pesar de toda esta construcción, permanecen serias incógnitas sobre si el avance hacia una mayor legicidad se consolidará, resultando que tales dudas solamente serán respondidas y atenuadas con el pasar del tiempo. De este modo, algunas preguntas todavía carecen de respuesta: ¿Sería asimismo posible crear normas constitucionales legisladas para conducir los intereses y litigios de los pueblos dominados por el sistema de Derecho inglés? ¿Será la creación de una Constitución escrita, organizada tal cual lo han hecho los EUA, la solución para las incógnitas existentes en el seno de ese sistema? ¿Cómo reaccionarían los legisladores y juristas ingleses ante a estas posibilidades?

Solamente el tiempo, el desarrollo jurídico y la concienciación de los operadores del Derecho en Inglaterra traerán las respuestas deseadas; si embargo, esa posibilidad de integración y armonización de Derechos – Common Law y Civil Law - para la formación de un Derecho transnacional mestizo, teniendo como base inicial dos modelos diferentes, el Derecho norteamericano y el de la Unión Europea, esa último más recientemente, hace de tal posibilidad una tendencia del Derecho Inglés.

Pero así como el sistema de Derecho del Common Law evolucionó, también se ha concluido en esta tesis que el Civil Law evolucionó, lo que complementa la posibilidad real de aproximación y armonización de estos dos sistemas jurídicos.

Así, ante la posibilidad de mestizaje de sistemas jurídicos en razón de la masificación de ideas y facilidades de intercambio cultural, tecnológico y jurídico, generados por la globalización, especialmente a partir de la mitad final de siglo XX, un instituto jurídico estrictamente vinculado al sistema de Derecho del Common Law, la jurisprudencia, comienza a adquirir gran relevancia también en el sistema de Derecho del Civil Law.

La creciente importancia de la jurisprudencia como fuente de Derecho en el Civil Law, tradicionalmente civilista y legicéntrico, puede ser interpretada de las más variadas formas. La principal de ellas es la visible evolución de la metodología judicial en razón de la creciente interrelación de los Estados que, a lo largo de las últimas décadas, ha contribuido a la superación de ciertos dogmas y principios nítidamente inadecuados para la época contemporánea.

Ante tal situación, por más que no haya discordancia en que la jurisprudencia constituye la piedra fundamental del Derecho en el Common Law, mientras que el sistema de Derecho del Civil Law es notoriamente legicéntrico, se generarán notables transformaciones. Tales transformaciones tuvieron lugar, muchas veces, a causa de la commonlización del Civil Law, generada por los fenómenos de la globalización y de la transnacionalización del Derecho, en especial respecto a la transnacionalización de decisiones judiciales, las cuales podrían ser capaces de, con mayor agilidad, solucionar conflictos judiciales dentro de los Estados pertenecientes a la familia del Derecho civilista.

De esta manera, hoy el proceso interpretativo de la legislación y de los casos especiales por los juristas es mucho más intensa, abriendo espacios inconmensurables en el Derecho para la creación jurisprudencial, solucionando lagunas, abriendo campos nuevos para el trabajo del legislador y norteando el rumbo de los juristas en la solución de los problemas existentes en el mundo jurídico.

Con la evolución del Derecho, en especial del aplicado en el Civil Law y en el Common Law, así como la evolución de la propia sociedad jurídica mundial, se pasa a admitir la posibilidad de una reelaboración o una recreación del Derecho, en razón de un todo ordenado, un saber racional que se construirá lógicamente. Esto porque actualmente el Derecho es eminentemente un fenómeno judicial, no sólo un fenómeno jurídico, y la magistratura, a través de sus jueces no debe ser vista como excluyendo a los demás profesionales del Derecho, aunque la verdad es que el juez continúa pronunciando la última palabra en la definición del Derecho, y la que interesa a todos – pues las soluciones fundadas en la ciencia jurídica son las verdaderas soluciones jurídicas, no las ejercidas por cualquier agente.

Por lo tanto, resulta necesaria la continuidad de la evolución jurídica del sistema de Derecho del Civil Law, rumbo a un Derecho más próximo a los nuevos actores internacionales y transnacionales, así como que para esto sean utilizadas, con mayor propiedad de las ya utilizadas, las herramientas ofrecidas por el Common Law en la administración de justicia, visto que una nueva postura del jurista ya no es más una quimera; la misma está basada en la realidad de las normas existentes, incumbiéndoles la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

Sin embargo, la nueva realidad pasa por la admisión del estatus de posmodernidad, tanto del Derecho cuanto del Estado en sí, una vez que, como resultado del fenómeno de la globalización, tuvo lugar una aceleración de vida de la sociedad mundial. El proceso de globalización al que se ha enfrentado el mundo entero no es reciente; pese al avance tecnológico de los medios de comunicación traídos por la globalización, en especial con relación a internet, representa un nuevo paradigma en la manera de pensar de los Estados, así como de las personas que en ellos viven.

En razón de ese progreso tecnológico, los Estados pasaron a ser autorregulados por la sombra de la globalización económica, la cual, en razón de los intereses de Estados industrializados interesados en vender los productos que producen, planificarán las fronteras, transnacionalizando la economía, en busca del lucro por el lucro.

Además de esto, la facilidad con la que hoy en día las personas se comunican facilitó que estas, por un simple click, pasasen a tener acceso a todo y a todos, convirtiéndose en seres cosmopolitas; sin embargo, aunque sean cosmopolitas, las personas al mismo tiempo están viviendo en un mundo más fragmentado. No todos los seres cosmopolitas viven bajo las mismas condiciones, ante la existencia de abismos prácticamente intraspasables que los separan.

A dicha sociedad de consumo, por tanto, no le importan las diferencias socioculturales y cognitivas producidas por la actual globalización económica, pues solamente le importa el consumo masivo y la abundancia social. Como consecuencia, se reducen las identidades y vínculos culturales producidos por la globalización sociocultural, colocándose en peligro la evolución, rumbo a una diversificación de situaciones, de estilos de vida, que no deberían preocuparse por la jerarquía de clases y las imperfecciones sociales.

Tales situaciones, por sí mismas, ya demuestran que la globalización puede ser muy peligrosa cuando retrocede a una planificación centralizada, puesto que al mismo tiempo que abre la perspectiva de la mejora del nivel de vida, abre espacios para otras fuentes de autoridad y legitimidad. Además de esto, la globalización, que ha traído con ella la llamada avalancha tecnológica, también fue responsable de que millones de personas vivan en la más absoluta pobreza, lo que pone el avance tecnológico producido en peligro frente al movimiento de "desglobalización", movimiento creado en un intento de frenar el desarrollo y disminuir la interdependencia y la integración de los Estados.

Sin embargo, la globalización, como fenómeno sociocultural que es, no debe ser solamente vista en razón de las consecuencias desastrosas producidas por la globalización económica de una sociedad de consumo. Debe ser vista, eso sí, como un importante vehículo para el desarrollo de los menos favorecidos, por medio de la transformación de culturas, ideales, políticas y también relaciones económicas entre los Estados y en las relaciones internacionales.

Para que esto ocurra, la globalización tendrá que presionar al Estado con la finalidad de que éste abra internamente espacios para la flexibilización de las

fronteras nacionales, a fin de hacer posible la actuación de instituciones y organizaciones transnacionales capaces de reducir los abismos hoy existentes en el mundo.

El Derecho deberá ser el reductor de estos abismos, mediante una globalización jurídica, por ser las acciones globales insuficientemente reguladas y hoy haber una fuerte demanda de una reglamentación del Derecho del proceso de globalización. Por tanto, un cambio de paradigma hacia un Derecho posmoderno, pese a no ser lo más fácil, debido a que el Derecho traspasó las fronteras pero no fue acompañado de procesos de solución de conflictos, o mejor, por regulaciones de conflictos, como lo fueron las demás ciencias – economía, política o sociología cultural[19] - deberá tener lugar por medio de la utilización de los instrumentos jurídicos componentes del Derecho transnacional.

Así, la transformación del Estado moderno en posmoderno se produjo como consecuencia de la compleja sociedad de hoy, resultante de la globalización, dando total protagonismo a las relaciones internacionales en detrimento de las relaciones internas de cada país, provocando, más una vez, el reconocimiento de un Derecho transnacionalizante.

Sin embargo, un Estado posmoderno deberá caminar al lado de las instituciones que lo componen, contando con el auxilio indispensable del Derecho transnacional, lo que posibilitará que la globalización siga construyendo la interconexión entre todos los elementos necesarios para que el Estado, junto con los demás actores transnacionales, ejerza un papel destacado en el escenario internacional.

Es importante resaltar que, de la misma manera que la globalización modificó paradigmas, también contribuyó a la creación de nuevos conceptos, tal como el de transnacionalismo, visto que los nuevos actores mundiales envueltos en el

---

[19] *La globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica. Las acciones globales se hallan insuficientemente reguladas y, pese a que esto ha podido ser considerado en tiempos como una virtud, puede hoy detectarse en la literatura especializada una clara denuncia de esta situación, y una fuerte demanda de regulación para el proceso globalizador*. LAPORTA, Francisco J. **Globalización e imperio de la ley - Algunas dudas Westfalianas**, p. 247 - 248.

sistema mundo no podrán quedarse más inherentes y bajo el manto estatal, a espera de una solución y de una agilidad que todavía no existe. Tendrán que, a través de medios y mecanismos relacionados a la transnacionalización, o del mismo Derecho transnacional, componer una solución para la estabilización de un nuevo modelo de Estado, el ahora llamado Estado posmoderno, que, sin abandonar ciertas instituciones y conceptos del Estado moderno, indispensables para el equilibrio interno, puedan apaciguar la rapidez con que avanza la sociedad mundial.

Aun así es necesaria la observancia y la adopción de ciertas instituciones e institutos existentes en el Common Law, ya que este peculiar Derecho no quedó mundialmente aislado, por más que haya sido creado en una isla. Los fundadores del Imperio Británico - esparcidos por las Américas, Asia y Oceanía – llevaron la herencia del Common Law a las cinco "esquinas del mundo". Además de la herencia dejada por el Imperio Británico alrededor del mundo, hoy la influencia del Derecho inglés se hace sentir también en la Unión Europea, compuesta por países esencialmente civilistas y legicéntricos, que necesitan de la cultura jurídica de aplicación del Derecho de Inglaterra, en especial de los precedentes, para resolver los conflictos generados en el seno de dicho ente comunitario.

Enraizado en una historia multisecular, el Common Law, que es el producto natural de las reglas no escritas en del transcurrir de los siglos, en un primer momento tuvo en los jueces ingleses el trabajo creativo del Derecho inglés; en seguida se fue extendido y, en ocasiones, fue modulado por otros países como Irlanda, Estados Unidos, Canadá (a excepción de la provincia de Quebec – que es civilista -), Australia y Nueva Zelanda, además de otros países que fueron excolonias de Inglaterra (países africanos, India y Birmania).

La importancia del Derecho Inglés, el cual no se limita en cuanto al ámbito de aplicación solamente a Inglaterra y a Gales, proviene del hecho de ser considerado como un modelo por gran parte de la humanidad, ya que ejerce su influencia en numerosos países que, aunque se están distanciando en determinados puntos y en determinadas áreas por una serie de factores externos, siguen utilizándolo como base jurídica.

Dado que el Derecho inglés es un modelo para gran parte de la humanidad, su expansión ha sido uno de los puntos clave de la presente tesis, sin pretender agotar el alcance del mismo en los cinco continentes y mucho menos analizar todos los institutos que fueron y/o todavía hoy son utilizados por países que adoptan o que adoptaron el Derecho inglés, pero sí conectarlos con la realidad de un Derecho, hoy, transnacionalizado, en gran parte por el mestizaje que el Derecho inglés mantuvo con otras formas de sistemas de Derecho.

El Common Law, como fue denominado por el sistema de Derecho inglés en los países de influencia de éste, tuvo una importancia incomensurable para el desarrollo estructural del Derecho en los países africanos bajo el dominio de la Inglaterra. Es claro que no solamente el sistema de Derecho del Common Law extendió su manto en los países africanos, otras potencias occidentales también lo hicieron, con un importante resultado práctico en la modernización de los Derechos de los países bajo su dominio.

Aunque el Civil Law también se haya extendido en algunos de los Estados africanos, no hay que negar la mejor inserción del Common Law. Esto es debido a que el Common Law trabajó en conjunto con el Derecho local, dando una mayor flexibilidad y dignidad a la población de las excolonias, lo que no ocurrió con aquellos países que utilizan el Civil Law.

Obviamente el Civil Law, por traer consigo la sistematización del Derecho, mediante la utilización de los códigos, daría tanto a los aplicadores cuanto a la sociedad una mayor certidumbre y racionalidad jurídica, pero no obtuvo éxito en los Estados africanos. Así, la falta de integración entre el Civil Law y el Derecho local imposibilitó que aquél tuviera una mejor aceptación y perdurase en los sistemas jurídicos locales, tal como ocurrió con el Common Law. Además de en los países africanos, puede ser fácilmente verificada la misma situación en la India, dónde el Common Law ejerce hasta hoy una gran influencia, tanto en el Derecho hindú cuanto en el indiano propiamente dicho.

En ese sentido, las modificaciones en la operacionalización del Derecho hindú producidas por el Common Law no han tenido tanto éxito como en el Derecho

de la India, teniendo en cuenta que muchos de los conceptos del Derecho hindú no tenían correspondencia en el Derecho Inglés. Hay que resaltar, sin embargo, que no solamente el Derecho indiano y el hindú prevalecieron/prevalecen en la India, otros Derechos tales como el islámico, entre otros, aún permanecen, pero no han sido analizados por no ser el objeto de la presente tesis, cuya finalidad es evidenciar cómo el Derecho inglés contribuyó a la formación del Derecho transnacional y como todavía podrá contribuir, influyendo sobre otros sistemas jurídicos, ante la facilidad de integración con los demás sistemas locales/tradicionales.

Además, siempre es importante resaltar que la transnacionalización, operada en especial en relación al Common Law, ayudó mucho a la evolución del Derecho, trayendo nuevos conceptos y quebrando paradigmas. Con esto se alteran los papeles y las funciones de los actores jurídicos internacionales, alterándose igualmente los papeles de los juristas nacionales e internacionales. Y esta evolución e integración operada por el mestizaje de los sistemas jurídicos debería provocar una recomposición de los fundamentos del Derecho, en un proceso de integración y armonización sin vuelta.

*Un ejemplo claro de evolución operada en el sistema de Derecho del Common Law es el Derecho norteamericano. Los Estados Unidos de América, por la razón de haber sido excolonia inglesa, además del pueblo, de la cultura y de la lengua propia de la nación excolonizadora, también adoptaron el sistema de Derecho utilizado por aquella, el Common Law. Con todo, además del Common Law**,** en la formación del sistema de Derecho norteamericano tuvo influencia el Derecho francés, de entre otros países de la Europa continental, los cuales incorporaron sus ideas civilistas en la formación del que es hoy considerado el Common Law norteamericano, o como quiera, el Derecho norteamericano.*

La influencia del Civil Law en el Derecho norteamericano, que perdura hasta los días actuales, hizo del Derecho norteamericano un Derecho diferente del Common Law puro – o sea, un sistema mixto de Derecho -. Por esta razón, el Derecho norteamericano ha sido analizado en el presente estudio, pues algunos institutos jurídicos creado por aquél (a través de la utilización del Common Law con influencia

del Civil Law) servirán de base para la reconstrucción de las fuentes del Derecho y del Derecho transnacional.

Como excolonia de Inglaterra, los Estados Unidos heredaron el sistema legal del Common Law, con fuertes raíces en el Derecho de los casos y precedentes y no en el Derecho legislado, pero con fuerte influencia de los Derechos español-mexicano, italiano, francés y holandés.[20] *Por ello, los Estados Unidos de América nacieron con una Constitución Federal escrita y con uno de los Estados Federados, el Estado de Luisiana, que adoptó el sistema de Derecho de la familia del Civil Law.*

Con todo, hay que dejar claro que la Constitución norteamericana no tenía la finalidad de resolver litigios, esta función continúa siendo papel de la Suprema Corte y de los demás tribunales estatales, mediante los precedents. Por ello, el Common Law venido de Inglaterra tuvo que adaptase a los cambios necesarios realizados por el Derecho norteamericano, con la finalidad de garantizar que los Estados Unidos no adoptasen plenamente el Civil Law como base en el sistema de Derecho local.

Obviamente hoy el Derecho norteamericano convive armoniosamente con el stare decisis y el statute law. La regla, en relación a la aplicación del precedente (doctrine of stare decisis), tal como es aplicada en el Derecho Inglés, tuvo que ser flexibilizada mucho en los Estados Unidos en razón de estructura federal americana; o sea, el stare decisis americano flexibilizó las reglas del precedente del Common Law (Derecho inglés puro), con la finalidad de evitar el conflicto entre el Derecho aplicado en los Estados federados americanos y el aplicado por la Suprema Corte del país.

La flexibilidad resultante de la conjunción de factores dio origen a lo que hoy se conoce como American Common Law System, en virtud del cual, pese a que los jueces no son los únicos que tienen influencia en el tipo de sistema jurídico, ejercen un grado de protagonismo en los poderes estatales mucho mayor del de sus pares civilistas, o que el de sus pares ingleses. La razón de ello radica que los jueces norteamericanos poseen un grado de influencia política en los demás poderes estatales, ante la posibilidad de ser designados o electos para otros cargos públicos,

---

[20] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 187

tanto legislativos como ejecutivos; así como un grado de influencia jurídica derivada de las decisiones en los casos judiciales que les son sometidos, ante la forma en que el Common Law americano comenzó a adoptar los case laws, los restatements of law, o la stare decisis, de entre otros institutos jurídicos que fueron adaptados a realidad jurídica de los Estados Unidos de América.

Por lo tanto, el Common Law practicado en los Estados Unidos hoy podría conseguir enfrentar batallas y encontrar soluciones judiciales para problemas referentes a las materias transnacionales inalcanzables para otros países pertenecientes solamente al Common Law o al Civil Law; así, si pudiera, a nivel interno, recibir decisiones dictadas por tribunales internacionales como forma de sentar un precedente internacional y equilibrar en un solo sistema de Derecho dos mundos jurídicos que originalmente eran complemente diferentes, se podría estar delante de una eficacia del Derecho transnacional, teniendo en cuenta que contendría lo mejor de los dos mundos jurídicos.

Por tanto, como resultado del proceso de utilización del Derecho inglés en el mundo – sea en Occidente u en Oriente – el fenómeno de la transnacionalización estuvo fuertemente influido por el Derecho inicialmente aplicado en Inglaterra. Es más, si no fuera por el Derecho inglés, cuya unidad jurisdiccional deriva de los precedents, el proceso transnacional, como un todo, no tendría un terreno fértil para expandirse.

En ese sentido, posiblemente la mayor contribución del Derecho inglés a los demás sistemas de Derecho y a la propia transnacionalización sea su visión jurídica de cuestiones sobre materias de Derecho Privado y Derecho Público. Una especial contribución afecta a la parte mercantil del Derecho Privado, teniendo en cuenta la importancia de los sujetos transnacionales implicados en el área mercantil en Inglaterra. Los ingleses siempre fueron grandes comerciantes, hecho que los llevó a encontrar soluciones con la Lex Mercatoria, de la cual fueron uno de los pueblos precursores.

Actualmente el principal impulso de una transnacionalización plena y eficaz del Derecho vendría de la aproximación de sistemas jurídicos, en especial del Civil

Law y del Common Law, vista la existencia de innumerables iniciativas encaminadas a llevar a cabo la armonización y unificación internacional del Derecho Privado centradas en estos dos sistemas, sea, por ejemplo, a través de las directivas emitidas por la Unión Europea, sea dentro de las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial del Comercio. En especial dentro de las Naciones Unidas existen instrumentos que intentan armonizar y aproximar el Derecho Privado a nivel internacional, tales como la UNICTRAL y el UNIDROIT.

Ya en el ámbito regional, en el campo de los movimientos de integración económica regional, tenemos la Unión Europea, la cual, mediante el Derecho de la Unión Europea, intenta extender la integración, en especial del Derecho Privado, a todos los países.

Por tanto, la necesidad de armonización y, quizá, de uniformización de las reglas, en especial en materia de Derecho Privado, no solamente para los países que adoptan el sistema jurídico del Common Law, sino también para aquellos de Civil Law, ha cobrado extrema relevancia debido a los procesos de integración transnacional, agravados por la integración económica regional, tal como ocurrió en la Unión Europea, siendo éste el ejemplo perfecto a seguir, teniendo en cuenta que es un producto de una visión inicialmente económica de algunos países europeos, pero que se ha convertido en precursora de un nuevo Derecho – el Derecho de la Unión Europea.

El mundo cambió, las distancias disminuyeron, internet ganó espacio (casi toda la población mundial está en red), el flujo de personas entre los países aumentó considerablemente en las últimas décadas y el comercio mundial se tornó en el propulsor de la economía global. Ninguna de esas premisas es desconocida por la sociedad y por los gobiernos de los Estados; la sociedad mundial actual tiene conciencia exacta del poder que tiene y ejerce sobre los Estados y organismos inter y supraestatales, visto el plebiscito que aprobó la retirada de Inglaterra de la Unión Europea y cuyo resultado generó el llamado Brexit. El mundo, entonces, se ha vuelto más dinámico trayendo consigo creaciones (Unión Europea) y reinvenciones (Lex Mercatoria) excepcionales, con la finalidad de suplir las lagunas dejadas por la gobernanza estatal tradicional.

Con todo, hay que resaltar que no solamente en el Derecho Privado la armonización del Derecho produciría un gran beneficio, sino que también produciría una mayor integración transfronteriza de actores transnacionales capaces de superar otras diversas barreras; no obstante, la armonización de Derechos como un todo deberá pasar por un plano internacional que tenga como norte la preservación del pluralismo jurídico y de los derechos. Esto se debe a que no está solamente en juego la armonización y uniformización de Derechos inherentes al Common Law y al Civil Law, sino a que lo que se persigue es un mestizaje de éstos para la formación de un Derecho que atienda las necesidades de nuevos actores transnacionales, que proceden, la mayoría de las veces, del mercado comercial mundial.

La tendencia a negar que parte, o quizá gran parte, de los reglamentos transnacionales se transformen en un producto del Derecho deriva de suposiciones profundamente enraizadas sobre la naturaleza del propio Derecho, por ejemplo, que el mismo puede ser creado o controlado solo por instituciones y órganos del Estado; que es esencialmente regulación pública y no privada; que precisa (incluso a veces sin éxito) alcanzar claridad y constancia relativas en forma de reglas fijas, no de patrones flexibles; que es una manera suprema de regulación, dominando otros regímenes regulatorios; que es parte integrante del campo social; que consiste en demandas imperativas o permisiones especificadas, no en entendimientos negociados. Cada una de estas suposiciones sobre el Derecho es contestada por el desarrollo de la reglamentación transnacional, en la medida en que esa reglamentación es hoy frecuentemente calificada como "Derecho", concebido como algo legalmente importante o cada vez más integrado en el Derecho nacional o internacional.

Así, el papel del Derecho inglés es de extrema importancia, no solamente para la transnacionalización en sí, sino también para la expansión de mercados globales comerciales, pues los ingleses siempre dominaron la técnica de traspasar fronteras, adaptándose a las reglas y difundiendo la manera de ver el Derecho a quien quiera que fuera.

El cruce de fronteras por parte de actores internacionales, en especial los de cuño comercial, hizo que las organizaciones internacionales creasen instrumentos

capaces de reglar el modus operandi del funcionamiento organizacional de aquellos. Con todo, por más que el reglamento organizativo del comercio internacional – utilizando específicamente esta área del Derecho, pero dejando claro que podría ser utilizada cualquier otra– esté teniendo lugar, problemas provenientes de las normativas nacionales pueden complicar y, muchas veces, hacer inviable las relaciones comerciales entre diferentes actores transnacionales.

En la medida que los Estados nacionales dificultan, sea por la ineficacia en la aplicación de la justicia, o en el acceso a la justicia, o por decisiones absurdas, la resolución de conflictos generados por las relaciones existentes entre los diferentes actores transnacionales, el precedent judicial transnacional surge como una solución para dar agilidad, tranquilidad y la certeza necesaria para el mantenimiento de las relaciones establecidas a nivel supranacional.

En ese sentido, la importancia de los precedents en sí radica en la generación de decisiones judiciales universales/transnacionales, que versan sobre los más variados temas y pormenores, teniendo en cuenta que los precedents se constituyen en fuentes de gran importancia, no solamente para el Common Law, sino también para los países pertenecientes a Civil Law; así, la posibilidad de utilización de precedentes judiciales extranjeros por parte de otros tribunales, nacionales e internacionales, y que ellos sirvan de fundamento a las referidas decisiones son de importancia vital para tener la posibilidad de formación de una verdadera comunidad global.

Este nuevo paradigma del Derecho pasa, entonces, siguiendo en la misma línea de razonamiento, por la utilización y validación de precedentes transnacionales por parte de los Tribunales y Cortes de Justicia nacionales e internacionales, transformando el papel de los jueces en protagonista de tales reformulaciones.

Además, siempre es importante resaltar que no hay forma de no incluir la figura del Estado en el concepto de Derecho transnacional, pues para existir un Derecho transnacional plenamente operante se hace necesaria la anuencia de los Estados, sea mediante el reconocimiento de la existencia y autonomía de la voluntad de aquellos, o para que tenga lugar la implementación dentro de los Estados de las

decisiones alcanzadas a nivel transnacional. Otra cuestión es que el Derecho transnacional tenga matices y soluciones relativas al Derecho internacional público, pues las consecuencias que produce el Derecho transnacional en el mundo jurídico conducen a un cambio de paradigmas tanto en materia de Derecho internacional público como del Derecho internacional privado.

Por tales razones, la posibilidad de adaptación y flexibilización, así como fluctuación por parte del Derecho transnacional en cuestiones públicas y privadas, sean internas o internacionales, arroja una mejor comunicación/dialogo, incluyendo aquí el "dialogo judicial", con el Common Law. Con la utilización por parte de actores transnacionales del Derecho transnacional en el escenario mundial, los operadores jurídicos, además de adaptarse a esa nueva fórmula jurídica, también tendrán que estar dispuestos a poner en práctica e instrumentalizar ese nuevo Derecho.

Es cierto que las consecuencias para aquellos que operan con el Derecho serán muchas, teniendo en cuenta que tendrán que ir colmando, en lo concerniente a la utilización del Derecho transnacional, las lagunas que existieran. Situar al juez en este proceso como cooperador de la Justicia exigirá una inversión de las concepciones actuales y de la estructura de cooperación. El juez dinámico, más administrador de situaciones conflictivas que la voz que proclama el Derecho, tiene también una responsabilidad ética potencializada en relación a otros profesionales jurídicos.

Los operadores del Derecho, de un modo general, deberán enfrentar el proceso transnacionalizante atentos a cada hecho de la realidad y conscientes de la necesidad de enfrentar cuestiones que no son explicadas por los códigos, sino que serán llamados a oír, a conciliar, a aproximar partes antagónicas, a cooperar con la realización concreta de lo justo. Si no tienen el talento para descubrirse protagonistas de un nuevo escenario jurídico, deben estar capacitados para enfrentar el desafío.

Estos juristas transnacionales también deberán ser llamados, si ya no lo están, a solucionar controversias por los mecanismos de solución de disputas transnacionales en el seno de la comunidad internacional o incluso internamente en sus sistemas legales nacionales, enfatizando la nueva postura que debe mantener el

jurista transnacional, fundamentada en la realidad de las normas vigentes, confiándoles la defensa del orden jurídico, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales indisponibles.

Bajo este nuevo escenario, la armonización de sistemas jurídicos, generada en buena medida por la flexibilidad del Derecho inglés, así como por la evolución traída por la globalización y, posteriormente, por la transnacionalización del mundo jurídico y político, cambió la idea tradicional de la sociedad internacional en cuanto a no poder utilizar para la resolución de conflictos, cuestiones/precedents internacionales en materia de discusión y dialogo nacional.

Surge entonces hoy para la sociedad internacional, así como para los actores transnacionales, la oportunidad de buscar las instancias judiciales nacionales e internacionales para la resolución de conflictos. No obstante, estas instancias judiciales nacionales e internacionales no podrán eximirse de la creación de instrumentos/tribunales transnacionales, como presupuesto esencial y universal para la realización de los derechos y garantías fundamentales, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia, por si sólo, ya es un Derecho de toda la sociedad internacional.

En ese sentido, la creciente y concisa demanda del poder judicial nacional de actores transnacionales con la intención de dirimir cuestiones o disputas relacionadas con la economía y las políticas transnacionales, así como el aumento de la cantidad de decisiones o cuestiones de Derecho extranjero que se invocan para integrar el léxico jurídico nacional, como manera de administrar el Derecho en cuestión eminentemente nacionales, subrayan la importancia del Derecho transnacional y el protagonismo de los jueces.

Además, no es posible olvidar que hoy hay variaciones en las formas de aplicar el Derecho transnacional por los diversos ordenamientos nacionales, lo que requiere una mayor investigación de la naturaleza y el papel del Common Law y del protagonismo de los jueces en el mundo transnacionalizado. No obstante, no solamente la vía nacional y las Cortes internacionales deben ser foros de dialogo transnacionales. Se tienen que crear ámbitos de discusión y diálogos transnacionales capaces de discutir, analizar y juzgar los referidos conflictos, así como se ha

consolidado con el Derecho comunitario, hoy el Derecho de la Unión, al igual que con el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo.

El papel de los tribunales y la necesidad de los jueces de decir el Derecho es de suma importancia pues, a pesar de las tentativas de formación de un Estado Mundial o de una Constitución Global para garantizar de manera universal los derechos fundamentales de la sociedad internacional, todo pasa, indiscutiblemente, con vistas a la validez y eficacia en los Estados de un Derecho transnacionalizado, por una armonización y consecuente mestizaje de los sistemas jurídicos, para, al final, buscar la recomposición de los fundamentos del propio Derecho.

Y el protagonismo de los jueces, celebrado por algunos y odiado por otros, ha puesto de relieve el papel de los tribunales y de los jueces en el momento de decir y aplicar el Derecho. Aunque sea controvertido, el protagonismo de los jueces comenzó siendo una forma de protección de las normas constitucionales en el Derecho norteamericano, extendiéndose a los demás países del globo, pasando a ser discutido, transnacionalmente, como una solución para los conflictos de los que son parte cotidiana los actores transnacionales.

Pese a la connotación muchas veces negativa con que el protagonismo de los jueces es percibido por los juristas alrededor del mundo, la realidad es que el poder judicial ha sido reinventado lentamente a lo largo del último siglo, en la tentativa de garantizar el mínimo necesario para la buena aplicación del Derecho, sea en la esfera nacional o internacional. Los conflictos planteados las Cortes, nacionales e internacionales, generados un mundo dinámico y en creciente evolución, ponen a prueba la capacidad de los jueces y, especialmente, la capacidad del Derecho interno de los Estados, para dar la mejor solución a la quaestio juris. Muchas veces la dinámica del Estado impide una aplicación ecuánime del Derecho por parte de los jueces que, en consonancia con decisiones emitidas por otras Cortes o tribunales de diferentes Estados, hacen que las partes se sientan insatisfechas con la decisión tomada.

Por esto, el protagonismo de los jueces, nacido en su forma más pura en la cuna del Common Law norteamericano, puede ser una de las vías empleadas en

ese momento de la historia por el poder judicial, haciendo posible que los jueces reescriban el Derecho, frente a los pesados engranajes del Estado, presuntamente posmoderno y, por qué no, de los Derechos nacionales, en la tentativa de aplicación de un Derecho transnacional, concernido por las necesidades actuales y futuras de la sociedad internacional.

Debe destacarse que el protagonismo judicial, en su origen, proviene de una actuación e interferencia en la esfera política por parte de los jueces. Sin embargo, a la par de esta interferencia extrajudicial, un protagonismo de los jueces en las bases del poder judicial, tanto a nivel nacional cuanto internacional, puede ser uno de los mecanismos para resolver conflictos transnacionales en el Derecho transnacional, haciendo surgir un nuevo instituto que será denominado protagonismo judicial transnacional o construcción transnacional judicial.

No puede ignorarse que hoy no existen todavía mecanismos, instrumentos, encaminados a dar eficacia al Derecho transnacional, o sea, no se tiene aún una "Liga de Naciones" (la cual dio eficacia al Derecho Internacional) para el Derecho transnacional. Sin embargo, los avances en los estudios y tentativas prácticas para alcanzar la validez y eficacia del Derecho transnacional evolucionan a "pasos agigantados", no ignorando la necesidad de una refundación de los fundamentos del Derecho para alcanzar el objetivo pretendido.

Sin duda la evolución y reformulación de Derechos pasará por una actuación proactiva de los tribunales locales e internacionales, en el sentido de validad los mecanismos e instrumentos que serán utilizados por los actores transnacionales para llegar al objetivo deseado, que es la creación de foros y espacios que propicien la validez y eficacia del Derecho transnacional. De ahí que un protagonismo judicial calificado como transnacional, con un diálogo entre Tribunales/Cortes, sean nacionales o internacionales, o una relación entre ambos, resulte imprescindible para ese proceso de reformulación del Derecho como un todo.

La unión de estos dos asuntos – protagonismo judicial y dialogo entre tribunales – podría ser una de las soluciones controvertidas para que el Derecho transnacional alcance el fin a que se propone. Las decisiones transjudiciales podrían

brindar mayor consuelo a los actores transnacionales con respecto a la aplicación del Derecho transnacional en el escenario mundial si este último ya se implementara efectivamente, ya que las cortes y tribunales internacionales y supranacionales a menudo no logran llevar a cabo una comunicación eficiente entre ellos, ni resolver las llamadas cuestiones transnacionales de forma eficaz y segura para las partes implicadas en el conflicto. Sin embargo, como todavía no hay instrumentos capaces de dar eficacia al Derecho transnacional, las decisiones transjudiciales hacen ese papel en la esfera nacional, internacional y supranacional.

Entonces, ¿se puede cambiar el escenario actual generando espacios de discusión específicos, o incluso extender un protagonismo judicial transnacional en el que los actores transnacionales utilicen los sistemas legales nacionales o incluso los tribunales internacionales proporcionando certeza y seguridad jurídica? La respuesta solo puede ser una: sí, hay una necesidad de trabajar mejor los elementos centrales, tales como las fuentes de ese nuevo Derecho transnacional, en tanto que verdadero Derecho que ande "a la par" de los Derechos nacionales e internacionales.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, debido al control de convencionalidad y a la doctrina del margen de apreciación nacional, respectivamente, son ejemplos de la posibilidad de una mayor inclusión de los llamados "puentes de transición", en el sentido de un perfeccionamiento del dialogo, esta vez jurisdiccional, entre el Derecho nacional e internacional. Es claro que las decisiones de tales cortes no tienen el grado de validez y eficacia de las del Tribunal de Luxemburgo (uno de los mayores instrumentos hoy de producción de Derecho transnacional) respecto a los países que componen la Unión Europea, pero son un paso bien interesante para alcanzar estos objetivos.

Por tanto, cuando se piensa en un Derecho transnacional, en razón de la inexistencia de una constitución universal, se asume que el dialogo entre tribunales, mediante las decisiones transjudiciales y la utilización por las cortes nacionales de precedentes extranjeros, el mismo diálogo entre jurisdicciones debe ser imperativo.

Sin embargo, para que el Derecho transnacional adquiera fuerza imperativa, o sea, validez y eficacia plenas, se ha de producir una recomposición de

los fundamentos del Derecho, iniciándose con la reformulación de las fuentes, así como un perfeccionamiento conceptual de principios y normas hasta ahora vigentes.

En este sentido, el camino para un Derecho transnacional pleno es arduo pero, como los juristas mundiales dicen, "es fértil" y necesario para suplir las demandas de los actores transnacionales, dotándoles de la certidumbre de que los conflictos planteados en los foros judiciales sean solucionados de manera lineal bajo la misma línea de fundamentos jurídicos, ya sean juzgados en Cortes internacionales, nacionales, supranacionales o transnacionales.

La implementación del Derecho transnacional pasa entonces por la recomposición de los propios fundamentos del Derecho, en especial de los sistemas de Derecho de Common Law y de Civil Law. Esta máxima se debe al hecho de la inexistencia de foros jurídicos transnacionales capaces de dotar de eficacia y validez al Derecho transnacional.

El Derecho Transnacional deberá ser estructurado a partir de ciertos principios y fuentes, sin duda jurídicos, pero de carácter universal, recurriendo a las enseñanzas de flexibilización del Derecho suministradas por el Common Law (Derecho inglés) que, nacido en la expansión territorial de Inglaterra en la era de las colonizaciones alrededor del mundo, ha diseñado un patrón de inserción jurídica en las demás culturas mundiales.

Por cierto que el Derecho Transnacional pasó a existir a partir del momento en que surgió la necesidad de regular conflictos jurídicos ocurridos más allá de las fronteras nacionales que no encajaban en el campo internacional. No obstante su existencia, el Derecho Transnacional, como un Derecho más allá de las fronteras (nacionales e internacionales), aún no es plenamente válido y mucho menos eficaz, como lo son los Derechos nacionales e internacionales (exceptuándose la validez y eficacia el Derecho producido por el Tribunal de Luxemburgo y por el Tribunal de Estrasburgo respecto de los países miembros de la Unión Europea).

La manera de convertir el Derecho transnacional en válido y eficaz pasa por la remodelación o recomposición de las fuentes ya existentes que integran tanto el Derecho nacional cuanto el Derecho internacional de los Estados, incorporándolas

latu sensu en el rol de las fuentes adoptadas por los Estados pertenecientes a los sistemas jurídicos del Common Law y del Civil Law, con la finalidad de poder impactar en la sociedad jurídica mundial como un todo.

Además, los cambios de paradigma traídos por la armonización de fuentes en los sistemas de Derecho del Common Law y del Civil Law proviene del hecho de que la globalización no deja espacio para que nada ni nadie se quede en el mismo lugar; pero también determinó la conectividad de todos en todos los sentidos.

La mayor proximidad entre los sistemas (Civil Law y Common Law) y el consecuente mestizaje de estos se dio en mayor grado en la esfera del poder judicial en el momento en que pasó a colmar, por medio de la jurisprudencia/precedente, las lagunas dejadas por las llamadas fuentes tradicionales dentro del propio sistema de Derecho, sea éste interno o internacional. En este sentido, se entiende que la aproximación aquí descrita es mayor en el Civil Law que en el Common Law, a pesar de los avances de los acts y statutes en el segundo, dado que el precedente en si, por la Stare decisis, ratio decidendi y case law, que forman la doctrina de los precedentes, son de impronta eminentemente commonlista y no civilista.

Tal situación facilitó una mirada más profunda de las bases de los sistemas de Derecho, en especial dentro de las fuentes del Derecho Inglés, con la finalidad de que la armonización y la aproximación de las fuentes que componen los sistemas de Civil Law y de Common Law pudieran hacer que las mismas se mestizaran, proporcionando la base legal para la construcción de las estructuras del Derecho transnacional. La doctrina del precedente, en el origen de este mestizaje, ha traído una mejor comprensión de aquello en lo que consiste la recomposición de las estructuras del Derecho, para que el Derecho transnacional no solamente exista, sino que sea válido y eficaz a nivel mundial.

En ese sentido, algunas corrientes de pensamiento privilegian el precedente por haberse desarrollado de manera práctica, conduciendo a un nuevo esquema conceptual en que el juez pasa, por la producción de sentencias que podrán generar precedentes, a tener más importancia en detrimento de los legisladores.

La doctrina del precedente y, como consecuencia, el recurso a la analogía como un mecanismo/instrumento necesario para la utilización de la doctrina del precedente, son de extrema importancia para el Derecho transnacional, ya que cuando la situación conflictiva presenta alguna analogía con una categoría de situaciones sobre las cuales el legislador se pronunció, el juez siempre puede elegir entre el raciocinio a pari y el raciocinio a contrario, o sea, o la analogía es suficiente para que la nueva situación sea regida por la disposición legislativa cuya hipótesis no la contempla explícitamente, o la diferencia es hasta tal punto significativa que el juez se aleja de ella en la aplicación.[21]

Así, en los países de la familia del Derecho del Common Law casi siempre los precedentes caminan de la mano de la analogía, seguidos muy de cerca por la jurisprudencia dentro de la familia de Derecho del Civil Law, y es exactamente por esta razón por la que la comprensión conjunta de estos dos institutos (precedente y analogía) es importante para el Derecho transnacional, dado que casi nunca los casos son completamente idénticos, siendo el tribunal que hoy examina el caso a ser juzgado quién deberá decidir si aplica o no el precedente anterior de manera analógica, verificando cuáles son las diferencias y semejanzas y cuáles son más importantes.

A partir de la composición inicial de las fuentes que deberán componer el Derecho transnacional, es posible afirmar la existencia de una nueva estructura jurídica en el mundo, una estructura que se presenta de norma trinaria, debido la colocación del Derecho transnacional al lado del Derecho nacional e internacional.

Así, incluso dependiendo de la doctrina, teoría y sistema al que esté afiliada la dogmática jurídica, lo cierto es que hay hoy un nuevo eje trinario del Derecho que engloba los Derechos nacionales, internacional y transnacional, y que debe ser analizado a la luz de las teorías monista y dualista, en la perspectiva de la inserción del Derecho transnacional en el orden jurídico mundial.

En esta nueva estructuración de Derecho - interno, internacional y transnacional - no se puede olvidar la inserción del Derecho de la Unión (el Derecho utilizado por los países miembros de la Unión Europea). Esto porque el Derecho de

[21] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 156

la Unión es un Derecho autónomo, proveniente de fuentes primarias del Derecho Internacional (tratados internacionales), así como de la intersección de los Derechos nacionales e internacionales.

Hasta el momento en que el mundo jurídico advirtió la existencia de un Derecho transnacional, el Derecho de la Unión era el Derecho que proyectaba su "sombra" en la antigua estructura del Derecho, sea interno e internacional. Sin embargo, con el surgimiento e incorporación al mundo jurídico del Derecho transnacional, el Derecho de la Unión dejó de ser la "sombra", para ser una especie de subsistema del Derecho Transnacional.

No hay que descartar quizá en un futuro no tan distante la incorporación del Derecho de la Unión como una de las ramas del Derecho transnacional, debido las similitudes existentes entre ellos, tanto respecto a la formación (autonomía y relación entre los Derechos interno e internacional) cuanto a las esferas específicas, como, por ejemplo, en las áreas comercial y humanas.

Por esta razón, se hace necesario el estudio del Derecho transnacional bajo la óptica de las teorías monista y dualista, pues dentro de sus concepciones y conceptuaciones, por más antagónicas que puedan parecer (y lo son), están incorporadas las bases de los sistemas jurídicos nacionales de los países pertenecientes a las familias de Derecho existentes en el mundo, incluido el Common Law y el Civil Law, haciendo que la incorporación y asimilación del Derecho internacional en el nacional sea lo menos traumática posible para el sistema jurídico de los países adoptantes de una o de otra teoría.

Con el surgimiento del Derecho Transnacional, que vino a suplir los vacíos jurídicos dejados por una mayor conectividad y conexión de los Estados a nivel mundial, no solamente en el mundo jurídico, sino en los demás sectores de la sociedad, política, economía, cultura, medio ambiente, de entre otros, se hizo necesaria la inclusión de las teorías monistas y dualistas. Por ello el Derecho transnacional ha traído con él la necesidad de un nuevo paradigma jurídico para suplir las lagunas dejadas por los Derechos hoy existentes.

Es en este escenario, interno e internacional, en el que surge el nuevo Derecho, el transnacional; sin embargo, como fue incansablemente puesto de relieve en la presente tesis, es necesario instrumentalizarlo, con la finalidad de volverlo plenamente válido, para que pueda producir la eficacia necesaria en el mundo jurídico posmoderno, conexo y conectado. Sin embargo, para que ocurra esto es necesario que el Derecho interno y el internacional estén en sintonía.

En este sentido, las dos doctrinas – monista y dualista- técnicamente contrarias una de la otra, muestran la comunicabilidad entre dos Derechos – interno e internacional - debiendo por esta razón el Derecho transnacional ser incorporado a las doctrinas monista y dualista. No hay necesidad de creación de un nuevo sistema en este momento, pero es necesario sin duda la inserción del Derecho transnacional en la explicación, comprensión y aprendizaje de las teorías monista y dualista a los ojos de los operadores jurídicos mundiales, con la finalidad de que estos sean los primeros pasos hacia la eficacia y, en consecuencia, hacia la reformulación del Derecho de la sociedad posmoderna.

Por mayores que sean las diferencias entre el Derecho interno y el internacional, hoy especialmente la teoría defendida por Kelsen (monista), debido a la efectividad y la coercividad que posee, debería ser extendida para abarcar igualmente el Derecho transnacional, con la finalidad de que la teoría monista pueda pasar a ser discutida en relación al Derecho internacional, transnacional e interno, configurando un eje trinario del Derecho, una estructura que contenga nuevas concepciones y fundamentos exigidos por un Derecho posmoderno.

Por tanto, este nuevo eje trinario del Derecho se adecuaría mejor a un monismo vinculado a una escuela moderada, en la cual hubiera una equiparación entre los Derechos en cuestión – internacional, transnacional e interno- entendiendo que el Derecho transnacional opera como un enlace/puente entre el Derecho nacional e internacional.

De este modo, la aceptación de un Derecho transnacional permitiría atender las necesidades de la sociedad jurídica mundial, teniendo en cuenta que muchos de los conflictos jurídicos que deben ser reglamentados y resueltos

jurídicamente, surgidos después de la primera mitad del siglo XX, se encuentran en un "limbo jurídico" de difícil regularización. Esto lleva a la discusión, ya puesta de relieve a lo largo de esta tesis en relación a la importancia del diálogo entre tribunales, de la cuestión de las decisiones transjudiciales y de los demás temas sugeridos en ese trabajo, originada por la inexistencia de foros o espacios, como se quiera llamar, para la discusión y decisión sobre la materia puramente transnacional.

El Derecho transnacional rompió con el hábitat natural del Derecho nacional – un territorio delimitado por fronteras, dentro de las cuales viven determinados ciudadanos – y cambió los rumbos del Derecho internacional. Así, tiene que haber un cambio en relación a los viejos dogmas y paradigmas de estos dos Derechos, rumbo a una coyuntura más pluralista y comunitaria, la cual podrá dar cuenta del propio Derecho transnacional.

La construcción de un nuevo orden global, como consecuencia del reconocimiento del Derecho transnacional "al lado" y caminando "a la par" del Derecho nacional e internacional, formando un eje trinario de Derechos, tendrá que pasar por un cambio no solo de concepciones, sino también por una remodelación de los propios fundamentos del Derecho. Esto porque el Derecho transnacional, fruto de la globalización, obliga a los Estados a autorregularse más allá de las fronteras del propio Estado, como también está obligado el Derecho internacional a abrir y construir espacio para la discusión de cuestiones transnacionales.

Se puede decir entonces que el Derecho transnacional, no importando si con origen en un sistema civilista o commonloista, una vez nacido de la interconexión entre la economía, sociedad y política de los diferentes Estados nacionales, ya no puede ser visto solamente como una simple apertura de fronteras y generación del espacio mundial común, sino como una nueva manera de ser del Derecho, implicando los más diferentes sectores concernidos por la internacionalización de los Derechos, en especial los derechos humanos.

Otra consecuencia igualmente analizada en esa tesis y que viene produciendo efectos relevantes en el Derecho es el protagonismo de los jueces, pues el poder judicial, cuando amplia la posibilidad de aplicación del Derecho, sea en ámbito

nacional o internacional, podrá crear mecanismos casi administrativos para administrar la justicia, ampliando el límite de los poderes que le son inherentes y necesarios para la construcción de mecanismos e instrumentos jurídicos de aplicación del Derecho transnacional.

Un Derecho transnacional incorporado y reconocido por la sociedad jurídica internacional, instrumentalizado y con mecanismos propios de discusión, tendrá que ser una posibilidad real e inminente, pues solamente así será posible colmar las lagunas generadas por el nuevo orden global, ante un mundo planificado por la globalización. Además, la efectividad del Derecho transnacional solo será capaz de desempeñar el papel que se le ha conferido si cuenta con el auxilio de todos, tanto de los antiguos como los nuevos actores nacionales e internacionales, para formar parte de la recomposición de los fundamentos del Derecho contemporáneo.

Del análisis de la presente tesis se llega a algunas conclusiones. La primera es que ya ha tenido lugar en la práctica una reformulación del objeto de estudio de la ciencia del Derecho, pues el Derecho debe ser considerado como integrado por un eje trinario y no binario, incluyendo el Derecho nacional, internacional y transnacional. Esta reformulación sólo ha ocurrido en la práctica, pues en la teoría la doctrina aún ha situado el Derecho transnacional como un Derecho junto al Derecho nacional e internacional, aunque la nueva Lex Mercatoria y el Derecho de la Unión constituyan ya los paradigmas de esa reformulación.

La segunda conclusión a la que se llega en esta tesis es que el método de análisis del Derecho debe tener en cuenta cómo se reestructuran las fuentes, mediante una recomposición del sistema de fuentes del Derecho, en especial reformulando el papel del juez aplicador del Derecho. Por esta razón, el protagonismo de los jueces en un mundo jurídico compuesto por un eje trinario es esencial para que se valide del método de aplicación de las nuevas fuentes del Derecho.

Finalmente, la tercera conclusión a la que se llega en esta tesis es que la función de la ciencia jurídica tiene que ser una función que no solamente describa los cambios en el mundo jurídico, sino también que prescriba cómo deben ser esos

cambios, cómo debe ser el fenómeno de la transnacionalización, evitando el surgimiento de dudas relativas a la aplicación del Derecho transnacional.

En fin, la ciencia jurídica tiene que llegar a una reformulación del objeto de estudio del Derecho - como un trípode: Derecho nacional, internacional y transnacional - una remodelación de su objeto – mediante una recomposición de los sistemas de fuentes- así como repensar su función - descriptiva y prescriptiva -, para, finalmente, generar un equilibro adecuado en el Derecho.

INTRODUÇÃO

Na presente Tese se tentará demonstrar que a transnacionalização do Direito Inglês, como influenciador da *Civil Law,* tem contribuído para a construção de um Direito Transnacional capaz de recompor os fundamentos do Direito.

Tal hipótese será abordada em decorrência da miscigenação dos sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law*, como sistemas fundamentais para a transnacionalização do Direito. O tema da Tese será a miscigenação dos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law* como elemento propulsor à transnacionalização do Direito e a recomposição e reestruturação dos fundamentos do Direito Transnacional.

Para tanto, o trabalho se delimitará em demonstrar a miscigenação dos sistemas jurídicos a partir da análise da *Common Law* e da *Civil Law*, como sistemas fundamentais para a transnacionalização do Direito, a partir do estudo da origem e do desenvolvimento de ambos os sistemas, bem como a influência que os mesmos tiveram no Direito Pós-moderno, a fim de ter uma visão geral da possibilidade de recomposição e reestruturação dos fundamentos do Direito.

O referido tema está vinculado à linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, do Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Por se tratar de trabalho em dupla titulação, a Tese também corresponde à linha de pesquisa em Filosofia do Direito, do Doctorado en Derecho da Universidad de Alicante, Espanha.

O Método[22] a ser utilizado na fase de Investigação[23] será o Indutivo[24]; na fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano[25], e o Relatório da Pesquisa é composto na base lógica Indutiva. As técnicas de Investigação serão a técnica do referente[26], da categoria[27], dos conceitos operacionais[28], da pesquisa bibliográfica[29] e do fichamento[30], levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Nesta Tese as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula, seus conceitos operacionais são apresentados no Rol de Categorias constante no início deste estudo e a tradução de todas as obras estrangeiras aqui analisadas é de caráter não oficial, cuja responsabilidade é da doutoranda.

A motivação para o estudo do tema deu-se por alguns motivos, quais sejam, pela importância histórica dos dois grandes Sistemas de Direito - *Common Law* e *Civil Law* - na formação jurídica do mundo Ocidental; pela proximidade alcançada pelos mesmos após a segunda metade do século XX, decorrente da Globalização, em razão do fato que a Globalização ter trazido com ela novos atores internacionais e transnacionais, os quais o Estado nacional não consegue, sozinho, suprir as

---

[22] Método: é a base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica, ou seja, Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 94.

[23] Investigação: é o momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 91.

[24] [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 95.

[25] Sobre as quatro regras máximas do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja-se LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

[26] [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 62.

[27] [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 31.

[28] [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 43.

[29] Técnica de investigação [...] em livros, em Repertórios Jurisprudenciais e em coletâneas legais [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 112.

[30] [...] é atividade da Ciência porque o Fichamento, como Técnica, deve ser acionado num contexto em que o seu utilizador tenha um Referente claramente explicitado antes de iniciar a operação [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 133.

necessidades jurídicas que lhe são postas a deliberar; pelo fato da flexibilização existente no Direito Inglês ter possibilitado a recepção de regras externas para a solução de problemas transnacionais; e, por fim, pelas influências que esta proximidade e harmonização de conceitos gerou no desenvolvimento do Direito Pós-moderno.

Assim, diante da inegável aproximação entre a C*ommon Law* e a *Civil Law*, novas alternativas e perspectivas de Direito, visando a resolução de conflitos transnacionais têm surgido. A contribuição apresentada a partir da miscigenação dos sistemas da C*ommon Law* e da *Civil Law* têm positivamente formulado novas regras, remodelando fontes, apresentando formas harmoniosas de convívio entre atores transnacionais e criando uma nova cultura jurídica comum ocidental operada pelo Direito Transnacional.

Ademais, a própria estrutura do Direito terá que ser reformulada e recomposta, tendo em vista que o Direito Transnacional deverá ser estudado e aplicado no mesmo patamar que o Direito nacional e o Direito internacional, formando-se uma “tríade”, ou melhor, compondo-se em um eixo trinário de Direitos, e não mais um sistema binário de Direitos.

A Tese será composta por três partes, sendo que na primeira parte da Tese serão analisados a *Common Law,* a *Civil Law* e o Direito Pós-moderno; na sequência, será analisada a influência do Direto Inglês no ocidente e no Direito norte-americano, bem como, o papel do Direito Inglês na transnacionalização; finalmente, na última parte, serão analisadas as consequências da transnacionalização para o mundo jurídico, o papel do judiciário na formação de um Protagonismo Judicial Transnacional, a fim de demonstrar ser possível que a miscigenação dos sistemas jurídicos, em decorrência da influência do Direito Inglês na *Civil Law,* opere uma transnacionalização do Direito.

No primeiro capítulo, então, será abordado o Direito Inglês quanto a origem e a formação do mesmo e a influência deste no Direito da atualidade. Isto porque, a influência da tradição jurídica proposta/imposta pelo Direito Inglês ao mundo civilizado é de suma importância na formação do Direito Pós-moderno.

Entretanto, não terá a presente Tese a finalidade de esgotar o estudo do Direito Inglês - tanto aquele aplicado na Inglaterra quanto aquele difundido nas ex-colônias inglesas; a finalidade, isto sim, é informar a grande influência que a *Common Law* inglesa tem na formação do Direito hoje, na atualidade, tendo em vista a facilidade com que é capaz de adaptar-se aos demais Direitos, locais em especial, convivendo, muitas vezes, por anos lado a lado com outras formas de aplicação do Direito, sempre de forma positiva e contribuindo para uma melhor aplicação do sistema jurídico como um todo.

Outrossim, cabe aqui uma pequena observação, a qual não deve ser esquecida para que não ocorram confusões ou ilusões, visto que, por mais que o Direito Inglês não seja fruto de um sistema organizado como os demais Sistemas de Direito, por mais que ele tenha como qualidade uma melhor adaptabilidade e, pode-se dizer, flexibilidade quanto à convivência com outras formas/Sistemas de Direito, o Direito Inglês é extremamente formalista e solene[31], tendo institutos jurídicos que perduram há séculos, tudo em face da forma como o mesmo teve origem.

E, em face disto, no segundo capítulo será abordada a *Civil Law*, em relação a origem, evolução e a formação da mesma, na tentativa de harmonização de Direitos. A *Civil Law*, tal qual todos os demais sistemas jurídicos existentes no mundo, passou nos últimos séculos por transformações substanciais, a fim de chegar na posição que se encontra hoje. Isto ocorre porque a evolução da *Civil Law* está muito ligada a própria evolução do Direito, na tentativa de acompanhar as necessidades sociais.

Corrobora para tanto, o fato de crescer a importância da Jurisprudência como fonte do Direito da *Civil Law*, tradicionalmente civilista e legicêntrica, sendo que essa visível evolução da metodologia judiciária se deve ao crescente inter-relacionamento dos Estados que, ao longo das últimas décadas, tem contribuído para

[31] Os leitores desta Tese poderão achar que é controverso o fato do Direito Inglês ser ao mesmo tempo dotado de flexibilidade e adaptabilidade e ser solene e formalístico. Entretanto, neste caso, são conceitos contrários que convivem perfeitamente bem no Direito Inglês, conforme se poderá facilmente comprovar ao longo deste trabalho. Isto porque, por mais solene e formalístico que seja o Direito Inglês, e ele o é, por outro lado ele consegue adaptar-se a Direito locais com muita facilidade, exemplos para melhor compreensão é o modo como o Direito Inglês (*Common Law*) vigeu e continua vigendo em muitos países Africanos, na Índia e, em especial, nos Estados Unidos e Canadá.

a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

Já, no terceiro capítulo da Tese será analisado o Direito Pós-moderno como decorrência lógica para o surgimento de um Direito Transnacionalizado. Importante, neste caso, será a análise do papel do Estado, qual seja, o Estado Pós-moderno, e das instituições que compõem o mundo globalizado e transnacionalizado de hoje, tendo em vista os novos atores internacionais que emergiram nos últimos 50 anos.

Isto porque, situações ou mesmo posições, que anteriormente demoravam séculos para serem quebradas ou mudadas, hoje, em razão da instantaneidade das comunicações, caem por terra com muita facilidade. E, neste sentido, se o Estado não possuir meios capazes de, pelo menos de longe, acompanhar a rapidez das mudanças, poderá vir a ser superado, se já não o foi, visto que não somente o *status* poderá ser alterado, mas as mudanças poderão ser mais significativas atingindo outras formas de governo e/ou governança não estatal.

Por esta razão, no quarto capítulo da Tese será abordado o papel do Direito Inglês como influenciador do Ocidente; tal análise merecerá destaque face o papel desempenhado pela *Common Law,* um dos maiores sistemas legais do mundo, que nasceu na Inglaterra, país localizado ao norte da Europa e, por sua vez, cercado por países pertencentes ao Sistema de Direito da *Civil Law*. Além disto, merecerá destaque o papel que o Direito Inglês teve na formação jurídica de países ocidentais, bem como nas ex-colônias britânicas no Oriente.

Ademais, a importância do Direito Inglês, o qual não está limitado quanto ao domínio de aplicação, somente à Inglaterra e ao País de Gales, decorre do fato dele ser considerado como um modelo para grande parte da humanidade, visto que exerce sua influência em numerosos países que, mesmo afastando-se em certos pontos e em certos domínios em razão de uma série de fatores externos, continuam a utilizá-lo como base jurídica local.

E, é pelo fato do Direito Inglês ser um modelo para grande parte da humanidade, que ele será um dos pontos nefrálgicos da Tese, não pretendendo-se exaurir a abrangência do mesmo junto aos cinco continentes, muito menos analisar

todos os institutos que foram e/ou ainda hoje são utilizados pelos países que adotam ou que adotaram o Direito Inglês; mas, sim, conectá-lo com a realidade do Direito utilizado hoje, um Direito Transnacionalizado, em grande parte por conta da miscigenação que o Direito Inglês operou com outras formas e Sistemas de Direito.

No quinto capítulo da Tese será analisada a influência do Direito Inglês na *Common Law* norte-americana. Os Estados Unidos da América, em razão de terem sido ex-colônia inglesa, além do povo, da cultura e da língua utilizados pela ex-colonizadora, também adotaram o Sistema de Direito utilizado por aquela, qual seja, a *Common Law*.

Porém, quando da formação do Sistema de Direito norte-americano, a influência francesa dentre outros países da Europa continental, foram também muito fortes, adicionando suas ideias civilistas na formação do Direito norte-americano.

Em razão disto, a influência da *Civil Law* no Direito norte-americano, que perdura até os dias atuais, fez com que o Direito norte-americano se tornasse um Direito diferente da *Common Law* pura - um sistema misto de Direito. Esta é a razão do Direito norte-americano ter espaço na presente Tese, visto que alguns institutos jurídicos criados por aquele (através da utilização do *Common Law* com influência da *Civil Law*) podem vir a ser base para a formação de um Direito Transnacionalizado.

No capítulo sexto será abordado o papel do Direito Inglês na transnacionalização, sendo ele um elemento para construção de um Direito Transnacional. Tal questão tem importância pelo fato da Inglaterra ter globalizado o teor do Direito por ela produzido, qual seja, o Direito Inglês, bem antes do mundo ter tomado conhecimento da existência de uma Globalização.

Assim, o fenômeno da transnacionalização sofreu gritante influência do Direito aplicado inicialmente na Inglaterra. E, mais, não fosse o Direito Inglês, formalístico, mas ao mesmo tempo flexível, utilizador de uma unidade jurisdicional exarada através dos *precedents*, o processo transnacional, como um todo, não teria um terreno fértil para expandir-se no Direito.

Neste sentido, talvez a maior contribuição que o Direito Inglês tenha fornecido aos demais Sistemas de Direito e a própria transnacionalização, seja a visão jurídica que possui de questões que versam sobre matérias de Direito privado e Direito público. E, especial contribuição recai no Direito privado, na parte comercial, tendo em vista a importância dos sujeitos transnacionais voltados para a área comercial na Inglaterra. Sendo por essa razão que a *Lex Mercatoria* e a União Europeia serão foco do referido capítulo.

No sétimo capítulo serão analisadas as consequências do Direito Transnacional para o mundo jurídico. Isto porque, o Direito Transnacional traz consigo nuances e soluções em relação ao Direito internacional público e privado, acarretadas pelas consequências trazidas quando do surgimento do Direito Transnacional para o mundo jurídico, provocando mudança de paradigmas nestas duas questões.

Assim, a forma como deverá portar-se o novo jurista, operador do Direito, diante da evolução do Direito Transnacional, a função a ser desempenhada pelo mesmo e o comportamento que terá que ter diante das novas situações que lhe põem a frente, serão objeto de análise da presente Tese, na tentativa de que o estudo sirva para evitar-se equívocos e prejuízos aqueles que estão e continuarão utilizando o Direito Transnacional.

Ademais, a proximidade evidente entre o Direito Transnacional e o Direito Inglês faz com que seja imprescindível a plena harmonização entre este último e a *Civil Law*, pois somente desta forma o diálogo e a comunicação entre os povos restarão asseguradas, facilitando a formação de Comunidades jurídicas internacionais. Igualmente, possibilitará que os juristas nacionais adotem fontes primárias de um ou outro Direito na tentativa de não deixar insolúveis os problemas corriqueiros da população, trazidos pelo Direito Transnacional; problemas esses que são levados aos Tribunais nacionais para serem sanados, muitas vezes, criando novos ditames para não deixar o caso na mais absoluta lacuna.

Em decorrência destas situações, o oitavo capítulo tratará do Protagonismo Judicial no Direito Transnacional. Isto porque, no atual cenário jurídico, a atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque.

Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, o centro do debate jurídico por todo mundo.

Em outras palavras, a abordagem que outrora poderia ser observada (e considerada) como própria das experiências norte-americana e inglesa (ou, ainda, específica do sistema da *Common Law*), na contemporaneidade, atinge uma abrangência muito maior, constituindo o cerne da questão envolvendo a concretização de Direitos nas tradições de diversos países, inclusive daqueles fundados sob os pilares da *Civil Law.*

Como se pretenderá demonstrar no decorrer da Tese, a harmonização de sistemas jurídicos em decorrência da flexibilidade do Direito Inglês, bem como a evolução trazida pela Globalização e, posteriormente, pela transnacionalização do mundo jurídico e político, mudou a ideia que a sociedade jurídica internacional possuía quanto a não poder utilizar, para solução de conflitos, questões/*precedents* internacionais em matéria de discussão e diálogo nacional.

Por essa razão, o Protagonismo Judicial Transnacional, que nasceu no berço da *Common Law*, pode ser uma das vias, neste momento da história, a ser utilizada pelo Poder Judiciário, em razão da possibilidade de os juízes poderem reescrever o Direito, enfrentar as pesadas engrenagens do Estado, pretensamente pós-moderno, e, porque não, dos Direitos nacionais, na tentativa de aplicação efetiva do Direito Transnacional, voltado para as necessidades atuais e futuras da sociedade internacional.

E, finalmente, no nono e último capítulo, tratará da transnacionalização do Direito como forma de miscigenação dos sistemas jurídicos, buscando-se, a partir de uma recomposição das fontes e reestruturação do Direito, a incorporação do Direito Transnacional naquele.

O que se pretende, finalmente, é demonstrar que a criação de mecanismos vinculantes transnacionais, através de uma recomposição dos fundamentos do Direito, pode fazer com que os sujeitos envolvidos nas resoluções de conflitos transnacionais possam dar certeza jurídica na solução da problemática transnacional.

A utilização de uma fonte comum entre ambos os sistemas que serão abordados na Tese, bem como nos dois Direitos (nacional e internacional), qual seja, os *precedents,* de forma universal, vinculativa, obrigatória e relevante a nível transnacional, pode ser a chave para a segurança jurídica necessária àqueles que necessitam resolver questões fora dos esteios do Direito nacional e internacional.

Ademais, para que tal situação ocorra, é necessário fazer com o Direito Transnacional passe a compor o eixo trinário no Direito, caminhando e sendo estudado “lado a lado” com o Direito nacional e internacional. Tal situação é necessária, tendo em vista o reconhecimento da existência do Direito Transnacional, mesmo sem ser plenamente válido e eficaz, colocando-o “lado a lado”, com os Direitos nacional e internacional.

Portanto, o que se pretende concluir, com a presente Tese, é que com o surgimento de uma nova ordem global, em decorrência do reconhecimento da existência e utilização do Direito Transnacional, juntamente com os Direitos nacional e internacional, o Direito terá que ser, senão reconceituado, mas, quiçá, passar por uma remodelação dos seus fundamentos.

Isto porque, o Direito Transnacional, fruto da Globalização, está obrigando o Estado a se autorregulamentar para além das fronteiras do próprio Estado, bem como está obrigando os Direitos internacional e nacional a abrirem e construírem espaços para discussão de questões transnacionais.

Assim, procura-se demonstrar que o estudo da recomposição e remodelação dos fundamentos do Direito é necessário para que o Direito Transnacional possa ser um Direito válido e eficaz por si só, sem prescindir da miscigenação entre as tradições Civilistas e Commolistas.

PARTE 1

CAPÍTULO 1

O DIREITO INGLÊS – DA ORIGEM E FORMAÇÃO À INFLUÊNCIA NO DIREITO DA ATUALIDADE

A Inglaterra[32], berço histórico da *Common Law*[33], por sempre ter sido uma potência colonizadora, detentora de grande domínio territorial e marítimo, difundiu o Sistema de Direito[34] por ela criado nos países que colonizou, estes localizados nos mais diversos continentes (africanos, asiáticos, americanos e Oceania), tendo sido incorporado parcial ou totalmente ao Direito de suas ex-colônias; porém, muitos países até hoje o têm como base jurídica do Direito local.

Em razão deste vasto raio de influência operada pela tradição jurídica[35] proposta e/ou imposta pelo Direito Inglês ao mundo civilizado (cabe ressaltar que bem

---

[32] Enquanto os sistemas jurídicos latino-germânicos fundamentam-se no Direito romano, na Inglaterra desenvolveu-se um sistema jurídico diferente, em parte vinculado e em parte contraposto ao Direito romano. Historicamente, antes do ano 1000 d.C., coexistiam no território britânico normas de origem germânica (ligados também à dominação dinamarquesa na parte oriental da ilha) e normas de Direito romano e canônico, introduzidas no momento da cristianização (664 d.C.) e destinadas a permanecer em vigor até os dias de hoje para as matérias matrimonial e sucessória. A esses Direitos e aos diferentes usos locais em vigência nos vários Estados das duas maiores ilhas britânicas se sobrepôs, em 1066, o Direito introduzido pela conquista normanda. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução: Marcela Varejão. 1ª ed. São Paulo, 2007. Título Original: *I grandi sistemi giuridici: introducione ai diritti europei ed extraeuropei*, p. 323.

[33] A expressão *Common Law* será mais utilizada no presente trabalho como referência ao Direito aplicado a outros países que a utilizam e não somente à Inglaterra. Na maioria das vezes que o Direito aplicado na Inglaterra for referido, utilizar-se-á a expressão Direito Inglês, a fim de visualizar uma melhor diferenciação entre o Direito aplicado na Inglaterra e o Direito difundido por ela nos demais países que compõem referido Sistema de Direito.

[34] El derecho, salvo en tiempos muy antiguos, se presenta como un cuerpo, o sistema de normas; un sistema formado, según las épocas, con criterios diferentes. Dada esta naturaleza sistemática del Derecho, su estudio histórico debe hacerse con respeto por ella, es decir, sistematicamente. LEVAGGI, Abelardo. ***Manual de Historia Del Derecho Argentino****,* p.8.

O Direito, salvo em tempo muito antigos, apresenta-se como um corpo, um sistema de normas; um sistema formado, segundo as épocas, com critérios diferentes. Dada esta natureza sistêmica do Direito, seu estudo histórico deve fazer-se com respeito por ela, quer dizer, sistematicamente. (Tradução livre realizada pela autora).

[35] Uma tradição jurídica é um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do Direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o Direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*****.** Stanford: Fourth edition, 2018, p. 23.

antes do chamado mundo civilizado, a Inglaterra e seus costumes, já eram difundidos na Europa), uma vez que grande parte da humanidade teve e/ou tem no Direito Inglês a sua base, é que se diz que o mesmo é de suma importância na formação do Direito Pós-moderno.

Assim, o presente trabalho, não tem por finalidade esgotar o estudo do Direito Inglês, tanto aquele aplicado na Inglaterra quanto o que foi difundido nas ex-colônias inglesas. A finalidade, isto sim, é analisar a grande influência que a *Common Law* inglesa tem na formação do Direito, no Direito que é aplicado na atualidade, tendo em vista a facilidade com que aquele é capaz de adaptar-se aos demais Direitos, locais em especial, convivendo, muitas vezes, por anos lado a lado com outras formas de aplicação do Direito, sempre de forma positiva e contribuindo para uma melhor aplicação do sistema jurídico como um todo.

Entretanto, cabe uma pequena observação a qual não deve ser esquecida, a fim de que não ocorram confusões ou ilusões, visto que, por mais que o Direito Inglês não seja fruto de um sistema organizado como os demais Sistemas de Direito, por mais que ele tenha como qualidade uma melhor adaptabilidade e, pode-se dizer, flexibilidade quanto a convivência com outras formas/Sistemas de Direito, o Direito Inglês é extremamente formalista e solene, tendo institutos jurídicos que perduram há séculos, em razão da forma como o mesmo teve origem.

Portanto, na primeira parte deste trabalho, será analisado a *Common Law,* a *Civil Law* e o Direito Pós-moderno; na sequência, será analisado a influência do Direto Inglês no ocidente e no Direito norte-americano, o papel do Direito Inglês na transnacionalização, as consequências da transnacionalização para o mundo jurídico, as influências do Direito Inglês na Transnacionalidade e na formação do Protagonismo Judicial de forma transnacional, a fim de demonstrar ser possível a miscigenação dos sistemas jurídicos através da transnacionalização do Direito. Todo trabalho terá como mote a flexibilidade e a influência que o Direito Inglês tem na formação do Direito Transnacional.

Além disto, hoje, o processo de tomada de decisão dos juízes de Direito, não somente, mas, em especial dentro da *Civil Law*, tem passado por uma grande

transformação em razão da utilização crescente pelos juristas, operadores do Direito, de matérias decisivas[36] produzidas pelos tribunais nacionais e internacionais.

Neste sentido, a Jurisprudência[37], também chamada de decisões dos tribunais, ou de modo geral *precedent*[38], constituiu o fundamento básico do Direito Inglês[39]; contrário a este, a *Civil Law* tem como fundamento básico a lei. A par dessas discrepâncias, sempre muito destacadas por juristas[40] de todo o mundo ao analisarem a importância dada ao *precedent* e à lei, não tem como deixar de verificar-se a possibilidade de uma aproximação ou mesmo uma harmonização destes dois Sistemas de Direito[41]. Isto porque, conforme será posteriormente analisado, a Inglaterra – berço histórico da *Common Law,* e a França – berço histórico da *Civil Law,* na maioria do tempo andaram em disputa, mas, em outras vezes, caminharam lado a lado (por mais estranho que tal fato possa parecer), em especial quando das expansões territoriais.

---

[36] Entende-se por matérias decisivas as Jurisprudências e Súmulas; Súmula não é a Jurisprudência em si; e, a Jurisprudência é, pois, o conjunto uniforme e constante de decisões judiciais (julgados), ou seja, de soluções dadas pelas decisões dos Tribunais sobre determinadas matérias. GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito***.* 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.155.

[37] No sentido *lato sensu*, como será utilizado na maioria das vezes no trabalho que ora se inicia, Jurisprudência e Precedente serão utilizados como sinônimo. Entretanto, elas possuem conceitos diferentes no Direito Inglês. A Jurisprudência é chamada de *case law* e significa a criação e a melhoria das leis por meio de decisões judiciais. Já, o precedente - teoria do precedente vinculante – é conhecida como *stare decisis*, sendo que é ela o pilar do sistema jurídico inglês, conforme adiante melhor se analisará.

[38] Os *precedents*, fonte primordial do Sistema de Direito da *Common Law,* são regras cuja existência foi reconhecida pelos juízes nos casos precedentemente submetidos a eles. DAVID, René. **O Direito Inglês.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.13

[39] A *Common Law* é o produto natural de regras não escritas no decorrer dos séculos, sendo que foram, num primeiro momento, os juízes ingleses que fizeram a obra criadora, e em seguida, esse juridicismo foi estendido e, por vezes, modulado por outros países, a saber: Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***,* p.13

[40] Juristas como DAVID, René em *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014; MERRYMAN, John Henry em *La Tradicion Romano-Canonic.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1971; SOARES, Guido Fernando Silva em *Common Law* – Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e, SÈROUSSI, Roland em *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.* São Paulo: Landy Editora, 2001; são alguns que se destacam quando se analisa a lei e o *precedent.*

[41] A *Common Law* anglo-norte-americana e o Direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: a *Common Law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro "*judge made law*", enquanto que a Jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de *Civil Law.* Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o Direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um Direito jurisprudencial. LOSANO, Mário G. **Os Grandes sistemas Jurídicos**, p. 345.

E, é em face dessa aproximação entre o Direito destes dois países (Inglaterra e França) paradigmas dentro de seus respectivos Sistemas de Direito, que pensar-se em uma harmonização de sistemas jurídicos torna-se viável. Ademais, em razão da entrada em cena de outros atores, internacionais e transnacionais, que não somente os Estados, alterou o equilíbrio das fontes que, antes do século XX, compunham uma equação considerada imutável, conduzindo aparentemente a uma modernização do Direito.

Assim, seria impossível estudar diretamente a modernização do Direito no âmbito de uma era juridicamente transnacionalizada, sem a realização de uma análise primeiramente histórica e, após jurídica, da evolução do Direito Inglês, desde a sua origem até a forma como o mesmo é aplicado hodiernamente.

Neste sentido, o Direito Inglês, apesar de ter se desenvolvido de forma autônoma, sofreu apenas de forma limitada a influência do contato com o continente europeu[42]. O jurista inglês – que subestima a continuidade dos Direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes Direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica daquele; o Direito surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução e que não foi perturbada por nenhuma revolução[43]. Ademais, o jurista inglês orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova de grande sabedoria da *Common Law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.[44]

Assim, necessário fazer uma análise da origem e formação do Direito Inglês, ante a sua capacidade de adaptação, tendo em vista que os avanços

---

[42] Entre os fatores que historicamente determinaram a independência do Direito Inglês destaca-se um, em especial, qual seja, a ausência na Inglaterra de uma recepção em sentido próprio do Direito romano; apesar dos territórios que compõem aquele país terem sido parte do Império Romano durante cerca de quatro séculos, não há hoje no sistema jurídico inglês vestígios desse Direito. Não porque a sua recepção tivesse deixado de ser tentada; ela foi tentada efetivamente na Idade Média, por iniciativa do clero católico (em parte de origem continental). Mas, a aplicação do Direito romano nos tribunais ingleses foi rejeitada pelos juristas e proscrita por decisão real. VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado:** introdução, sistema jurídicos em geral, p. 231.

[43] Complementando esta questão, tem-se que tanto a *Civil Law* quanto o Direito Inglês, em relação a parte tradicional e racional, não são fundamentalmente diferentes, ambos tiveram que se adaptar a mudanças e fazer frente às necessidades sociais dos países que a utilizam. Citando René David, as revoluções sempre foram simples acidentes de percurso na longa evolução do Direito.

[44] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 356.

econômicos, estruturais, inclusive tecnológicos, pelo qual o mundo contemporâneo vem passando ao longo dos últimos dois séculos, em especial, com o surgimento de novos atores internacionais e transnacionais que, misturados aos que já existiam, exigem um repensar dos operadores do Direito na forma de aplicação do próprio Direito, na busca da justiça ideal.

1.1. ORIGEM[45] E FORMAÇÃO DO DIREITO INGLÊS[46]

O Direito Inglês[47] ou *Common Law* como é chamado, superou amplamente o domínio restrito da aplicação territorial, expandindo a forma tradicional de ver o Direito para outros povos do mundo.

Conforme se verificará no decorrer deste capítulo, em virtude da origem, formação e evolução do Direito Inglês[48], bem como devido à inúmeras outras circunstâncias, a flexibilidade com que a *Common Law* adaptou-se aos Direitos locais das ex-colônias britânicas dá à ela a funcionalidade necessária para enfrentar as dificuldades e percalços deste novo estágio do Direito – um Direito Pós-moderno e

---

[45] A *Common Law* foi descrita de forma romântica e incorreta, como o Direito do povo comum da Inglaterra. De fato, a *Common Law* surgiu como o produto de uma luta específica pelo poder político. Isto porque, antes da conquista normanda da Inglaterra em 1066, não havia um ordenamento jurídico unitário, nacional. O surgimento da *Common Law* representa a imposição de tal sistema unitário sob os auspícios e controle de um poder central na forma de um rei soberano; em relação a isto, a *Common Law* representou a asserção e afirmação daquele poder central. SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª ed., 2010. Título original: *English legal system*, p. 4.

[46] Parcialmente extraído de DELLA BONA, Carla. **União Europeia e Mercosul**: aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* produzindo um novo Sistema de Direito. Dissertação de Mestrado publicada pela Universidade Federal de Santa Maria.

[47] A expressão Direito Inglês, sinônimo da *Common Law* e Direito Comum, não é apenas exclusivo da Inglaterra e do País de Gales, mas está na origem da maioria dos Direitos dos países de língua inglesa. DAVID, René. **O Direito Inglês***,* 2000, p. VII

[48] O Direito Inglês contemporâneo formou-se, gradualmente, na base da experimentação de soluções pelos tribunais e não a partir de um sistema de princípios gerais a que o legislador houvesse decidido dar expressão normativa. Subjaz-lhe a ideia de que o desenvolvimento do Direito se faz por pequenos ajustes: um *incremental approach*, no dizer de alguns. A este se contrapõe o *principled approach* característico dos sistemas jurídicos continentais. O Direito Inglês é, nesta medida, mais um produto da História do que o resultado de um esforço de sistematização das instituições na base de certas máximas da razão previamente definidas. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 236.

transnacionalizado[49], despido de muitas formalidades, ante a necessidade de uma maior resolutividade, mas mantendo a certeza de uma aplicação justa do Direito.

A maior prova desta realidade é o Direito misto utilizado pelos EUA[50], onde a forma escrita, representada pela Constituição Federal Americana, convive lado a lado com os *precedents* sem que ocorra interferência ou qualquer outra forma de intromissão de um para com o outro.

No entanto, no início da formação jurídica dos países pertencentes ao Sistema de Direito da *Common Law*, em especial na Inglaterra, a mesma não era encarada da mesma maneira como hoje é conhecida. E, para alcançar o estágio em que hoje se encontra, o Direito Inglês teve que passar por grandes desafios e disputas, tal como ocorreu quando utilizou o instituto jurídico da *Equity*[51], momento em que ela foi colocada no lugar mais elevado da consciência jurídica dos juristas ingleses.[52]

Assim, para entender o estágio em que o Direito Inglês se encontra hoje, é necessário analisar a formação do mesmo. Neste sentido, no início da formação do Direito Inglês ele foi dividido em quatro períodos distintos. O primeiro deles, e talvez a pedra fundamental da criação da C*ommon Law,* tal qual se conhece atualmente, data do século XI, no ano de 1066, com a conquista da Normandia pelo Rei Guilherme, o Conquistador.[53]

Nesse momento, ocorreu a chamada unidade política da Grã-Bretanha (com exceção da Escócia – sempre é bom ressaltar – visto que pertence à *Civil Law*), que teve como consequência direta, também, a unificação do Direito. Esse Direito unificado foi chamado “Direito Comum”, *Common Law*, porque substituía os Direitos particulares anteriormente em vigor. Assim, tem-se que a *Common Law* é o subproduto de um triunfo administrativo.[54]

---

[49] O Direito Pós-moderno e a Transnacionalidade serão abordados com maior profundidade na sequência dos capítulos da presente Tese de Doutorado.
[50] A *Common Law* norte-americana será analisada no capítulo quinto da presente Tese de doutorado.
[51] O instituto jurídico da *Equity* era visto como a intervenção do Chanceler para solucionar problemas que a *Common Law* não solucionava, porém ela nunca faria Direito novo, e sim, respeitaria as regras de Direito já existentes. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo***,* p.389
[52] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.390.
[53] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.390.
[54] LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 324.

Todavia, a referida unificação política e jurídica da Inglaterra fortaleceu o seu poder, enriquecido pela experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com efeito, a conquista normanda põe fim à época tribal[55], trazendo para o interior do espaço territorial inglês, os princípios básicos do feudalismo, já bastante observados na França, na Alemanha e na Itália.[56]

Nessa época, a língua francesa impõe-se a um só tempo como a língua da Corte, dos diplomatas e dos juristas. Essa tradição seria mantida até o século XV, sendo abolida apenas com a dinastia dos *Tudors*[57].[58]

Surgem, assim, várias denominações para o Direito da época e que são utilizadas até hoje[59]; porém, tais denominações são incorretas frente ao rumo tomado pelo Direito Inglês, sendo evidente que não se trata mais de um Direito anglo-saxônico, pois este era o Direito das tribos e reinos da Inglaterra antes da conquista normanda no século X, e que conviveria com a *Common Law* dos seus primórdios até

---

[55] Durante este período estabeleceram-se no atual Reino Unido povos anglo-saxônicos oriundos da Escandinávia e da Europa Central, que formaram nele diversos reinos. Nestes primavam os costumes locais, dos quais chegam até hoje alguns registros escritos. Não existia um sistema jurídico comum a todo o país. A função jurisdicional era exercida por assembleias públicas, que julgavam nomeadamente com recurso a ordálias. Os monarcas deste período adotaram também diversas leis, entre as quais sobressaem as aprovadas por Canuto, O Grande (995-1035), rei da Inglaterra, da Dinamarca e da Noruega. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 236.

[56] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.397.

[57] A unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam por que o Direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha, mesmo sendo favorecida pelas dinastias dos *Tudors* e dos *Stuarts*. Enquanto na Alemanha a divisão em pequenos Estados tornava indispensável aceitar o Direito romano como mínimo denominador comum jurídico, a Grã-Bretanha já possuía o seu Direito comum. Neste sentido, costuma-se contrapor à *Common Law* da *Civil Law*, entendendo por este último o Direito europeu continental de origem romanística. Durante toda a época dos *Tudors* e dos *Stuarts*, existiu uma áspera luta entre os tribunais que aplicavam o Direito romano e os tribunais da *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 a *Common Law* aos súditos). Os tribunais que aplicavam o Direito romano não conseguiram afirmar-se e desapareceram, superados pelas cortes nacionalistas que, paradoxalmente, se obstinavam em não fazer uso da língua nacional. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 328.

[58] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p.20.

[59] Neste período, séculos XI e XII, o Direito Inglês passa a ser chamado de Direito anglo-saxônico, expressão que não mais é usada nos dias atuais, considerando-se as inúmeras transformações ocorridas a partir desse momento histórico. A expressão mais correta para se referir ao Direito vigente na Inglaterra e demais seguidores é a expressão *Common Law*, que se traduziria para o Sistema de Direito Romano-Germânico como *Direito Comum.* DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.391.

hoje, sendo ainda possível ser invocado em matéria de usos estritamente locais, na Inglaterra.[60]

Posteriormente, surge o segundo período, o pós-conquista, que se estende do ano de 1066 ao ano de 1485, iniciando realmente a inserção da *Common Law* em toda a Inglaterra e em países dominados por ela. A partir deste momento, o Direito Inglês, comum à toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também chamados de Tribunais de Westminster[61].[62]

Durante o século XIII, o Rei[63] inglês exerceria apenas uma alta justiça, sendo que, somente lhe era informado o litígio que ameaçasse a paz do reino ou se as circunstâncias impossibilitassem que a justiça fosse praticada pelos meios normais[64]. Deve-se considerar que a *Common Law*, durante o século XIII, não se apresenta como um sistema que visava a realizar a justiça; era antes um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos, cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.[65]

---

[60] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p.51.

[61] O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster, conhecidos no século XIII, variava segundo a maneira como era conduzido o processo. A cada *writ* correspondia, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da administração da mesma, bem como os meios de fazer executar a decisão. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.363.

[62] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.361.

[63] Depois do século XII, com Henrique I e Henrique II, a aplicação do Direito foi uniformizada para toda a Grã-Bretanha (com exceção da Escócia, como informado anteriormente), sendo que tal situação ocorreu por intermédio de juízes itinerantes que, em nome do rei, aplicavam a justiça, inicialmente civil, depois também a penal. O procedimento consistia em obter uma ordem escrita do rei (*writ*) que intimasse o réu a comparecer em juízo e a demonstrar que o autor não tinha razão. Devia existir uma correspondência entre o tipo de *writ* e o pedido, em estreita analogia com as formas de ação típicas do Direito romano. Se não estava previsto um certo tipo de *writ* que remediasse uma certa situação, a ação não podia ser proposta (*"no writ, no remedy*"). LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos,** p. 329.

[64] Tradicionalmente, muito se tem dito a respeito dos grupos de juízes que viajaram pelo país estabelecendo a "paz do Rei" e, ao fazê-lo, selecionavam os melhores costumes locais transformando-os na base do Direito da Inglaterra de forma fragmentada, mas totalmente altruísta. A realidade deste processo mostra que os juízes estavam afirmando a autoridade do Estado central e de suas formas de instituições jurídicas sobre o Estado fragmentado e também formas jurídicas do período feudal anterior. Portanto, a *Common Law,* praticada neste período histórico, era comum a todos em sua aplicação, mas, certamente, não era comum em relação ao todo. SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 4.

[65] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.365.

Por essa razão, as Cortes Reais foram, de fato, jurisdições de Direito Comum, com uma competência universal. No entanto, era necessário, em primeiro lugar, conseguir com que elas admitissem a competência para atuar, antes que se pudesse lhes submeter um litígio quanto ao mérito. Essas dificuldades de ordem processual, expressadas pelo brocardo chamado *Remedies precede Rights*[66], marcaram profundamente o desenvolvimento da C*ommon Law*.[67]

Comparativa e contrariamente, durante o século XIII, os juristas do Direito romano podiam avocar jurisdições com uma competência geral. Mas, as jurisdições de exceção, como eram as Cortes Reais, na *Common Law*, não tinham a mesma liberdade de manobra, visto que eram obrigadas a se situarem no âmbito das normas processuais formalistas existentes[68].[69]

Assim, devido a esse formalismo da C*ommon Law,* surge o terceiro período de formação do Direito Inglês, sendo esse o período com maior influência para que a *Common Law* tomasse a importância que se conhece atualmente, dando início a rivalidade entre a *Common Law* e a *Equity*[70], tendo perdurado de 1485 a 1832.

A rivalidade deu-se em decorrência da *Common Law*, antes do início da terceira fase do Direito Inglês, ser julgada coercitiva e espreitada por uma perigosa esclerose devido ao formalismo muito acentuado, o que descontentava vivamente os indivíduos. Estes, insatisfeitos com as decisões da C*ommon Law*, voltaram-se para a

---

[66] A expressão inglesa "*remedies precede rights"* significa "em primeiro lugar o processo". DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.364.

[67] DAVID, René. **O Direito Inglês***,* p.05.

[68] Ao final do século XIII, a autoridade central havia estabelecido sua precedência, pelo menos em parte, por meio do estabelecimento da *Common Law*. Originalmente, a Justiça nada mais era que um apêndice do Conselho do Rei, a *Curia Regis*, mas gradualmente as cortes de *Common Law* passaram a assumir uma existência institucional distinta na forma da Corte do Tesouro, da Corte de Pretensões Comuns e do Tribunal do Rei. Com esta autonomia institucional, entretanto, houve uma esclerose institucional, tipificada por uma relutância em lidar com questões que não eram ou que não podiam ser processadas na forma de ação adequada. Tal recusa em lidar com injustiças substantivas, uma vez que elas não se amoldavam aos parâmetros particulares de restrições processuais e formais, que necessariamente redundou em injustiça e na necessidade de corrigir as fraquezas encontradas na *Common Law*. A resposta foi o desenvolvimento da equidade (*equity*). SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 4.

[69] DAVID, René. *O Direito Inglês,* 2000, p.06.

[70] A *equity,* corroborando o mencionado anteriormente, consistia nos remédios admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte do Chanceler do Rei. A *equity* correspondia, no século XVII, antes do início do terceiro período, a uma necessidade. Ela era necessária para completar uma *Common Law* demasiada formalista e esclerosada, que o Parlamento era incapaz de reformar. DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.09.

coroa real para que ela corrigisse alguns excessos dessa ramificação maior do Direito Inglês.[71]

Por sua vez, as regras de *Equity* eram brandas, concisas e precisas, não deixavam de obedecer a um processo bem definido, pondo em risco a existência da C*ommon Law*, demasiadamente formalista. A flexibilidade da jurisdição da *Equity* permitiu introduzir novos Direitos (como os relativos aos *trusts*[72], por exemplo) e novas soluções (como as *injunctions*[73] e as *specific performances*[74]). O lado negativo dessa flexibilidade da *Equity* foi a incerteza que ela podia gerar, por estar ligada não a normas jurídicas, mas aos critérios morais do lorde Chanceler.[75]

Desta forma, a chancelaria transformou-se num Tribunal real. Tal fato aconteceu em razão de que os autores de ações judiciais impossibilitados de ganhar

---

[71] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***,* p.21.

[72] O *trust* é um instituto em que uma pessoa (*trustee*) recebe a propriedade de um bem móvel ou imóvel em benefício de uma outra pessoa, denominada beneficiária ou, em anglo-normando, "*cestui que use*" ("aquele que usa"). Originariamente, o instituto foi usado para evitar os encargos fiscais impostos pelos senhores feudais no momento da morte do proprietário do bem. Instituindo o *trust*, o bem era confiado a uma pessoa ou a uma entidade, com tarefa de deter a propriedade desse bem em benefício de outras pessoas indicadas pelo instituidor do *trust*, essas outras pessoas podiam, assim, usufruir dele sem estar sujeitas à imposição. Esse tipo de acordo não era, porém, tutelado pela *Common Law*, de forma que aquele que recebia a propriedade em benefício de alguém podia manter o bem e não transferir os seus frutos, sem que os beneficiários tivessem um solução legal contra a violação da vontade do fundador do *trust*, Como se tratava de um comportamento imoral, o Chanceler não hesitou em utilizar soluções de *equity* contra essa situação e, a partir do século XIV, os problemas dos *trusts* (ou, como se dizia à época, dos *uses*) tornaram-se de competência da *Court of Chancery*. No entanto, essa tutela jurídica tornou tão generalizado o uso do instituto (e a consequente evasão fiscal) que em 1535 Henrique VIII promulgou um *Statute of Uses*, com o qual estabeleceu que o beneficiário do *trust* seria considerado o proprietário do bem, sem levar em conta de forma alguma o proprietário formal a quem o instituidor do *trust* transferira a propriedade. O *trust* adquirira assim sua forma moderna. O *Statute of Uses*, ainda que esvaziado, continuou a existir até 1925, quando foi substituído pelo *Law of Property Act* e pelo *Trustee Act* ou pelos negócios fiduciários do Direito europeu continental. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 341.

[73] As *injunctions* são as medidas (originariamente decretadas apenas pelo Chanceler) destinadas a prevenir ou impedir a comissão futura de um ato ilícito. Já, as *specific performance* são execuções específicas de uma obrigação (que a *Common Law* não admitia), pois segundo as disposições deste, a parte que obtivesse ganho de causa numa ação por incumprimento de uma obrigação apenas teria direito a uma indenização. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 245.

[74] A *Specific performance* corresponde a chamada execução em espécie. Assim como as *injunctions, as specific performance,* decorreram da intervenção do Chanceler, a qual, de forma sistemática, passou a intervir em certos números de casos típicos. Desenvolveu-se, assim, um certo número de instituições ou de conceitos, tais como as *specific performance* e as *injunctions* que encontram sua base na *equity* do Chanceler. A *Specific performance* tornou-se uma sanção normal das obrigações de dar referentes aos imóveis e aos bens incorpóreos (também aos bens de família), mas ela ainda não pode ser ordenada para os bens móveis corpóreos. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 392.

[75] LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 331.

acesso às três cortes da *Common Law*[76] poderiam recorrer diretamente ao soberano, e tais pretensões seriam remetidas à consideração e decisão do Lorde Chanceler, que agia na qualidade de consciência do Rei. Como as cortes da *Common Law* tornaram-se mais formalistas e mais inacessíveis, o número de pedidos de tutela ao Chanceler cresceu proporcionalmente resultando na criação de uma Justiça específica constituída para proferir decisões "equitativas" e "justas" nos processos recusados pelas cortes da *Common Law*. Conforme havia ocorrido com a *Common Law*, as decisões das cortes de *Equity* estabeleceram princípios que eram usados para decidir casos posteriores. Porém, não se pode pensar que o uso da equidade significava que os juízes gozavam de discricionariedade para julgar os processos com base em suas ideias pessoais sobre a justiça do caso concreto.[77]

Em face disto, é importante mencionar que a *Equity* não se confunde com a equidade dos sistemas civilistas, pois, ao contrário desta, trata-se, pelo menos atualmente, de um conjunto de normas jurisprudenciais fixadas em precedentes, que em caso de conflito primam sobre as da *Common Law*, fazendo com que o Direito Inglês, nesta medida, adquira uma estrutura dualista.[78]

Em razão da guerra de poder entre a *Common Law* e a *Equity*, o Direito Inglês no século XVI, quase aderiu à família da *Civil Law*, ou do Continente, como era chamado à época, devido ao triunfo da jurisdição de equidade dos Tribunais do Chanceler e pela decadência da C*ommon Law*. Porém, diversas circunstâncias contribuíram para que esse desenvolvimento da *Equity*, que poderia ser o estopim para a reunião dos dois sistemas – *Common Law* e *Civil Law –,* não se produzisse e se concretizasse.

Uma das razões para que a união desses dois sistemas não fosse levada adiante foi a resistência dos juristas que precisou ser levada em consideração pelos soberanos, visto que os Tribunais de C*ommon Law* encontraram, para a defesa de posição e da obra dos mesmos, uma aliança com o Parlamento, tendo esta coligação ido contra o absolutismo real. Entretanto, a má organização da jurisdição do

[76] Corte do Tesouro, da Corte de Pretensões Comuns e do Tribunal do Rei.
[77] SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 4.
[78] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 243.

Chanceler, a morosidade e a venalidade desta forneceram armas aos inimigos. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família da *Civil Law* não se realizou, tendo sido concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os Tribunais de *Common Law* e a jurisdição do Chanceler.[79]

Desse modo, ao lado das regras da *Common Law*, que eram as obras dos Tribunais Reais de Westminster, também designados Tribunais da C*ommon Law*, o Direito Inglês apresentava soluções de *Equity*, sendo que estas vieram a completar e aperfeiçoar as regras da C*ommon Law*[80]. Contudo, as soluções de *Equity* tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão jurídicas como às da *Common Law* e a relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima do que no caso das regras da *Common Law.*[81]

Importante dizer também, que é neste período em que ocorre o nascimento do sistema de precedentes vinculantes (*stare decisis*), isto porque, desde que foram criadas as diferentes Cortes de Justiça no reinado inglês, os juízes tinham por hábito reunirem-se para discutir os casos mais importantes e os mais complexos. Assim, no início do século XV, essas reuniões eram frequentemente realizadas na chamada Câmara Exchequer (*Exchequer Chamber*) e as Cortes desenvolveram a prática de enviar os casos mais complicados a essa Câmara. Nessas reuniões, os juízes chegavam a uma decisão comum em votação por maioria, mas os casos eram retornados às Cortes de origem e, só então, a sentença era pronunciada, sendo que somente os próprios juízes decidiam quando os casos deveriam ser discutidos nessas

---

[79] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.373.

[80] A aplicação da *equity* pertencia, inicialmente, ao *Lord Chancellor*, mas a partir do final do século XV passou a caber exclusivamente à *Court of Chancery*. Quem quisesse obter o reconhecimento em juízo de determinada pretensão deveria dirigir-se em primeiro lugar aos tribunais de *Common Law*; caso estes negassem a competente ação, solicitava-a subsequentemente àquele tribunal. Contudo, desde a entrada em vigor, no último quarto do século XIX, dos *Judiciature Acts*, todos os tribunais ingleses passaram a ser competentes para aplicar as regras da *equity*, tudo na tentativa de evitar a multiplicação de ações tendentes ao mesmo fim. A autonomia da *equity*, cujas regras passaram a integrar em larga medida os diferentes ramos do Direito Comum, desvaneceu-se consideravelmente. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 246.

[81] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.375.

Câmaras, uma vez que as partes não tinham o direito de optar pela decisão da Câmara Exchequer.[82]

Portanto, após o século XV restou estabelecido que as decisões tomadas pela Câmara Exchequer tornar-se-iam precedentes vinculantes, ou seja, os juízes deveriam observar os princípios desenvolvidos no julgamento de um caso na Câmara Exchequer ao julgarem outro caso que envolvesse litigiosidade semelhante. Essa foi a primeira vez que um sistema de precedentes foi estabelecido[83], mas somente no século XIX estabeleceu-se a obrigatoriedade absoluta dos precedentes, assim como é seguida nos tempos atuais.[84]

A partir de então, as duas famílias do Direito Inglês se fundem, as regras de *Common Law*, obra jurisprudencial, constituem o fundamento, o fermento do Direito Inglês, cabendo a *Equity* um papel puramente corretivo de complementação da *Common Law*, um tipo de magistério moral.[85] Para completar, são as importantes leis judiciárias de 1873 e 1876 (*Judicature Acts*)[86] que realizam essa reforma; a dualidade dos processos das duas ramificações é evitada e a simbiose levada a cabo.[87]

---

[82] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 115.

[83] Em 1596, um juiz por nome de Coke usava do argumento de que, se ao observar os precedentes, chegava-se a resultados inconvenientes, então era discutível o fato de que os precedentes representavam a verdadeira vontade da justiça. Numa das discussões da Câmara Exchequer, alguém chegou a citar a máxima romana "a razão deve ser seguida, não os precedentes"; porém, um dos mestres na Câmara concluiu que "onde as razões dos fatos são obscuras, basta que sejam seguidos os precedentes". VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 116.

[84] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 116.

[85] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***,* p.22.

[86] Como a Inglaterra refutou os dogmas apregoados pela vitoriosa Revolução Francesa, a divisão de poderes não ocorreu no Direito Inglês; a *Common Law* prevê que o vértice judiciário coincida com o parlamento. Com a reforma de 1876, os *Law Lords* ou *Lords of Appeal in Ordinary* tornaram-se membros não-hereditários da Câmara Alta. O Lorde Chancellor exerce a presidência tanto da Câmara, quanto dessa corte e nomeia os juízes, acumulando assim funções políticas, judiciárias e administrativas. As audiências ocorrem segundo as formas parlamentares e na sede do parlamento, sem aquela coreografia de togas e perucas tão inerente à administração do Direito Inglês. Nesse amálgama de formas judiciárias e parlamentares, encontra sua expressão mais plástica, a característica fundamental da *Common Law*, qual seja, a de ser um Direito feito sobretudo pelos juízes. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 333.

[87] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***,* p.23.

Neste sentido, o *Judicature Act* de 1873 não somente fundiu *Equity* e *Common Law*, mas, ainda, reestruturou todo o sistema judiciário inglês[88]; foi instituída uma Corte Suprema, dividida em duas seções, a *Court of Appeal* (que substituía a *Court of Exchequer Chamber*, originariamente tribunal de recursos para a *Common Law*) e a *High Court.* O *Appellate Jurisdiction Act* de 1876 instituía a *House of Lords* como tribunal supremo da Grã-Bretanha, incluindo a Escócia[89].[90]

A partir de então, as regras de *Common Law* e as de *Equity* podem ser invocadas e aplicadas numa ação única, perante uma jurisdição única também, qual seja, a *Supreme Court of Judicature*[91].[92]

Assim, conforme já mencionado, esta estrutura dualística do Direito Inglês perdura até o século atual[93], criando de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução mais razoável a consagrar, a solucionar conflitos.

Entretanto, naquele período histórico dos séculos XV ao XVIII, o formalismo da Idade Média foi progressivamente atenuado, mas, o princípio foi conservado até o

---

[88] Antes desta legislação, era essencial que a parte ajuizasse a sua ação no juízo apropriado – por exemplo, as cortes da *Common Law* não iriam aplicar princípios equitativos; os Atos da Magistratura (1873-1875), entretanto, dispuseram que cada juízo tinha o poder e o dever de decidir os processos de acordo com a *Common Law* e com a equidade, sendo que a última preponderava na análise final. Porém, agora ambos os sistemas foram efetivamente reunidos sob o mesmo termo: *Common Law*. Assim, os provimentos da *Common Law* estão disponíveis por previsão legal. Os provimentos de equidade são discricionários: em outras palavras, eles são concedidos a critério do juiz e dependem do comportamento e situação da parte que pleiteia o provimento. Isso significa que, de fato, o juiz não tem obrigação de conceder um provimento equitativo quando considerar que a conduta da parte que pleiteia tal provimento foi tal que a parte não o mereça (*D & C Buiders v. Rees* (1965)). SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 4/5.

[89] Somente em 1907 tem-se o *Criminal Appeal Act* que instituía um tribunal de recursos para delitos penais, enquanto o tribunal de recursos dentro da *Supreme Court* conservava a competência apenas para os casos civis. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 332.

[90] LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 332.

[91] A expressão inglesa "*Supreme Court of Judicature"* significa em português "Suprema Corte de Justiça".

[92] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***,* p.27.

[93] Desde a reforma judiciária introduzida pelo *Constitutional Reform Act* de 2005, denominam-se na Inglaterra tribunais superiores (*sênior courts*) o *Court of Appeal of England and Wales*, o *High Court of Justice* e o *Crown Court*. O primeiro é o tribunal de segunda instância para as causas de maior relevo. Compreende uma Divisão Civil e uma Divisão Criminal. O *Court of Appeal* decide recursos em matéria civil e criminal, interpostos de decisões proferidas pelo *High Court*, pelo *Crown Court* ou pelo *County Court*. O *High Court of Justice* funciona como tribunal de primeira instância nos casos de maior importância e como tribunal de recurso de certas decisões proferidas pelos *subordinate courts*. O *Crown Court* é exclusivamente competente em matéria penal. Funciona de modo descentralizado em todo o país, tendo em Londres a designação de *Central Criminal Court*. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 251.

século XIX. Os juristas ingleses foram levados, assim, a concentrar a atenção no Direito processual, que era sempre permeado de ciladas, em vez de se concentrarem no Direito material.[94]

Nota-se, então, que a preocupação essencial sempre foi, na Inglaterra, levar o processo até o fim, frustrando todas as manobras do adversário; ocorrendo essas, fazia-se necessário remeter-se ao veredicto, frequentemente imprevisível, de um júri.[95]

Como consequência disto, surge o quarto período na primeira metade do século XIX estendendo-se até o final do século XX[96], que se caracteriza pela corrente socialista, que busca, sobretudo, o Estado do bem-estar social.[97]

Então, no período histórico compreendido pelo "*Welfare State*" ou "Estado Social"[98] ou "Estado do bem-estar social", países como a Inglaterra e a França esforçaram-se para criar uma nova sociedade, com mais igualdade e mais justiça. Neste contexto, a legislação e a regulamentação administrativa desempenharam um papel primordial.[99]

Neste momento, o Direito Inglês sofreu uma nova grave crise com a evolução do Estado. Isso porque os processos de elaboração casuística e jurisprudencial, pelos quais ele se caracterizou desde a origem, convergiam, a fim de

---

[94] DAVID, René. **O Direito Inglês**, 2000, p.6-7.
[95] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.6.
[96] Na figura de Democracia de massa de Estados sociais, a forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi submetida, pela primeira vez de modo social e mais ou menos harmonizada, à autocompreensão normativa de Estados constitucionais democráticos. Mas, no mais tardar, desde 1989, a esfera pública percebeu o fim dessa era. Nos países em que o Estado social, ao menos olhando retrospectivamente, é percebido como uma conquista da política social, difundiu-se a resignação. O final do século XX encontra-se sob o signo do risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios Políticos*.* São Paulo: Littera Mundi, 2001. p.64
[97] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.7.
[98] O *Welfare* State, ou Estado Social, é, segundo Habermas, na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do *Estado social* de atuar no sentido de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – que tornam possível um uso igualitário dos Direitos civis divididos de modo igual. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios Políticos*,* p.83-84.
[99] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.11.

efetuar na sociedade, profundas e rápidas transformações, tudo isso na tentativa de não se deixar sucumbir ao Estado nacional.

As leis e regulamentos adquiriram uma importância desmedida em comparação com a situação anterior[100]. A elaboração dos regulamentos administrativos e a aplicação dos mesmos trouxeram inúmeros novos problemas[101], dos quais surgiram uma infinidade de litígios entre a administração e os cidadãos.[102]

Deste fato, têm-se, então, que até o século XVII, formaram-se Estados na Europa que se caracterizavam pelo domínio soberano sobre um território e que eram superiores em capacidade de controle às formações políticas mais antigas, tais como os antigos reinados ou Cidades-estados. Como Estado administrativo com uma função específica, o Estado moderno diferenciou-se da circulação da economia de mercado institucionalizada legalmente; ao mesmo tempo, como Estado fiscal, ele se tornou dependente também da economia capitalista. Ao longo do século XIX ele se abriu como Estado nacional, para formas democráticas de legitimação. Em algumas regiões privilegiadas e sob as condições propícias do pós-guerra, o Estado nacional, que entrementes se tornara um modelo para o mundo, pôde se transformar em Estado social – graças à regulação de uma economia política, no entanto, intocável quanto ao mecanismo de autocontrole do mesmo.[103]

Em razão disto, o Direito Inglês que apesar de ter aderido à transformação trazida pelo Estado Social e de ter realizado algumas das referidas transformações[104],

---

[100] Apesar de ter havido um aumento significativo no Direito Legislado nos séculos XX e XXI, os juízes ainda exercem um importante papel na criação e aplicação do Direito em termos gerais e na determinação da aplicação da legislação em termos específicos. SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 5.

[101] Ao lado dos Tribunais que formam a *Common Law* foram criados múltiplos organismos para solucionar as contestações causadas pelas novas leis, porque se pensou que não somente os Tribunais tradicionais ficariam congestionados se devessem julgar este novo contencioso, mas também que não estavam preparados para realizar esta tarefa de maneira desejável. DAVID, René. **O Direito Inglês** p.11.

[102] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p. 12.

[103] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios políticos*,* p.69.

[104] Cabe neste ponto ressaltar, que apesar da Inglaterra ter aderido ao *Welfare-State* e realizado algumas das transformações trazidas por esta forma de ver o Estado, não há que se esquecer que ela continua sendo uma Monarquia, e como tal, não conhece o Estado da forma como os países do continente o conhecem. René David já mencionava isto quando refere que “o Direito Inglês não conhece o Estado: conhece somente a Coroa (*the Crown*). A Coroa constitui o poder executivo da Inglaterra, do mesmo modo que as Cortes superiores de justiça representam o poder judiciário.” DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 83.

continua muito vivo, muito em razão da adaptabilidade do sistema jurídico do que qualquer outra coisa, na procura de uma forma de resolver a atual problemática[105] criada pelo *Welfare-State*[106]*.*

Assim, o Direito Inglês, que não era um Direito de universidades nem um Direito de princípios, sendo por esta razão considerado impreciso e informe, era, isto sim, um Direito de processualistas e de práticos que passou, a partir do final do século XIX e início do século XX, a preocupar-se mais com o processo[107], e, por consequência, com o *statute law*, o qual irá nortear a partir de então a vida dos juristas ingleses.

[105] A Democracia de massa do Estado de bem-estar social ocidental encontra-se, sem dúvida, no fim de um desenvolvimento de duzentos anos, que iniciou com o Estado nacional derivado da Revolução. Deve-se recordar a constelação desse início se quiser compreender por que o estado social se encontra hoje em apuros. O teor contrafactual da autonomia republicana conceituada por Kant e Rousseau só pôde se afirmar contra os desmentidos a várias vozes, de uma realidade que parecia tão diferente, porque encontrou "assento" nas sociedades constituídas com base no Estado nacional. O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pôde assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pôde se estabelecer no âmbito do estado nacional a ideia segundo a qual a sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças à ação de uma das partes envolvidas. Hoje essa constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram no centro das atenções e que leva o nome de "Globalização". HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios políticos, p.77-78.

[106] Habermas segue o pensamento citado acima, dizendo que "Essa combinação bem sucedida está ameaçada na medida em que uma economia globalizada foge a intervenções desse *Estado regulador*". As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora, se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios políticos, p.69.

[107] A reforma do processo civil inglês empreendida em 1999 (*Civil Procedure Rulles*) procurou favorecer o recurso aos meios ditos alternativos de resolução de litígios (*alternative dispute resolution* ou ADR), entre os quais se incluem a mediação, figura que, ao contrário do que sucede nos sistemas jurídicos continentais, na Inglaterra não é distinguida da conciliação. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 255.

1.2. O AVANÇO DO *STATUTE LAW*[108] DENTRO DO DIREITO INGLÊS[109]

O Direito Inglês, inequivocamente, ante todas as circunstâncias pelas quais passou deste a sua formação, encontra-se atualmente na melhor delas, na qual consegue, pelo menos de forma incipiente, fazer uma integração com a *statute law*, ou seja, um esboço do sistema legicêntrico, utilizando-o conjuntamente com os *precedents (stare decisis)*[110] e demais fontes, a partir do século XIX.

Assim, apesar da teoria do precedente vinculante, conhecida por *stare decisis,* ser o pilar do sistema jurídico inglês, conforme já mencionado neste capítulo, a lei conseguiu consolidar-se em espaços não abrangidos pelos *precedents*. A título de esclarecimento, a teoria do *stare decisis* significa que, dentro da estrutura hierárquica da Justiça inglesa, a decisão do tribunal superior vinculará os órgãos judiciais inferiores. Em termos gerais, isto significa que, ao julgarem seus processos, os juízes verificam se um caso similar já foi submetido à Justiça anteriormente. Se o precedente foi fixado por um órgão judicial de mesma ou maior hierarquia, então o juiz deverá seguir a regra estabelecida no processo anterior. Quando o precedente provier de um órgão judicial inferior, o julgador poderá dele divergir, mas mesmo assim certamente o levará em consideração.[111]

Desta forma, apesar da clara organização que a regra do precedente vinculante possui, a aproximação entre as duas grandes fontes pertencentes a Direitos diferentes (lei e precedente) ocorrido na Inglaterra, fez surgir novas

---

[108] Mais recentemente desenvolveu-se muito o Direito legislado, a que na Inglaterra chama-se *Statute Law*; por esta razão o sistema jurídico inglês compreende atualmente três subsistemas normativos: a *Common Law*, a *Equity* e o *Statute Law*. Estes não se encontram exatamente no mesmo plano, uma vez que por um lado, as regras da *Equity* foram em muitos casos incorporadas à *Common Law*, e por outro, o *Statute Law* pressupõe em muitos casos a *Common Law* que apenas visa complementar ou, mais raramente, reformar. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 246.

[109] Parcialmente extraído de DELLA BONA, Carla. União Europeia e Mercosul: aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* produzindo um novo Sistema de Direito. Dissertação de Mestrado publicada pela Universidade Federal de Santa Maria.

[110] Na Inglaterra os *precedents* são muito bem organizados, tanto que possuem um vasto repositório de Jurisprudência contendo decisões judiciais anteriores para que os precedentes vinculantes possam ser aplicados com eficiência. Isto é particularmente importante para os advogados, que têm o dever de chamar a atenção do juiz para todos os precedentes, sejam eles positivos ou não. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 93.

[111] SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 92.

possibilidades no sentido de vislumbrar-se a construção de um novo mundo jurídico, capaz de suprir as necessidades dos novos atores nacionais e internacionais.

Isso porque, no mundo transnacionalizado e globalizado[112] de hoje, com diferentes matizes e atores, a integração alcançada entre as fontes eminentemente pertencentes ao Direito Inglês e a *Civil Law,* em especial a Lei e a Jurisprudência, traz a possibilidade de analisar-se a utilização, em âmbito interno à de decisões judiciais internacionais, proferidas tanto por cortes internacionais quanto por tribunais nacionais estrangeiros, a fim de melhor aplicar o Direito e seus fundamentos.

Assim, o início da utilização da lei dentro do Direito Inglês, especificamente no Direito aplicado na Inglaterra, tem um impacto jurídico muito maior do que a aplicação do *precedent* dentro do sistema da *Civil Law*. Isto porque, para aqueles países que utilizam-se das leis, a sistematização do Direito através dos precedentes é muito mais fácil do que para aqueles países que utilizam-se do Direito Inglês e passam a aderir ao sistema legicêntrico. Tudo porque, o Direito Inglês não se utiliza da sistemática para a construção do Direito.

Então, hoje, a lei[113] desempenha na Inglaterra uma função que não é mais tão inferior à desempenha pela Jurisprudência[114]. Porém, o Direito Inglês, nas atuais

---

[112] Em especial, a Globalização, será objeto de análise no capítulo terceiro da presente Tese de Doutorado.

[113] *English judges believe in rules, because rules do have a greater objective reality in the English legal system; there is wider agreement about the criteria for determining the validity of rules. Law is more often formulated in terms of rules to begin with, and rules are much more often applied strictly in accord with their terms, and thus remain of high mandatory formality; this belief in rules is, of course, one of the chief factors which makes the approach of English law more formal.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions***. New York: Oxford University, 2002, p. 355.
Os juízes ingleses acreditam em regras, porque as regras têm uma realidade objetiva maior dentro do sistema jurídico inglês; por esta razão, existe um acordo mais amplo sobre os critérios para determinar a validade das regras. A lei é mais frequentemente formulada em termos de regras, e as regras são muito mais frequentemente aplicadas estritamente de acordo com seus termos e, portanto, permanecem com alta obrigatoriedade; essa crença nas regras é, obviamente, um dos principais fatores que tornam a abordagem do Direito Inglês mais formal que as outras. (Tradução livre realizada pela autora)

[114] A função da *Statute Law* consiste essencialmente em integrar a *Common Law* e, eventualmente, corrigi-la. Neste papel secundário reservado à lei reflete-se o empirismo característico dos anglo-saxônicos, que em geral preferem lidar com os problemas da vida em sociedade à medida que estes surgem, em vez de os anteciparem, e veem por isso no Direito mais um meio de resolução dos problemas postos pelos casos concretos do que um sistema de princípios e regras gerais. Por essa razão, então, é que nos últimos anos, a lei vem assumindo uma importância crescente, mormente em

circunstâncias, continua a ser um Direito essencialmente jurisprudencial por duas razões, uma porque a Jurisprudência continua a orientar o desenvolvimento do Direito Inglês em certos setores que se mantêm muito importantes, e segundo porque habituados há séculos de domínio da Jurisprudência, os juristas ingleses não conseguiram, até o momento, libertar-se da tradição do mesmo.[115]

Neste sentido, para que a Lei assuma um papel mais acentuado na vida dos Tribunais ingleses[116], ainda há problemas que necessitam ser vencidos; um deles seria o emaranhado de decisões que se destinam a resolver, cada uma delas, um pormenor em particular. A maneira como as leis inglesas são aplicadas pelos Tribunais, em consequência da admissão da regra do precedente, decepciona, de modo geral, os promotores das novas leis; por esta razão, acirra-se a vontade de excluir o controle pleno das decisões por parte dos Tribunais.

Esta exclusão é possível porque os limites de controle dos Tribunais são determinados pelo Parlamento[117], no exercício do poder soberano daquele de legislar. Uma lei pode, portanto, conferir a um órgão da administração um poder discricionário

---

virtude da integração que Reino Unido mantinha com a União Europeia. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 268.

[115] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.434.

[116] Como o precedente jurisprudencial é a principal fonte da *Common Law*, os juízes sempre interpretam de modo restritivo a legislação (*Statute Law*), limitando ao máximo a incidência desta na *Common Law.* Essa restrição leva o juiz inglês a aplicar apenas aquilo que está inequivocamente expresso no texto da lei, segundo uma técnica interpretativa que é bem diferente da utilizada na Europa continental. Consequentemente, também a técnica de redação das leis é diferente da europeia continental. Enquanto nesta última busca-se a expressão sintética, na qual o juiz possa subsumir o maior número de casos concretos, o órgão legislativo inglês deve especificar até nos mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular, sabendo bem que a falta de indicação de um caso, em especial, não será suprida pelo juiz mediante o recurso ao mais amplo *genus* regulado pela mesma lei. O juiz, ao contrário, verá nesse silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes judiciários àquele caso concreto em especial. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 334.

[117] Neste ponto é importante esclarecer que o Parlamento consiste de três elementos distintos: a Câmara dos Comuns; a Câmara dos Lordes; e, a monarquia. Para que qualquer proposta legislativa, conhecida naquele estágio como um projeto de lei, torne-se uma lei promulgada pelo Parlamento, ela deve tramitar e ser aprovada por ambas as Câmaras do Parlamento e deve receber a Sanção Real. A fonte última de poder, entretanto, é a Câmara dos Comuns, que tem a autoridade de ser uma instituição democraticamente eleita. Neste sentido, um projeto de lei deve ser lido três vezes tanto na Câmara dos Comuns quanto na Câmara dos Lordes antes de ser apresentado para a Sanção Real. É possível começar o procedimento em ambas as Câmaras, apesar de que os projetos orçamentários devam ser enviados primeiramente à Câmara dos Comuns. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 64.

absoluto e o exercício deste Direito não pode (salvo em caso de má-fé comprovada) ser submetido ao controle de um Tribunal[118].

Então, as leis mais importantes são os *acts of parliament*, pois embora alguns destes instrumentos normativos visem consolidar o Direito vigente em certas matérias, não há na Inglaterra códigos como aqueles que existem nos países chamados do continente. Em rigor, a necessidade dos países da Europa continental nunca foi sentida na Inglaterra, visto que as codificações ligam-se às necessidades de um Direito comum a todos no território de certo país. Na Inglaterra, ao contrário do que acontece na Europa continental, o Direito comum formou-se relativamente cedo, conforme já mencionado, não sendo necessário elaborar códigos para sanar as necessidades da sociedade inglesa.[119]

Apesar disto, a premissa não pode ser esquecida, o Direito Inglês, que até o século XX era um Direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei.[120] Não somente pelo fato da Inglaterra ter permanecido vinculada por quase 45 anos a União Europeia[121], a qual é estritamente vinculada à *Civil L*aw, mas, também, pela necessidade de utilização da lei para dirimir conflitos não alcançados pelos magistrados. A lei, então, que até o século XVIII possuía uma função meramente acessória, passou a ser vista como a solução para alguns conflitos entre precedentes*.[122]*

Neste ponto, há que se fazer mais uma vez uma importante ressalva, a passagem de um Direito jurisprudencial para um Direito legislativo foi fácil na França, onde a doutrina desempenha um grande papel desde antes da era da codificação; mas, não se pode dizer o mesmo quanto ao Direito Inglês, sempre arraigado na forte influência do *precedent*. Assim, é muito mais difícil para os ingleses passarem do Direito casuístico, jurisprudencial, a que foram habituados durante séculos, à um

---

[118] Exemplo deste assunto é o caso *Liversdge v. Anderson* (1942) A. C. 206; *Anisminic, Ltd. V Foreing Compensation* Commission (1969) 2 A. C. 147. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p.435.
[119] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 269.
[120] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.11.
[121] Desde de 29 de março de 2017, a Inglaterra ativou o artigo 50 do Tratado de Lisboa, abrindo as negociações para a retirada do País da União Europeia dentro de um período de 2 anos, o chamado Brexit, o qual veio a ocorrer em 31 de janeiro de 2020.
[122] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.11.

Direito que encare as questões sob um prisma geral, como é, por natureza, o Direito feito por um legislador.[123]

Importante ressaltar, que aos conceitos de lei, incluem-se na Inglaterra, os regulamentos administrativos, os chamados *delegated* ou *subordinate legislation*[124], em conformidade com o entendimento com o qual o poder regulamentar é delegado pelo Parlamento, através de *primary legislation*[125], nas autoridades administrativas. A justificativa dessa prática consiste essencialmente num princípio de eficácia, qual seja, a delegação de competência legislativa permite libertar o Parlamento do encargo de legislar sobre matérias de grande minúcia, cuja regulamentação pode ser assim atribuída a entidades especializadas.[126]

E, conforme será analisado no capítulo quinto deste trabalho, a *Common* Law aplicada nos Estado Unidos da América, ou seja, o chamado Direito norte-americano, já superou a forte influência dos *precedents* com a criação de uma Constituição escrita[127], não se utilizando somente do Direito casuístico, jurisprudencial herdado da Pátria Mãe, Inglaterra[128]. No Direito norte-americano, tanto o *precedent*

---

[123] DAVID, René. **O Direito Inglês**, p.12.

[124] A Lei secundária, também conhecida como Lei Delegada, são feitas por outro corpo legislativo que não seja o Parlamento, mas sob a sua autorização. Normalmente, são promulgadas de três formas, qual sejam, *Bylaws*, *Statutory Instruments* (regulamentos) e *Orders in* Concil (leis aprovadas pelo Conselho Privado da Rainha, geralmente são sugeridas e aprovadas pelo Gabinete que governa). A legislação delegada tem vantagens e desvantagens; entre as vantagens têm-se a economia de tempo, a especialização e a flexibilidade; já as desvantagens na utilização de legislação delegada incluem os fatores da prestação de contas, fiscalização e quantidade. Assim, as dificuldades e deficiências potenciais no uso da legislação delegada são, em certa medida, atenuadas pelo fato de que controles específicos foram estabelecidos para fiscalizá-la. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, ps. 88 e ss.

[125] Lei Primária (Legislação Ordinária) são também conhecidas como *statute*; estas leis são promulgadas pelo Parlamento. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 121

[126] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 270.

[127] A Inglaterra, ao contrário do que a maioria pensa, possui uma Constituição escrita; porém, ela não se compara a Constituição escrita dos Estados Unidos ou de outros países da Europa continental; a denominada Constituição britânica é um agregado de regras constantes de diversas fontes, algumas das quais escritas, outras não. Entre as primeiras incluem-se a *Magna Carta* de 1215, a *Petição de Direitos* de 1628, a *Lei de Habeas Corpus* de 1679, a *Declaração de Direitos* de 1689 e o *Ato de Estabelecimento* de 1701. Entre as segundas contam-se as convenções constitucionais. A Constituição, assim entendida, não ocupa em qualquer caso, no sistema jurídico do Reino Unido, um lugar hierarquicamente superior ao da lei ordinária. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 269.

[128] Corroborando, a Inglaterra nunca teve uma Constituição formal, enunciando solenemente os princípios sobre os quais estava fundado seu governo. Na ausência de tal documento, fica-se embaraçado para dizer o que depende e o que não depende da ordem constitucional. A própria noção de Constituição é para os ingleses muito imprecisa; na falta de um critério formal, os ingleses só descobrem o conteúdo de sua Constituição pela comparação, considerando as matérias que, nos

quanto a lei, exarada na Constituição Federal, exercem papéis de destaque, sendo impossível a existência de um sem a compreensão do outro.

Corrobora a essa situação, o fato de que o Sistema de Direito dos antigos romanos era um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado levando-se em conta as regras substantivas do Direito, graças à obra das universidades e do legislador[129].[130] Mas, o Direito Inglês, utilizado, em especial, pelos Estados Unidos, foi ordenado sem qualquer preocupação lógica nos quadros que eram impostos pelo processo; entretanto, somente numa época recente – nos últimos cem anos -, o antigo sistema de processo foi abolido e a ciência do Direito pôde esforçar-se no sentido de racionalizar estes quadros.

Então, assim como os Estados Unidos reformularam os preceitos clássicos do Direito Inglês, através de uma Constituição escrita e outras diretrizes, a reforma do Direito na Inglaterra decorre muito da atividade judicial ou parlamentar, por isto mais lenta que a norte-americana. Ademais, o Parlamento inglês tende a se ocupar com particularidades e o Judiciário é impedido de reformar o Direito de qualquer forma que não seja meramente esporádica e fragmentada.[131]

Assim, devido a todas as circunstâncias que levaram a evolução do Direito Inglês, saindo de um sistema totalmente tribal – o Direito anglo-saxônico -, e enfrentando sérias lutas com a família de Direitos da *Equity* no século XX, pode-se arriscar a mencionar que a construção normativa[132] poderá assumir, verdadeiramente, um papel de destaque junto a esse sistema. Entretanto, apesar de toda esta construção, permanecem sérias incógnitas se o avanço em direção a uma maior legicidade consolidar-se-á, sendo que tais dúvidas somente serão respondidas e atenuadas com o passar do tempo.

---

outros países, são regidos pela Constituição. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 73.

[129] Não há como não mencionar a posição de René David sobre a família romano-germânica e a sistemática, visto que para aquele, os Direitos da família romano-germânica estão longe de uma ordenação puramente lógica, mas realizou-se um grande esforço nesse sentido para simplificar o conhecimento do mesmo.

[130] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.385.

[131] SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 121.

[132] A expressão “construção normativa”, no caso em análise, refere-se a uma maior produção legal por parte do Direito Inglês.

Desse modo, algumas perguntas ainda carecem de respostas: seria mesmo possível criar normas constitucionais organizadas para conduzir os interesses e litígios dos povos dominados pelo Sistema de Direito Inglês? Será que a criação de uma Constituição escrita, organizada, tal qual fez os EUA seria a solução para as incógnitas existentes no seio deste sistema? Como reagiriam os legisladores e juristas ingleses ante essas possibilidades?

Portanto, somente o tempo, o desenvolvimento jurídico e a conscientização dos operadores do Direito na Inglaterra, trarão as respostas desejadas; mas, essa possibilidade de integração e harmonização de Direitos - C*ommon Law* e *Civil Law*, para a formação de um Direito Transnacional miscigenado, tendo como base inicial dois modelos diferentes, o Direito norte-americano e a própria União Europeia[133], mais recentemente, torna tal possibilidade uma tendência para o Direito Inglês.

1.3. A INFLUÊNCIA DOS OPERADORES DO DIREITO NA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INGLÊS NO MUNDO

Os operadores do Direito, em qualquer sistema jurídico, sempre possuíram um papel decisivo para a construção e a aplicação do Direito. Eles têm, em especial na *Common Law* aplicada na Inglaterra e nos demais países que a adotam, uma relevância muito maior, uma vez que a construção do Direito nestes países dá-se muito mais pela produção jurisprudencial do que pela edição legicêntrica.

Tal situação, obviamente tem acento, em razão da forma como o Direito Inglês foi construído[134]; e, apesar do rigorismo formal que gira em torno daquele,

---

[133] Após a consumação do *Brexit*, os tratados europeus deixarão de ser aplicados no Reino Unido, por força do art. 50º, nº 3, do Tratado da União Europeia. Na notificação de retirada do país, anunciou-se a intenção de "*wherever practical and appropriate*" converter o atual acervo jurídico da União Europeia em Direito interno do Reino Unido através da lei que revogar o *European Communities Act*. A saída da Inglaterra do União Europeia não deixará, contudo, de repercutir nas influências recíprocas entre *Common Law* e *Civil Law* até aqui registradas no seio da União. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 276.

[134] Conforme já mencionado neste capítulo, o Sistema de Direito Inglês desenvolveu-se como uma compacta tradição profissional dentro das Escolas de Direito, cujos membros eram os repositórios de toda a aprendizagem jurídica que a profissão podia reunir. Desde os tempos mais recuados, os juízes régios eram considerados as verdadeiras fontes e os expositores do princípio e suas sentenças, devidamente arquivadas, na decisão de ações judiciais, desfrutavam de uma auréola de venerabilidade

logrou êxito em ter nos operadores do Direito uma fonte de constante produção jurídica[135].

Neste sentido, não se está somente falando dos juízes, que "ao fim e ao cabo" aplicam o Direito dentro dos Tribunais ingleses, mas dos demais juristas – ou seja, daqueles que operam diuturnamente o Direito, que, através de seus peticionamentos, informam e moldam o Direito às necessidades da população à quem servem. Em razão disto, necessário faz-se a análise da intrincada formação dos juristas ingleses e, também dos próprios juízes atuantes na Inglaterra, tendo em vista que esses se diferem da forma como são formados nos demais países pertencentes à *Common Law,* conforme verificar-se-á nos capítulos sequenciais deste trabalho[136]*.*

Inicialmente, em relação a advocacia, esta acha-se cindida, na Inglaterra, em duas profissões distintas que são a dos *barristers*[137] e a dos *solicitors*[138]*.* A referida divisão assenta na distinção entre as duas vertentes da atividade do advogado, que

---

e autoridade peculiares. No começo, não era traçada uma distinção clara entre sentenças que eram vinculatórias e outras que eram meramente persuasivas, mas, gradualmente, foi desenvolvida a doutrina, sobretudo quando um modo mais científico de expor casos se desenvolveu no século XVIII e começo do século XIX, segundo a qual, em certas circunstâncias, as sentenças proferidas eram totalmente vinculatórias em casos subsequentes. Além disso, essa duradoura tradição de tratar as opiniões judiciais como pronunciamentos jurídicos peremptórios coloriu toda a atitude dos tribunais e advogados da *Common Law* em relação ao desenvolvimento da ciência jurídica. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 346.

[135] O Direito Inglês representa um "sistema aberto" (ou seja, que comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias) para os operadores do Direito, visto que seus juristas reconhecem com franqueza que ele está sempre em via de elaboração, que é inacabado; isto implica dizer que, pode ocorrer que as formas pelas quais pretende-se aperfeiçoá-lo, muitas vezes, pode ter como efeito modificá-lo; por exemplo, o princípio de que se partiu pode, depois de algum tempo, encontrar-se submerso sob a torrente de distinções que levam, no fim das contas, a consagrar o princípio inverso. DAVID, René. **O Direito Inglês**, p. 15.

[136] A título de exemplificação, o ensino do Direito na Inglaterra difere consideravelmente do que é ministrado na Europa continental; entre as razões tem-se a existência de três sistemas paralelos de formação dos juristas, a qual é concorrentemente ministrada pelas Universidades, pelas entidades representativas dos *barristers* e pelas que congregam os *solicitors*. Em razão disto, a obtenção de um grau universitário não é requisito obrigatório do acesso às profissões jurídicas, visto que basta para o efeito um diploma universitário sobre qualquer matéria. Quem não tenha frequentado o curso de Direito deve, no entanto, realizar o *Common Professional Examitation*, obrigatoriamente precedido de frequência em um curso com a duração de um ano, ministrado por uma Universidade ou Instituto Politécnico. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 256.

[137] Do francês *barre* + sufixo *ster*; significa o advogado chamado à barra do tribunal. Esta última consistiu originariamente na separação física existente nos tribunais entre as partes onde se encontrava o público e o espaço reservado aos juízes e advogados. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 257.

[138] Não se confundem com os solicitores do sistema da *Civil Law*; o termo em questão é proveniente do francês *soliciteur*, aquele que visa "solicitar causas". VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 258.

seria a assistência jurídica às partes e a representação delas em juízo. Historicamente, os *barristers* tinham o monopólio da postulação oral perante os tribunais superiores; pertencia-lhes, em exclusivo, o denominado *right of audience*[139], hoje este direito é partilhado com os *solicitors*, embora a maioria destes não o exerça.[140]

Assim, as duas classes de advogados na Inglaterra possuem funções completamente distintas, inclusive contando com diferentes associações[141]. A *Law Society* (semelhante à OAB, no Brasil) é a associação dos *solicitors*, enquanto que o *Bar Council from the Inns of Court* é a associação dos *barristers*; sendo que cada uma delas tem seu próprio Estatuto de ética profissional, distinto um do outro. Além disto, o estudante quando do término do curso de Direito – duração de 3 anos, onde obtém o diploma de Bacharel em Direito -, pode optar pelo Curso de Prática Forense (*Legal Practice Course* – LPC), qualificando-se como *solicitor.* De outra forma, o estudante ao obter o diploma de Bacharel em Direito pode optar pelos exames do *Bar Council*, juntando-se a uma Corte de *Barristers*, onde ficará em dedicação exclusiva para aprender a prática e a ética da profissão de um *barrister*.[142]

No âmbito da profissão, os *barristers*[143] redigem também peças processuais e outros documentos jurídicos; dão pareceres e ocasionalmente ensinam

---

[139] A tradução pode ser feito como “o direito de estar em audiência”.

[140] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 257.

[141] *The English bar is an exceedingly small profession – like the English judiciary which, indeed, it resembles in many other ways. There are today about 5,300 practising barristers in England and Wales, which is only about one tenth the number of practising solicitors. The smallness of the size of the profession as a whole is still further accentuated by a subdivision existing within it. Barristers are divided into two classes – junior barristers, or at least those known as ‘juniors’ though in fact they may be barristers of many years standing, and ‘Queen´s Counsel1 (or QCs), who are not appointed as such until they have become established barristers of at least ten, and often 15 or 20, years´ standing.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions***, p. 360.

A advocacia inglesa é uma profissão extremamente pequena – como o é o judiciário inglês que, de fato, se assemelha de muitas outras maneiras. Hoje existem cerca de 5.300 *barristers* na Inglaterra e no País de Gales, o que representa apenas um décimo do número de *solicitors* em exercício. A pequenez do tamanho da profissão como um todo é ainda mais acentuada por uma subdivisão existente nela. Os *barristers* são divididos em duas classes – *junior barriste*rs, ou como são conhecidos 'juniores', embora na verdade possam ser *barristers* a muito tempo, e os '*Queen´s Counsel’* (ou CQs), que não são nomeados como tal até que tornaram-se *barristers* estabelecidos a pelo menos 10 anos, mas, geralmente, se dá entre 15 ou 20 anos de profissão. (Tradução livre realizada pela autora)

[142] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 150.

[143] Os *barristers* são profissionais tecnicamente competentes para realizar toda a advocacia para a acusação ou defesa em ações penais, e para o autor ou réu em ações civis; de forma geral, os *barristers*

Direito. Porém, não representam as partes, nem devem ter contato direto com elas, salvo na presença dos *solicitors* que os tenham escolhidos. Os *barristers* são geralmente juristas altamente qualificados, gozando de grande prestígio social; eles, também, estão organizados em câmaras (*chambers*) com 20 a 60 membros cada, que em Londres acham-se agregados nas *Inn of Courts*[144].[145]

Já, aos *solicitors*[146], cabe representar em juízo ou fora dele os seus clientes, exceto nas audiências perante os tribunais superiores; somente eles podem ser constituídos procuradores e agir em nome dos seus constituintes, tendo a missão de selecionar os *barristers* a serem contratos pelos seus clientes, preparando os processos para aqueles – nomeadamente, recolhendo os documentos que servem de suporte às peças processuais.[147]

Uma situação interessante no seio do Direito Inglês, deu-se a partir de 1990, com a publicação da CLSA, seção 89[148], anexo 14, a qual permitiu que os

---

estabelecidos tendem a se especializar em áreas específicas de trabalho, sendo que mais de 60% deles atuam em Londres. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 496.

[144] A partir do século XIV, em torno da *curia regis* formam-se as quatro organizações corporativas dos juristas, chamadas *Inns of Court,* as quais até hoje existentes (*Inner Temple*, *Middle Temple, Gray´s Inn, Lincoln´s Inn*). Os *Inns* são as instituições em que o bacharel em Direito é iniciado na profissão forense e, depois, sustentado no decorrer do seu exercício. Quem, depois de concluir a *Law School*, desejar tornar-se *barrister* inscreve-se numa das quatro *Inns of Court*, as únicas autorizadas a formar os advogados que exercem sua atividade perante os Tribunais da Inglaterra e de Gales. Para poder ser chamado a fazer parte do *Bar* – mais ou menos, a ordem dos advogados – o bacharel deve frequentar o seu *Inn.* Além das atividades sociais os *Inns* são responsáveis pelos exames profissionais à que os bacharéis são submetidos para serem proclamados *barristers*. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 325.

[145] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 257.

[146] Os *solicitors* exercem um papel muito importante na vida moderna; seus clientes estão quase sempre muito preocupados com a qualidade do trabalho feito porque algo importante está em jogo. As pessoas buscam os *solicitors* geralmente em circunstâncias em que há uma compreensível preocupação (intensa preocupação) – elas podem estar respondendo a um processo grave que poderá resultar em longa pena privativa de liberdade, ou perda de carteira de motorista, ou estar em meio a um divórcio, ou briga de vizinhos, ou problemas comerciais. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 494.

[147] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 258.

[148] *89 Foreign lawyers: recognised bodies and partnerships with solicitors.*
(1) The Law Society shall maintain a register of foreign lawyers for the purposes of this section.
(2) A foreign lawyer who wishes to be registered under this section must apply to the Society in accordance with the requirements of Part I of Schedule 14.
(3) The power to make rules under—
(a) the following provisions of the Solicitors Act 1974—
(i) section 31 (professional practice, conduct and discipline);
(ii) section 32 (accounts and trust accounts);
(iii) section 34 (accountants' reports);
(iv) sections 36 and 36A (compensation grants); and

solicitors formem sociedades multinacionais (MNPs); a chegada das MNPs nos próximos anos criará problemas específicos relativos à manutenção dos padrões éticos pela Autoridade de Regulação de *Solicitors* sobre advogados estrangeiros.[149]

Porém, tais sociedades de cunho multinacional não trarão somente problemas, como pensam os mais arraigados na tradição inglesa, contrariamente, dará a possibilidade de abertura, ao operador jurídico inglês, ao mundo jurídico de hoje, globalizado e transnacional[150].

(v) section 37 (professional indemnity); and
(b) section 9 of the Administration of Justice Act 1985 (incorporated practices), shall also be exercisable in relation to registered foreign lawyers.
(4) Subject to the provisions of Schedule 14, any such power may be exercised so as to make different provision with respect to registered foreign lawyers to the provision made with respect to solicitors.
(5) Subject to the provisions of Schedule 14, the Lord Chancellor may by order provide that any enactment or instrument—
(a) passed or made before or in the same Session as the Legal Services Act 2007 was passed;
(b) having effect in relation to solicitors; and
(c) specified in the order, shall have effect with respect to registered foreign lawyers as it has effect with respect to solicitors.
(6) An order under subsection (5) may provide for an enactment or instrument to have effect with respect to registered foreign lawyers subject to such additions, omissions or other modifications as the Lord Chancellor sees fit to specify in the order.
(7) Subject to the provisions of Schedule 14, the Lord Chancellor may by order provide that any enactment or instrument—
(a) passed or made before or in the same Session as the Legal Services Act 2007 was passed;
(b) having effect in relation to recognised bodies; and
(c) specified in the order, shall, in its application in relation to recognised bodies whose managers include one or more registered foreign lawyers, have effect with such additions, omissions or other modifications as the Lord Chancellor sees fit to specify in the order.
(8) Schedule 14 shall have effect for the purposes of supplementing this section.
(8A) Rules and regulations made by the Law Society under, or by virtue of, this section or Schedule 14 which are not regulatory arrangements within the meaning of the Legal Services Act 2007 are to be treated as such arrangements for the purposes of that Act.
(9) In this section and in Schedule 14—

- *"foreign lawyer" means a person who is not a solicitor or barrister but who is a member, and entitled to practise as such, of a legal profession regulated within a jurisdiction outside England and Wales;*
- *"manager", in relation to a body, has the same meaning as in the Legal Services Act 2007 (see section 207 of that Act);*
- *"multi-national partnership" means a partnership whose members consist of one or more registered foreign lawyers and one or more other lawyers as permitted by rules made under section 31 of the Solicitors Act 1974;*
- *"recognised body" has the same meaning as in section 9 of the Administration of Justice Act 1985 (management and control by solicitors of incorporated practices); and*
  "registered foreign lawyer" means a foreign lawyer who is registered under this section.

Extraído de: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/41/section/89 em 10 de outubro de 2019.

[149] SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 509.

[150] A CLSA 1990 foi aprovada "para garantir que o público tenha o melhor acesso possível aos serviços jurídicos e que tais serviços sejam da qualidade correta para as necessidades específicas do cliente". A particularidade pela qual a Lei buscou fazer isso é importante, especialmente a seção 17 (princípio geral, contencioso e direitos de audiência); seção 12 (representantes leigos); seções 28-29 (direito de

Ademais, a comunidade forense torna-se ainda mais homogênea pela ausência de uma rígida divisão entre as carreiras dos juízes e dos advogados; efetivamente, os juízes da *High Court* são escolhidos entre aqueles que fazem parte da ordem dos advogados. O sistema das tradições comuns e dos conhecimentos pessoais, adquiridos nos *Inns* desde os anos de juventude, permeiam, assim, todo o sistema judiciário inglês.[151]

Em relação aos juízes, tem-se que, da mesma forma que os advogados ingleses, eles possuem um papel muito diferente daquele que desempenha os juízes nos países do sistema da *Civil Law*. Isto porque, os juízes, na Inglaterra, são recrutados entre os *barristers*, gozando de grande independência, sendo inamovíveis salvo por iniciativa de ambas as Câmaras do Parlamento. Da mesma forma, não existe uma carreira específica voltada para a magistratura judicial, tal como se observa nos ordenamentos jurídicos da *Civil Law*, uma vez que os juízes são antigos advogados[152]; e, em razão do número limitado de juízes e do sistema altamente seletivo de recrutamento, estes gozam, na sociedade inglesa, de uma notoriedade e de um estatuto social que transcendem largamente os juízes da *Civil Law*.[153]

A conclusão que se chega é que não somente os juristas, mas o Poder Judiciário em si, goza de uma autonomia muito grande no ordenamento jurídico inglês; uma vez que, conforme acima mencionado, os juízes são escolhidos entre os

---

conduzir o processo); seção 66 (parcerias multidisciplinares); seção 89 (parcerias multinacionais); seção 34-37 (transmissão de propriedade); seção 21-26 (o *Ombudsman* de Serviços Jurídicos); e, a seção 58 (acordos de honorários condicionais). SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 514.

[151] LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 327.

[152] *All the higher judges in England have to be qualified barristers of at least ten years´ standing. This is a statutory requirement. But it is today also a firm convention that nobody is appointed a judge who has note had many years of active professional practice at the bar. Thus, the statutory requirement of ten years´ standing would not in practice be regarded as satisfied by someone who had not been in active practice for at least that length of time; in fact, few judges are appointed who have not been active barristers for at least 20 to 25 years*. SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions***, p. 339.

Todos os juízes das cortes superiores da Inglaterra devem ser *barristers* qualificados com pelo menos dez anos de carreira. Este é um requisito legal. Mas, hoje, também é uma convenção firme de que ninguém seja nomeado juiz antes de muitos anos de prática profissional ativa na Associação. Assim, o requisito estatutário de dez anos de carreira não seria, na prática, considerado satisfatório por alguém que não praticava a advocacia ativamente há pelo menos esse período de tempo; de fato, poucos juízes são nomeados que não sejam *barristers* por pelo menos 20 a 25 anos. (Tradução livre realizada pela autora)

[153] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 260.

melhores e mais antigos advogados (*barristers*), o que por si só já basta para reforçar a independência pessoal do juiz que está sendo conduzido ao cargo.

E, mais, os juízes detêm uma posição de importância central em relação ao conceito de Estado de Direito[154], visto que espera-se que eles profiram sentenças de maneira completamente imparcial por meio da estrita aplicação do Direito, sem permitir que suas preferências pessoais, ou medo ou favor de qualquer das partes da ação, afete sua decisão de qualquer forma. Para reforçar a independência do Judiciário e afastar pressões políticas na Inglaterra, é bastante difícil exonerar juízes seniores após sua nomeação; visto que a independência de pensamento e opinião dos mesmos também é protegida pela doutrina da imunidade judicial[155].[156]

Para finalizar este tópico, importante ressaltar que, no Direito Inglês não existe a instituição do Ministério Público, na figura do Promotor de Justiça, como há em alguns dos países que adotaram o Sistema de Direito da *Common Law*, como exemplo os Estados Unidos da América, o qual será objeto de estudo separadamente.

O que existe na Inglaterra é um *Crown Prosecution Office* o qual é subordinado ao Governo e integrado por funcionários denominados *crown prosecutors*, que exercem algumas das funções reservadas aos magistrados do Ministério Público, nomeadamente a representação da Coroa perante os tribunais inferiores e a ação penal. E, neste sentido, tem-se que a representação da Coroa

---

[154] *Il giurista inglese è convinto che l´interpretazione giuridica sia orientata più sicuramente alla natura dei fatti che all´idea del diritto.* RADBRUCH, Gustav. ***Lo spirito del diritto inglese*****.** 1ª ed. Milano. Giuffré, 1962, p. 52.
O jurista inglês está convencido de que a interpretação jurídica é mais certamente orientada para a natureza dos fatos do que para a ideia de lei. (Tradução livre realizada pela autora)

[155] Uma medida fundamental para garantir a independência do Judiciário é a regra de que os juízes não podem ser processados em relação as palavras ditas ou atos realizados durante o exercício do cargo e com boa-fé. O efeito disso pode ser visto em *Sirros v. Moore* (1975), em que o juiz erroneamente decretou a prisão de alguém; foi, posteriormente, decidido pelo Tribunal Recursal que, embora a prisão tenha sido ilícita, nenhuma ação poderia ser tomada contra o juiz, pois ele havia agido com boa-fé em seu cargo. Embora alguns juízes possam, às vezes, ser acusados de abusar deste privilégio, de qualquer forma isso é essencial para os juízes poderem trabalhar como representantes independentes do Direito, porque os juízes provavelmente não expressariam suas opiniões jurídicas de forma honesta sobre o caso concreto, se eles fossem vulneráveis a ações ajuizadas por partes insatisfeitas. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 220.

[156] SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 185.

perante os tribunais superiores continua reservada a advogados, visto que alguns *barrister* e *solicitors* também integram o *Crown Prosecution Office*.[157]

Portanto, em face a breve análise contida neste tópico, visto que não há a intenção de esgotar o tema, é fácil verificar o porquê da importância dos operadores do Direito (advogados e juízes) ingleses para a existência, inclusive, de um Protagonismo Judicial nacional e, quiçá, a nível internacional e transnacional[158], visto que a independência em relação aos demais setores, em especial, o político, traz a possibilidade das decisões judiciais serem úteis não somente na Inglaterra, mas nos demais países que utilizam-se da *Common Law*, tal como analisar-se-á no capítulo sexto deste trabalho. Esta possibilidade, em razão do aqui exposto, é uma questão das mais relevantes, tendo em vista a facilidade com que a Inglaterra sempre utilizou-se do Direito consuetudinário e dos precedentes.

Porém, antes de chegar-se à análise sobre a importância do *precedent* para a validade e eficácia de um Direito Transnacional, importante analisar-se a formação, a evolução e a aplicação da *Civil Law*, tendo em vista que a aproximação e harmonização de sistemas não ocorre de forma isolada, por parte da *Common Law*; tal fato, tem-se em razão das possibilidades criadas pelos países que adotam a *Civil Law* ter uma maior utilização do *precedent* dentro do sistema jurídico destes.

---

[157] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 260.

[158] O “tempo” do Direito e do Estado faz com que suas estruturas se tornem cada vez mais anacrônicas e, por isso, incapazes de dar respostas minimamente eficientes às sociedades globalizadas conectadas. É neste ambiente que surgiu, na década do século XX, o que se convencionou chamar de ativismo judicial, o qual começou a transformar o processo de produção do Direito, tradicionalmente realizado a partir dos parlamentos. Este fenômeno vem, paulatinamente, dando um intenso protagonismo ao Poder Judiciário e fazendo com que a *Civil Law* se aproxime da *Common Law*, com um evidente processo gradativo de emparelhamento de fontes primárias do Direito entre a lei posta e as decisões judiciais. CRUZ, Paulo M.; BODNAR, Zenildo. **A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado.** Novos Estudos Jurídicos, [S.I.], v. 21, n.3, p. 1332-1351, set-dez, 2016, p. 1343.

CAPÍTULO 2

A *CIVIL LAW* - DA ORIGEM E FORMAÇÃO – A TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DE DIREITOS

O século XX nasce marcado pelo estigma da mudança dentro da ideia de um Estado Nacional soberano, o qual surgiu em substituição da sociedade medieval pluralista. Mas, até a metade do século XX não se pensava na possibilidade do surgimento de atores transnacionais e internacionais[159], aquém dos Estados nacionais, até então vigente.

Ocorre que, a mudança de paradigma dentro do Estado nacional fez, também, com que os sistemas jurídicos evoluíssem[160] – não em um ritmo acelerado quanto era o necessário, mas na medida a dar a sociedade a justiça almejada ante os benefícios (e por vezes, malefícios) que o processo de Globalização[161] acarretou à mesma. E, é sob o ponto de vista desta evolução e da necessidade, que dois dos grandes sistemas jurídicos mundiais, conforme já mencionado no capítulo primeiro deste trabalho, iniciaram uma aproximação, visando uma harmonização de fontes, tendo na lei e no precedente as premissas básicas para tanto.

Assim, diante da possibilidade de miscigenação de sistemas jurídicos em razão da massificação de ideias e facilidades de intercâmbio cultural, tecnológico e jurídico, decorrentes da Globalização, especialmente a partir da metade final do

---

[159] A questão referente aos atores transnacionais e internacionais será melhor analisada no decorrer dos demais capítulos da presente Tese de Doutorado.

[160] Neste sentido, importante informar, que uma análise mais detalhada ocorrerá no transcorrer da presente Tese de Doutorado, visto que o desenvolvimento tecnológico levou a situações complexas, que ultrapassam as fronteiras nacionais e, portanto, ou devem ser abandonadas ao acaso, ou devem ser regulamentadas em nível supranacional. A poluição atmosférica e a circulação das informações, são exemplos deste desenvolvimento, uma vez que se movem sem respeitar os limites das fronteiras nacionais desde o século XIX; além disto, a rapidez dos transportes gerou uma criminalidade supranacional e fluxos migratórios transcontinentais. Diante de problemas como esses, o Estado nacional nascido no século XIX está de mãos atadas, uma vez que sua soberania para na fronteira, onde começa uma outra soberania, igualmente exclusiva e igualmente impotente. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 65.

[161] O processo globalizador, embora ainda detestado por alguns, é reconhecido por quase todos. Isso porque o mundo se tornou “menor” em virtude das comunicações imediatas que disseminaram a informação e padronizaram certas condutas, tal qual uma aldeia global.

século XX[162], fez com que um instituto jurídico estritamente vinculado ao Sistema de Direito da *Common Law*, a Jurisprudência, passasse a ser utilizada também pelo Sistema de Direito da *Civil Law*.

Neste sentido, a crescente importância da Jurisprudência como fonte do Direito da *Civil Law*, tradicionalmente civilista e legicêntrico, pode ser interpretada das mais variadas formas. Entretanto, a principal delas é a visível evolução da metodologia judiciária em razão do crescente inter-relacionamento dos Estados que, ao longo das últimas décadas, tem contribuído para a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

Assim, ninguém discorda que a Jurisprudência constitui-se na pedra fundamental do Direito da *Common Law*, enquanto que o Sistema de Direito da *Civil Law* é notoriamente legicêntrico.

Ocorre que, as chamadas “discrepâncias”, sempre muito destacadas por juristas do mundo inteiro ao analisarem o *Precedent* e a Lei, através da análise dos dois sistemas *Common Law* e *Civil Law,* está se reduzindo no Direito, conforme já mencionado neste trabalho. E, as transformações que vêm ocorrendo no Direito dos países que compõem a família de Direito da *Civil Law* não podem somente ser interpretadas como superação de dogmas e princípios, mas, sim, como rupturas de paradigmas os quais estavam completamente arraigados no passado.

Tais transformações decorrem, muitas das vezes, em razão da Commolização do Direito romano-germânico ou da *Civil Law*, decorrência dos fenômenos da Globalização e da transnacionalização do Direito, em especial, quanto a transnacionalização de decisões judiciais, as quais poderiam ser capazes de, com maior agilidade, solucionar conflitos judiciais dentro dos Estados pertencentes a família de Direito Civilista.

[162] Há que se ressaltar aqui que, já no início do século XX a Jurisprudência iniciava seus passos junto aos Direitos de alguns países pertencentes à *Civil Law*, como no caso da Espanha que, via Jurisprudência, iniciou a Doutrina sobre o abuso de Direito.

Em razão disto, necessário se faz uma análise da evolução e formação da *Civil Law*, tendo em vista o caminho percorrido por este sistema jurídico para alcançar o estágio em que hoje encontra-se.

2.1. ORIGEM E FORMAÇÃO DA *CIVIL LAW*[163]

A *Civil Law*, tal qual todos os demais sistemas jurídicos existentes no mundo, passaram nos últimos séculos por transformações substanciais, a fim de chegarem ao que encontram-se hoje. Neste trabalho, não se pretende esgotar o conteúdo de formação e origem da *Civil Law*, muito menos da formação e origem da *Common Law*, analisado no capítulo anterior (primeiro capítulo); pretende-se, antes disto, demonstrar que a evolução do Direito tenta acompanhar as necessidades sociais e a época em que está sendo aplicado.

Assim, inicialmente, há que se ressaltar que o Direito romano foi sucedido pelo Sistema de Direito da família Romano-Germânica, ou da *Civil Law*, cuja evolução foi concluída; apesar disto, o Sistema de Direito da *Civil Law* continua em constante evolução, sendo que de modo algum é a cópia do Direito romano[164], tanto mais que muitos dos elementos da família romano-germânica derivam de fontes diversas do antigo Direito romano.[165]

Neste sentido, a família de Direito da *Civil Law*, com o passar do tempo e, principalmente, pelas conquistas romanas nos primeiros séculos da era cristã, difundiu para o mundo a forma de fazer o Direito dos pretores de Roma, arraigando este Direito nos povos por eles dominados. Atualmente, a família do Sistema de Direito da *Civil*

---

[163] Parcialmente extraído de DELLA BONA, Carla. **União Europeia e Mercosul**: aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* produzindo um novo Sistema de Direito. Dissertação de Mestrado publicada pela Universidade Federal de Santa Maria.

[164] Ressalta-se que, por mais que o Direito romano tenha sido difundido por todo o território do Império Romano-Germânico, criando um substrato jurídico comum para cada Direito local, a aplicação daquele no território do Sacro Império Romano-Germânico não foi através da atividade legislativa, mas através da atividade de Jurisprudência. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 57.

[165] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.24.

Law está dispersa pelo mundo inteiro, assim como deu-se com a família de Direito da *Common Law*[166].

Na Antiguidade, o Império Romano conheceu uma civilização brilhante e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas, o Império Romano Ocidental deixou de existir no final século V. As invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram a queda do Império Romano Ocidental no século V[167]; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver conjuntamente[168], cada um deles seguindo a própria lei[169].

Contudo, com o passar do tempo e em virtude da convivência dos povos, os modos de vida do povo romano e do povo germânico, os mesmos foram se aproximando; a miscigenação, que já existia naquele período entre os diversos grupos étnicos, foi gradualmente sendo verificada e os costumes territoriais, com o feudalismo nascente, voltaram a vigorar, excluindo o princípio primitivo da personalidade da lei.[170]

---

[166] Verifica-se tal posição com doutrinadores como Deisy Ventura, Ricardo Seitenfus, Luiz Olavo Baptista, entre outros que discorrem que todos os países sul-americanos, bem como a Espanha, França, México, Portugal, entre outros exemplos, fazem parte da Família da *Civil Law*.

[167] Os Bárbaros que se instalaram no século V no Império Romano não eram os povos jovens, mas selvagens, que ainda há pouco tinham saído das florestas ou das estepes, e que foram descritos pelos seus detratores da época ou por seus admiradores modernos. Embora não fossem restos de uma raça enfraquecida, despedaçada pelas lutas internas, enervada por uma série de revoluções sociais e que perdeu as instituições próprias, tinham já evoluído bastante durante as deslocações, em vários casos seculares, que por fim os lançaram sobre o mundo romano. Tinham visto muito, tinham aprendido muito e não tinham deixado de fixá-lo. LE GOFF, Jacques. **A Civilização do ocidente Medieval.** 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1995. Vol. I, p.37-38.

[168] Deste modo, cada um dos dois campos parecia ter ido ao encontro do outro. Os Romanos, decadentes, barbarizados por dentro, rebaixavam-se ao nível dos Bárbaros, ainda mal talhados, só polidos por fora. LE GOFF, Jacques. **A Civilização do ocidente Medieval**, p.39.

[169] A conversão de um e a legislação do outro eram feitas para conquistar simpatias entre os galo-romanos. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História.** São Paulo: Max Limonad, 2000. p.69.

[170] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.29.

Assim, o século XIII é a época em que surge, do ponto de vista científico, o Sistema de Direito romano-germânico[171] com o renascimento[172] dos estudos de Direito romano nas universidades, as quais serão objeto de análise adiante.[173]

Deste modo, durante cinco séculos o Sistema de Direito da *Civil Law* seria dominado pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do Direito evoluiu em diversos Estados. A doutrina preparou, com a Escola do Direito Natural, o renascimento do período seguinte[174], aquele em que ainda se encontra a *Civil Law* – período no qual o sistema será dominado pela legislação.[175]

Em razão disto, tem-se que a criação da família de Direito da *Civil Law* está ligada ao renascimento que produz-se entre os séculos XII e XIII, no Ocidente europeu[176]. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos aspectos mais importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio,

---

[171] Não existe unanimidade entre os doutrinadores quando a discussão é sobre a data de surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico, alguns doutrinadores como René David mencionam que o surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico deu-se no século XIII, outros doutrinadores, como LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**, menciona que o surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico deu-se no século XI.

[172] A expressão renascimento posta no texto, refere-se ao renascimento do Direito Romano entre os séculos XII e XIII, e, não ao Renascimento dos grandes pensadores ocorrido entre os séculos XVII e XVIII.

[173] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.35.

[174] Segundo se conhece no Sistema de Direito Romano-Germânico, na época do surgimento do mesmo, nos séculos XII e XIII, existiam elementos com a ajuda dos quais o sistema seria constituído. Assim, um primeiro período começa, no século XIII, com o renascimento dos estudos de Direito romano nas universidades: fenômeno essencial. Durante cinco séculos o sistema vai ser dominado pela doutrina, sob a principal influência da qual a própria prática do Direito evoluirá nos diferentes Estados. A doutrina preparará, com a Escola do Direito Natural, o despertar do período seguinte, aquele em que ainda hoje se vive – período no qual o sistema será dominado pela legislação. GUTHRIE, W.K.C. **Os Filósofos Gregos** – de Tales a Aristóteles. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p.34-35. MARIA II, José. *Paníngua, flisht-ia dei Pensamiento Jurídico*. Madrid: Universidade Conplutense – Faculdad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1988, p.91.

[175] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, 2014, p.36.

[176] Conforme já mencionado, entre os séculos V e X, houve uma série de penetrações, peripécias e conflitos entre esses dois Sistemas de Direito (Romano e Germânico). Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começava a se esboçar, cada vez uma estrutura estatal começava a nascer; o Direito Romano, velho Direito de Estado, se revitalizava. É assim que, nos reinos merovíngios, sobretudo na época do império Carolíngio, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico. Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de Estados, o velho Direito Germânico triunfava e o Direito Romano caia por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no final do século XII e no curso do século XIII. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p.58.

toma de novo consciência de que só o Direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.[177]

Neste período deixa de existir a confusão existente entre a religião e a moral com o Direito; a partir de então, o Direito passa a ser reconhecido tendo uma função própria e autônoma, características que persistem até hoje no Direito da *Civil Law*[178].

Deste modo, a ideia de que a sociedade deve ser regida pelo Direito não é mais uma ideia nova, uma vez que a eclosão da *Civil Law* que se produziu nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana como o é a *Common Law*. Isto porque, o Sistema de Direito da *Civil Law* diferencia-se do Direito Inglês, em que o desenvolvimento deste último estava ligado ao progresso do poder real, à existência de Tribunais Reais fortemente centralizados, conforme pode ser observado no primeiro capítulo.

No continente europeu da época, não se observa nada disso. Ao contrário, o Sistema de Direito da *Civil Law* irá afirmar-se nos séculos XII e XIII, numa época em que, não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica, uma época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastaram para reconstruir, no plano político, a unidade do Império Romano.[179]

Neste momento histórico, surgem, no cerne do Sistema de Direito da *Civil Law,* as Universidades[180], e com elas a difusão de um modelo de organização social,

---

[177] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.39.

[178] Toda a segunda metade da Idade Média (séculos XII e XIII) vai assistir à transformação destas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários. Formas que são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história do mundo inteiro, na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra. O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época, foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas,** p.562-63.

[179] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 40.

[180] A universidade é uma invenção medieval, embora houvessem escolas na civilização greco-romana, só a partir dos séculos XI e XII pode-se reconhecer a universidade. Naturalmente ela é um modelo

orientando o ensino do Direito para o que chama-se de Direito positivo, existente até hoje.

As Universidades, contrariamente ao que se pensa, não são escolas práticas, mas, sim, escolas voltadas ao estudo teórico do Direito, com matérias filosóficas e teológicas em seu âmago. O professor[181] dedicava-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Não concebendo a função do professor como sendo a de descrever práticas existentes, nem dizer como na prática se poderá dar eficácia às regras que declarou conformes à justiça.[182]

Portanto, a universidade não era um conjunto físico de instalações e não tinha uma sede quando surgiu, contrariamente tratava-se de uma corporação de alunos ou professores e funcionava onde houvesse lugar.[183]

Apesar disto, com o passar do tempo, o ensino de Direito romano nas universidades sofreu transformações, sendo que várias escolas se sucederam, tendo cada uma os próprios métodos e preocupações a serem aplicadas. Uma primeira escola, a dos glosadores, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. A partir do surgimento dos glosadores são abandonados alguns textos das compilações de Justiniano[184] porque se referem às instituições da Antiguidade

---

muito distinto do modelo que hoje chama-se universidade, a não ser pelo fato de dar início à autonomia da ciência ocidental. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**, p.120.

[181] O papel do mestre é colocado em dúvida, pois fornecia explicações fáceis para obter uma solução mais clara das contradições. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**, p.121.

[182] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.41.

[183] LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**, p.122.

[184] Em 528 d.C. Justiniano ordenou formalmente que se organizasse o amontoado de disposições por ele herdadas. Sua finalidade era essencialmente prática, de modo que o ministro Triboniano, responsável pela tarefa, recebeu a mais ampla faculdade para intervir nos textos jurídicos clássicos, modificando-os, amputando-os ou completando-os onde lhe parecesse necessário, para chegar a um texto legislativo unitário que refletisse a realidade jurídica daquela época. Como muitos textos originais utilizados na compilação justiniana se perderam, essas intervenções – chamadas de interpolações – hoje só podem ser identificados com base em critérios de conformidade estilística ou lógica em relação ao texto que as precede ou segue. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 36.

desaparecidas[185] ou porque se relacionam com matérias que eram reguladas pelo Direito canônico da Igreja[186].

Assim, os glosadores[187], como primeira grande escola, tiveram um trabalho mais limitado na relação com o texto; muito embora para eles fosse indispensável conhecer todo o texto, ainda assim a glosa era um comentário do texto e seguia a sua ordem. Não queriam usá-la na vida prática, queriam, isto sim, comprová-lo como instrumento de razão da verdade da autoridade.[188]

Com a escola dos pós-glosadores[189], ou comentadores[190], no século XIV, uma nova tendência se manifesta e um trabalho muito diferente é realizado, o Direito romano é devidamente expurgado, submetido a distorções; presta-se a desenvolvimentos inteiramente novos[191], ao mesmo tempo em que é sistematizado na apresentação do mesmo, de uma forma que contrasta vivamente com o caos do Digesto e o espírito casuístico e empírico dos jurisconsultos de Roma.[192]

---

[185] A escravatura é um exemplo de Instituições da Antiguidade que desapareceu.

[186] Algumas das Instituições reguladas pelo Direito Canônico que podem ser citadas, como exemplo, são o casamento e o testamento.

[187] A escola dos Glosadores ou de Bolonha, como também foi conhecida, iniciou-se na Universidade de Bolonha, através do jurista Irnério. Os glosadores têm essa denominação graças às notas (glosas) – interlineares ou marginais, isto é: entre as linhas ou às margens do texto – que faziam à codificação de Justiniano. A escola dos glosadores dominou nos séculos XII e XIII (de 1100 a 1300). Entre os mais importantes glosadores destacam-se: Irnério (conforme já informado, o fundador da escola), Búlgaro, Martinho, Hugo, Jacó, Vacário, Azo (autor da mais célebre das sumas) e Acúrsio. Foram eles que possibilitaram o Direito romano ser a base do Direito privado moderno. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 18ª Edição Revista, edição digital, 2018, ps. 87/88.

[188] LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História,** p.133.

[189] Os comentadores, a segunda escola, transformam-se nos grandes conselheiros dos príncipes, das comunas e dos particulares. Eles emitiam opiniões e pareceres (*consilia)*, ajudavam a dar mais um passo na unificação ou, pelo menos, na harmonização dos Direitos locais espalhados pela Cristandade. Conciliavam Direitos locais entre si, pela via do Direito comum, o *ius commune*, ou seja, *o Direito romano erudito*, acadêmico. Tornavam possível também a convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida europeia: o comércio e a monetarização da vida e das obrigações, uma certa flexibilização nas transferências de terras e sucessões. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História,** p.134.

[190] Os pós-glosadores são chamados de comentadores por terem escrito longos comentários onde fundiam as normas de Direito romano, de Direito canônico e dos Direitos locais, fazendo surgir o que se denominou Direito comum. O mais ilustre dos pós-glosadores foi Bártolo, e, depois dele, seu discípulo Baldo. Destacaram-se, ainda, Paulo de Castro e Jasão. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** ps. 87/88.

[191] Pode-se dizer que os novos Direitos surgidos com a escola dos pós-glosadores são o Direito comercial e o Direito internacional privado.

[192] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.44/45.

Já, nos séculos XIV e XV, ensina-se, sob o nome de *usus modernus Pandectarum*[193], um Direito romano profundamente reformado, especialmente sob a influência das concepções do Direito canônico; procura-se, com este novo método de ensino encontrar a solução justa do problema, levando em consideração a *communis opinio doctorum*.[194]

Mas, uma nova escola de Direito surge no século XVII, atuando até o final do século XVIII, a qual pretende sistematizar ainda mais o ensino do Direito nas universidades. Esta escola foi denominada de escola de Direito natural. A escola de Direito natural[195] renova completamente a ciência do Direito nos próprios métodos, pelas tendências axiomáticas do mesmo e pelo apelo que faz a legislação. No que respeita à substância do Direito, a ação do mesmo deve ser considerada em dois domínios, qual sejam, o do Direito privado e o do Direito público.[196]

Quanto à matéria de Direito privado, a escola de Direito natural aceita as soluções às quais chegaram os pós-glosadores; já em matéria de Direito público, a escola de Direito natural, propõe modelos deduzidos da razão[197].

Dessa forma, a obra das universidades compreende-se apenas em referência a um conceito de Direito natural. Nas suas escolas de Direito procura-se descobrir, com o auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras que

---

[193] Foi criado na Alemanha, dando origem na sequência ao *Ius Commune* (Direito Comum), o qual era constituído pelos estatutos e costumes locais. O *Ius Commune* foi aplicado em vários países da Europa continental como Direito subsidiário, até o final do século XVIII. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 107.

[194] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.45.

[195] O Direito natural moderno quer ser um Direito do senso comum, pelo qual todos podem chegar às máximas jurídicas. É, no entanto, dominado por saberes competentes, pela mesma razão que a geometria, sendo evidente uma vez aprendida, mas não é evidente para uma mente não suficientemente treinada. Por isso mesmo, este Direito natural teórico e abstrato não é dominado adequadamente nem mesmo pelos juristas não treinados, os leigos, os juízes de municípios ou câmaras, etc. É um Direito natural de fato pertencente a letrados, professores, burocratas, mas sobretudo eruditos que, pouco a pouco vão penetrando as condições intelectuais para o advento dos códigos. LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**, p.219.

[196] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.47.

[197] De um modo geral, o Direito Público compreende as normas e os princípios que disciplinam as relações jurídicas em que uma ou ambas as partes exercem poderes de soberania; já no Direito Privado, as normas e os princípios que têm em vista relações entre particulares ou entre particulares e entes públicos, mas em que estes intervém desprovidos de tais poderes, encontrando-se os respectivos sujeitos, por conseguinte, em posição de igualdade. No primeiro, diz-se que prevalece o princípio da legalidade; no segundo, o da liberdade. No Direito Público sobressaem os critérios de justiça distributiva; no Direito Privado, os de justiça comutativa. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 144.

seguem uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas. Contudo, as universidades não fazem, e nem pretendem fazer, uma obra de Direito positivo; não têm competência, de resto, para fixar regras que, em todos os países, juízes e práticos deveriam necessariamente aplicar.[198]

Mas, as universidades propõem uma solução, que é pôr em vigor o Direito romano[199]. Uma outra solução pode, porém, ser imaginada, que seria desenvolver um novo Direito com base nos costumes existentes ou, na falta de tais costumes, sobre uma base jurisprudencial.[200]

Assim, pode-se tornar um Direito completo e adaptá-lo; ou pode-se construir algo novo à medida que se manifesta a necessidade de fazê-lo. A segunda solução é a que prevaleceu na Inglaterra, onde se edificou um outro sistema, o da *Common Law*.

As condições próprias da Inglaterra impediram, conforme já mencionado no capítulo primeiro deste trabalho, que os Tribunais considerassem o Direito como as universidades os convidavam a considerá-lo; isto era impossível porque as jurisdições reais[201] tinham apenas uma condição restrita, ligada a processos que não lhes permitiam considerar o Direito, com toda a liberdade, sob o ângulo da moral e da política.[202]

---

198 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.48.

199 Há que levar em consideração que, também na Inglaterra se ensinaram até muito tarde o Direito Romano e o Direito Canônico: em Oxford, por exemplo, só em 1758, sob o impulso de William Blackstone, começou a privilegiar-se o ensino do Direito Inglês. Simplesmente, a relevância do ensino universitário do Direito era então na Inglaterra completamente diferente da que o mesmo tinha no Continente europeu. Enquanto que os juristas radicados neste último recebiam a sua formação essencialmente na Universidade, os ingleses formavam-se predominantemente no próprio exercício das profissões jurídicas – o que aliás ainda hoje acontece, pois na Inglaterra qualquer diploma universitário é aceito como habilitação suficiente para o acesso à advocacia, ainda que não haja sido obtido através da frequência e aprovação num curso de Direito, conforme já ressaltado no capítulo primeiro deste trabalho. E, como também já ressaltado no capítulo primeiro, a circunstância do Direito Romano ter sido ensinado nas Universidade inglesas não significa que tenha ocorrido na Inglaterra a recepção do Direito Romano. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 106.

200 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.47.

201 As Jurisdições Reais, segundo o doutrinador René David, eram também chamadas de Tribunais da *Common Law*.

202 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.50.

Portanto, o Direito romano era em si mesmo, talvez, o melhor Direito, aquele que deveria ser aplicado, mas na Inglaterra era um Direito que não se podia aplicar, apesar de ter existido tentativa para tanto. Assim, nos países do continente Europeu prevaleceu a proposta das universidades, ao contrário da Inglaterra, onde estas estariam fadadas ao insucesso, pelo modo como a *Common L*aw era administrada pelos Tribunais Reais.

Deste modo, a fim de finalizar a evolução do Sistema de Direito da *Civil Law*, há que se analisar a codificação, tendo em vista que a partir do surgimento dos Códigos o Direito Civilista passa a ser entendido de outra maneira.

2.2. A IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO[203] NO DESENVOLVIMENTO DA *CIVIL LAW*[204]

Outro fato marcante da origem da família do Sistema de Direito da *Civil Law* foram as chamadas compilação e codificação do Direito Romano. Este cristalizou-se em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, conforme visto anteriormente, formaram, em particular, as universidades medievais[205]. Isso tudo deu uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos.

---

[203] A codificação não se confunde com uma compilação. Uma compilação implica sempre um conjunto de fontes, submetido a determinada ordenação. Pode ser envolvente e, teoricamente, mesmo total, surgindo acompanhada da expressa menção da revogação de todas as fontes nela não incluídas; mas, nem por isso ela se confunde com uma codificação. A codificação corresponde a uma estruturação juscientífica de certas fontes. A codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático; joga-se, nela, uma consciência mais ou menos assumida do relevo da linguagem e da dimensão estruturante do todo, na cultura. A codificação torna-se possível apenas com a obtenção de um certo estágio do desenvolvimento da Ciência do Direito. No Direito, jogam-se sempre amplas dimensões culturais, pelo que uma codificação requer ainda circunstâncias políticas e universitárias favoráveis. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. LXXXV.

[204] Parcialmente extraído de DELLA BONA, Carla. União Europeia e Mercosul: aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* produzindo um novo Sistema de Direito. Dissertação de Mestrado publicada pela Universidade Federal de Santa Maria.

[205] Segundo o doutrinador Guido Soares as universidades medievais vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto, bem próximo dos cultuadores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem elaborado. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p.27.

A codificação[206] é, pois, a técnica que vai permitir a realização do objetivo da escola do Direito natural, expondo de modo metódico, distante do caos das compilações de Justiniano, o Direito que convém à sociedade moderna, e que deve, por consequência, ser aplicado pelos Tribunais.[207]

Portanto, a escola de Direito natural, anteriormente mencionada, obteve dois êxitos espetaculares, qual sejam, fez reconhecer que o Direito devia estender-se no âmbito das relações entre os governantes e os governados, ou seja, entre a administração e os particulares; e, fez a codificação[208] a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades.[209]

Deste modo, pode-se dizer que, a codificação, por si mesma, não rompeu de modo algum a unidade do Direito europeu; pelo contrário, a expansão do Código de Napoleão[210], de 1804, é a prova desta unidade. Por outro lado, os efeitos nefastos da codificação produziram-se independentemente de seu princípio, dizendo respeito à correção dos próprios juristas.

Quando surgiram os códigos nacionais[211] pareceu que as duas coisas coincidiram e que a função das universidades era apenas fazer a exegese dos novos

---

[206] O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída, e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação europeia, ele apresenta um plano global de construção do Estado a partir de fundamentos de base da sociedade. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno,** 2.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.378.

[207] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.66.

[208] Entre os primeiros esforços no sentido da codificação sobressaem-se os que tiveram lugar na Alemanha – não por ação revolucionária, mas antes sob o impulso de governantes que se haviam por déspotas esclarecidos. Assim, em 1756 foi publicado na Baviera o *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*; e, em 1794 foi posto em vigor na Prússia o *Allgemeines Landesrecht*, o qual, aliás, não tinha exclusivamente por objeto o Direito Privado, pois ocupava-se também de matérias de Direito Público. Não se tratava, em qualquer destes casos, propriamente de códigos na acepção propriamente dita, mas antes de compilações de regras (a primeira das quais, aliás, com caráter meramente subsidiário relativamente aos Direitos territoriais). Por outro lado, enquanto expressões de uma razão imposta autoritariamente, não se mostravam aptas a fim de conquistar a adesão das populações a que se dirigiam. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 125.

[209] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 66.

[210] O *Code Civil* é um código de Direito privado de primeiro plano. Na estrutura rigorosa e transparente, na linguagem clara e epigramática deste *Code Civil*, no qual Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas ele a partilha com os dois restantes. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno,** p.391.

[211] Alguns exemplos de códigos nacionais são o código italiano de 1865 e o código alemão de 1888.

textos. Abandonando o espírito prático dos pós-glosadores, a audácia dos pandectistas[212], os professores de Direito voltaram à escola dos glosadores, aplicando as glosas aos novos textos.

Tal atitude de positivismo legislativo, agravada pelo nacionalismo, foi originada pelos códigos, contrariamente à ideia que os tinha inspirado. O Direito tornou-se para os juristas o seu Direito nacional; concentraram-se sobre os códigos nacionais e deixaram de considerar que o Direito, norma de conduta social, é, por essência, supranacional[213].[214]

A finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado as condições e necessidades dos homens do século XIX. Os códigos deviam constituir, ao suceder ao *usus modernus*, o *usus modernissimus Pandectarum*; o declínio do espírito universitário e o nacionalismo do século XIX fizeram deles, pelo menos por algum tempo, algo diferente[215]. [216]

Assim, os códigos formaram tratados como se, em vez de serem uma nova exposição do Direito comum, fossem a simples generalização de uma nova edição, de um "costume particular", elevado ao nível nacional. Atualmente, essa crise parece

---

[212] Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do Direito, do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a aplicação do mesmo exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinais da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou informar as soluções jurídicas. Para Puchta, era também correto deduzir novas normas a partir do desenvolvimento dos conceitos lógicos e legitimar, assim, o processo de construção do Direito e da Jurisprudência construtiva. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno,** p.492.

[213] Contrariamente a este pensamento, tem-se a criação de instituições supranacionais, inicialmente através de alianças econômicas como NAFTA ou a APEC, as quais surgiram da necessidade de manter preenchidas as funções do Estado social, passando, assim, do Estado nacional para organismos políticos que assumiram a economia transnacionalizada. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: Ensaios Políticos, p 69.

[214] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.68.

[215] Os códigos vigentes, não obstante as emendas e as integrações mais recentes, fundamentam-se no princípio de que os indivíduos, livres da sujeição ao soberano absoluto, se reagregam em Estados nacionais identificados quase sempre segundo o critério da unidade linguística. No entanto, a economia superou essa fase; a empresa se projetou para além da nação de origem e, transformada em multinacional, fugiu aos controles jurídicos estabelecidos por cada um dos Estados. As normas estatuídas para controlar e limitar o poder das empresas revelam-se impotentes precisamente em relação àquelas empresas que, por suas dimensões, são capazes de provocar os desequilíbrios maiores. Enfim, em razão deste novo cenário passaram a existir entidades supranacionais cada vez mais poderosas que não nascem da união de cada Estado, mas são em certa medida autônomas dos Estados que as financiam, exercendo uma influência relevante na formação dos Direitos nacionais nos Estados pós-comunistas. LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**, p. 66.

[216] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.68/69.

estar em vias de solução. O envelhecimento dos códigos atenuou a atitude de positivismo legislativo dominante no século XIX; e, é cada vez mais abertamente reconhecida a função essencial que pertence à doutrina[217] e à Jurisprudência na formação e na evolução do Direito.[218]

Neste sentido, tem-se que a regra do Sistema de Direito da *Civil Law* situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada uma aplicação concreta da regra, e os princípios[219] dotados de uma elevada generalidade, que pode, ela própria, ser considerada uma aplicação.

A arte dos juristas teóricos, nos países componentes do sistema da *Civil Law*, é saber encontrar a regra e formular o ponto de equilíbrio, não sendo necessário que a regra assuma um caráter suficientemente geral, para completar um certo tipo de situação e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular.[220] Neste sentido, as regras de Direito formuladas pelos juristas e legisladores dos países adeptos ao Sistema de Direito da *Civil Law*, não bastam em si; eles precisam apelar a outras fontes do Direito, na tentativa de torná-las precisas e completá-las.

Ademais, pode-se dizer que ocorreram transformações substanciais no decorrer dos séculos em relação ao Direito difundido pela família de Direito da *Civil Law*, transformando a vida jurídica deste sistema em outro muito mais dinâmico e funcional. Porém, conforme se verificará adiante, muitas mudanças ainda estão ocorrendo; uma modernização do processo jurídico existente neste sistema estará

---

[217] Para Merryman, a doutrina realmente goza de uma imensa autoridade, uma vez que traz a história legal do mundo do Direito civil. MERRYMAN, John Henry. ***La tradición jurídica romano-canónica***. México: Fondo de Cultura Econômica, 1971, p.108-109.
Para Strenger a doutrina, de notória influência histórica, é a fonte principal do Direito internacional privado e ainda conserva seu valor porquanto propõe soluções e prepara a reforma da legislação. STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado.** 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.125.

[218] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.70.

[219] A prestação jurisdicional orientada por princípios (=normas) deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, e não como equilibrar bens ou relacionar valores. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que pode-se alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte dos desejos; o que é melhor para nós em um determinado ponto não coincide *e o ipso* com o que é igualdade bom para todos. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.112

[220] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.103.

propensa a olhar o instituto da Jurisprudência, ou do *precedent*, como uma forma de agilizar o processo legislativo, muito mais difícil de ser modificado.

Os Direitos da família do sistema da *Civil Law*, então, tenderão a se encontrar e, consequentemente, harmonizar e quiçá miscigenar com os demais Sistemas de Direito existentes, em especial com os da família de Direito da *Common Law*, uma vez que, somente assim, conseguirão ficar intactos e sobreviver às transformações mundiais que estão ocorrendo, tal como fez durante toda a sua existência como Direito posto.

Portanto, torna-se indispensável a análise da evolução jurídica pelo qual a *Civil Law* vem passando ao longo dos séculos, em especial, a partir da metade do século XX, visto que hoje isso é indispensável para suprir as necessidades da coletividade, conceito novo que surge da ideia de supranacionalidade e de Globalização.

Vê-se, portanto, que a *Civil Law*, tal como a *Common* Law, passaram por inúmeras mudança até chegarem no estágio em que hoje encontram-se; ocorre que, a partir de uma evolução mundial que aconteceu em meados do século XX, e que foi chamada de Globalização, o mundo como hoje se conhece ficou "plano"[221] e, a planificação mundial não ocorreu somente nas áreas econômica, política e sociocultural[222], deu-se, também, na parte jurídica[223].

Assim, algo impensado antes do século XX vem acontecendo gradativamente, que é a possibilidade da criação de um novo Sistema de Direito com nuances civilistas e *commoloistas,* graças a Globalização e a possibilidade de

---

[221] A ideia de utilizar a expressão "mundo plano" deu-se em razão do livro de Thomas L. Friedman – **O Mundo é Plano:** Uma breve história do Século XXI.

[222] Citando o Prof. Paulo Márcio Cruz, quando discorre sobre como repesar a Democracia, o mesmo diz que somente será possível através da pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e da igualdade, ambas vividas a serviço da diferença. CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: Univali Editora, 2014, p. 16.

[223] Em relação a planificação mundial, há que se fazer uma ressalva em relação aos críticos da Globalização, pois não compartilham com tal otimismo, uma vez que segundo os críticos a Globalização da economia não veio acompanhada de uma transformação da política e do Direito, os quais seguem tendo parâmetros nacionais deixando os cidadãos indefesos, em razão da ausência de um poder supraestatal que estabeleça limites ao poder econômico e a suas externalidades (como por exemplo, as crises envolvendo o meio-ambiente).

transnacionalização do Direito operada por novos atores transnacionais, conforme se verificará na sequência deste trabalho.

2.3. A PRODUÇÃO JURISPRUDENCIAL JUNTO AO SISTEMA DE DIREITO DA *CIVIL LAW*[224]

Quando se fala da função da Jurisprudência no âmbito do Sistema de Direito da *Civil Law*, primeiramente deve-se dizer que a Lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente a fonte primordial, quase exclusiva do Direito nos países que compõem o Sistema de Direito Romano-Germânico[225]; porém, a Lei, a cada dia, tem ao seu lado, dando-lhe suporte e vigor, a Jurisprudência, a qual foi introduzida com força total neste Sistema de Direito.

Ademais, o processo interpretativo da legislação e de casos especiais pelos juristas está muito mais intenso, abrindo espaços imensuráveis no Direito para a criação jurisprudencial, solucionando lacunas, abrindo campos novos para o trabalho do legislador, e norteando o jurista rumo à solução dos problemas existentes no mundo jurídico.

Neste sentido, a dispersão do sistema e a própria técnica de codificação, que tende a provocar uma confusão entre Direito e Lei, tornam difícil ver o elemento de unidade que liga Direitos dos mais diversos, parecendo à primeira vista Direitos nacionais inteiramente distintos uns dos outros.[226] Isso ocorre, porém, tão-somente com uma análise superficial, visto que analisando com profundidade o assunto, ter-se-á inúmeras surpresas no que tange a paridade e influências que exercem os Sistemas Jurídicos entre si. E, com o avanço do processo globalizador os Sistemas Jurídicos passaram a se comunicar muito mais entre si, verificando as falhas e, ao mesmo tempo, tentando saná-las.

---

[224] Parcialmente extraído de DELLA BONA, Carla. **União Europeia e Mercosul:** aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* produzindo um novo Sistema de Direito. Dissertação de Mestrado publicada pela Universidade Federal de Santa Maria.
[225] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.111.
[226] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.34.

Desse modo, os povos adeptos ao Sistema de Direito da *Civil Law*[227], analisando a funcionabilidade que exerce o instituto do *precedent* tanto na tradicional *Common Law* inglesa como na moderna *Common Law* americana, começaram a utilizá-la como fonte constante de Direito.

É mister lembrar, que apesar da regra jurisprudencial não ser utilizada diuturnamente pelos adeptos do sistema Romanista, ela sempre constou como fonte de Direito[228]; porém, não era utilizada com frequência, talvez por preconceito, ou mesmo, por medo de uma migração total para o Sistema de Direito da *Common Law*, ou talvez por temor do regresso a uma insegurança e caos jurídico, que existiam antes do surgimento dos Códigos.

Neste sentido, o processo de Globalização, como um dos motivos que acarretaram uma maior união entre os povos[229], teve uma influência muito grande para tornar a Jurisprudência no que ela hoje é, uma fonte indispensável para o

---

[227] *The greater the gap between what society needs and what the code says, the greater the tendency for courts to develop new interpretations of old code provisions in order to meet the need. Judicial decisions become in fact, if not in theory, a source of law. The actual operation of the legal order within Civil Law nations is thus affected both by the age of the codes in force and by the judicial response to the adequacy of old codes. In France much of the power of the old code to impede social and economic progress has been reduced by a creative judiciary*. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. ***The Civil Law Tradition***, p. 147
Quanto maior a diferença entre o que a sociedade precisa e o que o código diz, maior a tendência dos tribunais de desenvolver novas interpretações das disposições antigas do código para atender à necessidade social. As decisões judiciais tornam-se, de fato, não somente em teoria, uma fonte de Direito. O funcionamento real da ordem jurídica dentro das nações da *Civil Law* é, portanto, afetado tanto pela idade dos códigos em vigor quanto pela resposta judicial à adequação dos códigos antigos. Na França, por exemplo, grande parte do poder do código antigo de impedir o progresso social e econômico foi reduzido por um judiciário criativo. (tradução livre realizada pela Autora)

[228] Na França, a revolução de 1789 pretendeu suprimir a eficácia normativa da Jurisprudência, qual seja, a criação de normas jurídicas pelos tribunais foi então tida por contrária à separação de poderes postulada pela ideologia triunfante. O art. 5º do Código Civil Francês havia proibido que os juízes se pronunciassem através de "disposições e regulamentos"; tinham em vista, neste preceito, os chamados *arrêts de règlement* dos tribunais reais (*Parlements*), os quais haviam se notabilizado, durante o antigo regime, não somente pela arbitrariedade da sua Jurisprudência, mas também pela tenaz defesa dos privilégios da nobreza e pela sistemática oposição a todas as reformas. Tal fato, não tem, contudo, impedido a *Cour de Cassation* de proferir, a par dos *arrêts déspèce*, os denominados *arrêts de príncipe*, que contém na sua fundamentação um princípio de aplicação geral, suscetível de se estender a casos análogos, sem que todavia o tribunal fique a eles vinculado para o futuro, como sucederia no caso de um *arrêt de règlement*. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 167.

[229] É preciso ressaltar que muitos doutrinadores, dentre eles, Boaventura de Sousa Santos e Eros Grau, discordam desta premissa.

Sistema de Direito da *Civil Law*[230]. Além disto, a indispensabilidade do *precedent* dentro do sistema da *Civil Law*, deu-se muito pela falta de retorno para à sociedade de respostas rápidas e ágeis à conflitos desencadeados na frenesia mundial pós-moderna, em especial em matérias econômicas e sociais, que os velhos códigos não eram e não são capazes de suprir.

Nenhum advogado praticante irá negar a importância de um arquivo de Jurisprudência dominante nos vários assuntos de interesse, assim como qualquer estudante sabe da importância do conhecimento da Jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos na aplicação do Direito.[231]

Deste modo, a aceitação generalizada de compilações de Jurisprudência uniforme em certas matérias tópicas, conforme as publicações que se tornam cada vez mais frequentes, torna a Jurisprudência cada dia mais utilizada pelos operadores do Direito; assim, quando fala-se em Informática no Direito[232] ou em Informática Jurídica, a primeira indagação é saber quando serão aquelas engenhocas inteligentes aplicáveis para melhor conhecer-se a Jurisprudência e dela extrair maior aproximação com a realidade dos fatos correntes.[233]

Nota-se, assim, que a evolução da sociedade ao longo dos anos, leva também a uma evolução do Direito.

Diversos processos são utilizados para assegurar a certeza do direito[234], dando uma certa estabilidade à Jurisprudência. Esta preocupação, quanto à certeza

---

[230] A Jurisprudência desenvolve o Direito, preenche os vazios legais, hierarquiza as soluções teóricas e cumpre um papel de agente de penetração na doutrina internacional. STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado,** p.125.

[231] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p.30.

[232] A título ilustrativo somente, no Brasil, a tecnologia está muito presente na vida dos operadores do Direito; tanto que, os sistemas eletrônicos de protocolos e movimentações processuais, os chamados e-procs, são uma realidade em todos os graus de jurisdição, facilitando a vida jurídica daqueles que trabalham com o Direito diuturnamente.

[233] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 30.

[234] Quando se fala da ideia de que a certeza do direito deu uma certa estabilidade à Jurisprudência, há que se mencionar o pensamento de Edgar Morin sobre o princípio da redução de complexidade trazida pela certeza. Assim, segundo ele, até o início do século XX, a ciência "clássica" se fundamentou sobre quatro pilares da certeza que têm por causa e efeito dissolver a complexidade pela simplicidade: o princípio da ordem, o princípio da separação, o princípio da redução, o caráter absoluto da lógica dedutivo-identitária. Esses quatro pilares suscitaram um tipo de conhecimento que expandiu seu império das ciências físicas às ciências humanas, das ciências às técnicas – de agora em diante associadas em tecnociências -, destas às instituições industriais, burocráticas privadas e públicas, e

do Direito nos países componentes da família civilista, põe em evidência o verdadeiro papel que é reconhecido à Jurisprudência[235], mesmo quando a doutrina se obstina em lhe recusar a qualidade de fonte de Direito.[236]

A própria organização judiciária está, em geral, encimada por um Supremo Tribunal cuja missão é, em teoria, velar pela estrita aplicação da lei, e, muitas vezes também, assegurar a unidade da Jurisprudência. A existência desse Supremo Tribunal, de fato, ameaça mais do que garante a supremacia da lei, sendo que o legislador não precisaria ter receio da concorrência dos Tribunais locais, muitas vezes dispersos, dos quais seria difícil obter uma Jurisprudência coerente[237].

Além disto, elementos de natureza muito diversa diferenciam a função desempenhada pela Jurisprudência em cada um dos países que adotaram o Sistema de Direito Civilista. Entre estes elementos convém citar a existência e a maior ou menor perfeição das compilações de Jurisprudência e, também, o caráter oficial que estas compilações podem ter em cada um dos países que pertencem ao Sistema de Direito da *Civil Law*[238].

---

desse modo esse império cresceu nas dimensões do mundo contemporâneo. MORIN, Edgar; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade.** 2.ed., São Paulo: Peirópolis, 2000. p.95.
Ainda segundo o próprio Edgar Morin, o terceiro princípio de simplificação é o da redução ou, ainda, da elementaridade. O conhecimento dos sistemas pode ser reconduzido àquele das partes simples ou unidades elementares que os constituem. MORIN, Edgar; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade**, p.51.

[235] Nos sistemas da família da *Civil Law* a Jurisprudência tem um papel fundamental no desenvolvimento do Direito legislado, sendo que esta eficácia das decisões singulares lhes advém essencialmente da sua repetição. O conhecimento das regras de qualquer destes sistemas pressupõe, assim, o conhecimento do modo como os tribunais as interpretam e aplicam, sendo que a comparação jurídica não pode, por isso, ignorá-la. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 172.

[236] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.159.

[237] No Brasil, o Supremo Tribunal, detentor de um grande poder, é levado a ver as coisas numa perspectiva muito geral (em especial quando, como na França e no Brasil, desconhece os fatos), é tentado inevitavelmente a tornar-se uma autoridade complementar, senão rival, do legislador. A concentração do Poder Judiciário foi, na Inglaterra, a condição e a causa do desenvolvimento do Direito jurisprudencial, que constitui a *Common Law*. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p.159.

[238] A título ilustrativo, somente no Brasil já há a aplicação, para certos assuntos, da chamada Súmula Vinculante, ou seja, matéria decidida à nível de Corte Superior (STF) a qual deve ser aplicada diretamente pelo juiz de primeiro e segundo grau (Cortes inferiores). Tal situação dá a Jurisprudência, no Brasil, um grau de importância dentro do Sistema de Direito da *Civil Law* nunca antes visto. A mesma encontra guarida legal na Constituição Federal (art. 103-A), no Código de Processo Civil - CPC (arts. 496, §4º; 1.035; 1.042, §3º; e 932) e na Consolidação da Leis Trabalhistas – CLT (arts. 702, "f"; 894, II; 896, "a").

É interessante notar a este respeito, as transformações verificadas há um século rumo a um aperfeiçoamento crescente das compilações de Jurisprudência nos países que adotam o Sistema de Direito da *Civil Law*; elas testemunham importantíssimo papel atribuído atualmente à Jurisprudência. Vê-se, então, que hoje existem em vários países da família de Direito da *Civil Law*, e que fazem parte da União Europeia, por exemplo Alemanha, França, Itália, Suíça, Turquia, compilações oficiais de Jurisprudência[239].

Nos países da família de Direito da *Civil Law* as decisões judiciárias assemelham-se, inclusive, pelo fato de terem de ser todas motivadas, somente sofrendo modificação quanto ao estilo no qual são redigidas. Quando se toma por base a análise feita entre a diferença existente no Sistema de Direito da família da *Civil Law* e na C*ommon Law* quanto à justificação da crescente utilização do instituto do *precedent*, percebe-se que a tradição francesa[240], que é definida como "realenga", faz com que a justiça seja um gesto do soberano e, portanto, não precise de justificativas, opondo-se à base democrática do Sistema de Direito da C*ommon Law*.[241]

Neste sentido, há que se observar que o "Direito comum" é construído por elaborações progressivas, não há consulta dos precedentes sem explicitação dos casos que se inserem numa narrativa continua e a prática das opiniões separadas, acrescentando-se a uma função pedagógica do juiz perante os membros não juristas dos júris civis e criminais.[242]

Isso ocorre de modo totalmente diferente no Direito de origem civilista, em que o juiz é excluído, por princípio, do processo de elaboração das normas, o qual é tradicionalmente afeito ao Poder Legislativo e, de forma atípica, ao Poder Executivo.

---

[239] Estas compilações oficiais podem, num dado momento, servir para estabelecer uma distinção, que nem sempre se gosta de reconhecer, entre decisões que constituem Jurisprudência e decisões que será conveniente esquecer. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 156.
[240] A natureza jurídica da Jurisprudência na França não está pacificada, visto que para alguns tratar-se-ia de uma simples autoridade, dotada essencialmente de força persuasiva; e, para outros, a Jurisprudência constituiria uma verdadeira fonte de Direito, ainda que uma fonte oculta ou excepcional. A par do Direito legal, haveria na França um Direito jurisprudencial, ainda que subordinado à lei. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 169.
[241] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes,** p. XIV.
[242] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. XV.

Porém, no Direito Inglês e também no Direito norte-americano, o juiz, diferentemente, atendendo às demandas da sociedade civil, estaria colaborando à formação do Direito "de baixo para cima" o qual faria concorrência à formulação "de cima para baixo".[243]

Através destas análises, nota-se as transformações que o Sistema de Direito da família da *Civil Law* vem sofrendo, principalmente, quanto à aplicação da Jurisprudência, sendo ela hoje, taxada de fonte mediata do Direito. E, assim, o Direito jurisprudencial vem completar, enriquecer, modificar, recobrir de nova vegetação o Direito escrito nos textos legislativos.[244]

Então, tomando-se por base o Direito aplicado pelos países Sul-americanos, como exemplo da herança civilista, constata-se que os parâmetros jurisprudenciais estipulados pelos Tribunais, especialmente pelos Supremos Tribunais de cada um desses países, interferem não somente sobre a ordem interna, mas refletem-se nas decisões junto à esfera internacional, condicionando valores e princípios.[245]

Portanto, apesar de tudo, há que se ter em mente, ainda, que o sistema Jurídico da *Civil Law* é eminentemente centrado na Lei, ou seja, legicêntrico[246]. A herança romana é nítida, de acordo com o processo na Roma Antiga, uma vez que revestia-se o processo de características muito nítidas, pautando-se, notadamente, pela rigidez de seus atos - as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis como as leis mesmas (Gaio, I; 4.11).[247]

---

[243] CALVÉS, Gwénaële. "**Droit et politique**: une victoire du modèle américain ?", Le droit français s´américanise-t-il ? In: *Revue des Deux Mondes*, vol. 6, junho de 2000, p.172.
[244] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes,** p.22.
[245] MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional** – uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.25.
[246] Por esta razão é altamente contestável que se censure à Jurisprudência, principal fonte do Sistema de Direito da *Common Law,* uma vez que a mesma procura 'apoios' na lei, principal fonte do Sistema de Direito da *Civil Law,* para o aperfeiçoamento criativo do Direito. Isso não deveria ser considerado como um resquício positivista, nem a aspiração de fidelidade à lei daí resultante, criticada como fundamentação aparente, antes se reconhecendo que, sob esse procedimento existe um conhecimento metodológico e filosófico correto: é designadamente mais fácil demonstrar a mera adequação formal de um valor do que comprovar a justiça e adstringibilidade material do mesmo (*de lege lata*). CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,** p. 177.
[247] CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996. p.53.

Porém, não há como se negar a constante evolução do Direito da *Civil Law* rumo a utilização, constante, da Jurisprudência. Tal situação, faz surgir as primeiras bases para pensar-se os sistemas em que o Direito poderia ser aplicados somente por juízes togados, sejam eles legicêntricos ou ligados a teoria dos *precedents*.[248]

Assim, a importância das observações acima descritas, bem como a descrição dos avanços pela qual o Sistema de Direito da *Civil Law* passou e, vem passando nos últimos séculos, são reflexos claros da harmonização com o sistema da *Common Law*; a revolução a qual foi acometida a *Civil Law* é, com certeza, um desejo da sociedade que vive sob os auspícios da mesma, uma vez que há a necessidade de integração entre as decisões judiciais, em especial, das decisões judiciais transnacionais de cunho comercial que devem, o mais rapidamente possível, ser uma realidade para um Direito Transnacional.

Neste sentido, necessário faz-se a análise do papel dos operadores do Direito dentro do Sistema da família civilista, bem como do papel dos juízes na *Civil* Law, ante a verificação da utilização, cada vez maior, das decisões judiciais (Jurisprudências) dentro destes ordenamentos jurídicos.

2.4. OS OPERADORES DO DIREITO E A FUNÇÃO DOS JUÍZES DENTRO DA *CIVIL LAW*

A aproximação e harmonização dos Sistemas de Direito da *Civil Law* e da *Common Law* vem acontecendo por inúmeros fatores, sendo desde a necessidade de uma aplicação mais eficaz da justiça internamente, como por exemplo a construção de um Direito capaz de suprir as necessidades jurídicas de atores internos, até fatores externos, em decorrência do surgimento de novos atores transnacionais face a Globalização[249]. Tais fatores, com certeza deram-se em razão do avanço das comunicações e da tecnologia, o que permitiu a diminuição das distâncias.

---

[248] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,** p.178.

[249] Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, o mundo começa então a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula

Claro que, a referida harmonização de sistemas dá-se em virtude da necessidade interna dos juristas nacionais de adotarem fontes primárias de um ou outro sistema na tentativa de não deixar insolúveis os problemas corriqueiros da população. Esses problemas são levados aos Tribunais para serem sanados, muitas vezes, criando novos ditames para não deixar o caso na mais absoluta lacuna[250].

Assim, o fato é que com a evolução do Direito, em especial do aplicado pela *Civil Law* e pela *Common Law*, bem como a evolução da própria Sociedade, passa a admitir-se a possibilidade de uma reelaboração ou mesmo de uma recriação do Direito, em razão de um todo ordenado, um saber racional, que se construirá logicamente[251].

Isto porque, a existência do Direito assenta-se numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade; sem essa regularidade o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real, seria ininteligível, imperceptível e ineficaz.[252]

Portanto, a análise dos operadores do Direito dentro do mecanismo legicêntrico da *Civil Law*, bem como o papel que acabou por ser adotado pelo Juiz diante das constantes transformações pelo qual a *Civil Law* vem passando, é necessário para alcançar-se o objetivo pretendido neste trabalho; sempre ressaltando que, não se pretende exaurir a análise do tema neste item, tendo em vista que o objetivo é simplesmente apontar fundamentos para a conclusão pretendida.

Assim, há a necessidade de se vislumbrar o *modus operandi* dos operadores do Direito, bem como as divisões de jurisdição do Direito, a divisão do

---

em um vasto e complexo todo moderno. E, o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançado por todo o mundo. IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p.119.

[250] O Direito está em constante processo de desenvolvimento e, embora boa parte desse desenvolvimento se deva a atos promulgados pelo legislativo, os juízes e os tribunais têm um papel essencial a desempenhar no desenvolvimento da lei e em sua adaptação às necessidades da sociedade. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p. XIII.

[251] O Direito é um dos sistemas que, interiormente compõem-se de relações, e, exteriormente funciona como sistema relacionador do sistema social em seu todo. Um dos subsistemas que interliga os demais subsistemas do sistema social global é o subsistema do Direito. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.66.

[252] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito***,* p. LXIII.

trabalho entre advogados profissionais que o mundo da *Civil Law* exibe, pois as mesmas são características desconhecidas do mundo do Direito da *Common Law* e, particularmente, dos Estados Unidos[253].

Isto porque, os americanos geralmente pensam na profissão de advogado, como uma única entidade. Para os americanos, um advogado, não importa que tipo de trabalho legal ele ou ela esteja realizando no momento, ainda é um advogado. Embora muitos jovens graduados comecem como advogados particulares, advogados do governo ou membros da equipe jurídica de empresas e permaneçam nessas posições por toda a vida, é comum que eles mudem de um ramo jurídico para outro na profissão. Durante a vida, os advogados podem fazer uma variedade de trabalhos legais. Eles podem passar um ano ou mais como escrivão de Direito, ou juiz estadual ou federal após a graduação na faculdade de Direito. A maioria dos americanos acha normal que os advogados se desloquem facilmente de uma posição para outra, e não acham necessário que eles tenham treinamento especial para qualquer um desses tipos diferentes de trabalho, conforme poderá ser facilmente analisado no capítulo quinto desta Tese[254].

Porém, as coisas são diferentes nas jurisdições da *Civil Law*. Aqui, os jovens formados em Direito tem uma variedade de escolha entre distintas carreiras profissionais[255]. Eles podem embarcar em uma carreira como juiz, promotor público,

---

[253] *Like the divisions of jurisdiction and law, the division of labor among professional lawyers in the Civil Law world displays characteristic unfamiliar to the Common Law world, and particularly to those in the United States.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 104. (tradução livre realizada pela autora)

[254] *Americans usually think of the legal profession, of a single entity. To Americans a lawyer, no matter what kind of legal work he or she happens to be doing at the moment, is still a lawyer. Although many young graduates start out as private attorneys, government lawyers, or members of the legal staff of corporations, and stay in those positions for life, it is common for them to change from one branch of the profession to another. During their lifetime lawyers may do a variety of legal jobs. They may spend a year or so as law clerk to a state or federal judge after graduation from law school. Most Americans think it normal for lawyers to move easily from on position to another, and they do not think it necessary for them to have special training for any of these different kinds of work.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 104. (tradução livre realizada pela autora)

[255] A profissionalização da prática jurídica é há muito uma característica distinta das sociedades ocidentais. Nela reflete-se a própria autonomia do Direito relativamente a outros sistemas normativos, que igualmente caracteriza essas sociedades. No caso da maioria dos sistemas que se integram na família da *Civil Law* verifica-se um alto grau de especialização profissional dos juristas, os quais se repartem por diferentes carreiras em geral dotadas de grande autonomia e entre as quais existe

advogado do governo, ou simplesmente advogado ou notário; eles devem tomar essa decisão mais cedo e depois viver com ela. Muito embora seja teoricamente possível passar de uma dessas profissões para outra, tais movimentos são comparativamente raros, se comparado com o que acontece nos Estado Unidos, uma vez que a escolha inicial tende a ser final na maioria dos casos. O ponto de entrada em qualquer uma dessas carreiras está quase sempre no início da escolha da carreira, e o avanço é, frequentemente, uma função tanto da antiguidade dentro de uma determinada carreira quanto do mérito. A experiência acumulada em outra carreira jurídica não oferece vantagem inicial nem vantagem formal no processo de avanço, consequentemente, muitos jovens advogados logo vêem-se presos a uma carreira da qual a fuga, provavelmente, será muito custosa profissionalmente para ser contemplada[256].

Neste sentido, um advogado ou outro profissional do Direito, no Sistema de Direito da *Civil Law*, é aquele que graduou-se em uma Faculdade de Direito; sendo que na maioria dos países que adotam este Sistema de Direito, a graduação em Direito não basta em si mesmo, pois necessário também a qualificação, geralmente conferida por uma associação profissional de advogados, e, em alguns países, depois de um período certo de estágio profissional e/ou exames. Um Bacharel em Direito pode escolher ser um advogado, um procurador, um magistrado, um promotor público, um consultor, um tabelião ou professor de Direito, dentre outras muitas profissões que exigem o Bacharelado em Direito[257].

---

escassa mobilidade. VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 215.

[256] *Things are different in Civil Law jurisdictions. There, a choice among a variety of distinct professional careers faces young law graduates. They can embark on a career as a judge, a public prosecutor, a government lawyer, an advocate, or a notary. They must make this decision early and then live with it. Although it is theoretically possible to move from one of these professions to another, such moves are comparatively rare. The initial choice, once made, tends to be final in the majority of cases. The point of entry into any of these careers is almost always at the bottom, and advancement is frequently as much a function of seniority within the given career as it is of merit. Accumulated experience in another legal career does not give one a head start or any formal advantage in the process of advancement. Consequently, many young lawyers soon find themselves locked into a career from which escape is likely to be too costly to contemplate.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 104. (tradução livre realizada pela autora)

[257] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 101.

Ademais, para exercer a advocacia, por exemplo, na Alemanha, França ou Portugal, é condição a inscrição numa associação profissional[258]. Em Portugal esta é uma entidade de âmbito nacional (a Ordem dos Advogados); na França e na Alemanha trata-se, ao invés, de entes com escopo local (os *Barreaux*, cuja área de jurisdição corresponde à dos tribunais de grande instância, e as *Rechtsanwaltskammer*, que existe uma por cada *Oberlandersgericht*); o que tem como consequência é que nestes países um advogado admitido a exercer a profissão em certa circunscrição territorial não é *ipso facto* no resto do território nacional (na Alemanha, porém, desde 2000 esta restrição só existe quanto ao exercício da advocacia perante os tribunais superiores). Na França, os *avocats aux conseil* são necessariamente detentores de um *office ministériel*, que lhes confere o direito de exercer essa função; por serem em número limitado, os *offices* são geralmente adquiridos de um dono anterior[259].

E, mais, as subdivisões da profissão de advogado desapareceram ou estão rapidamente perdendo seu significado. Os advogados[260] se reúnem e aconselham os

---

[258] No Brasil, para o Bacharel em Direito (graduado em Direito) poder exercer a profissão de advogado, deve prestar exames (duas provas, sendo uma com conteúdo teórico e outra com conteúdo de ordem prática), a qual é controlado pela Ordem dos Advogados. Somente após obter a aprovação neste exame, o Bacharel em Direito pode exercer a função de advogado.
O advogado no Brasil deve comprovar sua efetiva habilitação profissional, demonstrando a regularidade de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de inexistência dos atos processuais praticados. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a plena constitucionalidade da exigência do denominado "exame da OAB" para o exercício da profissão, pela presença do juízo de proporcionalidade em "assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos a coletividade", e, dessa forma, "a aprovação do candidato seria elemento a qualifica-lo para o exercício profissional", pois o "exame da OAB atestaria conhecimentos jurídicos, o que seria congruente com o fim pretendido pela realidade brasileira. No mesmo sentido a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, conforme consagrou o Supremo Tribunal Federal, "é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que têm referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da justiça (art. 133 da CFB/88). MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editoria Atlas, 28ª Edição, 2012, p. 667.
[259] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 217.
[260] A Constituição Federal do Brasil de 1988 erigiu a princípio constitucional a indispensabilidade e a imunidade do advogado, prescrevendo no art. 133 que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito e, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "na aplicação e defesa da ordem jurídica, razão pela qual o constituinte o proclamara indispensável à

clientes e os representam em tribunal; eles também podem se envolver com os clientes a fim de ajudá-los a planejar seus negócios, inclusive, na parte imobiliária; eles serão o produto da linha teórica que a Faculdade de Direito possui e, normalmente, terão um período de estágio em um escritório de advocacia para adquirir experiência[261]. Tradicionalmente, os advogados atuam em escritórios de advocacia nos quais tenham um único advogado sênior, com um ou dois advogados juniores associados à ele. E, em face da estrutura da União Europeia e da Globalização muitas destas situações mudaram na Europa, e escritórios de advocacia tornaram-se mais parecidos com os escritórios Americanos, fazendo com que este fenômeno passasse a ocorrer, também, nas principais cidades do mundo[262].

Assim, nos países pertencentes ao Sistema de Direito da *Civil Law*, não há separação entre os advogados com especialização para atuar no Tribunal ou fora dele, como ocorre na *Common Law;* a separação nos países civilistas dá-se mais na questão de separar-se em algumas especialidades voltadas ao Direito Público ou ao Privado, visto que tais países adotam o sistema de códigos, ficando mais fácil este tipo de especialização na advocacia.

---

administração da Justiça" (STF – Pleno – RE 603583/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 26-10-2011). MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**, p. 666.

[261] No Brasil, é comum escritórios de advocacia darem espaço a estudantes de Direito para estágio. Entretanto, o estágio deve seguir os ditames do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que a partir de sétimo semestre de Faculdade, o estudante já poderá fazer uma inscrição provisória de estagiário junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a fim de receber um número e uma carteira de estagiário.

[262] *Divisions of this profession into subspecialties have disappeared or are rapidly losing their significance. Advocates meet with and advise clients and represent them in court. They may also become involved in helping clients plan their business and property affairs. They will be a product of a university law school and, typically, of a period of apprenticeship in the office of an experienced lawyer. Traditionally, advocates normally practiced in law offices in which they were the only senior lawyer, with one or two junior lawyers associated with them. European integration and globalization have changed things, and law firms resembling those in the United States have appeared in major cities in the civil world.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 108. (tradução livre realizada pela autora)

Ademais, o advogado[263] quando aconselha as partes e atua na prevenção do litígio está exercendo uma atividade judicial, pois a orientação e a conciliação nela estão compreendidas[264].

No Sistema de Direito da *Civil Law* também é muito importante a função dos notários e/ou tabeliões, tendo em vista que os mesmos possuem fé pública; na maioria dos países pertencentes a *Civil Law* os notários/tabeliões são Bacharéis em Direito nomeados pelo Estado para exercício dos seus ofícios[265].

Neste sentido, os notários em um típico país que adote a *Civil Law* cumprem três funções principais. Na primeira, eles elaboram importantes instrumentos legais, como testamentos, cartas corporativas, transferência de terras e contratos; na segunda, o notário autentica instrumentos; e, na terceira, os notários atuam como uma espécie de cartório público. Os notários geralmente recebem quase que monopólios, visto que em um país tipicamente Civilista os cartórios serão divididos em distritos notariais e, em cada distrito, um número limitado de notários terá competência exclusiva para o exercício da função para qual foi designado[266].

---

[263] O modo como os advogados argumentam seus casos obedece a um padrão semelhante ao da vida cotidiana, e isso não pode causar surpresa, pois o Direito é uma ciência prática que lida com problemas cotidianos e é argumentada na linguagem comum. É certo que os advogados, como outros profissionais ou grupos especializados, tendem a criar no interior dessa linguagem um certo jargão esotérico próprio. Essa criação de um jargão específico é uma ferramenta necessária de qualquer ciência que queira alcançar um maior grau de precisão e definição do que a vida corrente exige, embora possa também produzir consequências perniciosas, sobretudo na esfera que se ocupa dos problemas cotidianos. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p.340.

[264] O advogado aplica à solução de seus problemas uma terminologia especializada que frequentemente o habilita a examinar com mais precisão o processo de diferenciação e escolha que funciona geralmente na tomada de decisão. Mas o advogado também domina outros e igualmente valiosos auxiliares para chegar a certas decisões. Ele possui um procedimento elaborado que é regido por regras estritas, por meio das quais as decisões finais num caso podem ser rigorosamente definidas, e as matérias irrelevantes excluídas, todos os argumentos pertinentes pró e contra uma certa decisão podem ser ordenados de forma sistemática, e todos os pontos de vista diferentes podem ser apresentados, se for necessário ou desejado, por representantes legais peritos na arte de reunir argumentos e apresentá-los da maneira mais persuasiva. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p.340-341.

[265] No Brasil, o Cargo de Notário ou Tabelião somente é conferido a pessoa que conseguir a devida qualificação em concurso público, os quais são muito disputados, tendo em vista a alta remuneração alcançada no exercício de tais funções. Os concursos públicos quando são abertos (através de Edital), possuem complexa forma de avaliação, visto que após a prova teórica e prática, há, também, a avaliação dos títulos qualificatórios do candidato.

[266] *Notaries in the typical Civil Law country serve three principal functions. First, they draft important legal instruments, such as wills, corporate charters, conveyances of land, and contracts. Second, notaries authenticate instruments. And third, notaries act as a kind of public record office. Notaries are usually given quasi monopolies. A Typical Civil Law nation will be divided into notarial districts, and in each district a limited number of notaries will have exclusive competence.* MERRYMAN, John Henry.

Em relação a carreira de Promotor de Justiça, referente à Instituição Ministério Público, no Sistema de Direito da *Common Law* ela assim como a Magistratura (carreira de juiz), possuem diretrizes próprias, variando de acordo com as regras do ordenamento jurídico de cada país[267]; assim, há países que tratam a Magistratura e o Ministério Público separadamente, como no caso do Brasil, mas, em muitos outros países da família da *Civil Law*, a promotoria de justiça faz parte da magistratura.

Desta forma, os membros do Ministério Público integram-se numa hierarquia, na qual estão subordinados às diretivas, ordens e instruções previstas na lei. Em Portugal, como no Brasil, o Ministério Público goza, nos termos da Constituição e do respectivo Estatuto, de uma vasta autonomia relativamente aos demais órgãos do poder central, regional e local. Na França, os procuradores gerais (que funcionam junto de cada *Cour d´appel*) dependem diretamente do Ministério Público; ainda assim, o dever de obediência hierárquico não exclui neste país uma certa independência, ao menos na realização de alegações orais. Na Alemanha, o Ministério Público está sujeito à direção do Governo, que pode, através do Ministério da Justiça, emitir diretrizes sobre a sua atuação e vigiar a sua execução[268].

Finalmente, em relação a carreira de Juiz, dentro da *Civil Law,* estes têm a função de julgar os casos que são levados aos tribunais locais, regionais e superiores. Da mesma forma que o Ministério Público, àqueles juristas que desejam fazer carreira na magistratura (seja ela em nível regional ou federal) deverão participar de concursos

---

PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 109. (tradução livre realizada pela autora)

[267] Não é o caso do Brasil. Aqui a Magistratura e o Ministério Público possuem vertentes diferentes com regras e estatutos internos próprios, não se confundido um com o outro, sendo que o Ministério Público está vinculado ao Poder Executivo e a magistratura ao Poder Judiciário. A Constituição Federal do Brasil de 1988, situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127/130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade. Assim, constitucionalmente, o Ministério Público abrange o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, além dos Ministérios Públicos Estaduais. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p. 627.

[268] VICENTE, Dário M. **Direito Comparado**: Introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 216.

públicos[269], onde serão testados os conhecimentos para à prática da carreira escolhida, devendo seguir as regras e estatutos próprio desta profissão.

De modo geral, nos países da família da *Civil Law* a função judiciária dá lugar a uma carreira, que se abraça no início da vida profissional; é raro que os juízes sejam, como nos países da *Common Law*, escolhidos entre os advogados que alcançaram reputação. No caso dos países que pertencem à *Civil Law*, os futuros juízes são preparados, pela formação que receberam na Universidade, a ver de um modo mais lato os problemas que lhes são submetidos; a sua visão do Direito é menos estritamente técnica. Assim, os juízes[270] são geralmente nomeados vitaliciamente, e o processo de inamovibilidade constitui uma das garantias fundamentais da sua independência[271].

Além disto, a imagem predominante do juiz tende a se auto-justificar, tendo em vista que a carreira é atraente para aqueles com ambição limitada, que buscam segurança e que dificilmente terão sucesso como advogados ou na competição por um cargo acadêmico. As condições de trabalho e os salários estão em conformidade com esta imagem, sendo que, normalmente, são estas as condições que os graduados em Direito buscam em suas carreiras. É claro que existem alguns juízes excelentes, mas as melhores mentes legais geralmente são encontradas em outros lugares, principalmente na prática e na vida acadêmica. Portanto, resta claro que, a

---

[269] A prática brasileira confirma as vantagens da seleção mediante concurso público e posterior integração numa carreira. Os concursos realizados pelos tribunais, com a participação obrigatória de advogados, têm demonstrado ser um bom caminho, sendo necessário enfatizar a exigência de maior experiência dos candidatos, o que poderia ser feito mediante a fixação da idade mínima de trinta anos, e de cinco anos, pelo menos, de prática efetiva de uma profissão jurídica. Não há dúvida de que um bacharel com menos de trinta anos de idade pode, eventualmente, ter a experiência necessária, como também pode ocorrer que um juiz chegue aos setenta anos precisando de mais amadurecimento, mas esses casos seriam excepcionais e não justificariam uma regra diferente. O requisito da honestidade e a verificação da personalidade, com a ajuda de profissionais qualificados para isso, são pressupostos necessários. Além disto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 ampliou consideravelmente o papel do Judiciário na proteção dos diretos, inovou também quanto às escolas da magistratura, prevendo a elaboração de uma lei complementar, dispondo sobre o Estatuto da Magistratura, determinando ainda que existam a "previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira". DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2007, pág. 27 e 33.

[270] Na América Latina, os juízes dos supremos tribunais apenas são nomeados vitaliciamente na Argentina, no Chile e no Brasil, enquanto que nos outros países eles são designados por um período de tempo que varia entre três e dez anos, sendo que esta circunstância parece, por vezes, comprometer o *imperium* do Direito. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 154.

[271] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 155.

profissão de advogado tem uma estrutura de classe claramente definida, contrariamente a estrutura dos juízes.[272]

Entretanto, em vários países que adotam o Sistema de Direito da *Civil Law*, os extremos do modelo revolucionário do processo legal perderam muito de seu poder e o domínio da ciência jurídica na mente jurídica foi afrouxando, existindo uma tendência perceptível em direção a um judiciário de maior qualidade e *status*. É verdade que essa tendência é mais forte fora do judiciário ordinário[273]. Os exemplos mais importantes, a nível europeu, são os tribunais constitucionais do tipo originalmente criado na Áustria, Alemanha, Itália e Espanha e, posteriormente, expandidos para outras jurisdições e tribunais administrativos, como a seção judicial do Conselho de Estado francês. Os tribunais internacionais, como o Tribunal de Justiça Europeu, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, também se tornaram importantes atores políticos e jurídicos[274]. Mas mesmo dentro do judiciário originário, o poder - e, portanto, o *status* - dos juízes tem aumentado. A conquista do judiciário francês na criação e desenvolvimento de leis nas quais o Código Napoleão foi silencioso ou inadequado é bem verdade, mas o

---

[272] *The prevailing image of the judge tends to become self-justifying. The career is attractive to those with limited ambition who seek security and are unlikely to be successful as practicing lawyers or in the competition for an academic post. Working conditions and rates of pay conform to this image. The better law graduates accordingly looks elsewhere for their careers. There are, of course, some excellent judges, but the best legal minds are usually found elsewhere, particularly in practice and in academic life. The legal profession has a clearly defined class structure; judge are the lower class.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 112. (tradução livre realizada pela autora)

[273] No Direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na Jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar "culto da legislação", reduzindo-se o Direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. No caso do Brasil não existe, sequer, o pretexto de que o legislador prendeu o juiz numa camisa-de-força e não lhe deu meios de agir com alguma liberdade na procura da solução legal e justa dos conflitos jurídicos. O juiz brasileiro não só pode como deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 110.

[274] Exercendo, então, a função em uma jurisdição internacional, uma corte constitucional ou um tribunal ordinário, o juiz tornou-se o árbitro de todos os conflitos de leis que os legisladores não puderam ou quiseram resolver. Esta evolução resulta em parte da modificação das técnicas legislativas: o recurso crescente a conceitos indeterminados, as regulamentações circunstanciadas tiveram o efeito de multiplicar os conflitos de leis e as lacunas. Por outro lado, a internacionalização, ou melhor, a transnacionalização das relações jurídicas, assim como a preponderância de normas protetoras das liberdades fundamentais criaram conflitos específicos, que são governados ora pelo princípio da hierarquia, ora pela ponderação de normas de categoria igual. RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p.337.

poder dos juízes italianos ordinários de tomar uma decisão preliminar sobre se uma objeção constitucional levantada em um processo civil ou criminal é "manifestamente infundada" é outro exemplo. A crescente conscientização judicial da estreita relação entre uma decisão que interpreta um estatuto e o provável resultado de um ataque constitucional a esse estatuto é outra. Embora seja improvável que réplicas do juiz de Direito ordinário surjam dessa evolução; porém, parece claro que o *status* da “classe judicial” dentro da profissão jurídica está crescendo[275].

Portanto, atualmente, o Direito é eminentemente um fenômeno judicial, não apenas um fenômeno jurídico, e a magistratura, através de seus juízes não devem ser vistos a exclusão dos demais profissionais do Direito, pois a verdade é que o juiz[276] continua a ser a última palavra na definição do Direito, e que interessa a todos – visto

---

[275] *But where, as in a number of Civil Law nations, the extremes of the revolutionary model of the legal process have lost much of their power and the grip of legal Science on the legal mind is loosening, there is a perceptible tendency toward a judiciary of higher quality and status. It is true that this tendency is strongest outside the ordinary judiciary. The most prominent examples are constitutional courts of the kind originally created in Austria, Germany, Italy, and Spain and later expanded to other jurisdictions and administrative courts like the judicial section of the French Council of State. The international courts, like the European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights, have also become important legal and political players. But even within the ordinary judiciary, the power – and hence the status – of the judges have been increasing. The achievement of the French judiciary in creating, and developing law in which the Code Napoléon was silent or inadequate is well known. The power of ordinary Italian judges to give a preliminary decision on whether a constitutional objection raised in a civil or criminal proceeding is “manifestly unfounded” is another example. Growing judicial awareness of close relation between a decision interpreting a statute and the probable result of a constitutional attack on that statute is yet another. Although it is unlikely that replicas of the Common Law judge will emerge from this evolution, it seems clear that the status of the “judicial class” within the legal profession is growing.* MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition:*** *An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, p. 113. (tradução livre realizada pela autora)

[276] A consciência dos magistrados, independentemente da escola ou sistema a que pertençam, seja o da *Common Law* ou o *Civil*, é de que o sistema de normas e precedentes de seus Estados formaria o manancial suficiente à resolução dos litígios levados ao Poder Judiciário. É como se o sistema jurídico nacional hermeticamente fechado, bastasse por si só. Além disto, restringir-se ao seu próprio sistema é forte ponto de apoio à manutenção do clássico dogma do respeito “à soberania estatal”, porque o reconhecimento de que o magistrado interpretou ou aplicou mal a lei só acontece pela via recursal, inexistindo qualquer outro mecanismo conhecido. A tradição e a crença na soberania como expressão intocável do poder do Estado não resistiram, a partir do momento em que os magistrados nacionais dos países integrantes da hoje União Europeia, passaram a ser os primeiros aplicadores do Direito Comunitário e tiveram de recorrer a um órgão superior e autônomo a jurisdições nacionais para resolver suas dúvidas nesta matéria, extraída que foi esta competência dos tribunais nacionais para interpretar e apreciar a validade daquele Direito, já que o mesmo não poderia ficar atrelado às vicissitudes das posições díspares das jurisdições nacionais, em prejuízo da sua própria integridade e inteireza. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.98-99.

que as soluções fundadas na ciência jurídica são soluções judiciais, não exercidas por qualquer agente.

Então, os operadores do Direito devem enfrentar o processo globalizador atentos a cada fato da realidade, consciente da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, chamado a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas, a cooperar com a realização concreta do justo. Se não dispuserem de talento para descobrirem-se protagonistas de uma nova cena jurídica deve ser-lhes propiciada a habilitação para enfrentar o desafio.

Ademais, os regimes jurídicos transnacionais irão – como já começa a acontecer – penetrar em espaços nacionais até então fechados[277], sendo que os operadores do Direito serão chamados a participar ativamente – muitas vezes fora do controle estatal – na construção de regimes transnacionais e supranacionais, como acontece com escritórios de advocacia internacionais os quais representam grandes empresas multinacionais. Em determinadas ocasiões, essas ações afetarão o poder e a própria legitimidade dos Estados nacionais e de seus campos jurídicos.[278]

Portanto, tem-se como necessária a continuidade da evolução jurídica do Sistema de Direito da *Civil Law* rumo a um Direito mais próximo dos novos atores internacionais e transnacionais, mesmo que para isto tenha que ser utilizado, com maior propriedade do que já utiliza, das ferramentas fornecidas pela *Common Law* em relação a aplicação da justiça.

E, neste sentido, uma nova postura do jurista não é mais uma quimera; ela está alicerçada na realidade das normas existentes, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

[277] Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as “abertas” e as “fechadas”. No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade “fechada” existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p.166-167.

[278] ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. São Paulo: Renovar, 1999, p.21.

Em razão disto, há que se analisar o impacto do surgimento de um novo ordenamento jurídico, qual seja, do Direito Transnacional em um Direito Pós-moderno, em que a sociedade mundial, ou pelo menos parte dela, hoje se encontra.

CAPÍTULO 3

O DIREITO PÓS-MODERNO[279]: DECORRÊNCIA LÓGICA PARA O SURGIMENTO DE UM DIREITO TRANSNACIONALIZADO[280]

A realidade mundial que amanhecia no início do século XX não foi a mesma que anoiteceu no final do século XX ou mesmo a que deu início ao XXI, em especial quando as questões referem-se aos Estados - até então conhecidos com Estado-nação -, aos cidadãos, as empresas, ao Direito internacional, a tecnologia, as comunicações, dentre outras questões.

Tal situação ocorreu, em especial, em decorrência de fenômenos que geraram a possibilidade de aceleração da vida da sociedade mundial no século XX[281]. O fenômeno que mais destacou-se foi o da Globalização[282], a qual fez com que as distâncias e o tempo fossem reduzidos em razão da criação de instrumentos tecnológicos que facilitaram a comunicação entre as pessoas. Porém, a avalanche

---

[279] O Direito Pós-moderno pode ser conceituado como tendo por objetivo a formulação de um novo senso emancipatório para com o Estado, ou seja, a redução da interferência do Direito estatal no senso comum jurídico, fazendo com que as novas relações de poder e competitividade rompam com o Direito interno, a fim de passar a atuar no âmbito transnacional.

[280] O Direito Transnacional, além de atravessar Estados, também abre a ideia para a possibilidade de surgirem novas instituições multidimensionais com o escopo de fornecerem respostas aos fenômenos globais atuais, principalmente para a limitação e republicanização dos novos poderes. WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**: proposta de soberania compartilhada, federalismo cooperativo e transnacionalidade cultural. Florianópolis: CEJUR, 2020, p. 185.

[281] Tal situação deu-se pelo surgimento de um novo paradigma decorrente da obsolescência da modernidade e que se justifica pela necessidade capital da preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente, a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o Direito. Afinal de contas, a liberdade justificou a desigualdade material da modernidade, sendo notória a degradação ambiental produzida pela pobreza e pela miséria resultado dessas desigualdades. Até a década de 60, do século passado, alcançar níveis superiores de liberdade era o máximo almejado pelo ocidente capitalista liberal com sua lógica judaico-cristã. Dentre os fatores que determinaram a crise da era da liberdade, ou seja, da modernidade, foi o fenecimento do modelo de Estado – e de Direito – pautado pelas fronteiras nacionais. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Livro Eletrônico, ISBN 978-85-7696-094-2, Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 40.

[282] *Se trata en verdad de un proceso muy complejo de interacciones humanas que se elevan con toda facilidad sobre las fronteras estatales establecidas y determinan la existencia de toda una trama de relaciones políticas, económicas, culturales y sociales que parece flotar por encima de los ámbitos locales, regionales y nacionales para constituirse en una suerte de nueva civilización transnacional*. LAPORTA, Francisco J., ***Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Westfalianas***, p. 245.
Na verdade, é um processo muito complexo de interações humanas que facilmente se eleva acima das fronteiras estaduais estabelecidas e determina a existência de toda uma rede de relações políticas, econômicas, culturais e sociais que parece flutuar acima dos níveis local, regional e nacional para se tornar uma espécie de nova civilização transnacional. (tradução livre realizada pela autora)

causada pela Globalização também fez com que as instituições anteriormente estagnadas do Estado-nação tivessem que evoluir, criando novos conceitos e institutos para poder tentar enfrentar tais mudanças[283].

Assim, o Estado moderno[284], que anteriormente havia substituído o Regime Feudal/Medieval[285], hodiernamente passou a ser pós-moderno[286]. Obviamente, tal premissa não é unânime, tendo em vista que muitos ainda acreditam que o Estado não tenha saído do *status* moderno[287]. No presente trabalho, todavia, o Estado será tratado como já se encontrando no *status* da pós-modernidade, ou seja, deixado para

---

[283] A partir da década de 80 do século passado, o homem deu-se conta, pela primeira vez, que poderia destruir a vida no planeta. Esse fato, junto com o fenômeno da Globalização, acabou por criar uma nova realidade que se convencionou de transnacional. A era moderna entrou em exaustão quando seu paradigma, baseado na liberdade, deixou de ser o valor fundamental de orientação ao modo de vida do ocidente. Isso como consequência do surgimento de novos poderes e riscos agora globais. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, p. 40.

[284] O Estado moderno, nascido há pouco mais de quatro séculos, passou a ter no Poder Estatal uma instituição - uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos. No Estado moderno, a soberania estatal foi interpretada como um poder legitimamente irresistível, com suas resoluções, através do aparato estatal, ganhando caráter geral e incontestável. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direto Constitucional**. 2ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 40.

[285] O Estado Feudal inicia-se com a Idade Média (englobando a Alta e a Baixa), porém também aqui não há unanimidade quanto ao tempo; assim também se dá em relação a transposição para o Estado moderno, que alguns referem iniciar quando do início da Revolução Industrial e outros narram que o mesmo teria encerrado com a Revolução Francesa.

El último cuarto del siglo XVIII fue testigo no sólo de la creación de los modernos Estados nación, basados en la soberanía popular, sino también de la desaparición del régimen energético medieval, del comienzo de uno nuevo y de la revolución tecnológica que lo acompañó y que catapultaría a Europa, América y el resto del mundo hacia la Primera Revolución Industrial. (RIFKIN, Jeremy. ***La civilización empática:*** *la carrera hacia una consciencia global en un mundo en crisis*. 1ª ed. Barcelona: Paidós, 2010, p. 313.

O último quarto do século XVIII testemunhou não apenas a criação de Estados-nação modernos, baseados na soberania popular, mas, também, o desaparecimento do regime enérgico medieval, o início de um novo e a revolução tecnológica que o acompanhou e que catapultaria a Europa, a América e o resto do mundo para a Primeira Revolução Industrial. (tradução livre realizada pela autora)

[286] A pós-modernidade refere-se a algo diferente, significa que a trajetória do desenvolvimento social está se tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social, onde nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os "fundamentos" preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a "história" é destituída de teleologia e consequentemente nenhuma versão de "progresso" pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001. Tradução de Raul Fiker. Título original: *The Consequences os Modernity,* p. 56.

[287] Alguns autores como o Paulo M. Cruz e Zenildo Bodnar defendem que a relação entre o paradigma moderno (liberdade) e o pós-moderno (sustentabilidade) não seja de substituição, mas de coabitação ou de convivência. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, p. 40.

trás o período da reflexividade[288] e intervencionista[289], do chamado *Welfare state*[290], que dominou o mundo por quase quatro séculos, incluindo parte do século XX, para o período em que utiliza-se a história para fazer história, ou seja, uma outra reflexão da modernidade, parafraseando Anthony Giddens.

E, neste sentido, a revogação do compromisso com o Estado social traz como consequência a mudança de *status* por parte do Estado. E, a referida mudança deu-se em decorrência da reconstrução e desconstrução do Estado social como consequência imediata de uma política econômica voltada para a oferta; esta política econômica visava a desregulamentação dos mercados, a redução das subvenções e a melhora das condições de investimento, incluindo uma política monetária e fiscal anti-inflacionária, bem como a privatização de empresas estatais e procedimentos semelhantes.[291]

Então, a mudança de *status* por parte do Estado, não pode ser entendida simplesmente como uma nova terminologia, mas, sim, uma redefinição do papel do próprio Estado, que longe de ser uma invenção arbitrária de uma imaginação coletiva, expressa a base comum de uma determinada ordem social, conduzindo a uma hipervalorização dos chamados "microcosmos" sociais, das "instituições da sociedade civil", dos "novos movimentos sociais", das "soluções locais" e a reconceituação do

---

[288] A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter. O que é característico da modernidade não é uma adoção do novo por si só, mas a suposição de reflexividade indiscriminada que, é claro, inclui a reflexão sobre a natureza da própria reflexão. GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade,** p. 49.

[289] O Direito intervencionista do Estado é um Direito finalístico, material, legitimado pelo resultado que alcança, e normatizando a forma de distribuição do que for produzido pela sociedade. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996, p. 95.

[290] O *Welfare* State, ou Estado Social é, segundo Habermas, o período em que a dialética da igualdade jurídica e a desigualdade fática fundamenta a tarefa do *Estado social,* a fim de que o mesmo possa atuar no sentido de garantir as condições de vida aos cidadãos deste – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – tornando possível um uso igualitário dos Direitos civis divididos de modo igual. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: Ensaios Políticos, p.83-84.

[291] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Ensaios Políticos, p.66.

termo cidadania, não somente como cidadania política, mas, também, como cidadania social.[292]

Isto importa dizer que, os novos atores sociais, as forças vivas da sociedade, as forças sociais, e outros sinônimos, são utilizados basicamente para descrever três ordens distintas de instituições, os organismos empresariais, os blocos econômicos, e os grandes conglomerados econômicos, por um lado; os movimentos sociais tradicionais como sindicatos, as centrais sindicais e os partidos de massa, etc., por outro lado; e, por fim, os novos movimentos sociais (NMS)[293], entendidos como totalizações mais ou menos permanentes que compõem a sociedade civil em suas inter-relações com o Estado.[294]

Desta forma, incluir a força da opinião pública, as políticas das corporações de negócios e dos governos nacionais, e as atividades de organizações internacionais são de extrema importância para obtenção da reforma da base estatal estabelecida. Numa situação de Globalização acelerada, como a que está diante da sociedade de hoje, procurar maximizar a oportunidade e minimizar os riscos de alta-consequência requer o uso coordenado do poder. Até porque, os interesses das corporações de negócios divergem frequentemente dos governos, visto estarem com frequência mais focados em questões regionais do que nas demais situações.[295]

---

[292] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 81.

[293] Ao contrário dos movimentos sociais tradicionais, os novos movimentos sociais teriam sua composição basicamente heterogênea (não mais tendendo para a homogeneidade, como nos sindicatos, ou os partidos), seus extratos de atuação seriam muito diferenciados, cada movimento atuando de forma localizada, geográfica e conceitualmente se ligando aos demais apenas enquanto estratégia de capilarizar a politização da sociedade, o que fica evidente na "máxima" do *pensar globalmente, atuar localizadamente*. Tais NMS teriam como objetivo preponderante, segundo as mais diversas formulações de seus ideólogos, a politização da vida quotidiana no âmbito privado, procurando fazer desaparecer a diferenciação da sociedade civil/sociedade política, eis que baseados na convicção de que todos os atos são políticos. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 98.

[294] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 97.

[295] GIDDENS. Anthony. **As consequências da Modernidade**, p. 176.

Assim, importante analisar-se, no presente capítulo, qual é o papel do Estado, neste caso o Estado Pós-moderno[296], e das instituições que compõem o mundo globalizado e transnacionalizado de hoje, tendo em vista os novos atores internacionais[297] que emergiram nos últimos 50 anos. Paradigmas[298], que anteriormente demoravam séculos para serem quebrados, hoje, em razão da instantaneidade das comunicações, caem por terra com muita facilidade[299]. E, neste sentido, se o Estado não possuir meios capazes de, pelo menos de longe, acompanhar a rapidez das mudanças, poderá vir a ser superado, se já não o foi, visto que não somente o *status* poderá ser alterado, mas as mudanças poderão ser mais significativas atingindo outras formas de governo e/ou governança não estatal[300].

Da mesma forma, a mudança de paradigma para um Direito Pós-moderno não é das mais fáceis, isto porque o Direito transpassou as fronteiras, mas não foi acompanhada por processos de solução de conflitos, ou melhor colocando, por regulações de conflitos, como o foram às demais ciências – economia, política ou sociologia/cultural[301]. Ademais, a ruptura com o modelo de Direito moderno fez com

---

[296] A pós-modernidade, entendida como um período de revisão das heranças modernas e como um momento histórico de transição no qual se ressente 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) causando, 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. Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**, p. 142.

[297] Corporações multinacionais, organizações não governamentais, grupos e associações humanas são exemplos dos novos atores internacionais.

[298] A expressão "paradigma", não possui um conceito unívoco e, no âmbito das ciências sociais, como é o caso do Direito, também sofre influências ideológicas e até mesmo socioculturais. O uso da expressão surge em substituição ao termo "verdade", tendo em vista a grande dificuldade em definir o que pode ser considerado cientificamente como verdadeiro. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, p. 40.

[299] As organizações modernas são capazes de conectar o local e o global de formas que seriam impensáveis em sociedades mais tradicionais, e, assim fazendo, afetam rotineiramente a vida de milhões de pessoas. GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade,** p. 30.

[300] Esse descrédito não se limita ao Estado, mas se generalizou em desconfiança ante a todas as instituições, inclusive nos sindicatos e nos partidos políticos de esquerda. Isso traz, dentre outras consequências, a incompreensão quase que generalizada do anacronismo da forma atual de Estado (e de participação através de partidos políticos) e da forma atual de regulação social (do Direito e das formas jurídicas de solução dos conflitos). MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 82.

[301] *La globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica. Las acciones globales se hallan insuficientemente reguladas y, pese a que esto ha podido ser considerado en tiempos como una virtud, puede hoy detectarse en la literatura especializada una clara denuncia de esta situación, y una fuerte demanda de regulación para el proceso*

que os pensadores da justiça tentassem reconstruir uma noção diferente de aplicação da justiça a partir do tempo e do espaço, não somente fixada na lei ou numa ideia transcendental do que é certo, mas em algo construído especificamente para solucionar as questões consideradas essenciais aos novos atores globais[302].

Neste ponto em específico, não há como esquecer, conforme já aqui mencionado, que a Globalização comunicativa, econômica ou social não foi acompanhada por uma Globalização jurídica paralela, visto serem as ações globais insuficientemente reguladas e, apesar de tal situação ter sido considerado uma virtude no passado, hoje há uma clara denúncia deste atraso junto à literatura especializada, uma vez que existe uma forte demanda por uma regulamentação do Direito no processo de Globalização.

Então, a forma, as causas e os efeitos da transposição do Estado moderno para um Estado Pós-moderno passam a ser importantes para delinear qual é o papel do próprio Estado e dos novos e velhos atores internacionais perante a complexa sociedade internacional existente nos dias atuais. Da mesma forma, faz-se necessário um panorama do impacto gerado pela Globalização no surgimento do Direito Transnacional em decorrência dos avanços culturais, econômicos, políticos e sociais juntamente com a influência dos atores globais.

3.1. TRANSPOSIÇÃO DO ESTADO MODERNO PARA O PÓS-MODERNO

A agonizante transformação pela qual passou o Estado moderno a partir do final do século XIX não foi suficiente para uma mudança de rumo e paradigmas na forma de condução do próprio Estado na condição moderna, o qual surgiu nos idos

globalizador. LAPORTA, Francisco J. ***Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Westfalianas***, p. 247/248.

[302] Há que se ressaltar que os novos atores não são propriamente novos. Desde sempre, entes não estatais dividiam com o Estado a tarefa de interagir fora e através dos territórios nacionais. Indivíduos comercializavam, estabeleciam relações pessoais através das fronteiras, casavam com estrangeiros, tinham filhos. As empresas multinacionais, que elaboram suas estratégias de crescimento e lucratividade em escala muitas vezes global, também existem há um certo tempo. Assim, não sendo novos os atores, a novidade está em que, no século XX, ganham relevância sem precedentes, quando se desvinculam dos Estados para a realização de seus objetivos aproveitando-se da permeabilidade crescente das fronteiras. NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional.** Um estudo sobre a *Soft Law.* São Paulo: Editora Atlas S.A., 2ª ed, 2006, p. 82.

do século XVII[303]. A nova ordem social surgida a partir da Revolução Industrial[304] não quer mais a higidez de condução Estatal que tinha quando do Regime Feudal. As forças do capitalismo industrial[305] desvelaram-se instáveis para a ponte que até então unia o Estado à sociedade civil[306].

Neste sentido, a ruptura com o moderno, a mudança para uma nova época, não vem com a vitória do irracional sobre o racional, mas, sim, quando o social assume um significado, fora do quadro de referência estabelecido pelo Estado-nação. Isso acontece quando o Estado não é mais capaz de controlar novas formas de organização social; somente quando o Estado precisa curvar-se à autonomia do social é que a Era Moderna poderia ter seguido o seu curso[307]. Mas isso não poderia ter

---

[303] A palavra "Estado" para designar unidades políticas independentes, como está consagrada no livro O Príncipe, de Nicolau Maquiavel, editado em 1513, se generaliza a partir dos Tratados de *Westfalia*, de 1648. Esta data já serve para indicar algumas das características que se vinculavam ao uso do conceito de "Estado". A paz da *Westfalia* veio para acabar com as guerras religiosas na Europa e para estabelecer um mapa com fronteiras fixas. A partir deste evento, a posição jurídica dos habitantes da Europa e sua relação com os poderes públicos estaria determinada por sua vinculação a unidades políticas territoriais, submetidas, cada uma delas, a um poder único e absoluto. A concepção da comunidade política como uma comunidade definida territorialmente e submetida, exclusivamente, ao poder real estabelecido em seu território se converteu, definitivamente, a partir de 1648, no eixo da nova organização política da Europa e, posteriormente, de quase todas as partes do planeta. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 40.

[304] A Autora informa que sempre que se referir simplesmente a Revolução Industrial, estará referindo-se a chamada Primeira Revolução Industrial; isto porque, afirma-se que hoje estar-se-ia perante a Terceira Revolução Industrial.

[305] O saber muda de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna; esta passagem começou desde pelo menos o final dos anos 50, marcando para a Europa o fim de sua reconstrução. Foi mais ou menos rápida conforme o desenvolvimento dos países em seus respectivos setores de atividade. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2019. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. Título original: *La Condition Postmoderne*, p. 3.

[306] *Until the mid-nineteenth century either the 'invisible hand', in the term of the political economists, or the rational spirit fashioned a wonderful concordance between individual and national ends. Any lesser group to which individuals belonged were part of the greater social organism. To this extent the theory of the nation-state simply overlaid the older feudal order of society. But by the middle of the nineteenth century it became clear that the rise of a new class profoundly disturbed the accommodation of the early modern period between state and civil society.* ALBROW, Martin. **The Global Age**. Stanford: Stanford University Press, 1996, p. 44.

Até meados do século XIX a 'mão invisível', nos termos de economistas políticos, ou sob o ângulo do espírito racional, formava uma maravilhosa concordância entre fins individuais e nacionais. Qualquer grupo de menor influência ao qual os indivíduos pertencessem fazia parte do organismo social maior. Nesta medida, a teoria do Estado-nação simplesmente sobrepunha a ordem feudal mais antiga da sociedade. Mas, em meados do século XIX, ficou claro que a ascensão de uma nova classe social perturbou profundamente a acomodação existente até então no período moderno entre o Estado e sociedade civil. (tradução livre realizada pela autora)

[307] A superação do Estado moderno acompanha o que aconteceu com todas as estruturas da convivência política, que surgiram de crises, se consolidaram durante determinado tempo e, por fim, cederam seus lugares a outras novas que, por sua vez, acabaram por entrar em decadência. É assim porque o Estado, como toda estrutura de convivência, é fruto de uma cultura que vai se modificando

acontecido apenas por meio de ideias, como ocorreu com o Estado moderno, pois o projeto construído sob as bases deste perdeu o controle da organização da vida cotidiana e das práticas cotidianas das pessoas comuns, dando azo ao surgimento de um novo Estado capaz de suprir as necessidades da sociedade[308].

A transformação das condições gerais em que se desenvolvem as atividades humanas, modifica radicalmente os sistemas de relações sociais e, por consequência o próprio Direito Público, em cujo seio, governantes e funcionários estavam acostumados a atuar, sendo que a construção de um novo paradigma para o papel do Estado fará frente à crise de legitimidade da ordem burocrática ao mesmo tempo em que fará frente a crise de ordem moral e intelectual dos próprios servidores do Estado[309].

E, a discussão referente ao local/global e tempo/espaço[310] foram algumas das inúmeras circunstâncias, acarretadas pela Globalização, trazendo à tona a questão do paradigma de um Estado moderno superado pelo Estado Pós-moderno,

---

pela realidade social em razão da política moderna. WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**, p. 90.

[308] The real break, rupture with the modern, shift to a new epoch, comes not with the victory of the irrational over the rational, but when the social takes on a meaning, outside the frame of reference set by the nation-state. This happens when the state is no longer able to control new forms of social organization. Only when the state has to bow to the autonomy of the social has the Modern Age run its course. On our account, that cannot happen through ideas alone, but only when the project loses its hold on the organization of everyday life and the daily practices of ordinary people. ALBROW, Martin. ***The Global Age***, p. 58.

[309] As transformações pelas quais passaram o Estado moderno e o Direito no final do século XX, vislumbram o surgimento de um novo Direito Público como resposta à importância do Estado e de seus mecanismos de representação política, tendo como mote um novo Direito Público cujas regras são as vezes formalizadas, outras não, mas que ensejam um processo cogestinário, que combina a Democracia direta com representação política prevista pelas normas escritas oriundas da vontade estatal. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 85.

[310] *Las nuevas tecnologías y los nuevos modos de percepción rompieron las barreras que durante tanto tiempo habían separado a las personas, igualando parcialmente las jerarquías sociales tradicionales al tiempo que democratizaban el acceso al tiempo y al espacio y su control. El teléfono, el cine, la radio, los vehículos con motor y otras tecnologías del siglo XX dieron al hombre y la mujer corrientes el mismo acceso a la velocidad, la movilidad y las diferentes realidades espaciales de las que disfrutaban los ricos.* RIFKIN, Jeremy. ***La Civilización Empática***, p. 374.

As novas tecnologias e os novos modos de percepção rompem as barreiras que, durante o tempo separavam as pessoas, igualando parcialmente as hieraquias sociais tradicionais ao mesmo tempo que democratizam o acesso ao tempo e o espaço e o seu controle. O telefone, o cinema, o rádio, os veículos com motor e outras tecnologias do século XX, atribuem ao homem e a mulher de hoje o mesmo acesso a velocidade, a mobilidade e as diferentes realidades espaciais dos que disfrutam os ricos. (tradução livre realizada pela autora)

na tentativa de se chegar a uma convergência de pontos de vista e definição de critérios, a fim de possibilitar acesso a um Estado, que através do Direito, responda às exigências do mundo atual.

Outro ponto de interseção entre o Estado Pós-moderno e a Globalização está na questão da desregulação e da re-regulação, visto que, com o intuito de servir aos interesses do liberalismo econômico, tanto os juristas nacionais quanto os políticos lançaram-se de corpo e alma na demonstração das vantagens da desregulação.[311] Ocorre que, não se pretende uma desregulação, mas, sim, re-regulação tendo o Estado Pós-moderno um papel de grande importância em consonância com o Direito, neste caso, somente podendo ser um novo Direito, qual seja, o Direito Transnacional.

Neste sentido, uma parte importante da literatura sobre a Globalização gosta de colocar como exemplo deste modelo de um novo tipo de Direito, que traz consigo o processo transnacional, a nova *Lex Mercatoria*[312], tendo ela a possibilidade de regular os atos de comércio internacionais que estão surgindo sem ter que ter a intervenção estatal, ou mesmo impondo-se sem recorrer a coação deste.[313]

Outra questão enfrentada quando discute-se o Estado Pós-moderno e a Globalização, refere-se ao retorno da figura do Juiz, uma vez que enquanto a sociedade procura vias alternativas, soluções pluralistas para os seus problemas jurídicos, em grande parte por desconfiança em relação a uma justiça considerada usualmente como lenta, custosa e pouco segura, nos países ditos “centrais” os magistrados não podem mais se contentar em ser somente a voz da lei, eles estão encontrando, juntamente com outros intervenientes e parceiros sociais, soluções pragmáticas para os assuntos que lhe são submetidos.[314] Entretanto, tal situação somente poderá ser uma via segura para um Direito Transnacional, se permanecer

---

311 ARNAULD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**, p.225.
312 A *Lex Mercatoria* será analisada com maior destaque no capítulo sexto do presente trabalho.
313 Una parte importante de la literatura sobre globalización gusta de poner como ejemplo o modelo del tipo nuevo de derecho que trae consigo ese proceso transnacional la nueva *Lex Mercatoria,* una suerte de regulación de los actos de comercio internacionales que se pretende que surge más allá de los Estados y se impone sin recurrir a su coacción. LAPORTA, Francisco J. ***Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Westfalianas***, p. 247/248.
314 ARNAULD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**, p.227.

na visão pós-moderna a visão transfronteiriça da atuação do Juiz, a fim de flexibilizar o papel do Direito estatal, frente a um Protagonismo Judicial internacional, mais rápido e capaz de suprir as necessidades sociais, âmago do Direito Transnacional.

Uma outra vantagem reivindicada tanto pelos pós-modernistas como pelos defensores da Globalização é a supressão da dicotomia entre o Estado e a sociedade civil[315]. Isto porque as Democracias careciam de participação dos cidadãos no exercício de um poder a eles inerentes – segundo os termos do contrato social – e que havia sido entregue ao Estado soberano. Reatar com a participação dos cidadãos[316] somente pode ser considerado como um trunfo do Estado Pós-moderno com a Democracia.[317]

Importante, a fim de não perder o foco da discussão, é evocar o que seja Democracia, a qual é um sistema que envolve competição efetiva entre partidos políticos por cargos de poder. Numa Democracia realizam-se eleições regulares e limpas, de que todos os membros da população podem participar; esses direitos de participação democrática são acompanhados por liberdades civis.[318] Porém, a Globalização que impulsiona a Democracia, instituto base do Estado, não consegue fazê-lo na velocidade que a mesma impulsiona os demais setores internacionais.

Assim, há uma incompatibilidade entre o tempo da Democracia e o tempo de uma economia globalizada[319], da mesma forma como há ainda uma falta de

---

[315] O Estado Pós-moderno e a Globalização encontram-se lado a lado em outros combates, tais como o combate contra o intervencionismo do Estado e para o desenvolvimento da sociedade civil, aquele em favor da flexibilidade, da escuta às mudanças, convidando a observar os sinais dos movimentos econômicos e sociais; combatem em conjunto a segurança artificial e preferivelmente, tendem a reatar com um tipo diferente de solidariedade social. ARNAULD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**, p.233.

[316] A legitimidade sociopolítica combina-se com a nova atitude científica; o nome do herói é o povo, o sinal de legitimidade seu consenso, a deliberação seu modo de movimentação. Disto resulta infalivelmente a ideia de progresso; ela não representa outra coisa senão o movimento pelo qual supõe-se que o saber se acumula, mas este movimento estende-se ao novo sujeito sociopolítico. O povo está em debate consigo mesmo sobre o que é justo e injusto, da mesma maneira que a comunidade dos cientistas discute sobre o que é verdadeiro e falso; o povo acumula as leis civis, como os cientistas acumulam as leis científicas; o povo aperfeiçoa as regras do seu consenso por disposições constitucionais, como os cientistas revisam à luz dos seus conhecimentos produzindo novos paradigmas. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-moderna**, p. 55.

[317] ARNAULD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**, p. 228.

[318] GIDDENS. Anthony. **Mundo em Descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós, p. 78.

[319] *La economía global está acompañada por instituciones económicas de alcance global como el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Fondo Monetario Internacional (FMI); espacios políticos transnacionales como la Unión Europea y Naciones Unidas; organizaciones*

consonância entre o Estado Pós-moderno e o Direito da atualidade, por esta razão é necessário o reconhecimento do Direito Transnacional, como terceira via entre o Direito nacional e o internacional. E, em relação ao tempo da discussão democrática (no parlamento ou no executivo) ser incompatível com o tempo dos negócios, é necessário trazer à baila a relação íntima entre corrupção de autoridades públicas e os grandes conglomerados financeiros, que mais do que nunca caracteriza o capitalismo da época atual. Além disto, há uma evidente incompatibilidade entre o tempo "dos negócios" e o tempo da decisão judicial estatal, o tempo do Direito, já que nenhuma empresa pode esperar dez anos para ter uma solução de um eventual conflito jurídico, sob pena de perda de mercado de modo definitivo.[320]

Porém, não há dúvida que a Democracia é uma das instituições que irão continuar fundamentando o Estado, desta vez, pós-moderno, tendo em vista que a mesma pode ser promovida acima do Estado, por meio tanto de organizações transnacionais quanto internacionais, exemplo de tal utilização, pelo menos inicial, é

---

intergubernamentales reguladoras, como la Organización Mundial de la Salud y la Organización Meteorológica Mundial, y organizaciones mundiales de justicia como la Corte Penal Internacional. Esta amplia red de instituciones económicas, sociales y políticas controla la civilización más compleja jamás concebida por los seres humanos. La totalidad del sistema se gestiona y mantiene a través de miles de millones de personas, diferenciadas en miles de talentos profesionales y destrezas vocacionales, todas ellas trabajando en tareas especializadas dentro de un labirinto global interdependiente. RIFKIN, Jeremy. ***La Civilización Empática***, p. 411.

A economia global é acompanhada por instituições econômicas globais, como o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI); espaços políticos transnacionais como a União Europeia e as Nações Unidas; organizações reguladoras intergovernamentais, como a Organização Mundial de Saúde e a Organização Meteorológica Mundial, e organizações globais de justiça, como o Tribunal Penal Internacional. Essa ampla rede de instituições econômicas, sociais e políticas controla a civilização mais complexa já concebida pelos seres humanos. Todo o sistema é gerenciado e mantido por bilhões de pessoas, diferenciadas em milhares de talentos profissionais e habilidades vocacionais, todos trabalhando em tarefas especializadas em um laboratório global interdependente. (tradução livre realizada pela autora)

[320] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 90.

a União Europeia[321], que utiliza a Democracia de forma pioneira em um tipo de governo transnacional[322].

A transformação do Estado moderno para o pós-moderno deu-se, igualmente, em decorrência da complexa sociedade de hoje, resultante da Globalização, dando total protagonismo às relações internacionais em detrimento das relações internas de cada país, provocando, mais uma vez, o reconhecimento de um Direito Transnacionalizante.

É importante referir que o Direito Transnacional é usado para se referir às extensões de jurisdição além das fronteiras dos Estados-nação, de modo que pessoas, corporações, agências públicas ou privadas e organizações sejam tratadas ou diretamente afetadas por regulamentos originados fora da jurisdição territorial do Estado-nação em que estão situados ou são interpretados ou validados por autoridades externas a essa jurisdição. Às vezes, refere-se a regulamentos que não são nem garantidos por agências estatais nem por instituições ou instrumentos jurídicos internacionais, como tratados ou convenções. Às vezes, sinaliza um espaço para regulamentação ainda não (totalmente) existente, mas para o qual é sentida uma necessidade de interações transfronteiriças.[323]

Evidentemente que, se já não é fácil visualizar um modelo de Direito Liberal ou um modelo de Direito Intervencionista, é praticamente impossível a visualização

---

[321] A União Europeia não é ela mesma particularmente democrática, mas a existência dela, considerada contra o pano de fundo da ordem global, lança luz sobre um princípio cardeal da Democracia. O de que o sistema transnacional pode contribuir ativamente para a Democracia no interior dos Estados, assim como entre eles. Os tribunais europeus, por exemplo, tomaram uma série de decisões, entre as quais medidas de proteção aos Direitos individuais, que prevalecem nos países membros. GIDDENS. Anthony. **Mundo em Descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós, p. 90.

[322] Dentro da União Europeia, a cláusula democrática obriga os seus contratantes a promoverem a Democracia e a respeitarem os Direitos humanos além da efetivação da cooperação política e econômica. Esse compromisso com o desenvolvimento social, econômico e cultural, mediante a promoção da Democracia, da erradicação da pobreza, da solidariedade, da autodeterminação e da não intervenção nos países, encontra-se explicitado em diversos tratados da União Europeia. WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**, p. 94.

[323] Often “transnational law” is token to refer to extensions of jurisdiction across nation-state boundaries, so that people, corporations, public or private agencies, and organisations are addressed or directly affected by regulation that originates outside the territorial jurisdiction of the nation-state in which they are situated, or is interpreted or validated by authorities external to that jurisdiction. Sometimes it refers to regulations guaranteed neither by nation-state agencies nor by international legal institutions or instruments such as treaties or conventions. Sometimes it signals a space for regulation not yet (fully) existing but for which a need is felt in cross-border interactions. COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 103/104. (tradução livre realizada pela autora)

desse novo modelo de Direito Transnacional para alguns[324], visto que para estes pode parecer uma defesa hipotética de como deveria ser um Direito do século XXI. Porém, em razão de se ter uma sociedade capitalista e o Direito estar balizado pela lógica do capital, a premência do reconhecimento de um Direito Transnacional caminhando "par e passo" com o Estado Pós-moderno[325] é algo a ser efetivamente trabalhado.

Entretanto, um Estado Pós-moderno, caminhando lado a lado com as instituições que o compõem, e com o auxílio indispensável do Direito Transnacional, possibilitará que a Globalização continue a construir a interligação entre todos os elementos necessários para que o Estado, em conjunto com os demais atores transnacionais, exerça papel de destaque no cenário internacional. Portanto, necessário se faz, a análise do papel da Globalização em diversos setores, em especial em áreas chaves como a economia, o Direito, a política e a cultura.

3.2. O PAPEL DA GLOBALIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE CENÁRIOS PÓS-MODERNOS

A Globalização, como se conhece, somente pode ser possível em razão da expansão tecnológica, em face do avanço dos métodos de produção e comunicação em massa, bem como na forma como o Estado vem sofrendo a interferência da mesma.

---

[324] Neste sentido, o próprio Habermas é um pouco descrente quanto ao assunto quando diz que a constituição de unidade políticas maiores leva a alianças defensivas contra o resto do mundo, no entanto, não altera nada no *modus* da concorrência pelas posições enquanto tal. Ela não leva *per se* a uma mudança de curso da adaptação ao sistema econômico transnacional no sentido de uma tentativa de influência política sobre as condições gerais. Por outro lado, fusões políticas desse gênero constituem uma condição necessária para uma recuperação da política diante das forças da economia globalizada. Com cada novo regime supranacional diminui o número de atores políticos e preenche-se o clube dos poucos capazes de agir globalmente. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: Ensaios Políticos, p.70.

[325] Neste sentido, o sistema – aqui entendido como o Estado Pós-moderno – não pode funcionar senão reduzindo, por um lado, a complexidade; e, por outro lado, ele deve suscitar a adaptação das aspirações individuais aos seus próprios fins. A redução da complexidade é exigida pela competência do sistema quanto ao poder. Se todas as mensagens pudessem circular livremente entre todos os indivíduos, a quantidade de informações a se levar em conta para fazer as escolhas pertinentes retardaria consideravelmente o prazo da decisão e, portanto, o desempenho. A velocidade é, com efeito, uma componente do poder do conjunto. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-moderna**, p. 112.

E, quem mais está sob o foco das transformações trazidas pela Globalização é o próprio Estado, visto que a ordem que a Globalização impõe torna-se elemento intrínseco em diferentes países, sendo que é nesse aspecto que ela fica perceptível para a sociedade em geral.

Assim, tem-se que não há uma definição universalmente aceita para o termo “Globalização”, cuja exatidão de sentido, por vezes, é contestável como todos os conceitos nucleares das ciências jurídicas e sociais, e tem sido diversamente concebida, dependendo do contexto e de quem busca expressar seu significado.[326]

Mas, a Globalização pode ser definida como o processo pelo qual o espaço mundial adquire unidade.[327] Contudo, na análise desse processo de Globalização não se encontram a unidade e a homogeneidade, visto que ao se estudar a evolução que cunhou e popularizou o termo, vê-se que a realidade denota não haver tal unicidade, vez que há um grande abismo entre a prosperidade econômica dos países desenvolvidos e a extrema pobreza da outra metade, o que confere relativismo ao termo.

De outra ponta, a Globalização pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, ligando localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa[328]. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção inversa às relações muito distanciadas que os modelam.[329]

Neste sentido, a Globalização expressa a escala crescente, a marcha progressiva, a aceleração e o aprofundamento da força dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social e econômica dentro do Estado Pós-moderno; a mudança

---

[326] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 11.
[327] MAGNOLI, Demétrio. **Globalização: Estado Nacional e Espaço Mundial.** 9. ed. São Paulo: Moderna, 1997, p. 7.
[328] Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. Tradução: Marcus Penchel. 1999. Título original: *Globalization: The Human Consequences.* p. 20.
[329] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 69.

ou a transformação na grandeza da organização social, econômica, política e judicial é que poderão ligar as comunidades distantes a fim de ampliar o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes. Porém, novamente, pela desigualdade, esse fenômeno longe está de ser um processo universal, uniformemente experimentado em todo o planeta.[330]

Assim, tomando-se um ponto de vista mais voltado para o cunho econômico do termo, tal fato implica uma reconfiguração espacial[331] da economia mundial dentro dos Estados pós-modernos, como resultado geral de velhos e novos elementos de internacionalização e integração. Entretanto, expressa-se também na difusão de padrões transnacionais de organização econômica, social, jurídica, vida ou pensamento, que resultam do jogo das pressões competitivas do mercado, das experiências políticas ou administrativas, da amplitude das comunicações ou da similitude e problemas impostos pelas novas condições internacionais de produção e intercâmbio.[332]

Destarte, o conceito de Globalização não é obra de mera denominação da humanidade no intuito de encontrar substantivos aos fenômenos que a afetam; é, sim, uma construção histórica, percebida durante séculos e remonta à própria história da vida do ser humano em sociedade.

Em face da evolução mundial, os conceitos de Estado, nação, Democracia e soberania passaram por profundas transformações, assim como o mundo todo, fazendo emergir o pós-moderno. Discutida a crescente interdependência entre os Estados e da própria sociedade mundial, surge a necessidade de uma comunicação

---

[330] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização.** p. 13.

[331] Note-se que a transformação local pode ser vista como uma parte integrante da Globalização ou como uma extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. Em outras palavras, pode-se dizer que o que ocorre em um determinado espaço territorial tende a ser influenciado por fatores que ocorram a uma distância indefinida. Além disso, tais concepções permeiam todos os campos sociais e admitem a possibilidade de que a Globalização possa evoluir em ritmos diferentes em cada um deles. A reorganização espacial da vida social deve ser vista de forma muito prudente, pois os espaços tradicionalmente reservados ao Direito e à política não coincidem mais com o espaço territorial, o que leva, por conseguinte à reavaliação da soberania. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade,** p. 60-61.

[332] VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 74.

global entre estes, tanto por fatores econômicos, como por fatores ambientais, políticos, culturais, jurídicos, dentre outros.

Portanto, o que se percebe com a evolução do termo “Globalização” é que o mesmo torna-se cada vez mais abrangente conforme se intensificam os contatos e as trocas entre os Estados e entre os cidadãos destes, sendo que se considerar os avanços tecnológicos que surgem em ritmo frenético, aliados à economia em escala mundial e em tempo real, além do consumismo das massas, pode-se esperar uma aglutinação ainda maior nas atuais e futuras relações internacionais. Tudo isso ocorre simultaneamente em todas as áreas sociais, afetando diretamente a cultura e o modo de agir da sociedade mundial, o que impõe ao Estado Pós-moderno a criação de soluções mais criativas de convivência social.

Assim, ao se incorporar a Globalização a um estilo de vida, tem-se que o ponto de intersecção mais comum entre as sociedades por ela ligadas é a comunicação. Isso se deve à proliferação dos veículos de comunicação e à generalização da informação, seja impressa ou eletrônica, acessível à grande massa. Dentro da marcha globalizante, a tecnologia transformou a comunicação em um fator eliminador de distâncias, por meio do qual os indivíduos e as comunidades, por mais remotas que sejam, podem se organizar em redes. Assim, a cultura é pulverizada e massificada.[333]

O fato de que a comunicação tornou-se possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar, permitiu que fosse cunhada a expressão “aldeia global”[334], quando, na verdade, ao contrário do

---

[333] SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais.** Barueri: Manole, 2004. p. 174.

[334] McLuhan, ao cunhar a expressão “aldeia global”, afirma que o progresso tecnológico estava eliminando as distâncias do mundo e deixando-o mais parecido como uma aldeia, onde os laços são mais estreitos entre as pessoas. O autor apontou a televisão como o meio de comunicação em massa em nível internacional, o qual começava a ser transmitido via satélite, como principal fator de encurtamento de distâncias. Deve-se ressaltar que na data de publicação da obra (1964) não havia internet ou mesmo telefonia celular. Mesmo assim, trata-se de um conceito de um mundo interligado, com relações econômicas, políticas e sociais estreitas e interdependentes entres os países. Esse estreitamento de relações, segundo o autor, é devido ao avanço tecnológico das telecomunicações, diminuindo a distância não somente entre os países, mas, também, entre indivíduos de diferentes países, sendo, então, um agente gerador de uma consciência global ou uma cultura mundial. MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem.** 4 ed. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 21-94.

que se dá nas verdadeiras aldeias, é frequentemente mais fácil comunicar com quem está longe do que com o vizinho.[335]

Então, com a redução da distância física entre as pessoas de diversas partes do mundo é possível a percepção de uma rede mundial de influência de forma sistemática, uma vez que fatores mundiais refletem-se localmente e fatores locais podem repercutir globalmente, quando levados através dos meios de telecomunicação; é a ideia da "aldeia global"[336] fazendo a transformação local ser tanto uma parte da Globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.[337]

Mas, apesar disto, a sociedade contemporânea ainda não sofreu com o impacto social comparado à expansão ultramarina das potências europeias e de suas filosofias laicas, surgidas no fim do século XVIII e durante o século XIX, sucessivamente, que se difundiram e transformaram em contexto social de grande parte das sociedades do planeta, bem como o próprio conceito de Estado, especialmente quando se fala em ciência, liberalismo e socialismo (até o fim da Guerra Fria, em 1985, aproximadamente).[338]

Entretanto, a intensidade, dimensão e o volume das comunicações globais hodiernas são absolutos e insuperáveis na história da humanidade. Acrescenta-se a isso, o fato que houve, também, gigantesca expansão no comércio de produtos da televisão, do cinema e do rádio e que os sistemas de transmissão de dados nacionais sofreram pesadíssima concorrência dos sistemas internacionais, os quais disputam a parcela de audiência antes reservada àqueles.[339]

---

[335] SANTOS. Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000, p. 41.
[336] A expressão "aldeia global" refere-se à padronização das ideias, de valores socioculturais, tendências políticas, padrões de consumo e conduta; é como se todo o mundo não passasse de uma pequena aldeia, causando uma sensação psicológica de que o mundo encolheu. IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização,** p. 119.
[337] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade,** p. 60.
[338] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 44-45.
[339] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 45.

É importante referir, neste ponto, que a internet teve um importante papel nesse processo de comunicação mundial[340]; com o aumento exponencial de usuários e comunicação instantânea, os quais refletem exatamente o panorama global de comunicação, a internet vem ignorando fronteiras, a fim de difundir culturas e ideias à diferentes países e em diferentes partes do mundo.

Neste sentido, com a desconfiança popular nos poderes constituídos se espalhando e se aprofundando, e o apreço popular pelo potencial da internet de dar poder ao povo subindo às alturas por meio dos esforços conjuntos do marketing do Vale do Silício, não admira que a propaganda pró-governamental tenha melhor chance de ser ouvida e absorvida se atingir seus alvos pela internet. Os info-hackers, de forma igualmente entusiástica e com o mesmo volume de boa vontade e sinceridade, podem se unir a uma nova "Transparência Internacional" da mesma forma que a uma "Brigada Vermelha". A internet acomodaria as duas opções com a mesma equanimidade.[341]

Em razão disto, muitos dispositivos nacionais de controle de informação tornaram-se ineficazes, de sorte que as pessoas de toda parte estão expostas como nunca estiveram aos valores de outras culturas. Nem mesmo o fato de se falar línguas diferentes tem detido o processo de comunicação e o intercâmbio cultural entre os sujeitos de diversos países e culturas.[342]

Além dos efeitos produzidos pela maciça utilização da internet, os efeitos de uma Globalização sociocultural, política, econômica e jurídica também impressionam por si só, uma vez que provocada e impulsionada por empresas privadas, que tomaram este papel que anteriormente pertencia aos Estados,

---

[340] A forma-padrão de comunicação inter-humana, hoje, é uma mensagem por IPhone com as palavras reduzidas a consoantes, e qualquer palavra que não consiga sobreviver a essa redução é proscrita e/ou eliminada. A amplitude da atenção humana – a mais escassa das mercadorias de hoje no mercado – foi reduzida ao tamanho e à duração de mensagens que tendem a ser compostas, enviadas e recebidas. BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral.** A perda da sensibilidade na Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Título original: *Moral Blindness (The Loss of Sensitivity in Liquid Modernity)*. 2014, p. 59.

[341] BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral.** A perda da sensibilidade na Modernidade Líquida, p. 73.

[342] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 45.

impressiona e remete à análise do papel do Estado no contexto global[343]. Tais empresas privadas substituíram os Estados e as teocracias como os maiores produtores e disseminadores centrais de Poder. Não que as instituições privadas internacionais tenham surgido somente nas últimas décadas, pois existem há muito tempo, mas o impacto é massivo. Os bens industrializados e a produção cultural para consumo das empresas globais têm um impacto muito maior que as agências de notícias e editoras de épocas anteriores tinham, desconhecendo os limites territoriais.[344]

Esse intercâmbio cultural em virtude da Globalização mostra um enredamento das relações entre as comunidades de diferentes locais da terra[345]. A estrutura conceitual do distanciamento tempo-espaço dirige a atenção às complexas relações entre envolvimentos locais (circunstâncias de co-presença) e interação através de distância (as conexões de presença e ausência). Na era pós-moderna, o nível de distanciamento tempo-espaço é muito maior do que em qualquer período precedente, e as relações entre formas sociais e eventos locais e distantes se tornam correspondentemente "alongadas". A Globalização se refere essencialmente a este processo de alongamento, na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da Terra como um todo.[346]

Em outras palavras, pode-se dizer que a distância entre os acontecimentos (causa) e suas consequências e repercussões (efeito) aumentaram, ao passo que o tempo decorrido entre elas diminuiu consideravelmente em face da comunicação global instantânea. Esses fluxos têm transformado a política nacional e a própria identidade nacional e internacional em termos gerais.

---

[343] As fronteiras geográficas e políticas são superadas à medida que os indivíduos vivenciam acontecimentos e fenômenos muito distantes. Para os globalistas, a existência de novos sistemas sociais globais de comunicação está transformando as relações entre os locais físicos e as circunstâncias sociais, bem como alterando a “geografia situacional” da vida política e social, rompe-se o elo entre o “ambiente físico” e a “situação social”. HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 46.

[344] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 45-46.

[345] A informação agora flui independente de seus portadores; a mudança e a rearrumação dos corpos no espaço físico é menos que nunca necessária para reordenar os significados e as relações. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** As consequências humanas, p. 26.

[346] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade,** p. 60.

Até mesmo nos Estados mais fechados, que adotam políticas rígidas relativamente à informação, a conduta imposta fica ameaçada diante dos novos processos tecnológicos da comunicação, e é provável que a vida socioeconômica também seja profundamente afetada. Esses fenômenos têm sido interpretados por alguns teóricos globalistas como algo que cria um novo sentido de participação e vulnerabilidade globais que transcende ao compromisso de fidelidade ao Estado.[347]

Assim, pode-se dizer que todo o processo globalizante se desenvolve pelos meios de comunicação, transporte e circulação de bens e do próprio consumo. Contudo, para o desenvolvimento desses fatores globalizantes é necessária a injeção de capital em pesquisa e produção[348]. A adição desse capital, com certeza fará girar as rodas da economia, gerando, quiçá, empregos e riquezas na produção e pesquisa; ocorre que, por vezes, o resultado pode vir a ser a especulação financeira, fazendo com que o produto, o bem de consumo criado, percorra o mundo por meio da publicidade sem fronteiras, às custas de produtos desnecessários a uma população mundial cada vez mais consumista.

E, como consequência, a Globalização, tal qual dita, para além dos padrões culturais de consumo ocidentais, faz com que a matéria-prima de determinado produto deva ser produzida em incontáveis etapas e que cada uma delas seja realizada em diferentes Estados.

Assim, com fronteiras tão permeáveis para pessoas e bens e com tanta geração de riqueza (para muito poucos) envolvida no processo todo, é impossível negar a economia integrada e em escala nunca antes vista, ultrapassando e, muitas vezes, descortinando fronteiras. Aqui, entra a importância da construção de um Estado Pós-moderno mais flexível, tanto em termos econômicos quanto em termos

---

[347] HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização,** p. 47.

[348] Nas condições atuais de economia internacional, o financeiro ganha uma espécie de autonomia. Por isso, a relação entre a finança e a produção, entre o que agora se chama economia real e o mundo da finança, dá lugar àquilo que Marx chamava de loucura especulativa, fundada no papel do dinheiro em estado puro. Este se torna o centro do mundo. É o dinheiro como, simplesmente, dinheiro, recriando seu fetichismo pela ideologia. O sistema financeiro descobre fórmulas imaginosas, inventa sempre novos instrumentos, multiplica o que chama de derivativos, que são formas sempre renovadas de oferta dessa mercadoria aos especuladores. E a finança move a economia e a deforma, levando seus tentáculos a todos os aspectos da vida. SANTOS. Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal, p. 44.

jurídicos, quiçá neoliberal, a fim de possibilitar que o fluxo e contrafluxo sejam otimizados e perfectibilizados sem entraves, trazendo soluções onde antes não as tinham.

Importante ressaltar, que da mesma forma que a Globalização modificou paradigmas, também contribuiu para a criação de novos conceitos, tal como do transnacionalismo, conforme se verificará, visto que os novos atores mundiais envolvidos no sistema mundo não poderão ficar mais inertes e sob o manto Estatal, a espera uma solução e agilidade que ainda não existem. Terão que, através de meios e mecanismos ligados a uma transnacionalização, ou mesmo a um Direito Transnacional[349], compor solução para a estabilização de um novo modelo de Estado, o agora chamado Estado Pós-moderno, o qual sem abandonar certas instituições e conceitos do Estado moderno e indispensáveis para o equilíbrio interno, possam apaziguar a rapidez com que evolui a sociedade mundial.

3.3. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E A CONTRIBUIÇÃO PARA O SURGIMENTO DO DIREITO TRANSNACIONAL[350]

Conforme acima analisado, a Globalização acarretou uma mudança progressiva e exponencial no comportamento da sociedade mundial e, principalmente, dos próprios Estados em si; a consequência foi uma polarização dos Estados e da população mundial em virtude das injunções políticas, sociais econômicas e judiciais acarretadas pela Globalização.

---

[349] *Globalization (or denationalization) has produced transnational legal phenomena that challenge the boundaries of traditional legal theories such as positivism.* PATTERSON, Dennis. ***Transnational Lawmaking*****.** *Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking, Edward Elgar,* pgs. 56-65, 2016, p. 57.
A Globalização (ou desnacionalização) produziu fenômenos jurídicos transnacionais que desafiam os limites das teorias jurídicas tradicionais, como o positivismo. (tradução livre realizada pela autora)

[350] O Direito Transnacional, produto do processo de Globalização e do Direito Pós-moderno, tem como finalidade trazer soluções jurídicas à conflitos a par do Estado, em que os novos atores internacionais estejam envolvidos. Parafraseando o Paulo M. Cruz quando diz que, com o surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas, a relação dos Estados nacionais para com as empresas multinacionais, acabará vinculando um possível Direito Transnacional, por conta de persecução da criminalidade Transnacional, as possibilidades de realização de uma política cultural transnacional, as possibilidades de ação dos movimentos sociais transnacionais, entre outros. CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no século XXI, p. 171.

Tal fenômeno, decorrente da evolução da sociedade, deu-se em consequência da disseminação tecnológica, que impulsiona os meios de comunicação. Entretanto, essa evolução natural acarreta distintas mutações na esfera estatal, seja de ordem jurídica, política ou econômica, bem como nas relações judiciárias e sociais da população em geral.

Neste sentido, a Globalização, em particular no caráter econômico, simplesmente rompeu com a capacidade dos Estados de se autoadministrarem, rompendo, portanto, com a soberania dos mesmos. Essa é a faceta mais visível desse fenômeno, também conhecido como "mundialização", geradora de novas necessidades e de novas organizações estatais, como blocos geopolíticos, bem como pela criação de novos órgãos, desprovidos de um governo local, mas sendo partes de uma era de crescente desterritorialização[351], permeabilidade das fronteiras e volatilidade do capital financeiro internacional entre os diferentes Estados.[352]

Assim, o Direito Transnacional não é concebido apenas como conexão a um Estado ou a um cargo governamental formal, já que envolve práticas consuetudinárias, normas e padrões de regulação de condutas que são mais amplas que o Direito formal tradicional. O Direito Transnacional, a ser aplicado em um Estado universal, deve garantir a igualdade e a cooperação dos Estados à ele pertencentes como fatores fundantes de uma identidade política e de sentimento dos associados de pertencer a um mesmo grupo civilizacional.[353]

Da mesma forma, em um contexto de Globalização neoliberal, os mais desesperados e marginalizados, aqueles que vivem na pobreza e estão excluídos dos benefícios de uma cidadania social por questões de classe, gênero, raça ou opressão

---

[351] Fala-se de uma humanidade desterritorializada, uma de suas características sendo o desfalecimento das fronteiras como imperativo da Globalização, e a essa ideia dever-se-ia uma outra: a da existência, já agora, de uma cidadania universal. De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torna-las efetivas dentro de um território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo avançando na noção de moralidade internacional, é, ainda um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais. SANTOS. Milton. **Por uma outra Globalização:** do pensamento único a consciência universal, p. 42.

[352] MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. **Revista CEJ.** Brasília, n. 27, 2004, p. 88.

[353] WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**, p. 184.

étnica, representam a imensa maioria da população do mundo. O desafio para a criatividade institucional, para tanto, não pode ser abordado senão privilegiando aqueles que foram excluídos como atores e beneficiários das novas formas de legalidade e políticas globais.[354]

As economias nacionais têm se tornado progressivamente interdependentes entres si e do próprio Estado ou Estados a que pretensamente estejam vinculados, o que propiciou que o processo de produção, troca e circulação de bens de consumo alcançasse dimensões globais, importando que as indústrias transnacionais sejam relocadas de seus Estados originais para outros cujas estruturas de custos e preço de mão-de-obra sejam relativamente baixos, maximizando-se, assim, as margens de lucro.

Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal, transnacional.[355]

Portanto, enquanto que no Estado de origem, geralmente altamente industrializado, há tecnologia e poder de compra por parte de seus habitantes, no Estado destino da relocação dessas indústrias existem incentivos do próprio Estado para atração deste capital externo na forma de isenções fiscais, mão-de-obra barata e outros que só países subdesenvolvidos proporcionam. Nessa reestruturação econômica percebe-se transferência de tecnologia do Estado mais avançado para o menos desenvolvido, geração de tributos, tanto no Estado de origem da indústria

---

[354] *Como cabría esperar, en el contexto de la globalización neoliberal, los más desesperados y marginados, aquellos que viven en la pobreza y están excluidos de los beneficios de la ciudadanía social por cuestiones de clase, género, raza u opresión étnica, representan la inmensa mayoría de la población del mundo. El reto para la creatividad institucional, por lo tanto, no puede abordarse sino privilegiando a aquellos que han sido excluidos como actores y beneficiarios de las nuevas formas de legalidad y políticas globales.* SOUSA SANTOS, Boaventura de; GRAVITO, César A. Rodriguez. **El derecho y la globalización desde abajo: Hacia uma legalildad cosmopolita.** Editores; traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina – Rubí (Barcelona): Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007, p. 14.

[355] SANTOS. Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único a consciência universal. p. 19.

quanto no local em que ela se instala, que, por fim poderá resultar na geração e acumulação de riquezas, para poucos[356].

Com a Globalização impõe-se uma nova noção de riqueza, de prosperidade e de equilíbrio macroeconômico, conceitos fundados no dinheiro em estado puro e aos quais todas as economias nacionais são chamadas a se adaptar.[357]

O poder dos novos atores mundiais, em especial aqueles que trabalham o mercado de consumo de produtos, deve-se admitir, constituem um soberano peculiar, bizarro, totalmente distinto daqueles que são conhecidos dos leitores dos tratados de ciência política. Esse estranho soberano não tem agências executivas ou legislativas, e muito menos tribunais de justiça. Em consequência, o mercado é, por assim dizer, mais soberano que os soberanos políticos, muito mais providos e ávidos por autopromoção, já que, além de apresentar as sentenças de exclusão, não permite apelação.[358]

Ocorre que, a regulação deste poder soberano peculiar, imposto pelos novos atores mundiais, não está sendo realizada de forma eficaz pelo Estado, tendo em vista que, por mais que se designe pós-moderno, esse ainda continua burocrático e lento. A forma de solução do "problema" acarretado pela Globalização, em que inclusive o Estado Pós-moderno seria o grande beneficiário, é a efetivação do Direito Transnacional, a fim de que o poder soberano peculiar dos novos agentes internacionais e transnacionais possa ser monitorado por parte da sociedade mundial através de um Direito válido e plenamente eficaz.

Porém, a solução não é tão simples como se propõe, visto que não há como negar que, todo esse processo envolvendo incontáveis Estados e que tem como

---

[356] A sociedade contemporânea admite seus membros primeiramente como consumidores; só de maneira secundária, e em parte, os aceita como produtores. Para atingir os padrões de normalidade, ser reconhecido como um membro pleno, correto e adequado da sociedade é preciso reagir pronta e eficientemente às tentações do mercado de consumo, contribuir com regularidade para a "demanda que esvazia a oferta", enquanto em tempos de reviravolta ou estagnação econômica se deve ser parte da "recuperação conduzida pelo consumidor". BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo. A transformação das Pessoas em Mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Título original: *Consuming Life*. p. 159.

[357] SANTOS. Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal, p. 56.

[358] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo.** A transformação das Pessoas em Mercadoria, p. 86.

beneficiário a própria sociedade, está à mercê do mercado financeiro internacional, pela rápida mudança tecnológica, a qual gera riquezas em ordem crescente para alguns em detrimentos de muitos. Então, necessário implementar a ideia de um Direito Transnacional que poderia monitorar os enredamentos das atividades da economia mundial, assim como as produções e transações que ocorrem tanto entre os Estados como por sobre eles e para além deles, mas sempre os envolvendo em configurações mais abrangentes.[359]

Tais configurações e reconfigurações, em especial nos campos das economias-mundo, ou economia mundial, somente foram possíveis em face da disseminação da informação e da evolução tecnológica. Esses fatores propulsionam incrivelmente o comércio mundial, com a intensificação dos fluxos comerciais e financeiros, causados pelo aumento dos investimentos diretos no exterior e pelo desenvolvimento de corporações que extrapolam as fronteiras dos Estados de origem, tendo, assim, a possibilidade de disputarem mercados internacionais, valendo-se das facilidades da transnacionalização[360] também. Isso representa o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista.[361]

Por tal motivo, o aspecto financeiro da Globalização é a parte mais delicada quando se trata de um Direito Transnacional; pois significa que as soluções que deverão ser apresentadas pelo mesmo deverão ser capazes de superar barreiras anteriormente impostas ao fluxo internacional dos capitais e trazer uma maior exposição dos Estados aos riscos de movimentos especulativos financeiros de grande escala.[362]

Neste sentido, o enfraquecimento do Estado moderno pela defesa do livre-mercado, livre-iniciativa e livre-concorrência remete aos ideais neoliberalistas[363], que

---

[359] IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**, p. 30.

[360] A expressão “Transnacionalidade” é semanticamente ambígua. Muitas vezes é utilizada para se referir, de maneira abrangente, não apenas às ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, mas, também, às ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 84.

[361] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal, p. 23.

[362] CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem econômica mundial, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p 38-41.

[363] A defesa da liberação dos mercados e do sistema financeiro, a fixação de preço pelo mercado, o fim da inflação (estabilidade necessária para a segurança dos investimentos e fluxo de capitais) e a

vêm sendo apregoados como a única forma de condução das economias nos dias atuais, com impulso multiplicado pela derrocada soviética.[364]

Ocorre que, o processo de Globalização econômica, social, jurídica e política resultante dos intercâmbios entre os mais diversos Estados não pode ser considerado como um simples fator de mero aumento da permeabilidade das fronteiras e novo método de gerenciamento dos sistemas econômicos, mas, sim, deve ser traduzido como uma nova forma de ser do Direito, o qual combinado com os novos conceitos e institutos trazidos por um Estado Pós-moderno, poderá criar mecanismos capazes de regulamentar (e não regular) as atividades dos atores transnacionais que operam hoje no mundo.

Isto porque, repita-se, o processo de Globalização, a progressiva subordinação do Estado aos movimentos e às articulações da economia mundial e do fluxo do capital tornaram-se evidentes. Essa constatação, acaba por desterritorializar o Estado, pois o povo, elemento vivo do mesmo Estado, tende a se desagregar socialmente. Hoje, os Estados tornam-se agentes da economia e política mundial, posto que frequentemente se curvam às exigências que articulam a sociedade global.[365]

Assim, a Globalização, operada pelas grandes corporações internacionais, que somente veem a Globalização como forma de aprimorar os lucros, impondo-se para otimizar seus objetivos, subordinando o Estado, a sociedade e a política, ao exigir que sejam conduzidas como se simples empresas de âmbito nacional fossem.[366]

Portanto, o mundo deixa de ter limitações específicas em razão da Globalização e há que se criar meios capazes de, ultrapassando o Estado, regulamentar a atividade dos novos atores transnacionais. Isto porque, há afetação em todo o planeta decorrente dos mais variados eventos que nele ocorrem, uma

---

desregulação da economia pelo Estado deixando o controle da mesma às leis do mercado são os principais argumentos dos que defendem o neoliberalismo. CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem econômica mundial, p 21-23.

[364] CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem econômica mundial, p 22.

[365] IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**, p. 90.

[366] BECK, Ulrich. **O que é Globalização ?** Equívocos do Globalismo. Resposta à Globalização. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A. Tradução: Andre Carone. 1999, p. 29.

extensão que leva à necessidade de reorganização do eixo local-global, no qual a Globalização pode significar o processo que produz as conexões e os espaços transnacionais[367] e sociais, aqueles que redimensionam culturas e introduzem terceiras culturas.[368]

O grande número e o popular conhecimento de todos esses entes, bem como sua atuação e as consequências corriqueiramente percebidas na vida das pessoas individualmente consideradas, tornam o processo globalizante inquestionável, provocando afetação nas bases do Estado, do cidadão, da sociedade e do próprio Direito como um todo.

Ocorre que, este fato, não deve ser o motivo para se continuar com o grande abismo existente no mundo hoje – países pobres e países ricos – mas, sim, deveria ter por objetivo a planificação de cultura e ideias, capazes de “mundializar” ou melhor, transnacionalizar a sociedade mundial.

Ademais, é sempre bom lembrar, que o processo de Globalização, com o qual o mundo inteiro tem se deparado, não é recente; entretanto, o avanço tecnológico dos meios de comunicação trazido pela Globalização, em especial com relação à internet, representa um novo paradigma na forma de pensar dos Estados Pós-modernos, bem como das pessoas que neles vivem.

Assim, os Estados, os quais passaram a ser autorregulados pela sombra da Globalização, em especial a econômica, decorrência lógica dos interesses de Estados mais industrializados (diga-se, empresas privadas atrás de lucro desenfreado) interessados em vender os produtos pelos mesmos produzidos e que

---

[367] Neste sentido, importante referir que, as demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a Globalização econômica, e sim com fundamentais questões de Direitos relacionados com a sobrevivência do ser humano no planeta. GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; PILAU SPBRINHO, Liton Lanes. Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da Unasul para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 3. Set-Dez 2014, p. 970.

[368] OLIVEIRA, Odete Maria de. A era da globalização e a emergente cidadania mundial. *In.* DAL RI JÚNIOR; OLIVEIRA, (Org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais regionais – globais.** Ijuí: Ed. Unijuí. (461-537). 2002, p. 477.

planificaram as fronteiras, transnacionalizando a economia, deverão voltar a ser os protagonistas da história, aproveitando a abertura das fronteiras nacionais e utilizando do poder à eles inerentes, para através de um Direito Transnacional, iniciar a regulamentação dos atuais atores internacionais.

Em geral, nas arenas transnacionais, os regimes regulatórios de grande diversidade - públicos e privados, estaduais e internacionais, "soft" e "hard", legislados e negociados, centralizados e difusos - coexistem, frequentemente, em relações muito pouco claras entre si. Enquanto alguns estão enraizados na jurisdição territorial, o escopo de outros é definido funcionalmente. Alguns operam através da coordenação "horizontal" (especialmente pela padronização dos termos contratuais no processo de negócios transnacionais), enquanto outros operam mais "verticalmente" através de hierarquias de autoridade localizadas em instituições reguladoras ou adjudicatórias específicas. Neste sentido, o problema mais óbvio que a regulamentação transnacional coloca é o de estruturar argumentos significativos sobre a validade da regulamentação e suas fontes de autoridade - um problema de saber raciocinar de forma normativa e sistemática nas arenas transnacionais. E, a pergunta a se fazer é como será possível criar um discurso para integrar estruturas normativas transnacionais e impor ordem jurídica sobre elas? Do ponto de vista sociológico, a necessidade é conceitualizar o Direito de maneira que sejam úteis (i) para rastrear a variável, o poder flutuante da regulamentação do Estado-nação e (ii) para pesquisar o campo da regulamentação transnacional em relação às forças sociais, econômicas e políticas que a moldam.[369]

---

[369] *In general, in transnational arenas, regulatory regimes of great diversity - public and private, state and international, "soft" and "hard", legislated and negotiated, centralised and diffuse - coexist, often in very unclear relations with each other. While some are rooted in territorial jurisdiction, the scope of others is functionally defined. Some operate through "horizontal" coordination (especially by standardisation of contractual terms in the process of transnational business dealings), while others operate more "vertically" through hierarchies of authority located in specific rule-making or adjudicatory institutions. The most obvious problem that transnational regulation poses is that of structuring meaningful argument about the validity of regulation and its sources of authority - a problem of knowing how to reason normatively and systematically in transnational arenas. How is it possible to create a discourse to integrate transnational normative structures and impose juridical order on them? By contrast, from a sociological point of view, the need is to conceptualise law in ways that are helpful (i) in tracking the variable, fluctuating power of nation-state regulation, and (ii) in surveying the field of transnational regulation in relation to the social, economic, and political forces shaping it.* COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 94/95. (tradução livre realizada pela autora)

Porém, a facilidade com que hoje em dia as pessoas se comunicam facilitou para que estas, através de um simples clique, passassem ter acesso a tudo e a todos, tornando-o um ser cosmopolita[370]. Ocorre que, nem todos estes seres cosmopolitas vivem sob as mesmas condições, visto que existem abismos quase que intransponíveis que os separam. Como consequência, reduzem-se as identidades e vínculos produzidos pela Globalização, colocando-se em perigo a marcha de um processo rumo a uma diversificação de situações e estilos de vida, que não deveriam se importar com a hierarquia de classes e pechas sociais.

Neste sentido, num mundo globalizante, em que informações e imagens são rotineiramente transmitidas através do mundo, as pessoas estão em constante contato com outros que pensam e vivem de maneira diferente entre si. Os cosmopolitas acolhem essa complexidade cultural com satisfação e a abraçam; já, os fundamentalistas veem como perturbadora e perigosa essa visão de mundo. Tolerância à diversidade cultural e Democracia estão estreitamente vinculadas, e a Democracia está atualmente se espalhando por todo o mundo, tendo em vista que a Globalização está por trás da expansão da Democracia.[371]

Então, tem-se de grande importância a transnacionalização da Democracia e, a partir dela, a transnacionalização de espaços públicos de governança a partir de uma nova construção político-jurídica; um Estado atualizado deverá dividir a cena com

---

[370] *El cosmopolitismo es el nombre que utilizamos para referirnos a la tolerancia y la celebración de la diversidad humana; se encuentra allí donde las estructuras sociales urbanas han practicado el comercio y los intercambios a larga distancia, y han participado en la creación de imperios. Las grandes ciudades comerciantes de la historia (Estambul, Alejandría, El Cairo y Roma, por nombrar algunas) siempre han sido lugares en los ha florecido la empatía. Ser cosmopolita es abrirse al "otro" y estar cómodo entre culturas diversas. Por regla general, una persona cosmopolita es una persona altamente diferenciada e individualizada, con múltiples identidades y afiliaciones, educada en un sofisticado sentido del yo como resultado de una intensa exposición a diversos "otros" hacia los que siente una conexión empática. Son personas que pueden sentirse en familia y en casa en todas partes.* RIFKIN, Jeremy. ***La Civilización Empática***, p. 416/417.
O Cosmopolitismo é o nome que usasse para referir à tolerância e à celebração da diversidade humana; está localizado onde as estruturas sociais urbanas que praticaram o comércio e as trocas de longa distância e participaram da criação de impérios. As grandes cidades mercantes da história (Istambul, Alexandria, Cairo e Roma, para citar algumas) sempre foram lugares onde a empatia floresceu. Ser cosmopolita é abrir-se ao "outro" e se sentir confortável entre diversas culturas. Como regra geral, uma pessoa cosmopolita é uma pessoa altamente diferenciada e individualizada, com múltiplas identidades e afiliações, educada em um sofisticado senso de si, como resultado da intensa exposição a vários "outros" com os quais sente uma conexão empática. São pessoas que podem se sentir em família e em casa em qualquer lugar. (tradução livre realizada pela autora)

[371] GIDDENS. Anthony. **Mundo em Descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós, p. 16.

espaços públicos de governança transnacional, que poderão ser os mediadores das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas ou mundializadas.[372]

A Globalização como fenômeno mundial que é, não deve ser somente vista em razão das consequências desastrosas que a mesma produz em face da economia desenfreada; ela deve ser vista, isto sim, como um importante veículo para o desenvolvimento dos menos favorecidos, através de troca de culturas, ideais, políticas e, também, econômica entre os Estados e nas relações internacionais.

Para que isto ocorra, portanto, a Globalização terá que pressionar mais ainda o Estado a fim de que este abra-se internamente para espaços através da flexibilização das fronteiras nacionais, a fim de tornar possível a atuação de instituições e organizações transnacionais capazes de reduzir o abismo hoje existente no mundo.

Até porque, o Direito Pós-moderno é decorrência lógica do processo globalizador, que, por consequência, fez surgir a possibilidade da transnacionalização e do próprio Direito Transnacional. Assim, importante verificar como o Direito Inglês influenciou os países do Ocidente, na maioria pertencentes ao Sistema de Direito da *Civil Law*, bem como o Direito norte-americano (originalmente pertencente ao Sistema de Direito da *Common Law*), para fazer emergir um Direito Transnacional, miscigenando Sistemas de Direito, em especial, capaz de abranger tanto os Civilistas quanto os Commolistas.

[372] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI, p. 34.

PARTE 2

CAPÍTULO 4

O DIREITO INGLÊS E A SUA INFLUÊNCIA NO OCIDENTE[373]

A *Common Law,* um dos maiores sistemas legais do mundo, nasceu na Inglaterra, país localizado ao norte da Europa e, por sua vez, cercado por países pertencentes ao Sistema de Direito da *Civil Law*[374].

Este peculiar Direito, mesmo cercado por países pertencentes à *Civil Law*, não restou isolado mundialmente, visto que os que embarcaram para o Novo Mundo, nos séculos XVII e XVIII, levaram consigo o Direito dos Casos[375] e os Estatutos da *Common Law* e, aqueles que fundaram o Império Britânico – espalhados pelas Américas, Ásia e Oceania – também levaram a herança da *Common Law.*[376] Hoje, a influência do Direito Inglês faz-se sentir também na União Europeia, composta por países essencialmente civilistas e legicêntricos, e que necessitam da cultura jurídica aplicada na Inglaterra, em especial em relação aos precedentes, a fim de resolver os conflitos gerados no seio daquele ente comunitário.

---

[373] Será analisado além da Influência da *Common Law* no Ocidente, a influência que o mesmo teve no Direito Hindu, mais especificamente na Índia, sendo essa exceção à regra do Ocidente.

[374] Somente a Irlanda e o País de Gales, além da Inglaterra, fazem parte do sistema legal inglês na Europa, todos os demais, incluindo-se, a Escócia (essa com algumas características somente da *Common Law)*, utilizam-se do sistema legal da *Civil Law*. Assim, os demais países que constituem a Ilha da Grã-Bretanha – Irlanda do Norte, Ilhas do Canal da Mancha e Ilha de Man não estão submetidas ao Direito Inglês.

[375] *Case Law significa che non occorre la continua ripetizione di sentenze di un dato contenuto, e dunque il diritto consuetudinario, o meglio ancora la consuetudine giurisrudenziale, a produrre la forza obbligatoria dei precedenti per i futuri casi della stessa sorta, ma che per questo basta anche il singolo precedente giurisprudenziale. In questo senso uma County Court deve riconoscere le decisioni della High Court; la High Court, da parte sua, è legata alle decisioni della Court of Appeal, e la Court of Appel non può derogare dalle decisioni della House of Lords; infine la House of Lords come pure la Court of Appeal sono legate alle loro proprie sentenze.* RADBRUCH, Gustav. ***Lo spirito del diritto inglese***, p. 32/33.

Direito dos Casos significa que não é necessária a repetição contínua de julgamentos de um determinado conteúdo, ou melhor ainda o costume jurisprudencial, para produzir a força obrigatória dos precedentes para os futuros casos do mesmo tipo, bastando um simples precedente jurisprudencial. Neste sentido, uma *County Court* deve reconhecer a decisão da *High Court;* a *High Court,* de sua parte, está ligada as decisões da *Court of Appeal*, e a *Court of Appeal* não pode derrogar as decisões da *House of Lords*; finalmente, a *House of Lords* bem como a *Court of Appeal* estão ligados à própria sentença (tradução livre realizada pela autora).

[376] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 186.

E, mais, não foi por falta de oportunidade de utilização pela Inglaterra da *Civil Law,* que o referido Sistema de Direito não passou a viger naquele país, visto que o Direito Civil romano era o Direito ensinado nas renomadas universidades inglesas; porém, a Inglaterra conseguiu desenvolver e aprimorar um Direito próprio dela, o Direito Inglês, o qual foi aplicado nas Cortes Reais e nas ruas de toda a Inglaterra, não havendo hoje no sistema jurídico inglês vestígios do Direito Civilista romano; e, não há hoje tais vestígios do próprio Direito Romano em si, em razão da aplicação do mesmo ter sido rejeitada pelos juristas e por decisão real.[377]

Então, enraizada numa história multissecular, a *Common Law* é o produto natural das regras não escritas no decorrer dos séculos, conforme restou analisado no primeiro capítulo. E, num primeiro momento foram os juízes ingleses que fizeram a obra criadora do Direito Inglês, que em seguida foi estendido e, por vezes, modulado por outros países como a Irlanda, os Estados Unidos (o qual será analisado no capítulo imediatamente posterior a este), no Canadá (a exceção da província de Quebec), Austrália e Nova Zelândia, além de outros países que foram ex-colônia da Inglaterra (países Africanos, Índia e Birmânia).

Neste sentido, tem-se a importância da *Common Law* que foi aplicada em todos os países em que se estendeu a dominação britânica, incluindo numerosos países asiáticos, nos quais se sobrepôs aos Direitos locais, como foi o caso da Birmânia, da Malásia, do Paquistão e da Índia, enquanto nas colônias africanas e na Oceania (Austrália e Nova Zelândia) se sobrepôs aos costumes locais; ainda, com formas peculiares se encontra no Sudão e em Israel. Na América do Norte, a *Common Law* constituiu o fundamento do Direito do Canadá e dos Estados Unidos da

[377] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 223.

América[378]; por terem estrutura federal, esses Estados (assim como a Austrália) se diferenciam do modelo britânico sobretudo no Direito público.[379]

Assim, os casos julgados nas cortes de justiça inglesa, americanas e de outros países da família da *Common Law*[380], formam, junto aos estatutos e legislações esparsas, a fonte primária de Direito; princípios de direito, dos mais simples aos mais complexos e importantes, são inteiramente construídos pelas cortes de justiça, sem que haja qualquer lei escrita a respeito. Muitas vezes, a lei somente é escrita posteriormente, mas nem por isso o Direito deixa de ser existente.[381]

A importância do Direito Inglês, o qual não está limitado, quanto ao domínio de aplicação, somente à Inglaterra e ao País de Gales, conforme já mencionado, decorre do fato dele ser considerado como um modelo para grande parte da humanidade, visto que exerce sua influência em numerosos países que, mesmo afastando-se em certos pontos e em certos domínios em razão de uma série de fatores externos, continuam a utilizá-lo como base jurídica.

E, é pelo fato do Direito Inglês ser um modelo para grande parte da humanidade que ele está sendo um dos pontos nefrálgicos do presente estudo, que não pretende exaurir a abrangência do mesmo junto aos cinco continentes, muito menos analisar todos os institutos que foram e/ou ainda hoje são utilizados pelos países que adotam ou que adotaram o Direito Inglês. Mas, sim, conectá-lo com a

---

[378] Conforme será analisado no capítulo quinto, a evolução do Direito da *Common Law* norte-americana deu-se após a independência dos Estados Unidos para com a Inglaterra. Após o processo de independência, as treze colônias americanas continuaram a utilizar a *Common Law* inglesa, mas assumiram uma estrutura constitucional fundamentada na divisão de poderes, desconhecido pela Inglaterra. Por isso, o estudo do Direito norte-americano apresenta diferenças por vezes profundas em relação ao Direito britânico: as prerrogativas de cada Estado e as federações estão rigidamente fixadas, a ponto de cada Estado ter duas ordens de tribunais, um para os problemas estaduais, outro para os federais. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 345.

[379] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 344.

[380] Um aspecto interessante deste subsistema (a autora chama de subsistema anglo-saxônico a *Common Law* levada para as colônias britânicas) é o diálogo mantido entre os supremos tribunais dos países que o integram, através de citações recíprocas nos seus acórdãos, o que pode ser ilustrado, por exemplo, pela referência feita pela suprema instância judicial do Reino Unido (então, a *House of Lords*) à Jurisprudência do Tribunal de Recursos da Nova Zelândia, no acórdão *Mandla v Dowell Lee*, de 1983. JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado.** 1ª ed. Braga: Elsa Uminho, 2015, p. 93.

[381] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 107.

realidade de um Direito, hoje, Transnacionalizado, em grande parte por conta da miscigenação que o Direito Inglês manteve com outras formas e Sistemas de Direito.

Assim, faz-se necessário, para se entender a miscigenação de sistemas jurídicos, decorrentes da Transnacionalização do Direito, analisar a influência da *Common Law* inglesa em diversos países/continentes.

4.1. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO DOS PAÍSES AFRICANOS[382]

A Inglaterra, por ter sido, como muitos países Europeus, um país colonizador, difundiu o Sistema de Direito por ela criado entre as suas ex-colônias[383], conforme acima descrito, fazendo com que muitas vezes, houvesse uma fusão entre o Direito primitivo destes países e os institutos jurídicos trazidos pela *Common Law*. Por essa razão, tem-se que a Inglaterra teve um papel fundamental para a saída, nos países Africanos que estavam sob o manto daquela, de uma estrutura jurídica de poder colonial[384] para um sistema de *Common Law.*

---

[382] O Direito africano ou os Direitos africanos, sob cuja existência já não pairam dúvidas, compreendem, após a independência, não apenas aquelas instituições tipicamente africanas e as normas costumeiras, mas, também, o Direito criado pelos poderes legislativos de cada um dos países africanos. Por óbvio que, a submissão dos Direitos locais às soberanias externas, fazendo com que a última palavra nas questões jurídicas viesse dos centros metropolitanos europeus, como Londres, Paris, Lisboa, Bruxelas, Roma e Madrid, com seus tribunais superiores encarregados das questões coloniais, acabaram por moldar o Direito indígena ou Direito local africano às posturas e estilos próprios dos sistemas jurídicos europeus. ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 37, p. 129–153, jul./dez., 2009, p. 140.

[383] Os países africanos que herdaram do Direito Inglês as instituições e os *habits of legal thought*, podendo por isto serem ditos como pertencentes ao sistema da *Common Law*, são: na África Ocidental: Gâmbia, Gana, Nigéria, Serra Leoa e Libéria; na África do Leste e Central: Quênia, Malawi, Sudão, Tanzânia, Uganda e Zâmbia; e, no norte da África: o Egito, durante o período em que foi governado pela Inglaterra até 1922. ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 142.

[384] Como a sociedade internacional é descentralizada e as normas do Direito internacional clássico eram basicamente fundadas no costume, uma visão estritamente positivista também não o enxergava como um verdadeiro Direito. A respeito da África e os Direitos que a compunham, verificou-se a mesma negação. Não haveria um Direito africano ou, antes, não poderia haver Direito na África, devido ao seu "primitivismo", ao seu atraso, ao atavismo e ao fato do comportamento de seus habitantes ser regrado apenas, ou predominantemente, por normas costumeiras – enfim, a não existência de uma organização ou sociedade estatal como conhecido. ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 130.

Isto porque, os países africanos viveram durante séculos sob o domínio de um Direito essencialmente consuetudinário. Os costumes[385] da África eram múltiplos e variados, uma vez que cada comunidade possuía os seus usos e costumes próprios, bastando-se a si mesma. Neste sentido, encontram-se na África povos vivendo em regimes democráticos, e não faltam também tribos onde só dificilmente se descobrem elementos de alguma organização política.[386]

Assim, das transferências culturais operadas, não só pela Inglaterra, mas por outras potencias da época, resultou a repartição dos sistemas jurídicos da África[387] subsaariana por três grupos: a) os de matriz romano-germânica, nos quais se incluem os Direitos dos países lusófonos e francófonos; b) os de *Common Law,* que correspondem *grosso modo* aos Direitos das antigas possessões inglesas; e, c) os sistemas híbridos, entre os quais se sobressai o da África do Sul, em que se conjugam o Direito Romano-Holandês e a *Common Law* inglesa.[388]

E, neste sentido, em razão desta diversidade de sistemas, surgiram uma grande variedade de fontes do Direito na África[389]. Estas compreendem: a) uma base consuetudinária[390], anterior à colonização, vigente nas comunidades tradicionais; b)

---

[385] Os costumes chegaram a ser redigidos na época da colonização ("compilação de costumes") em grande número (cerca de cento e cinquenta), em grande parte pela solicitude dos administradores coloniais na África francesa; todavia, só um pequeno número dentre estas foi publicado. Já, na África inglesa, pode verificar-se um desinteresse quase completo pelos costumes; foi somente numa época muito recente que obras escritas por etnólogos ou juristas permitiu entrever toda a diversidade dos costumes e compreender o seu mecanismo e espírito. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 624.

[386] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 619.

[387] O Direito africano é um termo genérico especializado ou uma estrutura referencial para o fenômeno jurídico no continente africano. E, a construção do novo Estado africano pós-colonial, com suas aspirações ao desenvolvimento e a um lugar no seio da comunidade internacional em pé de igualdade com os demais Estados, implicou em medidas de transformação do costume, sua codificação ou aplicação segundo os princípios do estado de direito ou, na expressão inglesa, *rule of law.* ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 152.

[388] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 388.

[389] A ideia do Direito progrediu na África nos mesmos moldes em que progredira na Europa; a cristianização e a islamização retiraram aos costumes o seu fundamento sobrenatural e mágico, o que abriu caminho para a decadência dos mesmos. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 626.

[390] A ênfase dos costumes como uma característica desejada do Direito africano, somado ao impacto do colonialismo e ao peso das reformas jurídicas intentadas, estaria afetando a *pisque* dos africanos, os quais, já tomados pelo sentimento de inferioridade provocado pelo discurso da Globalização, de caráter eminentemente branco e eurocêntrico, e pelo fracasso das tentativas de se livrarem dos preconceitos, estariam sendo tomados do sentimento de desânimo advindo da impossibilidade de atingir nos presumidamente *standards* globais, dado que estes se acham fundados nos "modelos e ideais brancos". ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 149.

Direito religioso[391], adotado pelas populações islamizadas[392], as quais ocupam uma extensa área, de Marrocos a Moçambique, e pelas comunidades hindus da África Oriental; c) Direito legislado*[393]*, em parte recebido das potências e noutra de fonte autônoma, adotado sobretudo após as independências; d) precedentes judiciais[394], que vinculam, por força do princípio *stare decisis*, os tribunais dos sistemas jurídicos de matriz inglesa, assim como os de certos sistemas jurídicos híbridos[395], como o sul-africano; e, e) Direito uniforme ou harmonizado[396], emanado de organizações supranacionais.[397]

Ocorre que, a colonização europeia, no século XIX, contribuiu para a transformação dos Direitos consuetudinários Africanos e para a introdução de sistemas jurídicos modernos destinados a solucionar problemas sociais que tornavam

---

[391] O Direito islâmico é um Direito religioso, que tem por fundamento a vontade de Deus e por objeto a regulação de todos os aspectos da vida dos fiéis, desde as suas relações sociais até os seus deveres morais e religiosos para com Deus. A sua jurisdição é tão ampla quanto a comunidade de fiéis do islã, onde quer que estes se encontrem. A jurisdição do Direito islâmico não coincide, por isso, com fronteiras geopolíticas, ainda que possa, por facilidade de discurso, indicar como Estados pertencentes à família jurídica islâmica todos aqueles Estados que contenham população maioritariamente muçulmana (salvo a Turquia), tal como Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbia, Egito, Arábia Saudita, Síria, Iraque, Irã, Indonésia e Paquistão. JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 133.

[392] A islamização constituiu um fenômeno muito grande. Isto porque, a partir do século XI, os países da África Ocidental foram praticamente islamizados, mas nos séculos XIV e XV, também penetrou na Somália e propagou-se pelas costas do Oceano Índico. Cerca de 35% dos habitantes da África negra (45% na África Ocidental) são muçulmanos. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 625.

[393] Nos territórios franceses, adeptos à *Civil Law*, a aceitação do costume era mais restrita, dado que nestes as leis nativas só eram aplicadas se não fossem contrárias aos princípios da civilização francesa, isto é, uma ordem informada pelas ideias da civilização francesa às condições de além-mar. ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 140.

[394] O precedente é hoje fonte de Direito estadual sobretudo nos países africanos de influência anglo-saxônica. Tal o caso da Nigéria, onde as decisões do Supremo Tribunal (que em 1963 substituiu o *Judicial Committee* do *Privy Council* como última instância de recurso) vinculam os *Courts of Appeal* do país e todos os tribunais a estes subordinados, assim como as decisões dos *Courts os Appeal* vinculam os tribunais inferiores. Excetuam-se, porém, da força vinculativa do precedente os *tribunais da Xaria* e os *tribunais consuetudinários*, que a organização judiciária deste país igualmente consagra. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 405.

[395] Entretanto, nos Estados Africanos que utilizam o Direito islâmico, ele não tem exclusividade; as ordens jurídicas destes Estados são híbridas, na medida em que nelas coexistem a tradição jurídica islâmica, aspectos do subsistema romano-germânico e/ou da *Common Law* e os costumes africanos ou asiáticos. JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 134.

[396] O ideal da unidade africana, que as constituições de vários países proclamam, e mais recentemente a percepção dos benefícios potenciais da integração econômica regional, levaram o surgimento na África de um elevado número de organizações regionais, das quais algumas são fontes de Direito Comunitário em vigor nos respectivos Estados membros (neste caso a Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios, OHADA; a Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental, CEDEAO; e, a União Econômica e Monetária Oeste-Africana, UEMOA). VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 406.

[397] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 393.

evidente a desatualização dos antigos costumes. As jurisdições tradicionais passaram a ser vistas como forma de tutela de Direitos, em lugar de ser a sede privilegiada para a composição dos conflitos. Assim, a importação de soluções jurídicas de tipo europeu – frequentemente inadequadas para as realidades africanas – importou também o estabelecimento de tribunais "modernos" em detrimento do papel reconhecido às jurisdições tradicionais.[398]

Neste sentido, tem-se uma política colonial dos franceses, espanhóis e portugueses que orientaram-se no sentido de uma política de assimilação, fundada no duplo postulado do igual valor de todos os homens e da superioridade da civilização europeia sobre os costumes africanos[399]. Já, a política colonial inglesa, pelo contrário, deu ênfase para uma política de administração indireta (*indirect rule*)[400]; admitiram, em princípio, que os indígenas deviam continuar a governar-se e a administrar-se, ainda que sob o controle dos britânicos, de acordo com seus costumes.[401]

Deste modo, as duas posições jurídicas trouxeram consequências diferentes para os países que as seguiram, tendo em vista que os países africanos que adotaram o Sistema de Direito da *Civil Law*, ou como eram chamados pelos indígenas, Direito dos europeus do continente, estavam submetidos diretamente a administração das potencias a quem pertenciam; os países africanos que adotaram os sistema da *Common Law* eram dotados de uma maior autonomia, visto estarem submetidos a uma espécie de protetorado, mas com regimes que variavam segundo as regiões[402].

---

[398] JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 157.

[399] Esta orientação política manteve-se até o fim da era colonial, uma vez que a Constituição de 1946, proclamou na França, que os nativos que tivessem adquirido cidadania francesa conservariam o seu estatuto pessoal, mas unicamente enquanto a ele não tivessem renunciado. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 627.

[400] A considerável autonomia nas colônias, conhecida como *self-rule*, levou ao reconhecimento de qualquer conjunto de leis, exceto quanto às normas ditas "repugnantes" a *good conscience*, algo equivalente aos "bons costumes". ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, p. 140.

[401] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 628.

[402] Nos territórios submetidos à soberania britânica, súditos e protegidos britânicos – em oposição aos indígenas (*natives*) – estavam submetidos a regimes que variavam segundo as regiões, em conformidade com as *Orders in Council* e com as medidas de legislação local. Na África ocidental, na Rodésia do Norte (Zâmbia), em Nyassaland (Malawi) e na Somália britânica aplicavam-se a *Common Law*, as doutrinas da *equity* e as leis de alcance geral (*statutes of general application*) que vigorassem na metrópole numa data determinada: 1874 para a Costa do Ouro (Ghana), 1880 para Serra Leoa,

A oposição das duas correntes políticas afirma-se claramente no plano do Direito público. A fórmula da colônia submetida diretamente à administração da metrópole fora adotada e seguida pelos países latinos; os ingleses penderam para a fórmula do simples protetorado. Uns e outros transpuseram muito naturalmente, para o plano colonial, as concepções centralizadoras ou descentralizadoras que aplicavam no seu próprio território no que respeita às coletividades locais. Neste sentido, os Estados originários do Império Britânico consideram-se hoje como países de *Common Law*, os Estados originários do Império Francês e o antigo Congo Belga, tal como Ruanda e Burundi, aderiram ao sistema dos Direitos românicos (*Civil Law*).[403]

Hoje, a *Common Law* e as legislações europeias continentais conseguem conviver com os Direitos locais, aos quais o nacionalismo[404] e, sobretudo o integralismo religioso, conferem a alguns países Africanos um novo vigor.[405]

Os Estados Africanos tornados independentes no século XX começaram por assumir-se como Estados modernos, dotados de ordens jurídicas de tipo ocidental em que os costumes locais dos diversos grupos étnicos não tinham lugar. Esta posição acabou por ser revista face à força dos costumes locais nas vidas das populações e a estranheza suscitada pelas soluções jurídicas importadas dos países

---

1888 para Gâmbia, 1900 para a Somália, 1902 para o Malawi, 1911 para a Rodésia do norte (Zâmbia). No Leste africano, a referência era feita ao Direito da Índia (*British India*), tal como ele se prefigurava numa certa data (1897 para o Quênia, 1902 para Uganda, 1920 para Tanganica), não se reconhecendo ao Direito Inglês senão um valor subsidiário. Ao sul do Zambeze, o Direito em princípio aplicável era o Direito romano-holandês (*Roman-Dutch Law*), com as leis de âmbito geral em vigor numa certa data, numa determinada colônia: a do Cabo da Boa Esperança, na Rodésia do Sul (Zimbábue), na Bechuanalândia (Botsuana) e na Basotelândia (Lesoto), a do Transval na Suazilândia (Ngwane). Na Libéria declara-se aplicável "a *Common Law* e os usos dos tribunais da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, tal como eles se encontram expostos em Blackstone, em Kent e em outras obras de reconhecida autoridade.". DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 633.

[403] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 628.

[404] O acesso à independência nos países da África pode suscitar uma onda de entusiasmo, mas o essencial continua ainda por fazer: é o desenvolvimento, em todos os planos dos países que são atualmente independentes. Este desenvolvimento pode, em certos aspectos, ser facilitado pela descolonização; porém, a descolonização não basta para assegurá-lo e, em certos aspectos, pode torná-lo até mais difícil. Do ponto de vista estritamente jurídico, ela expõe os novos Estados à tentação de um nacionalismo estreito, que deve ser recusado. Entretanto, o desenvolvimento dos Direitos da África, necessário ao progresso, será facilitado se estes países se mantiverem fiéis ao que é, ao mesmo tempo, a tradição dos países românicos e a dos países da *Common Law*; longe de nacionalizarem o seu Direito, deveriam aplicar-se em prosseguir, em comum, o desenvolvimento da sua civilização pela realização da justiça. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 652.

[405] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 363

europeus, sendo que em razão disto, hoje são assumidamente sistemas híbridos, onde os Direitos tradicionais africanos ocupam um lugar de destaque.[406]

Apesar disso, na África inglesa, em especial, as jurisdições de Direito moderno desorientaram-se na presença dos costumes[407], visto que quando estes eram declarados e aplicados por uma jurisdição indígena, elas viam na existência e no conteúdo do costume uma questão de puro fato, e, admitiam, por uma "regra do precedente invertido", que os *Native Courts* se pronunciassem soberanamente a este respeito. Assim, quando elas próprias tinham de aplicar um costume indígena, procuravam transpor para a África as regras prevalentes na Inglaterra, relativamente à prova do Direito estrangeiro ou à prova dos costumes locais ou comerciais. Porém, a aplicação da regra do precedente[408], no caso em que um costume se tornava, na justiça, suficientemente conhecido, revelou-se pouco satisfatória, particularmente no meio africano, em que a necessidade de permitir a evolução dos costumes é bem mais urgente do que a necessidade de assegurar a previsibilidade das decisões de justiça e a segurança das relações jurídicas.[409]

O reconhecimento pelo Estado do pluralismo jurídico[410] pode constituir um modo eficaz de reduzir as tensões sociais, na medida em que assim se previnem e resolvem muitos conflitos potencialmente gerados pelas contradições entre o Direito

---

[406] JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 155.

[407] O Direito consuetudinário era, nestes países, até a independência, declarado e aplicado soberanamente pelas jurisdições indígenas, com os tribunais superiores não vendo nos costumes mais que meros fatos. Atualmente, pelo menos em certos países, declara-se que se trata de Direito. Por isto, pode parecer que o Direito consuetudinário tenha sido beneficiado por uma promoção. Na prática, esta promoção significa que ele futuramente será aplicado e, nesta aplicação, reformado por juízes, que brevemente contarão com a participação de juristas formados na escola da *Common Law*, para quem o costume é assunto estranho. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 645.

[408] A publicação cada vez mais generalizada de *Restatements* e de compilações de Jurisprudência teve manifestamente por objeto salvar o Direito consuetudinário; contudo, ela corre o risco de contribuir para a sua perda. A imobilização do Direito consuetudinário fá-lo perder a sua natureza; o costume que passou a considerar-se como Direito já não é o costume da tradição. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 645.

[409] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 636.

[410] O pluralismo jurídico é reclamado na África por um número crescente de juristas, o qual encontra eco à escala do próprio continente. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 415.

consuetudinário[411] e o Direito legislado, atribuindo primazia, ainda que dentro de certos limites, ao primeiro.[412]

Em razão disto chega-se à conclusão, que os sistemas jurídicos africanos, apesar de possuírem características próprias, de indubitável originalidade, os quais exprimem mundividências ou "modos de pensar" específicos, revelam uma diversidade tal que, ao menos por ora, se deve ter por excluída a existência de uma tal família jurídica. Tais sistemas integram-se nas famílias jurídicas romano-germânica, da *Common Law* ou islâmica, consoante os elementos que neles forem predominantes. Quando conjuguem traços distintivos de duas ou mais destas famílias jurídicas, serão caracterizados como sistemas jurídicos híbridos.[413]

A questão é que as alterações ocorridas no chamado Direito africano, nos últimos anos, foram decorrentes das modificações operadas nas estruturas jurídicas aplicadas nas grandes potências ocidentais, Estados Unidos, Inglaterra, França, as quais influenciaram a construção do atual Direito moderno dos países africanos, sejam eles de influência civilista ou commoloista, ou mesmo islamista.

Portanto, teve a *Common Law*, como foi chamado o Sistema de Direito Inglês nos países de influência deste, uma importância imensurável para o desenvolvimento estrutural do Direito nos países Africanos sob o domínio da Inglaterra. Claro que, conforme analisado, não somente o Sistema de Direito da *Common Law* jogou o seu manto sob à África, outras potências ocidentais também o fizeram, com grande resultado prático na modernização dos países Africanos sob seu domínio.

Porém, não há como negar que até hoje, em razão da utilização do Direito consuetudinário em conjunto com as instituições da *Common Law*, o conforto para os Estados africanos que utilizaram-se destes dois Sistemas de Direito era muito maior

---

[411] Na década de 1980 começou a firma-se a tendência, que persiste até hoje, quanto a reabilitação dos costumes e valores tradicionais africanos como forma de recuperar a autenticidade africana. Os novos líderes africanos encaram agora os costumes como um elemento necessário para atribuir aos seus sistemas jurídicos um caráter acentuadamente nacional, reforçando a ideia de coesão nacional. JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 157.
[412] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 404.
[413] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 415.

do que àqueles que utilizaram-se da *Civil Law*, uma vez que a *Common Law* trabalhou em conjunto com o Direito local, sendo que com isto conseguia uma maior flexibilidade e dignidade à população das ex-colônias do que a *Civil Law.*

Obviamente, a *Civil Law* por trazer consigo a sistematização do Direito, através da utilização de códigos, os quais dão tanto aos aplicadores quanto à sociedade uma maior certeza e racionalidade jurídica, não obteve sucesso. A falta de integração entre a *Civil Law* e o Direito local impossibilitou que aquele tivesse uma melhor aceitação e perdurasse nos sistemas jurídicos locais tal como ocorreu com a *Common Law.* Tal fato, para além dos países Africanos, pode ser facilmente verificado na Índia, onde a *Common Law* exerce até hoje uma grande influência tanto no Direito hindu quanto no indiano.

Por essa razão há que se analisar a influência que a *Common Law* teve e continua tendo no Direito hindu inicialmente, e, hoje, também no Direito da Índia, tendo em vista que a mão deste sistema se mantém vivo na Índia.

4.2. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO DA ÍNDIA E NO DIREITO HINDU[414]

Da mesma forma que nos países Africanos, a *Common Law* lançou o manto de influência para as ex-colônias do Oriente, em especial, sob a Índia. Entretanto, também no Direito hindu a *Common Law* modificou estruturas e modernizou instituições; as modificações na operacionalização do Direito hindu somente não obtiveram tanto sucesso quanto no Direito da Índia, tendo em vista que muitos dos conceitos do Direito hindu não achavam correspondência para o Direito Inglês.

Então, assim como o Direito dos países Africanos, os quais vislumbraram uma grande modernização nas estruturas jurídicas daqueles países, juntamente com

[414] É um Sistema de Direito tradicional, cuja autoridade é reconhecida e venerada por vasta comunidade. O Direito hindu não se confunde com o Direito da Índia, tal como o Direito dos Estados cuja população é muçulmana não se confunde com o Direito muçulmano. O Direito hindu é o Direito da comunidade que, na Índia ou em países do sudeste asiático, adere ao hinduísmo, sendo que este corresponde mais a um dogma, mais a uma certa concepção do mundo e do modo como os homens devem comportar-se. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 545.

o Direito islã; no Direito da Índia[415]e no próprio Direito hindu[416] operaram-se mudanças em relação à ordem jurídica face a integração com a *Common Law*.

Entretanto, não somente o Direito indiano e o hindu vigeram/vigem na Índia, outros Direitos tal como o islâmico, dentre outros, ainda lá estão inseridos. Ocorre que, não há como esgotar a análise de todos estes Direitos, uma vez que não é o mote do presente trabalho, o qual tem por objetivo demostrar como o Direito Inglês contribuiu para a formação de um Direito Transnacional e como ele ainda poderá contribuir para a criação de outros sistemas jurídicos, ante a facilidade de integração com os demais sistemas locais/tradicionais, conforme aqui demonstrado.

Assim, em relação ao Direito hindu[417], este é um Direito religioso, sendo um conjunto de normas e princípios que organizam as relações dos membros da comunidade bramânica[418] ou hinduísta entre si e as relações destes com as

[415] Hoje, na Índia, um grande setor de relações sociais é governado por regras de alcance nacional, inspiradas nas concepções inglesas. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 545.

[416] Não somente o Direito hindu vigeu na Índia, mas, também, o Direito islâmico. Tanto que ambas as comunidades religiosas nunca tiveram uma relação pacífica. A comunidade islâmica da Índia colonial era uma das maiores do mundo e reunia cerca de um terço dos crentes; era, contudo, uma minoria em relação à comunidade hindu. O conflito entre as duas comunidades sempre foi intenso e serviu não pouco à Grã-Bretanha para manter submissa a joia de sua Coroa com um exército limitado. Essas tensões explodiram por ocasião da independência, em 1947, com a divisão do território nos dois Estados do Paquistão (muçulmano) e da Índia (hinduísta), acompanhada por rebeliões cruéis. A guerra indo-paquistanesa de 1965 foi apenas mais uma manifestação dessa antiga rivalidade. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p.479.

[417] A título de esclarecimento, não existe em sânscrito nenhuma palavra que possa ser traduzida como Direito, tal como este é entendido pela tradição jurídica ocidental, sendo que o conceito mais próximo é o *Dharma* que traduz a ideia de dever. Assim, o *Dharma* abrange um conjunto de regras – de ordem jurídica, mas também moral, religiosa, ritual ou de civilidade – que se impõem aos indivíduos por força da natureza das coisas e em atenção à sua condição na sociedade. JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 165.

O *Dharma* abrange, também, no seu conjunto, a conduta dos homens, assentada na ideia de deveres, não na de Direitos; ele indica a cada um como deve comporta-se se pretende ser um homem de bem e se preocupa com o que vem depois da morte. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 348.

[418] A estrutura de castas condiciona o Direito da Índia antiga. A casta mais elevada, a dos brâmanes, é superior ao próprio rei. O Direito bramânico evoluiu no sentido de uma progressiva laicização, de forma que a relação entre brâmanes e rei, ou seja, entre religião e Estado, se inverteu. Muitas das antigas normas sobre as castas, todavia, sobrevivem até os dias atuais. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p.469.

divindades[419]. Não se trata do Direito em vigor na Índia[420], que é um Estado secular onde coexistem várias comunidades, apesar do hinduísmo ser a religião maioritária.[421]

Para o Direito hindu o homem sábio concilia na sua conduta a virtude com o interesse e o prazer, e não se pode esperar que as pessoas vivam em completa conformidade com o *Dharma*[422] no período de decadência (*kali*), que seria, o último dos quatro períodos do mundo hindu, onde o homem se encontra hoje, e que seria o mais infeliz deles. Por esta razão, o próprio *dharma* admite o costume *praeter legem* e o costume *contra legem.*[423]

Neste sentido, para explicar a pretensa contradição acima, as fontes do Direito hindu compreendem o costume, que da mesma forma nas escrituras do Hinduísmo em parte as consagram e cuja observância sancionam, mas que também por ventura se contradizem a elas, visto que cada casta[424] tem os seus próprios costumes, os quais variam igualmente em razão do território. A fim de que possa ter-se como vigente um costume, é necessário, segundo a Jurisprudência indiana, que se demonstre que certo uso, pela sua duração e pela uniformidade de observância

---

[419] A civilização da Índia repousa sobre fundamentos muito diferentes dos da civilização da cristandade ou do islã. Cristãos, muçulmanos e judeus encontram na Sagrada Escritura o princípio básico de que os homens, dotados de alma, têm um valor igual perante Deus, à imagem do qual foram criados. O hinduísmo rejeita esta noção fundamental do Ocidente. Para ele o "homem" é uma simples abstração; há somente "homens" definidos para a categoria social a que pertencem pelo seu nascimento. As diversas categorias de homens são complementares e hierarquizadas, de forma que aos homens pertencentes a cada uma delas correspondem direitos, deveres e mesmo uma moral específica que lhes é própria. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 547.

[420] Dentre as leis indianas, umas aplicam-se a todos os cidadãos do país, independentemente da sua confissão religiosa; outras, apenas valem para certas categorias de pessoas. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 427.

[421] JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 165.

[422] As fontes do *Dharma* são de duas ordens: primárias (*sruti* ou revelações) e secundárias (*smriti* ou tradições). As primeiras têm origem divina e teriam sido transmitidas aos sábios do Hinduísmo quando das meditações daqueles; as segundas são de origem humana e foram reduzidas a escrito a fim de esclarecer o sentido das primeiras. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 432.

[423] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 551.

[424] A sociedade hindu divide-se, na Índia, em quatro castas (por ordem descendente na hierarquia social – a dos *brâmanes*, a dos *xátrias*, a dos *vaixias* e dos *sudras*). Uma das principais características dos sistemas de castas é a rigorosa separação dos respectivos membros na comensalidade, no casamento e na vida íntima. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 430.

em determinado meio – seja este uma localidade, uma casta ou uma família -, foi consensualmente aceito como expressão de uma regra de conduta vinculativa.[425]

Entretanto, a legislação e os precedentes judiciais não são considerados pelo *dharma* e pela doutrina hindu como fontes do Direito[426]; mas, apesar disto, é permitido ao príncipe legislar, sendo que a arte de governar e as instituições do Direito público dependem do *artha*[427], não do *dharma.*[428]

Porém, com a colonização inglesa na Índia operou-se uma mudança fundamental em relação a utilização das decisões dos tribunais, dada a introdução neste país do princípio do *stare decisis*; sendo que, a partir de então vai operando-se a própria transição para o moderno Direito hindu.[429]

De acordo com a política que constantemente dominou o império britânico, os novos conquistadores da Índia não procuraram impor aos seus novos súditos o Direito Inglês, seguiam o mesmo princípio que fizeram com as demais ex-colônias, visto que pretenderam aplicar à população da Índia, principalmente em matéria de Direito privado, as regras que lhes eram familiares, qual sejam, as do Direito hindu. No entanto, o estabelecimento do domínio britânico teve uma considerável influência sobre a evolução do Direito hindu, pois fez com que o Direito hindu saísse da clandestinidade e fosse reconhecido oficialmente pelo seu valor e autoridade, em detrimento ao Direito muçulmano.[430]

Desta forma, depois de vários séculos de dominação muçulmana[431], a Índia foi, no século XIX, submetida à autoridade da Coroa britânica, sendo que a

---

[425] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 437.
[426] Apesar da relevância que assumem na Índia as fontes de Direito laico – mormente as que foram legadas pela colonização inglesa – muitos aspectos da vida jurídica deste país (e dos demais que integram a família jurídica hindu) apenas podem ser compreendidos à luz do poderoso sistema de crenças que há mais de dois mil anos impregna as sociedades em que predomina o Hinduísmo, das quais a indiana é hoje a principal; o que torna o respectivo sistema jurídico irredutível aos de qualquer outra família. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 428.
[427] O *artha* seria a ciência do útil e da política. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 547.
[428] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 551.
[429] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 439.
[430] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 554.
[431] Não foi somente nos Direitos da Índia e o Hindu que a *Common Law* misturou a linha tradicional do Direito, também no Direito muçulmano ocorreu tal situação. Isto porque, administrado por juízes

colonização pelos ingleses se processou, de início, com inteiro respeito pelas instituições locais fazendo com que o Direto hindu se mantive em vigor. Entretanto, tal situação não perdurou muito, pois os ingleses tentaram traduzir o conteúdo e o sentido de *Dharma* para a língua inglesa, a fim de tornarem o Direito hindu mais acessível aos juízes britânicos; porém, a tradução encontrou dificuldades/impossibilidades de encontrar equivalentes para os conceitos hindus na terminologia inglesa[432]. Assim, a ideia dos ingleses de adquirir conhecimento global do sistema hindu inviabilizou a correta aplicação do mesmo.[433]

Importante ressaltar que, em razão da dificuldade de interpretação das regras traduzidas do Direito hindu, os juízes ingleses eram, por isso, autorizados a julgar segundo a "justiça, a equidade e a boa consciência" (*justice, equity and good conscience*), o que os conduzia frequentemente a referirem-se ao único Direito em que eram versados, qual seja, o inglês. A partir das decisões dos tribunais ingleses assim proferidas formou-se um Direito misto, dito *anglo-hindu* (*Anglo-Hindu law*), de fonte jurisprudencial, mas formalmente radicado na tradição hindu, que continuou a ser aplicado, após as independências nacionais, na Índia e em outros países asiáticos onde existem comunidades hindus.[434]

E, mais, com o advento dos ingleses ampliou-se o papel dos tribunais, uma vez que hoje, o juiz indiano é preparado como o colega britânico e se atém às regras tradicionais – para a *Common Law* – do *stare decisis* e do *communis error facit ius*[435],

---

formados na escola da *Common Law*, o Direito muçulmano tornou-se, na Índia Britânica, um sistema jurídico independente, comportando diferenças substanciais em confronto com o Direito muçulmano puro, sendo justamente por esta situação denominado *Anglo-Muhammadan law*. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 539.

[432] Assim, na prática judiciária, o antigo Direito indiano revelou-se mais próximo dos Direitos europeus que do anglo-americano, uma vez que o vínculo com o texto sagrado que enuncia por escrito os princípios jurídicos gerais eram diretos, porque antes do contato com a Grã-Bretanha o Direito hindu não se preocupava em reunir por escrito as sentenças e costumes, que tiveram, assim, uma importância secundária nas decisões judiciais. Não escaparam dessa sorte nem mesmo as decisões régias, que em geral assumiam a forma de sentença, e não de atos legislativos, tendo em vista a tentativa das traduções por parte dos ingleses. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p.475.

[433] JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado**, p. 166

[434] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 439.

[435] Respectivamente, "ater-se às decisões precedentes" e "o erro comum constitui um direito". Esta última frase no *Digesto* referia-se apenas a um erro material ao designar o objeto no negócio jurídico. Hoje, a Europa continental legitima de fato a aparência legal de um negócio formalmente não-perfeito. Na *Common Law* assumiu um significado ainda mais amplo e pragmático, qual seja, de que uma norma

conforme acima mencionado. Se não encontra precedentes britânicos, porém, retorna à literatura jurídica tradicional (hindu), que é adaptada às exigências modernas.[436]

Face à todas estas situações, o Direito hindu tende a ser substituído, na atualidade, por um Direito nacional cuja aplicação é independente da filiação religiosa dos interessados. Neste sentido, a tendência atual da Índia é substituir o conceito tradicional de Direito religioso (Direito hindu, Direito parsi, Direito muçulmano, Direito canônico) pelo conceito ocidental de um Direito laico, autônomo em relação à religião. Note-se que, esse Direito nacional da Índia é chamado Direito indiano, por oposição ao Direito hindu; ele compreende todas as leis da Índia que são, em princípio, de aplicação geral, mesmo quando disposições particulares destas leis as declaram inaplicáveis a certas categorias de cidadãos.[437]

Ademais, as fontes do Direito hindu não são hoje apenas os textos sagrados, os costumes e a Jurisprudência, compreendem na Índia – Direito indiano – também a Lei. Isto porque, após a independência da Índia, o Parlamento deste país propôs-se a levar a cabo uma codificação integral do Direito hindu, não sendo aprovado, todavia, em razão da contestação levantada por parte dos que viam neste projeto uma subversão do Hinduísmo.[438]

Entretanto, a Índia, que é um Estado secular, conforme já mencionado, é hoje dotado de um ordenamento jurídico híbrido, que conjuga características próprias das famílias da *Civil Law* e da *Common Law* e que compreende, no topo da hierarquia das respectivas fontes, uma constituição escrita[439]. Nisto se distingue, aliás, a Índia

---

reconhecida pela comunidade é considerada válida mesmo que se fundamente num erro. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p.476.

[436] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p.476.

[437] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 565.

[438] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 440.

[439] A Constituição indiana foi adotada em 1949 e revista mais de uma centena de vezes, por último em 2017. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 427.

de vários outros países muçulmanos, onde o islamismo é religião de Estado e o Direito emanado deste se encontra subordinado à *Xaria*[440].[441]

Mas, por mais que o Direito indiano seja considerado um Direito híbrido, a aplicação e a interpretação do Direito, inclusive o Direito hindu, é dominada pelos métodos característicos dos sistemas de *Common Law* – e isto também se deu nas antigas possessões europeias em que prevaleciam sistemas jurídicos da *Civil Law.* Assim, o princípio *stare decisis* e os seus corolários, constituem hoje, na Índia, a base em que assenta-se a determinação pelos tribunais das regras aplicáveis ao caso singular. Também, nesta medida, o Direito hindu sofreu, em virtude da colonização britânica, conforme anteriormente mencionado, uma metamorfose que alterou profundamente o seu sentido e alcance[442]; porém, a base em que se assenta mantém-se distinta.[443]

Neste sentido, a Índia não se liga à *Common Law* apenas pelos conceitos e pelas técnicas do seu Direito; mas, sim pela concepção que existe na Índia com relação à função judiciária, pela importância que se atribui à administração da justiça e ao processo e pela ideia que lá se faz a supremacia do Direito (*rule of law*). Os indianos depositam a sua confiança num bom processo, decalcado do processo inglês, para atingir uma solução justa quanto ao fundo. A psicologia dos seus juristas e dos seus juízes é, por outro lado, a dos juristas e juízes ingleses, com o mesmo

---

[440] Para o islã, o Direito ou *Xaria* é a expressão normativa da vontade divina; e, segundo a teoria clássica, existem quatro manifestações dessa vontade, que correspondem a outras tantas fontes do Direito: a palavra de Deus vertida no Corão, a conduta exemplar do profeta, o consenso da comunidade islâmica e a analogia. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 361.

[441] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 427.

[442] As influências da *Common Law* no Direito hindu, inicialmente deram-se de forma positiva, fazendo este Direito sair da clandestinidade e reconhecendo oficialmente o valor e a autoridade deste Direito, contrariamente ao que acontecia sob o domínio muçulmano; isto porque, o Direito hindu e o Direito muçulmano foram colocados no mesmo plano, no momento em que os juízes britânicos tiveram de estatuir sobre litígios para os quais se aplicavam esses Direitos. Entretanto, se sob este ponto de vista o domínio britânico foi favorável ao Direito hindu, sob outro ponto de vista ele foi fatal para o Direito hindu tradicional, pois originou uma profunda transformação deste Direito, e teve, sobretudo, como corolário acantoná-lo na regulamentação de certas relações, enquanto setores cada vez mais importantes da vida social foram submetidos a um novo Direito de natureza territorial aplicável a todos os habitantes da Índia sem considerar a sua religião. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 554.

[443] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 444.

prestígio ligado à função judiciária; o mesmo papel preponderante é tanto na Índia como na Inglaterra, atribuído ao Poder Judiciário[444].

Porém, obviamente os Direitos indiano e inglês não são iguais[445]. Há inúmeros elementos jurídicos que distinguem profundamente um do outro, uma vez que instituições jurídicas utilizadas no Direito Inglês não encontram guarida no Direito indiano e vice-versa. Além disto, a estrutura constitucional na Índia é uma realidade, enquanto que na Inglaterra a mesma inexiste de forma organizada, pelo menos; tal situação leva a existência na Índia de um Estado federal, que na Inglaterra não existe.

Todas estas diferenças podem levar a se pensar que o Direito indiano, hoje, estaria mais perto do Direito norte-americano do que do próprio Direito Inglês, tendo em vista a similaridade da atual estrutura federal tanto da Índia quanto dos Estados Unidos – ambos com Constituição escrita e Estados federados[446]. Ocorre que, tanto os Estados Unidos (o qual será objeto de estudo no próximo capítulo) e a Índia sofreram diretamente a influência do Direito Inglês, assim como este influenciou grande parte do mundo civilizado, pregando certa autonomia das ex-colônias através do Direito local, possibilitando o enraizamento da *Common Law* no seio de populações com culturas abissalmente diferentes da inglesa.

---

[444] Tal situação implica na negação da distinção entre Direito público e privado, fazendo com que os tribunais exerçam um controle geral sobre todo contencioso, sem que haja lugar para distinguir se o autor de uma infração ou aquele que infringiu uma regra de Direito é um particular ou um agente da administração. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 575.

[445] Desde a origem existem elementos que diferenciam os Direitos da Inglaterra e os da Índia. A distinção inglesa da *Common Law* e da *equity* não se faz na Índia. Tal fato é facilmente explicável em razão de nunca terem existido na Índia, jurisdições especiais para aplicar as regras da *equity*. Em matéria de Direitos reais, a terminologia do Direito Inglês foi conservada, mas é aplicada para organizar um regime fundiário tão diferente do inglês que se pode perguntar se a identidade de terminologia não cria somente uma falsa aparência. Da mesma forma, em relação ao Direito internacional privado da Índia, o qual inspira-se em soluções de Direito Inglês; contudo, a atenção dos juristas da Índia, neste domínio, dirige-se principalmente para as questões de conflitos entre leis de estatuto pessoal, que não se apresentam sob o mesmo aspecto e são, afinal, secundárias para os juristas ingleses. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 376.

[446] Em ambos existe, sem dúvida, uma estrutura federal, mas os Estados da Índia dificilmente podem ser comparados aos Estados Unidos da América, porquanto a unidade linguística, que constitui um fator de unidade nos Estados Unidos, não existe na Índia, uma vez que quinze línguas, que pertencem a quatro grupos linguísticos diferentes, são reconhecidas como oficiais nos diferentes Estados indianos (segundo os linguistas, falam-se na Índia cento e setenta e nove línguas e quinhentos e quarenta e quatro dialetos, que se repartem em quatro grandes famílias). A disposição da Constituição, que prevê que o *hindi* seja a língua oficial da União, dificilmente se tornará uma realidade no subcontinente indiano, que neste aspecto se assemelha mais à Europa do que aos Estados Unidos da América. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 578.

Neste sentido, necessário se faz uma breve análise da influência da *Common Law* no Direito canadense, ante a contribuição daquele para a formação da sociedade canadense; além disto, a análise se faz importante ante a proximidade territorial entre Canadá e os Estados Unidos da América, país esse que desenvolveu uma *Common Law* diferente e com matizes próprias, a qual será analisada no capítulo quinto deste trabalho.

4.3. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO DIREITO CANADENSE

A entrada e vigência da *Common Law* na América deu-se através de dois países – Estados Unidos da América e do Canadá[447], nos quais o referido Sistema de Direito continua vigente. O Direito norte-americano será estudado no capítulo quinto (subsequente), sendo que ora analisar-se-á, de forma breve, a *Common Law* aplicada no Canadá, a qual possui uma das suas províncias – Quebec, que possui até hoje um sistema duplo em que vigem, lado a lado, regras de *Civil Law* e *Common Law* aplicados pelos tribunais locais.

Então, o Canadá assim como os Estados Unidos são países compostos de uma federação, em que alguns Estados federados - no caso do Canadá os mesmos são chamados de Províncias -, utilizam-se do sistema da *Civil Law*. Porém, o Canadá sofreu a influência dos dois sistemas – *Common* e *Civil Law,* com maior intensidade do que o país vizinho – Estados Unidos, o que faz com que conviva com uma duplicidade de sistema legal.

Tal fato, é decorrência lógica da forma de colonização Canadense, visto que o Canadá, país que adota o regime federalista, como acima mencionado, é dividido em 10 províncias e 3 territórios[448], sofrendo forte influência de dois sistemas

---

[447] O Canadá tem um sistema legal que é, por muitos, considerado misto. Ao mesmo tempo, adota a *Common Law* e a *Civil Law*, sendo que a *Civil Law* prevalece na província de Quebec e a *Common Law* nas demais províncias do país. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 212.

[448] As dez províncias canadenses são: Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland e Labrador, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island, Quebec e Saskatchewan. Os três territórios são: Northwest Territories, Nunavut e Yukon.

jurídicos, dada a simultânea hegemonia política de franceses e ingleses, fazendo com que o Direito canadense apresente peculiaridades próprias.[449]

Neste sentido, de peculiar interesse é a questão do Direito aplicado na província de Quebec, o qual é denominado de sistema híbrido, em razão da aplicação ao mesmo tempo da *Civil Law* (de influência Francesa) e da *Common Law* (influência Inglesa).

Portanto, uma maior atenção deve ser dada ao sistema legal aplicado na província de Quebec, visto que grande parte dos princípios desenvolvidos nos códigos[450] em vigor na província de Quebec foram absorvidas nos julgamentos dos casos sob as jurisdições da *Common Law*; da mesma forma – não necessariamente nas mesmas proporções – os princípios desenvolvidos nos chamados *Case law* passaram a viger também na província de Quebec. Assim, não há como negar a influência do sistema da *Civil Law*, mais especificadamente do Direito Francês[451], na *Common Law* praticada nas cortes de justiça canadenses.[452]

O mais interessante sobre essa duplicidade de sistemas é a forma de funcionamento da Suprema Corte[453] do Canadá, visto que num sistema de colegiado

---

[449] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**. Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, v. 106/107, p.391-405, jan/dez. 2011/2012, p. 391.

[450] O Código Civil de Quebec declara expressamente, na sua disposição preliminar, que nele se consigna o Direito comum (*droit commun, jus commune*) de Quebec, eis que, conforme reconheceu o Supremo Tribunal do Canadá, o Código Civil não tem caráter excepcional, ao contrário do que ocorre com as leis (*statutes*) dos sistemas da *Common Law.* A interpretação do Código deve por isso, segundo aquele Tribunal, favorecer o seu espírito relativamente à sua letra e possibilitar que a finalidade das suas disposições seja alcançada. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 509.

[451] A vasta província de Ontário rejeitou formalmente as leis francesas, através do *Constitutional Act* de 1791, mesmo depois da união política das províncias do norte e do sul (*Upper and Lower Canada*), ocorrida em 1849, a *Common Law* continuou eficaz nos territórios do norte do Canadá e, ainda, na região de Columbia Britânica. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**, p. 392.

[452] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 212.

[453] Dada a marcante influência da *Common Law*, recebida diretamente da matriz britânica, todos os tribunais canadenses sujeitam-se às decisões da Suprema Corte, sendo que a eficácia vinculante do precedente é ínsita ao sistema judicial canadense. Nesse sentido, até o ano de 1949, o *Judicial Comitte of the Privy Council*, situado em Londres, ainda detinha competência para rever, em determinadas hipóteses, as decisões da Suprema Corte do Canadá; depois de tal data, com a integral abolição de qualquer ingerência política do Reino Unido, os precedentes daquele órgão judicial inglês exercem apenas influência persuasiva nas cortes canadenses. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**, p. 394.

judicial, juízes de jurisdição da *Common Law* sentam-se lado a lado com juízes de jurisdição da *Civil Law* para julgarem casos das nove províncias sob os áuspices da *Common Law* e da província de Quebec sob o sistema da *Civil Law.*[454]

Ainda, em questões referentes ao processo, especificamente, processo civil[455], as regras que vigoram na grande maioria das províncias e territórios foram inspiradas na experiência jurídica da *Common Law*, especialmente do Direito Inglês e norte-americano, adaptadas às exigências e tradições locais. Neste sentido, as regras processuais da província de Ontário (*Ontario Rules of Civil Procedure*) são, em princípio, aplicadas em quase todos os tribunais canadenses, sendo exceção a província de Nova Escócia que adota regras próprias. Assim, apenas a província de Quebec é que possui um sistema legal marcado pela hibridez, ou seja, no âmbito civil aplica o Direito codificado, enquanto na esfera penal, imperam as regras da *Common Law.*[456]

Portanto, a dualidade de sistemas jurídicos vigentes no mesmo país, exige dos operadores do Direito amplos conhecimentos e preparo para exercer a prática forense, tendo em vista as regras consuetudinárias e os textos legais codificados. Então, quando o tribunal decide com base na lei escrita, na província de Quebec, por exemplo, a qual adota a *Civil Law* como base do seu Sistema de Direito, a sentença é considerada precedente vinculante vertical para as demais cortes inferiores e vice-versa.[457]

Então, é importante esclarecer a posição referente ao Direito aplicado na província de Quebec, em matéria civil, visto não vigorar nessa província o princípio do *stare decisis*, mas a Jurisprudência é considerada fonte subsidiária de Direito.

---

[454] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 213.

[455] A influência anglo-saxônica é mais acentuada no processo civil (dominado pelo princípio dispositivo), na organização judiciária (caracterizada pela existência de uma ordem jurisdicional única, que compreende tribunais civis, criminais e administrativos, e pelo recrutamento dos juízes exclusivamente entre advogados com pelo menos dez anos de experiência profissional), em matéria comercial (que em Quebec nunca foi objeto de uma codificação análoga às existentes na Europa continental, tendo por isso ficado mais exposta à influência da *Common Law*) e, de um modo geral, no Direito Público (em larga medida partilhado com o resto do Canadá). VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 509.

[456] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**, p. 392.

[457] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**, p. 392.

Entretanto, nas matérias baseadas na *Common Law*, como o Direito penal, os precedentes emanados do Supremo Tribunal do Canadá e dos tribunais provinciais de apelação são tidos como vinculativos.[458]

Além disto, desde o século passado, os tribunais do Canadá manifestam grande interesse pela Jurisprudência produzida pelo vizinho Estados Unidos da América; sendo que, a atividade jurisdicional do país vizinho constitui fonte de informação e de ensino, representa a experiência de uma nação de fortes tradições democráticas e ideário de liberdade com enfoque dinâmico e evoluído.[459]

Com certeza a proximidade territorial e as relações econômicas estabelecidas durante décadas entre Estados Unidos e Canadá faz com o sistema canadense, o qual como pôde ser visto é mais que um sistema híbrido, quiçá pode ser chamado de *sui generis*, utilize-se mais da *Common Law* norte-americana do que a pura *Common Law* aplicada na Inglaterra para decidir conflitos no âmago do Poder Judiciário. Tal realidade faz com que o Direito aplicado no Canadá, muitas vezes, ceda espaço as conveniências, tradições e princípios arraigados tanto na *Common Law* quanto na *Civil Law* na tentativa de construir um Direito capaz de suprir as necessidades multiculturais[460] da sociedade daquele país, aplicando a justiça de forma menos formal e mais eficaz, como deveria ser a aplicação do Direito em muitos países do mundo.

Na sequência, a fim de demonstrar ser possível a miscigenação de sistemas jurídicos, é necessário uma breve análise da União Europeia, visto ser um paradigma na utilização da *Civil Law* e da *Common Law* lado a lado, sendo que a

---

[458] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 509.
[459] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**, p. 394.
[460] O multiculturalismo tem as suas origens políticas e intelectuais no Canadá – nos trabalhos de autores como Charles Taylor, cujas propostas certamente continuam a ser relevantes hoje em dia. Taylor sustenta que todo o debate sobre as diversidades culturais dentro de uma sociedade (ou de um aglomerado mais amplo) envolve sempre dois conceitos. O primeiro é que todas as pessoas devem ter igualdade de dignidade, sejam quais forem as suas práticas culturais ou estilo de vida. O multiculturalismo implica, portanto, um princípio de cidadania universal dentro de uma sociedade. O segundo é que o multiculturalismo pressupõe "uma política de reconhecimento"; a questão principal não é haver identidades separadas, mas haver reconhecimento mútuo e, portanto, interação. O multiculturalismo presume não que os grupos devam seguir o seu próprio caminho ou ficarem entregues à sua própria sorte, mas que devam ser tomadas medidas para remediar tais situações. GIDDENS, Anthony Giddens. **Este turbulento e poderoso continente:** Que futuro para a Europa? Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 150/151.

influência do Direito Inglês ante a grande maioria civilista dos demais países pertencentes à União Europeia faz-se sentir na formação da própria União Europeia e das decisões aplicadas pelo Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de Justiça da União Europeia), bem como pelas Comissões e demais Instituições Europeias, conforme será analisado na sequência.

4.4. A INFLUÊNCIA DA *COMMON LAW* NO PROCESSO INTEGRACIONISTA DO DIREITO COMUNITÁRIO[461] EUROPEU

Os países europeus produtores de carvão e de aço, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Holanda, nos idos dos anos 50, criaram a CECA[462] (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), com a finalidade de reconstruir a Europa devastada pela Segunda Guerra Mundial e manter, a "grosso modo", num patamar razoável o preço de seus produtos. Entretanto, nunca imaginariam que a criação de um bloco econômico pudesse ser o embrião da união de um conjunto de Estados com uma finalidade comum – cooperação e integração[463].

---

[461] A Europa Ocidental, desde a década de 1950, conduz um processo de integração econômica complexo, que engendrou um novo ramo do Direito: o das Comunidades Europeias, ou seja, o Direito comunitário. Trata-se de um ramo do Direito complexo, na medida em que as matérias sob a mira do mesmo atinem tanto ao Direito público como ao Direito privado. Não se trata, ainda, de mero Direito interno dos Estados-membros, mas está longe de constituir uma simples ramificação do Direito internacional, seja este público ou privado. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 187.

[462] O mentor deste tipo novo de organismo foi Jean Monet, que inspirou as declarações de Robert Schuman, de 9 de maio de 1950, propondo a criação de um mercado comum do carvão e do aço, regulado por normas de caráter supranacional, revolucionando, assim, as relações tradicionais travadas até então pelos Estados. É importante referir que a razão primeira da criação da CECA deveu-se à preocupação de Monet, surgida após a Segunda Guerra Mundial, de realizar a integração em setores específicos, como o carvão e o aço, para depois passar para a integração de caráter econômica. SALDANHA, Jânia M. Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p. 19.

[463] As ideias de Jean Monnet e Robert Schuman para a Europa eram anteriores à criação da CECA. A intenção de Schuman e Monnet era conseguir implantar, progressivamente, laços reais de união entre os Estados europeus, primeiro pelo estabelecimento da cooperação e, depois, pela integração. Tais ideias suscitaram uma certa desconfiança por parte dos Estados Europeus, haja visto que os mesmos não estavam preparados para aceitar a transferência de soberania, ferindo, até mesmo, sentimentos nacionais latentes que provinham da Segunda Grande Guerra. A Declaração de Schuman representa a pedra fundamental do complexo edifício da unificação europeia, constituindo-se um documento essencial para a perfeita compreensão do espírito que fez nascer o fenômeno comunitário. A referida Declaração visava três objetivos: uma organização de siderurgia europeia e de um conjunto formado por indústrias de base, uma regulamentação geral das relações franco-alemãs e o relançamento da unificação europeia sobre novas estruturas. STELZER, Joana. **União Européia e Supranacionalidade** - Desafio ou Realidade?, Curitiba: Juruá, 2004, p. 32/33.

Após quase 70 anos de criação, tratados e discussões, a União Europeia que há muito é uma realidade e modelo de entidade supranacional[464], conseguiu reunir países de diferentes culturas, realidades sociais e Direitos, anteriormente ditos antagônicos.

Neste sentido, em um sistema de *Common Law* não basta olhar somente para a legislação, primária e secundária, feitas pelo Parlamento, mas também deve-se procurar os precedentes que contêm a afirmação judicial da *Common Law*, até porque muito do Direito Inglês constitui uma reafirmação do Direito da União Europeia.[465]

Assim, a realidade jurídica da União Europeia, como é de ciência de todos, congrega países membros da *Civil Law* (a grande maioria), mas, também, países pertencentes à *Common Law*, onde os Direitos internos destes países recepcionam de forma diferente a principal fonte do Direito internacional público[466] e do Direito comunitário – os tratados.

Neste particular, a situação do Direito da União Europeia em relação aos tratados que a instituíram são, com efeito, àqueles aplicáveis no Reino Unido até à

---

[464] O significado do termo supranacional expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas. Do ponto de vista etimológico, alguns preferem a denominação sobre-estatal ou supra-estatal, vez que traz imanente uma conceituação mais precisa do próprio fenômeno. STELZER, Joana. **União Européia e Supranacionalidade** - Desafio ou Realidade?, p. 75.

[465] SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 61.

[466] Prevalece no Reino Unido uma concepção dualista (conforme será analisado no último capítulo deste trabalho) acerca das relações entre o Direito Internacional convencional e o Direito interno. Por força dela, os tratados internacionais não passam a integrar, mediante a sua ratificação por este país, a respectiva ordem interna; tais tratados não são, pois, diretamente aplicáveis pelos tribunais ingleses: é necessária, para tanto, uma lei do Parlamento que os transforme em Direito interno.
Em virtude deste regime, as leis prevalecem sobre os tratados anteriores se forem incompatíveis com elas. Não há, pois, na Inglaterra um primado do Direito internacional convencional como aquele que são acolhidos pelos Direitos dos países do continente europeu. Trata-se de uma consequência da soberania do Parlamento. Entende-se, como efeito, que se os tratados internacionais constituíssem fontes de direitos ou de obrigações na ordem jurídica interna, seria possível ao Monarca inglês e ao Governo alterarem o Direito vigente sem a anuência do Parlamento, em contravenção àquela regra. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 274.

projetada saída deste da União Europeia (*Brexit*[467]), independente da sua transformação em Direito interno.[468]

Neste sentido, desde que o Reino Unido tornou-se membro da Comunidade Econômica Europeia, agora chamada de União Europeia, o mesmo tem progressiva e efetivamente transferido o seu poder legiferante para as instituições europeias. De fato, com relação a assuntos da União Europeia, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário do Reino Unido são agora regidos e só podem funcionar dentro da conjuntura do Direito da Comunidade Europeia (CE).[469]

Portanto, é a legislação europeia, nos casos em que os tratados lhe conferem eficácia, diretamente aplicável na Inglaterra; e, mais, em sendo deduzida perante um tribunal do Reino Unido uma pretensão fundada no Direito da União Europeia, a que se oponha uma regra emanada do Parlamento, deve essa pretensão ser julgada procedente, não obstante o disposto na regra interna inglesa. Este primado do Direito da União Europeia não afeta a soberania do Parlamento inglês[470], pois resulta de uma lei do próprio Parlamento, o *European Communities Act* de 1972, e não do Direito Europeu.[471]

Porém, não há como negar, que a criação da União Europeia contribuiu para a construção, senão de um novo Sistema de Direito, mas de um sistema miscigenado de Direito aplicado pelos países membros daquela. Isto porque, na medida em que dois ou mais Estados, com políticas internas diferentes, são postos lado a lado dentro de um processo de integração, podem surgir problemas sob óticas diversas, os quais deverão ser resolvidos não mais no âmbito interno de cada um

---

[467] Deliberada em referendo realizado a 23 de junho de 2016 e notificada ao Conselho Europeu, ao abrigo do art. 50º, n.º 2, do Tratado da União Europeia, por carta da Primeira-Ministra Theresa May, de 29 de março de 2017, na sequência da autorização para efeito concedida pelo Parlamento do Reino Unido através do *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*. Tornou-se pleno em 31 de janeiro de 2020. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 275.

[468] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 275.

[469] SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 61.

[470] Se as instituições da Comunidade Europeia são soberanas dentro de suas fronteiras, então, dentro das fronteiras mais limitadas do Reino Unido, o poder soberano de promulgar leis é titularizado pelo Parlamento. Nos termos do Direito Constitucional inglês, reconhece-se que o Parlamento tem o poder de promulgar, revogar e alterar qualquer lei, a seu critério. SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 61.

[471] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 275.

deles, mas através de órgãos superiores, denominados Tribunais de Solução de Controvérsia. Neste sentido, o Tribunal de Luxemburgo[472] é o responsável pela certeza de aplicação uniforme do Direito[473], bem como pela segurança jurídica de suas decisões[474] aos países que estão sob o seu manto.

---

[472] O Tribunal de Justiça da União Europeia, também chamado de Tribunal de Luxemburgo, tem por finalidade assegurar o respeito ao ordenamento jurídico comunitário na interpretação e aplicação dos Tratados constitutivos das Comunidades, bem como o atendimento das normas adotadas pelas instituições comunitárias no exercício de suas competências específicas. SALDANHA, Jânia M. Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p. 27.

[473] *La interpretación uniforme del ordenamiento de la integración va de la mano de su unidad extrínseca e intrínseca, esto es la adecuación de la conducta de los Estados y los particulares con esa normativa. En tanto su cumplimiento y aplicación se produce en Estados distintos, bajo autoridades nacionales con criterios interpretativos divergentes fruto de idiosincrasias, historias y realidades jurídicas disímiles, la falta de uniformidad interpretativa da cauce a violentar principios sustentadores Del proceso, particularmente la igualdad de los Estados Partes. Los países involcrados son los destinatarios de este acervo jurídico, o sea los gobiernos y los particulares – personas físicas y jurídicas – que negocian en el marco de la ley vigente, por lo que esa diversidad interpretativa de los jueces nacionales o de los árbitros designados para solucionar el conflicto, pone en peligro la unidad Del ordenamiento de la integración. En este punto resulta inevitable acudir nuevamente al modelo de la Unión Europea que refleja en forma palmaria la importancia que ha tenido la interpretación uniforme de la normativa comunitária realizada por el TJCE en el desenvolvimiento de ese proceso*. KLOR, Adriana Dreyzin de. El Protocolo de Olivos, presentado en el **"Fórum Brasil-Europa"**. Florianópolis: organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, 22-24 de noviembre de 2002, p. 13.

A interpretação uniforme da ordem de integração anda de mãos dadas com sua unidade extrínseca e intrínseca, é a adequação da conduta dos Estados e indivíduos com essa regulamentação. Embora a conformidade e a aplicação ocorram em diferentes Estados, sob autoridades nacionais com critérios interpretativos divergentes como resultado de diferentes idiossincrasias, histórias e realidades jurídicas, a falta de uniformidade interpretativa gera princípios violadores que apóiam o processo, particularmente a igualdade dos Estados Partes . Os países envolvidos são os destinatários deste acervo jurídico, ou seja, governos e indivíduos - pessoas físicas e jurídicas - que negociam sob a lei atual, de modo que a diversidade interpretativa dos juízes ou árbitros nacionais designados para resolver o conflito põe em perigo a unidade da ordenação da integração. Neste ponto, é inevitável recorrer novamente ao modelo da União Europeia que reflete claramente a importância da interpretação uniforme da legislação comunitária realizada pelo TJE no desenvolvimento deste processo. (tradução livre realizada pela autora)

[474] *La aseveración efectuada conduce directamente a recalar en el modo que la EU há encarado la materia. El principio de seguridad jurídica en ese modelo de integración, ha sido relacionado con varios aspectos cuyo punto de inflexión es la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, entre ellos: la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario; la seguridad jurídica y la incompatibilidad entre derecho comunitario y derecho interno; la seguridad jurídica y la forma de ejecución del derecho comunitario. Sobre cada una de estas cuestiones se ha pronunciado el TJCE eliminando la incertidumbre en las situaciones conflictivas y estableciendo axiomas que se erigen como garantías sobre las que se construye el esquema europeo*. KLOR, Adriana Dreyzin de. El Protocolo de Olivos, p. 12.

A afirmação feita leva diretamente à maneira pela qual a UE abordou o assunto. O princípio da segurança jurídica nesse modelo de integração tem sido relacionado a vários aspectos cujo ponto de inflexão é a primazia do Direito comunitário sobre o Direito interno, incluindo: segurança jurídica na integração do Direito comunitário; segurança jurídica e incompatibilidade entre o Direito comunitário e o Direito interno; segurança jurídica e forma de aplicação do Direito comunitário. Em cada uma dessas questões, o TJCE decidiu eliminar a incerteza em situações de conflito e estabelecer axiomas que são garantias sobre as quais o esquema europeu se baseia. (tradução livre realizada pela autora)

Convém frisar, neste ponto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia não pode ser considerado uma instância recursal para os tribunais nacionais dos Estados-membros, não lhe cabendo, por conseguinte, reformar decisões destes tribunais, mesmo em matéria de Direito Comunitário. No entanto, ele pode ser acionado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, a título prejudicial (reenvio prejudicial[475]), para se manifestar sobre a interpretação do Direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições. Os seus acórdãos são vinculativos e devem ser cumpridos pelos Estados-membros. Se verificado que um Estado não cumpriu com qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos tratados, ele deve tomar as medidas necessárias à execução. Se a Comissão considerar que o Estado em causa não tomou as medidas tendentes à execução da decisão, pode submeter o caso novamente ao tribunal, após ter dado ao Estado a possibilidade de apresentar as suas observações (uma espécie de defesa). Se o tribunal declarar verificado que o ente em causa não deu cumprimento do seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.[476]

Assim, a Corte Europeia de Justiça é o braço judicial da União Europeia, sendo que no campo do Direito Comunitário suas decisões sobrepõem-se às decisões de cortes nacionais. Entretanto, as cortes nacionais podem consultar a Corte Europeia de Justiça em busca de uma decisão preliminar sobre alguma questão de Direito Comunitário antes de decidir um processo.[477]

Portanto, não há como negar que, a metamorfose pela qual passou o Sistema de Direito dos países componentes da União Europeia, rumo à construção de uma nova forma de entendimento jurídico, em especial à aplicada pelo

[475] Ante a falta de competência genérica do Tribunal de Justiça, os Tratados constitutivos confiaram às jurisdições nacionais a missão de aplicar as normas comunitárias, estabelecendo, com isso, verdadeiro sistema de cooperação jurisdicional entre eles. Assim, criou-se um mecanismo que garantisse a apreciação de validade, a interpretação e a aplicação uniforme do Direito Comunitário, sendo que o instrumento de natureza processual previsto pelos Tratados para cumprir esta função é o reenvio prejudicial. SALDANHA, Jânia M. Lopes, **Cooperação Jurisdicional**, p. 23.
[476] MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia,** p. 94.
[477] SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 563.

Tribunal/Corte Europeia de Justiça, quanto à aplicação do Direito, o tem como fonte primordial o precedente, raiz do Sistema de Direito Inglês.

Além disto, deve ser levado em consideração, que a integração entre Estados soberanos, para construção de Entes supranacionais geram, por vezes, grandes perplexidades e discussões, com a subversão de convicções jurídicas seculares, bem como inúmeras situações no âmbito interno quando da recepção destas decisões, conforme acima mencionado[478].

O Direito moderno, que surge com o processo de integração, não é aquele Direito puro, com fontes definidas, aplicado pelos países seguidores dos sistemas da *Civil Law* ou da *Common Law*, mas, sim, um Direito novo, com uma construção não-estatal, com poder de interpretação "pré-judicial", que uniformize e conduza os países a uma maior integração jurídica.

Neste sentido, a Jurisprudência[479] exarada do Tribunal/Corte de Luxemburgo, nos anos sessenta em diante, buscou um traço de conexão suficiente entre o Direito dito violado e o ordenamento comunitário, encontrando nas decisões

[478] Outra polêmica interessante seria a que existiu entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de uma Codificação para a Alemanha. Neste sentido, o embate intelectual entre esses autores transcendeu as barreiras de seu tempo e espaço, pois exerceu enorme influência tanto no processo de elaboração do Código Civil Alemão do século XX, acarretando consequência até hoje. Da mesma forma, foi de suma importância para a construção e o aperfeiçoamento da Escola Histórica do Direito, decorrente da publicação de Savigny sobre codificação, e que relaciona-se profundamente com o desenvolvimento do positivismo jurídico.

[479] Em 1963, o Tribunal de Luxemburgo prolatou acórdão no sentido de que normas comunitárias dispensam incorporação pelos parlamentos nacionais, não se prestando à ratificação, portanto, e sendo desde sempre exigíveis. Tratou-se de rumoroso "Caso Van Greend em Loss", proveniente da Holanda e conformador do princípio do efeito direto. No ano seguinte, voltava-se a decidir historicamente no "Caso Costa/Enel", originário na Itália, que estipulou a primazia da norma comunitária sobre os ordenamentos jurídicos internos, definindo a rumorosa questão da hierarquia das normas em conflito. Em 1978, o "Caso Simenthal", também da Itália, dava contornos mais bem acabados à primazia e ao efeito direto, este corolário daquele, mas anteriormente decidido por curioso capricho cronológico. Em 1991 decide o Tribunal de Justiça europeu que incumbe aos Estados comunitários indenizar por violação do Direito comunitário, ainda que por inação de não tê-lo implementado internamente. Tratou-se do "Caso Froncovich", originário do Tribunal de Vicenza, Itália, e que vem se projetando como o mais importante aperfeiçoamento instrumental do Direito Comunitário, já de "segunda geração". Tal dinâmica parece não cessar e reiterados casos inovadores estão sempre em pauta, confirmando princípios enunciados ou mesmo antecipando novos aperfeiçoamentos, como a necessidade da aplicação do Direito Comunitário de ofício pelos juízes nacionais, independendo da inovação das partes, conforme se decidiu nos acórdãos "Pterebroeck" e "Jeroen Van Schijndel", prolatados em 1995, ou do polêmico "efeito direto invertido", discutido no "Caso Arcaro", de 1996, em que o Estado, de forma inovadora, invoca uma diretiva comunitária contra um particular, ainda em fase de intelecção doutrinária diante da novicidade do tema. (Trechos extraídos de – João Luiz Mota de Campos, Contencioso Comunitário, pág. 22 e ss)

da Corte e nos princípios gerais, as fontes necessárias para a boa aplicação do Direito nos Estados-parte da União Europeia.

Enfim, a constante renovação derivada da construção jurisprudencial, especialmente, do Direito Europeu praticado na União Europeia pelo Tribunal de Luxemburgo, com uma insuspeita aura de *Common Law,* permite afirmar a existência de uma miscigenação de sistemas jurídicos. Tal situação, que contraria o legado jurídico de séculos de que o Direito sempre nasce velho, projeta-se como uma proposta atualizada, sempre apta ao confronto, pela hegemonia das ideias.

O certo é que um fator muito importante, o da transnacionalização do Direito ajudou muito na evolução do Direito, trazendo novos conceitos e quebrando paradigmas. Com isto, alteram-se os papéis e as funções dos atores jurídicos internacionais, alteram-se igualmente os papéis dos juristas nacionais e internacionais. E, é essa miscigenação de sistemas jurídicos que deverá fazer com que ocorra uma recomposição dos fundamentos do Direito, em um processo de integração e harmonização sem volta.

CAPÍTULO 5

O DIREITO NORTE-AMERICANO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS

Na sequência à análise da influência do Direito Inglês no Direito dos países do Ocidente e nos demais países que formavam o Império Britânico faz-se necessário verificar, especificamente, a influência do Direito Inglês na formação do Direito norte-americano.

Os Estados Unidos da América, em razão de terem sido ex-colônia inglesa, além do povo, da cultura e da língua utilizados pela ex-colonizadora, também adotaram o Sistema de Direito utilizado por aquela, qual seja, a *Common Law*. Porém, na formação do Sistema de Direito norte-americano, não há como esquecer em especial, da influência francesa, dentre outros países da Europa continental, os quais adicionaram suas ideias civilistas na formação do que é hoje considerado a *Common Law* norte-americana, ou como queiram, o Direito norte-americano.

Em razão disto, a influência do *Civil Law* no Direito norte-americano, que perdura até os dias atuais, fez com que o Direito norte-americano se tornasse um Direito diferente da *Common Law* pura - um sistema misto de Direito. Está é a razão do Direito norte-americano ter espaço no presente estudo, visto que alguns institutos jurídicos criados por aquele (através da utilização do *Common Law* com influência da *Civil Law*) pode vir a ser base para a formação de um Direito Transnacionalizado, miscigenando.

Assim, como ex-colônia da Inglaterra, os Estados Unidos herdaram o sistema legal da *Common Law*, com fortes raízes no Direito dos Casos e precedentes e no Direito dos Estatutos, mas, com forte influência dos Direitos Espanhol-Mexicano, Italiano, Francês e Holandês.[480] Em razão disto, os Estados Unidos da América

[480] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 187.

nasceram com uma Constituição Federal escrita e com um dos Estados Federados, o Estado da Louisiana, adotando o Sistema de Direito da família da *Civil Law.*

E, mais, no que concerne ao início das ligações da Inglaterra com os Estados Unidos, importa observar que a adaptação da *Common Law* inglesa nos Estados Unidos não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do Novo Mundo, com a extensão continental dos Estados Unidos, não poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa mundivisão feudal; sendo que, por tais razões alguns dos institutos jurídicos da Inglaterra nunca tiveram aceitação nos Estados Unidos.[481]

Entretanto, não há como negar que os Estados Unidos continuam a ser um país de *Common Law* no sentido de que lá conservam-se, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do Direito Inglês. Contudo, na família da *Common Law* o Direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro Direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e, estas características, muitas vezes, aproximam-no dos Direitos da família civilista, pelos quais deixou-se seduzir num determinado momento da sua história.[482]

Ademais, a originalidade própria do Direito norte-americano, apesar dos Estados Unidos da América terem sido ex-colônia da Inglaterra, decorre de muitos fatores, tais como, a imensidão oceânica que os separam, o estilo de vida atual do povo americano, bem como da influência de fatores e atores externos[483] que atuaram e continuam atuando de forma diferente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Assim, por mais que Inglaterra e Estados Unidos, como os demais países mundiais, estejam vivendo o fenômeno da planificação mundial – conforme já mencionado anteriormente, é inegável que a Globalização e os atores transnacionais inseriram-se

---

[481] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 59.
[482] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 454.
[483] Contrariando o argumento de que o Estado nacional perdeu sua importância no contexto de Globalização, as multinacionais sediadas nos Estados Unidos dependem cada vez mais do poder econômico e militar do Estado americano para garantir-lhes mercados desimpedidos. KARNAL, Leandro. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. DE MORAIS, Marcus Vinicius**. História dos Estados Unidos**- das origens do século XXI. Ed. 1ª. São Paulo: Contexto, 2007, p. 262.

de forma diferente nestes dois países, acarretando mudança, inclusive, no Sistema de Direito destes.

Tal situação é de fácil percepção quando elenca-se as fontes do Direito norte-americano, as quais não são iguais às utilizadas pela *Common Law* inglesa, e que dividem-se em fontes primárias, que incluem a lei (*statutory law*)[484], os tratados (*treaties*) e a Jurisprudência (*case law*) e, as fontes secundárias entre as quais sobressaem a doutrina e os chamados *restatements of law*[485]. E, em razão da importância em relação a algumas destas fontes, as mesmas serão melhor analisadas na sequência deste capítulo.

No entanto, durante muito tempo a Inglaterra, foi, para os juristas americanos, um modelo. E, o avanço que a Inglaterra teve nos planos econômico e cultural, cumulado com o atraso das universidades[486] e da doutrina[487] americanas levaram os juízes e juristas dos Estados Unidos a seguir muito de perto este modelo

[484] A lei prevalece sobre a Jurisprudência, exceto na medida em que uma decisão judicial pode recusar a aplicação de uma lei por esta ser inconstitucional. Tradicionalmente, os precedentes que formam o *Common Law* eram tidos como a fonte essencial de Direito nos Estados Unidos: a lei apenas os complementava. Nos últimos anos, porém, o centro de gravidade do sistema deslocou-se em muitas matérias para a lei, que é agora o principal fator de renovação do Direito vigente. Presentemente, o *Common Law* apenas mantém a sua preponderância em certas áreas do Direito Civil. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 318.

[485] Nenhum dicionário, nem mesmo os jurídicos, consignam qualquer explicação ou eventual possibilidade de tradução em português a respeito do mesmo; na verdade, sua explicação não é simples e sua tradução para o sistema da *Civil Law* é problemática, enquanto fonte de normas jurídicas. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 75.
Trata-se de textos com a forma externa de códigos, nos quais se encontram enunciadas, em parágrafos numerados sequencialmente, regras sobre as diferentes matérias neles versadas. Os *restatements* não são, porém, codificações do Direito vigente como as que se encontram na Europa continental e em alguns Estados norte-americanos. Contém-se neles, ao invés, as regras que, na ótica dos seus relatores, são as melhores para cada matéria. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 333.

[486] Hoje as Universidades têm primordial importância nos EUA, sendo que elas têm o papel de legitimação dos agentes do mundo do Direito. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 64.

[487] A doutrina, por mais que não seja dita como fonte primária de Direito, hoje tem mais influência nos Estados Unidos do que na Inglaterra, como o demonstra a maior frequência com que são citadas obras doutrinais nas sentenças judiciais americanas, em apoio as decisões nelas contidas. Por outro lado, foi em parte a doutrina que deu unidade ao sistema: os tratados e manuais universitários norte-americanos não versam normalmente sobre o Direito de certo Estado em particular, antes procuram expor os princípios comuns aos vários Estados ou, quando estes não existem (como frequentemente ocorre), são observadas as diversas tendências junto à Jurisprudência e às legislações estaduais. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 332.

e a harmonizar a evolução do Direito americano com a do Direito Inglês, mesmo quando esta conduta deixou de ser obrigatória para eles.[488]

Apesar disto, o Direito norte-americano e o Direito Inglês nunca chegaram a se unir, sendo que o Direito norte-americano evoluiu em razão da influência de fatores próprios e externos, enquanto o Direito Inglês manteve quase que imutáveis os mesmos institutos jurídicos de outrora; hoje, os conceitos estruturantes podem ser os mesmos, mas existem entre os dois Direitos, profundas diferenças[489].

Além da organização federal, em especial a judiciária[490], desconhecida na Inglaterra (e, por certo, diferente das relações mantidas entre Inglaterra, País de Gales e Irlanda, no seio do Reino Unido – relembrando que a Escócia adota a *Civil Law* como Sistema de Direito), o Direito dos EUA é dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmente fenômeno que a Inglaterra desconhece[491]. Porém, o grande diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *statute law* tem no sistema norte-americano, com a consequente modificação da atuação da *Common Law stricto sensu.*[492]

Então, o Direito escrito, fonte principal do Direito da *Civil Law*, possui uma influência avassaladora no Sistema de Direito norte-americano, muito embora a *Case*

---

[488] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 455.

[489] Se um americano não tem grande dificuldade em abordar o Direito Inglês, quando se forma como jurista nos Estados Unidos, o inverso já não é verdadeiro: o jurista inglês não se sente à vontade no Direito americano; falta-lhe, para estudar este Direito, uma iniciação. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 458.

[490] Existe nos Estados Unidos uma dupla hierarquia de jurisdições: as jurisdições federais e a dos Estados. Acontece que a divisão da competência entre estas jurisdições não se baseia nos mesmos fundamentos que determinam a competência legislativa do Congresso americano e dos legislativos Estaduais. As jurisdições dos Estados podem julgar litígios referentes a questões de Direito federal, e as jurisdições federais podem julgar litígios que envolvam matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar: basta para isso que as partes sejam naturais de Estados diferentes e que o contencioso tenha uma certa importância. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 464.

[491] A referência do "desconhecer" por parte da Inglaterra de uma Constituição escrita, é no sentido de que, apesar da Inglaterra possuir uma Constituição escrita, ela é vista como desorganizada e de difícil compreensão, muito diferente do conceito e compreensão de Constituições nacionais escrita dos países Civilistas.

[492] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 59.

Law seja a principal fonte daquele Direito, excetuando, como já mencionado anteriormente, o Estado federado da Louisiana (EUA).

5.1. O DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE[493]

O Direito Constitucional americano é, sem sombra de dúvidas, *sui generis.* Não somente porque traz no seu âmago uma Constituição escrita em um país que adota um sistema commoloista, mas, também, porque esta mesma Constituição servirá para estabelecer regras gerais de organização e de conduta tanto dos governantes quanto dos administradores, conforme se verá na sequência.

Além disto, as Constituições promulgadas pelos Estados federados americanos só desempenham um papel secundário para não dizer modesto dentro do Sistema de Direito norte-americano; na prática, é a Constituição Federal de 1787 que desde então, tendo somente sido completada por 26 emendas, é a fonte essencial do Direito norte-americano, sendo que, a competência legislativa dos Estados é de Direito comum e a do Estado federal é a exceção, pois fundada no texto da Constituição.[494]

Desta maneira, não há dúvidas do papel basilar que a Constituição Federal americana possui no Sistema de Direito dos Estados Unidos, tanto que a *Bill of Rights*[495] vige até hoje, impondo e garantindo aos Estados federados um nível de convivência e civilidade ímpar aos cidadãos americanos; porém, o respeito aos

---

[493] A *Supreme Court* é o único tribunal específico e originariamente previsto no texto constitucional norte-americano, sendo que o interesse nacional, manutenção da ordem, desafio constitucional e nuances políticas, além da carga de trabalho, orientam a discricionariedade da Suprema Corte. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004, p. 5.

[494] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p. 87.

[495] As dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos foram conhecidas pelo nome de *Bill of Rights*, sendo que é destas dez emendas que a Suprema Corte tira os fundamentos das suas principais decisões. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p. 100.
O *Bill of Rights* baseia-se em concepções federalistas e foi originalmente concebido como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**, p. 81.

institutos basilares da *Common Law* – precedentes e boa razão – continuam a nortear o Direito daquele país.

Na Inglaterra e nos demais países pertencentes ao Sistema de Direito da *Common Law*, não há uma Constituição escrita, pelo menos de forma organizada e formal como à americana; por consequência, o Direito constitucional nestes países, ao contrário do que nos Estados Unidos da América, refere-se a princípios fundamentais e estruturais, obviamente não-escritos, que constituem essencialmente o Estado de Direito daqueles países.

Assim, quando do surgimento da Constituição Federal americana, a mesma teve o mesmo modelo seguido pelos Estados federados[496], observando duas funções principais, a instituição da forma de Governo, com suas subdivisões em poderes, suas funções e suas limitações; e, o estabelecimento de uma lista de direitos essenciais, limitações essenciais do Governo, regras e princípios essenciais para resguardar a sociedade contra mudanças temporárias.[497]

E, mais, a existência de uma Constituição escrita, comportando uma Declaração de Direitos, é um dos elementos que diferem profundamente o Direito dos Estados Unidos do puro Direito Inglês. O Direito constitucional americano difere tanto do Direito constitucional inglês que um princípio não admitido na Inglaterra foi aceito nos Estados Unidos, qual seja, o do controle judiciário da constitucionalidade das leis.[498]

Assim, não é na Constituição Americana[499] que se encontra o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis e de recusar a aplicação destas com fundamento em serem contrárias às disposições constitucionais (*judicial review*)

---

[496] Após a proclamação da independência americana, cada Estado norte-americano percorreu seu próprio caminho na criação das respectivas Constituições estaduais. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 197.

[497] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 197.

[498] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 494.

[499] A Constituição norte-americana garante um conjunto de Direitos individuais jurídicos na Primeira Emenda, bem como nas cláusulas do processo legal regular, da igual proteção a lei e em outras similares. Nos termos da prática jurídica vigente, a Suprema Corte tem poder de declarar nula uma lei do Congresso ou de uma legislatura estadual se considerar que tal lei entra em choque com tais disposições. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Título original: *Taking Rights Seriously*, p. 284.

conferidos ao Supremo Tribunal. Esse poder apenas viria a ser afirmado pela pena do *Chief Justice* John Marshall, no caso *Marbury v. Madison* (5 U.S.137), julgado pelo Supremo Tribunal em 1803, que consumou o sistema de "freios e contrapesos"[500] em que assenta a Constituição norte-americana.[501]

Neste caso, em particular, John Marshall afirmou que o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição era a norma jurídica suprema do país. Marshall estava certo em pensar que a interpretação mais plausível das práticas legais em desenvolvimento no jovem país, bem como de suas raízes coloniais e inglesas, pressupunham que uma importante parte da finalidade do Direito era fornecer normas para as decisões dos tribunais. Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus Direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias. Em todo caso, Marshall decidiu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo Governo como um todo, tendo sido isso o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição. A questão crucial agora não seria saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder.[502]

E, tal como no caso *Marbury v. Madison* muitos outros casos judiciais (*precedents*) nos EUA, a partir da criação da Constituição norte-americana, foram utilizados para dar ao sistema constitucional norte-americano a segurança necessária para a formação de uma Sociedade mais Democrática[503].

---

[500] O princípio da separação de poderes foi repartido por três ramos de Governo que se controlam reciprocamente, por isso se denominou o sistema de "freios e contrapesos" (*checks and balances*). O poder legislativo foi atribuído ao Congresso, que compreende duas câmaras (a do Senado e a Câmara dos Representantes). O poder executivo foi confiado ao Presidente, que é simultaneamente Chefe de Estado e Chefe de Governo. Finalmente, o poder judicial que pertence a um Supremo Tribunal e aos tribunais inferiores que o Congresso definir. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 290.

[501] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 321.

[502] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução, Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes-selo Martins, 2014. Título original: *Law's Empire*, p. 426/427.

[503] O grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na perseverança da vida, na justiça social, no acesso de todos ao bem-estar. CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI**,** p. 87.

No caso *Plessy v Fergunson* (163 U.S. 537), julgado em 1896, o Supremo Tribunal afirmou a doutrina “separados mas iguais”, nos termos da qual as leis estaduais que impunham a segregação racial em certos espaços públicos (nomeadamente as escolas e os meios de transporte) seriam conformes à Constituição. Mais tarde, no caso *Brown v Board of Education of Topeka*, de 1954, o Supremo Tribunal declarou que a segregação racial nas escolas violava a XIV Emenda, repudiando assim a doutrina legitimada pela decisão anterior.[504]

Em *Furman v. Georgia* (408 U.S. 232), julgado em 1972, o Supremo entendeu que a imposição e execução da pena de morte em certos casos, em que constituía uma punição “cruel e aberrante”, violava as VIII e XIV Emendas; porém, no caso *Gregg v. Georgia* (428 U.S. 153), decidido em 1976, o mesmo Tribunal julgou conforme a Constituição a lei da Geórgia sobre a pena de morte, alterada na sequência da decisão anterior.[505]

Mais recentemente, em *Reno v American Civil Liberties Unian* (521 U.S. 844), julgado em 1997, o Supremo Tribunal considerou que as disposições do *Communications Decency Act*, de 1996, que sancionava criminalmente a transmissão através da Internet de mensagens obscenas ou indecentes a menores, bem como o envio ou exibição a menores, pelo mesmo meio, de mensagens que representassem ou descrevessem atividades ou órgãos sexuais, violavam a liberdade de expressão consagrada na I Emenda.[506]

Neste sentido, tem-se que não é apenas sobre as leis, federais ou estaduais, que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos exerce um controle de constitucionalidade[507]. O mesmo controle é exercido sobre a maneira como as diversas jurisdições concebem a *Common Law.* Assim, qualquer decisão judiciária pode ser anulada se for julgada contrária a uma regra prescrita pela Constituição dos

---

[504] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 292.
[505] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 292.
[506] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 292.
[507] Além das decisões acimas descritas, têm-se igualmente importante os seguintes julgados: caso *Roe v Wade* (410 U.S. 113) que tratou da questão do aborto; caso *United States v Nixon* (418 U.S. 683) que versava sobre a conduta do Presidente Nixon no caso denominado *Watergate*; e, o caso *Bush v Gore* (531 U.S. 98) caso que o Supremo pôs fim a recontagem de sufrágios no Estado da Florida, resolvendo a questão em favor de George W. Bush.

Estados Unidos. Este controle da constitucionalidade tem enorme importância, porque é o instrumento pelo qual se impõe às jurisdições e ao legislador o respeito de certos princípios fundamentais, assegurando assim, na medida necessária, a uniformidade do Direito nos Estados Unidos.[508]

Entretanto, há que se deixar claro, que a Constituição americana não possui a finalidade de resolver litígios, esta função continua sendo o papel da Suprema Corte e dos demais tribunais Estaduais. A *Common Law* trazida da Inglaterra*,* assim, teve que se adaptar as mudanças necessárias realizadas pelo Direito norte-americano, a fim de garantir que os Estados Unidos não adotassem plenamente à *Civil Law* com base do Sistema de Direito local.

Obviamente, hoje, o Direito norte-americano convive harmoniosamente com o *stare decisis*[509] e o *statute law*, conforme ver-se-á na sequência. Entretanto, a *Common Law* praticada nos Estados Unidos, hoje, qual seja, o Direito norte-americano em si, poderia conseguir enfrentar batalhas e encontrar soluções judiciais para problemas referentes às matérias transnacionais inalcançáveis para outros países pertencentes somente à *Common Law* ou a *Civil Law,* em razão de ser um símbolo do liberalismo; assim, se conseguisse, no plano doméstico, recepcionar decisões proferidas pelas cortes internacionais como forma de fazer precedente internacional[510] e, equilibrar, em um só Sistema de Direito dois mundos jurídicos que

---

[508] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 496.

[509] *La expresión stare decisis es una reducción del aforismo latino stare decisis et non quieta movere, habitualmente traducido por: quedarse con lo que fue decidido y no remover lo que está quieto. Técnicamente, en su comprensión clásica, el stare decisis es una especie de regla consuetudinaria, un estilo de juzgar que obliga al juzgador a seguir la ratio decidendi de un caso pasado cuando concurren determinadas circunstancias de semejanza y adecuación en un caso posterior. Variando en mayor o menor grado de concreción, siendo esta regla reconocida por un determinado sistema jurídico, el juez no podrá ignorar la existencia de un precedente, quedando vinculado por sus fundamentos determinantes para la solución del caso posterior.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 140.
A expressão *stare decisis* é uma redução do aforismo latino *stare decisis et non quieta movere*, geralmente traduzido como: fique com o que foi decidido e não remova o que é imóvel. Tecnicamente, em seu entendimento clássico, o *stare decisis* é uma espécie de regra costumeira, um estilo de julgamento que força o juiz a seguir a *ratio decidendi* de um caso passado, quando certas circunstâncias de similaridade e adequação coincidem em um caso posterior. Variando para um grau maior ou menor de especificação, sendo esta regra reconhecida por um determinado sistema jurídico, o juiz não pode ignorar a existência de um precedente, ficando vinculado por seus motivos determinantes para a solução do caso subsequente. (tradução livre realizada pela autora)

[510] É forçoso reconhecer que a ideia de uma comunidade global de cortes desenvolvida a partir das interações transjudiciais tem um sentido muito mais prescritivo, uma vez que a realidade das relações internacionais está muito aquém do que o modelo utópico preconiza. E, os Estados Unidos, como

originalmente eram completamente diferentes, poder-se-ia estar diante de um novo Direito, contendo o melhor de dois mundos jurídicos.

5.2. O *STARE DECISIS*[511], O *CASE LAW* E O *STATUTE LAW*[512] NA VISÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO

A lei, no sentido que os países pertencentes ao sistema da Direito da *Civil Law* conhecem, com certeza não é a mesma ou, mesmo, não possui a igual abrangência descrita na *Common Law*; até porque, o abrangência que a lei possui dentro da própria *Common Law* difere em relação ao país na qual ela será aplicada.

Dito isto, fácil identificar que, nos dois países paradigmas da presente análise – Estados Unidos e Inglaterra, a lei inserida como uma das fontes da *Common Law* é tratada, discutida e conceitualmente identificada de forma diferente. Tanto que

símbolo do liberalismo, parecem ser o melhor representante desta grande ironia do transjudicialismo. Considerada a importância que ainda detém os Estados Unidos no contexto mundial, é pouco promissor apostar numa comunidade de caráter internacional sem que tal comunidade seja igualmente imaginada por este País.
O fundo estratégico dos precedentes internacionais e do transjudicialismo corrobora uma comunicação monológica, que no fundo é uma forma de domesticação pedagógica, porque não dá espaços para recusas. E este é o aspecto importante dos precedentes das cortes internacionais, pois diferentemente do que sucede com as decisões das cortes domésticas, aquelas não estão sujeitas a mecanismos de *checks and balances*. No plano doméstico, mesmo as decisões do Supremo Tribunal podem ser invalidadas pela atuação do Parlamento, aprovando novas leis ou mesmo alterando a Constituição, o que não se mostra possível no plano internacional, ante a ausência de um órgão legislativo global. NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **Interações transjudiciais e transjudicionalismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.4, p. 169-199, 2012, p.185 e 195.

[511] *El concepto de stare decisis es esencial para el desarrollo de cualquier ordenamiento jurídico, independientemente de su reconocimiento y su grado de concreción dentro de ese sistema, pues es capaz de sedimentar la protección de la confianza, la isonomía y la previsibilidad de la respuesta (output) que será dada a determinado problema jurídico (input). Se trata, por tanto, de un concepto jurídico con aspiración de validez universal, reconocible en cualquier tradición jurídica, que ayuda a comprender el fenómeno allí dónde y cuándo ocurra.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 141.
O conceito de *stare decisis* é essencial para o desenvolvimento de qualquer sistema jurídico, independentemente de seu reconhecimento e grau de especificidade nesse sistema, pois é capaz de sedimentar a proteção da confiança, isonomia e previsibilidade da resposta (*output*) que serão atribuídos a um determinado problema jurídico (*input*). Trata-se, portanto, de um conceito jurídico com aspiração de validade universal, reconhecível em qualquer tradição jurídica, que ajuda a entender o fenômeno onde e quando ocorre. (tradução livre realizada pela autora)

[512] A *Statute Law* tanto para a *Common Law* inglesa como para a americana significa a Lei produzida pelo Parlamento, para facilitar a compreensão dos leitores, traduzir-se-á simplesmente como Lei. Porém, não é o mesmo significado que possui a Lei produzida pela *Civil Law*, com a qual não deverá ser confundida.

a lei, em especial através da Constituição Federal americana, e o chamado precedente[513], através dos Casos decididos pelos Tribunais, estão no mesmo patamar de consideração (mesmo patamar de fontes - vide informação anterior).

Neste sentido, existe na Inglaterra, desde o século XIX, uma regra do precedente que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de Direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes; já, nos Estados Unidos existe uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente.[514]

A regra em relação a aplicação do precedente (*doctrine of stare decisis*[515]), tal como aplicado no Direito Inglês, teve que ser flexibilizada nos Estados Unidos[516] muito em razão da estrutura federal americana (conforme já mencionado anteriormente); portanto, o *stare decisis* americano flexibilizou as regras do precedente da *Common Law* (Direito Inglês puro), a fim de evitar conflito[517] entre o

---

[513] *The system of precedent means that the judges make law in the course of resolving disputes between litigants in Common Law litigation, and precedents can also be made on points of constitutional and statutory interpretation.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law****: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 115.
O sistema do precedente significa que os juízes fazem Direito no curso da resolução de disputas entre litigantes nos litígios na *Common Law*, mas, precedentes podem ser feitos de interpretação de certos pontos da Constituição e da legislação. (tradução livre realizada pela autora)

[514] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 489.

[515] Nos Estados Unidos como na Inglaterra (bem como nos demais Direitos pertencentes à família da *Common Law*) o ponto fulcral do sistema é a denominada *doctrine of stare decisis*, também chamada *doctrine of precedents*; neste caso, a tradução de *doctrine* seria como regra, sendo que *doctrine of precedents* em português "regra do precedente". *Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p.40.

[516] *It is hardly surprising that the English and the American legal systems have adopted the principle of stare decisis, and that they both therefore have large and complex bodies of binding Common Law precedents. However, we find that the principle of stare decisis operates in the two countries in a markedly different way, and that these differences, too, bear out our general thesis that the English legal system is the more formal in many important respects*. SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law****: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions,* p. 116.
É uma estranha surpresa que o sistema legal inglês e o americano tenham adotado os princípios da *stare decisis*, e que ambos tenham um largo e complexo corpo obrigatório de precedentes da *Common Law*. Contudo, acha-se que os princípios do *stare decisis* opera nestes dois países de forma marcadamente diferente, e que estas diferenças suportam a Tese geral de que o sistema legal inglês é ainda muito mais formal em outros importantes aspectos. (tradução livre realizada pela autora).

[517] A *Circuit Court of Appeal*, em função delegada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, teve a oportunidade de decidir que não há uma Jurisprudência federal geral opondo-se a uma Jurisprudência estadual. Há a *Common Law* dos Estados, que é única, ainda que seus limites de abrangência sejam

Direito aplicado nos Estados federados americanos com aquele aplicado pela Suprema Corte[518] do país.

Neste sentido, tem-se que a regra do *stare decisis* nos Estados Unidos comporta uma importante limitação, qual seja, que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados federados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua Jurisprudência[519]. Por outro lado, bem entendido, os Estados federados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, relativamente às matérias do domínio de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado federado.[520]

Portanto, a concepção prevalente nos Estados Unidos quanto ao *stare decisis* é menos rígida do que a inglesa, como já dito, sendo que aparece com clareza, neste ponto específico, a diferença entre o Direito Inglês e o Direito norte-americano, o qual este último impõe modificações à regra do *stare decisis* a fim de se adequar e adaptar a realidade dos Estados federados e que compõe a nação americana.

Porém, não há que se esquecer, além do que já foi mencionado até o momento, que outras duas circunstâncias contribuem para que a regra do *stare decisis* seja e permaneça como está; a primeira é a multiplicidade de jurisdições, de novas soluções por elas constantemente produzidas, as quais são rapidamente

---

distintos – de acordo com a jurisdição de cada Estado. Tudo isso se complica ainda mais quando se tem em vista que cada Estado, ao contrário de outros países que compõem uma federação, como o Brasil e a Alemanha, têm o seu próprio Direito civil, o Direito penal, o Direito trabalhista, tributário, administrativo, etc. A questão do conflito de leis (*conflict of laws)* é geralmente decidido em nível estadual mesmo. O Supremo Tribunal, apesar de competente, prefere abster-se nesses tipos de conflito. Manifesta-se apenas quando há conflito de jurisdição. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 208.

[518] O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos Estados federados não se vinculam às suas próprias decisões, podendo modificar as regras de Direito por eles mesmos estabelecidas. Outra importante distinção é que os precedentes vinculantes de um Estado federado não são adotados em outro Estado federado. Cada Estado federado é governado por seus próprios princípios, por sua própria *Common Law*, dentro de sua jurisdição. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 208.

[519] O alcance das decisões da justiça no Direito norte-americano é, muito evidentemente – grandíssimo, uma vez que a autoridade da coisa julgada – *res jurídica* – impede qualquer ação posterior que repouse na mesma base jurídica. Disso decorre que, a regra do *stare decisis* - no Direito norte-americano, o qual é proveniente da *Common Law*, é suscetível de mudança. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p. 109.

[520] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 490.

assimiladas pelos *Restatements*[521] e através destes divulgadas junto dos tribunais, que são assim estimulados a associarem-se às tendências mais recentes; e, a segunda é a centralidade da Constituição no sistema jurídico norte-americano e a necessidade de adequar a interpretação da mesma ao espírito do tempo em que é aplicada.[522]

O contraste é igualmente expresso com os conceitos: *case law versus statute law*, entendendo-se com *case* o precedente judiciário, o *judge-made law*[523]. O *case law* não se confunde com o *decisional law* que, embora possa ter a metodologia do estudo e aplicação dos precedentes, em analogia com os julgados pelo Judiciário, refere-se às decisões em matéria contenciosa pelos tribunais ou órgãos judicantes do Executivo. Embora o *case law* seja a principal fonte do Direito, pode ele ser modificado pela lei escrita[524], que, nos Estados Unidos lhe é hierarquicamente superior, diz-se, então, que um *case* foi "*reversed by statute*".[525]

Na verdade, nos Estados Unidos os precedentes judiciários segundo os *case laws* dos Estados federados são a regra e as decisões baseadas na lei federal

---

[521] Os *Restatements* são enciclopédias sistematizadoras de *case law* e também de seus princípios em diversos setores do ordenamento, porém, formalmente, carecem de caráter oficial. Os *Restatements* foram organizados e ainda o são pelo *American Law Institute*, que é um centro formado por juristas para o melhoramento do Direito. O *American Law Institute* foi criado em 1923 com o objetivo principal de propor clarificação e simplificação do Direito americano, lutando contra a incerteza, complexidade e falta de uniformidade daquele. PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***. Revistas Doxa – Teoría del Derecho. Universidad de Alicante. N. 12, 1992. ISSN 0214-8876, pp. 41-93, p. 51.

[522] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 330.

[523] *Judge-made law* significa que o Direito é expresso pela atuação do juiz.

[524] *First the Statute Law plays a larger role than case-law and other non-enacted law in England than in America, and statute law is in its nature a more formal kind of law. Secondly, the English system is more formal in its methods of statutory interpretation, still adhering generally to a 'plain meaning' or literal approach in which the interpreter less often goes directly into policies and rationales, whereas in America a much more substantive approach is followed. And thirdly, we suggest that statute law in America tends anyhow to have lower mandatory formality than is true of English statute law. Sometimes, as we shall see, it is even expressly qualified by substantive equitable considerations arising at the point of application.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 96.
Primeiro, a lei joga com funções mais abrangentes que o *case-law* e outras leis não promulgadas na Inglaterra do que na América, e a Lei é em sua natureza um tipo mais formal de Direito. Segundo, o sistema inglês é mais formal em seus métodos de interpretação da legislação, ainda aderindo geralmente a um "significado claro" ou abordagem literal, na qual o intérprete menos frequente entra diretamente em políticas e razões, enquanto na América é seguida uma abordagem muito mais substantiva. E, terceiro, sugere-se que a lei nos Estados Unidos tende a ter uma formalidade obrigatória menor do que a lei inglesa. Às vezes, é mesmo expressamente qualificado por considerações eqüitativas substantivas surgidas no ponto de aplicação. (tradução livre realizada pela autora).

[525] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 36.

são aquelas intersticiais, mas como os Estados federados possuem um sistema misto, permanece o traço característico do sistema, qual seja, o *judge-made Law.*[526]

Entretanto, *case law* não pode ser tratado com a mesma interpretação formal como as leis são tratadas nos dois sistemas paradigmas do presente estudo, até porque foi proferido pelo Direito canônico. O *case law* somente pode ser aplicado de maneira significativa à luz dos fatos, das questões, das decisões e do raciocínio do caso como um todo. É claro que existem limites, reconhecidos em ambos os sistemas, à formalidade interpretativa. A lei é uma melhor fonte de regras do que os *case law*, e, como muitas regras, são suscetíveis de tratamento altamente formal, isso também tende a fazer a lei o mais formal tipo de Direito. Além disto, os *Case law* podem ser extremamente *ad hoc* - simplesmente um método para decidir disputas sem fornecer muita orientação, se houver alguma, para o futuro. De fato, em alguns casos, os tribunais parecem preocupados exclusivamente com o passado, esclarecendo a bagunça após o fato. Já, a lei usual não é assim, pois é prospectiva e opera através de regras, muitas das quais são rígidas e rápidas[527].

Então, tem-se que, com muita propriedade, o Direito norte-americano aproveitou-se dos Institutos Jurídicos trazidos pelo Direito Inglês e adaptou-os as necessidades internas de cada um dos Estados federados, os quais possuem, através dos respectivos tribunais estaduais, maior liberdade de decisão dos casos que ali são levados à decisão, sem que com isto entrem em conflito com a Suprema Corte americana, sem nunca esquecer os princípios basilares contidos na Constituição Federal.

---

[526] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 39.

[527] *But case-law simply could not be treated with the same interpretative formality as statute law is treated in these two systems because it is not issued in canonical form. It can thus only be meaningfully applied in the light of the facts, the issues, the rulings, and the reasoning in the case as a whole. Of course, there are limits, recognized in both systems, to interpretative formality. The statute law is a better source of rules than case-law, and because many rules are susceptible of highly formal treatment, this also tends to make statute law a more formal kind of law. Case law can be extremely ad hoc – simply a method of deciding disputes without providing much, if any, guidance for the future. Indeed, in some cases the courts appear exclusively concerned with the past, with clearing up a mess after the fact. The usual state is not like this all: it is prospective, and operates through rules, many of which are hard and fast rules.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 98. (tradução livre realizada pela autora).

Neste sentido, os Tribunais superiores dos cinquenta Estados federados e a Suprema Corte dos Estados Unidos repugnam fazer mudanças frequentes nos *precedents* e só se resolvem a fazê-las quando a causa que lhes é submetida o exige de maneira imperiosa. Porém, como já mencionado acima, é sobretudo a Constituição escrita dos Estados Unidos (*statute law*) que representa a pedra angular de todo o sistema político norte-americano e que determina a organização do poder judiciário, limitando as prerrogativas concedidas às autoridades federais.[528]

Além disto, o Tribunal Superior americano repugna examinar a conformidade da lei de um Estado federado com a Constituição dos Estados Unidos enquanto os tribunais desse Estado não interpretarem em uma decisão da justiça o alcance exato da lei incriminada.[529]

Em decorrência disto, tem-se que o *Statute Law* nos Estados Unidos tem uma posição de criação do Direito muito mais vinculante do que na Inglaterra, devendo reafirmar-se a presença marcante de uma norma fundamental, que é a Constituição Americana, escrita e rígida, com vigência acima de quaisquer outras normas escritas federais ou estaduais. Não só a Constituição dos Estados Unidos e as Constituições dos Estados federados, bem como as leis infraconstitucionais, federais ou estaduais nos Estados Unidos, se apresentam de maneira totalmente diferente daquelas dos países pertences à *Civil Law*; tal diferença decorre do fato de que, em geral, têm considerando extensíssimos, redigem-se com artigos (*sections*) quilométricos, em que, num único período, se escrevem as regras, as exceções, as enumerações e as interpretações particulares para cada assunto particularizado.[530]

Neste ponto, é importante ressaltar que enquanto o Sistema de Direito dos antigos romanos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, levando-se em conta as regras substantivas do Direito, graças à obra das universidades e do legislador[531], o Direito Inglês, especificamente o Direito norte-americano, foi ordenado sem qualquer preocupação lógica nos quadros que eram

---

[528] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p. 111.
[529] SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**, p. 112.
[530] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 43.
[531] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p.385.

impostos pelo processo, por isto a grande diferença de redação entre a Constituição americana e qualquer outra Constituição pertencente a outro país da *Civil Law*.

Ademais, quanto à aplicação dos *case law* e dos *statute,* é inexato dizer que, na *Common Law* os juízes não aplicam um *statute law* enquanto não houver um *case,* no qual seja o mesmo decidido[532], pois tudo decorre de método. Neste sentido, mais uma vez há que se trazer a diferença entre o Direito Inglês e o norte-americano quanto à aplicação do *statute law*, isto porque, a Inglaterra, a qual possui uma *Common Law* pura, desconhece a primazia de uma Constituição escrita – pelo menos de forma organizada - e que se coloca numa organização jurídica piramidal (tal qual à *Civil Law*), nem tem ideia da primazia dos *statutes*, tais como as Constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente Direito escrito, Constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos Estados Unidos é a maior das disposições normativas e, quiçá tem ideia de que os *case laws* dos Estados federados são a regra e, não a exceção.[533]

Tal situação acima descrita, decorre do fato de que a hierarquia constitucional no Estados Unidos é determinada não somente pelas próprias normas da Constituição Federal, mas, também, pelos *Case Laws*, sendo que emergiu um ramo do Direito, o *Conflict of Law*[534], especialmente dirigido a dirimir conflitos na esfera

---

[532] A diferença de quando utilizar o *case law* e o *statute law* na *Common Law* e na *Civil Law* é somente uma questão de método, visto que enquanto no sistema da *Civil Law* a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a Jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso, primeiro os *cases* e, partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute* é o Direito de exceção, portanto integrativo. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, pág. 39.

[533] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 39.

[534] Nos Estados Unidos, o *Conflict of Laws* é uma disciplina que se encontra nos dois grandes sistemas jurídicos existentes naquele país: a) os Direitos dos Estados-membros (no sistema federativo norte-americano, com suas próprias legislações de Direito Privado e de Direito Público, inclusive processual e de organização judiciária, bem como de Direito Internacional Privado), e b) os Direitos Federais (que têm o mesmo campo de abrangência que os Direitos dos Estados-membros. *International Private Law*, conquanto denominação cunhada por um professor norte-americano de Harvard (Joseph Story), para o Direito que regula conflitos de leis no espaço, não se emprega usualmente nos Estados Unidos, mas é corrente na Inglaterra. Portanto, os conflitos de leis no espaço, nos Estados Unidos, podem significar tanto os conflitos entre leis norte-americanas (entre as leis dos Estados federados ou destes e a lei federal) quanto entre essas leis e leis provenientes de Estados estrangeiros (esta última é utilizada pelos países adotantes do Sistema de Direito da *Civil Law*). Na Inglaterra, Estado de organização unitária, não se colocam tais problemas, típicos de uma federação em que se confere grande autonomia às unidades federadas. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 44.

das jurisdições federal e dos Estados federados e no espaço entre as normas de tais sistemas, conforme já mencionado anteriormente.[535]

Neste sentido, é o disposto na décima emenda[536] à Constituição dos Estados Unidos de 1791, a qual dispôs sem ambiguidade a situação referente aos poderes inerentes à Constituição e os reservados a cada um dos Estados-membros, sendo que este princípio nunca restou abandonado. Assim, a competência legislativa dos Estados federados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição.[537]

Entretanto, abstraindo-se a forma com que a Constituição americana foi formulada e a forma como ela é aplicada hoje, tanto a nível federal quanto estadual, o certo é que já foram superadas pela C*ommon Law* aplicada nos Estados Unidos, em razão da criação de uma Constituição escrita, o rigorismo e formalismo utilizado no Direito casuístico e puramente jurisprudencial herdado do Direito Inglês, aplicado na Inglaterra. No Direito norte-americano, tanto o *precedent* como a lei, exarada na Constituição Federal e/ou pelo Parlamento/Congresso, exercem papéis de destaque na construção dos fundamentos do Direito em si, sendo impossível a existência de um sem a compreensão do outro.

Assim, além dos pontos analisados em relação a influência do Direito Inglês no Direito norte-americano, necessário se faz analisar a influência do Direto Inglês na formação dos centros universitários norte-americanos, bem como verificar a influência e a forma como atuam os operadores do Direito no Sistema de Direito norte-americano.

---

[535] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 44.
[536] Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados federados exerçam, são reservados a cada um dos Estados federados, respectivamente, ou ao povo.
[537] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** pág. 461.

5.3. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NA FORMAÇÃO DAS UNIVERSIDADES E DOS OPERADORES DO DIREITO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

A utilização do Direito Inglês pelos Estados Unidos, conforme já anteriormente mencionado, deu-se mais por uma questão de necessidade do que qualquer outra coisa. Entretanto, tal fato não impediu que as reformas pelas quais tanto o Direito Inglês quanto o Direito norte-americano passaram nos séculos XIX e XX[538], fizessem com que os abismos existentes entre ambos tornassem as diferenças entre estes dois Direitos maiores do que nunca.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos existe a mesma concepção geral do Direito e da sua função; de modo geral admitem-se, nesses dois países, as mesmas grandes divisões do Direito, utilizam-se os mesmos conceitos, existe a mesma maneira de conceber a regra do Direito[539]. As categorias *Common Law, equity, torts, bailment, trusts* são as que um jurista americano tal como um jurista inglês, consideram como naturais[540]. O Direito, quer para um jurista americano, quer para um

---

[538] As reformas de estrutura que foram realizadas no Direito Inglês, no decurso do século XIX, tiveram de modo geral o seu equivalente nos Estados Unidos. A evolução prosseguiu no século XX a qual foi marcada, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, por uma nova tendência para organizar e reformar a sociedade por intermédio do Direito. O Direito deixa de ser visto como um simples meio de resolver os litígios e aparece, cada vez mais, aos olhos dos cidadãos e dos próprios juristas, como um instrumento adequado para criar uma sociedade de tipo novo. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 456.

[539] *English law schools may now be changing fast (on which, more later), it was certainly true as recently as twenty years ago that a formal (and in some respects even formalistic) vision of law dominated English law schools and legal education, and that vision continues to be significantly influential within many English law faculties today. In America, on the other hand, a much more substantive vision of law has been and continues to be dominant in the law school.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 384.

As Escolas de Direito, na Inglaterra, podem agora estar mudando rapidamente, isto certamente vem acontecendo nos últimos vinte anos, visto que a visão formal (e, em alguns aspectos, até formalista) do Direito dominava as Escolas de Direito inglesas e a educação jurídica, e essa visão continua a ser de significativa influência em muitas Faculdades de Direito da atualidade. Nos Estados Unidos, por outro lado, uma visão muito mais substantiva do Direito tem sido e continua a ser dominante na Escola de Direito. (tradução livre realizada pela autora)

[540] *En el primer año se incluyen, con carácter obligatorio, las grandes instituciones o sectores tradicionales del Common Law, el edificio básico del Derecho correspondiente al liberalismo económico de finales del XIX: Contratos, Torts, Propiedad, Procedimiento Civil y Derecho Penal. Como se ve, se trata básicamente de Derecho privado (con el Derecho Penal como gendarme).* PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 51.

No primeiro ano, estão incluídas as grandes instituições ou setores tradicionais da *Common Law*, a construção básica do Direito correspondente ao liberalismo econômico do final do século XIX:

jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um Direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal de regra de Direito. Ou seja, o Direito norte-americano tem, de maneira geral, uma estrutura análoga à da *Common Law.*[541]

No entanto, apenas trata-se de uma observação geral, pois quando enfoca-se o problema mais de perto, descobrem-se, entre o Direito norte-americano e Direito Inglês, múltiplas diferenças.

5.4. AS FACULDADES DE DIREITO NORTE-AMERICANAS[542]

Inicialmente, há que se fazer um paralelo sobre o estudo jurídico dos Sistemas de Direito Inglês e do Sistema de Direito norte-americano, em relação ao estudo jurídico nas Faculdades de Direito em ambos os países, para após poder desenrolar, com maior propriedade, o modelo utilizado pelo Direito norte-americano quanto ao ensino jurídico.

Deste modo, pode parecer que as Faculdades de Direito de ambos os países – Inglaterra e Estados Unidos - sejam mais estrategicamente posicionadas do que outras instituições, talvez até mais do que os judiciários, para moldar e reforçar os respectivos estilos jurídicos dos dois sistemas jurídicos, formal na Inglaterra, substantivo nos Estados Unidos[543]. Afinal, em muitos campos, aqueles que ensinam

---

Contratos, Ordens, Propriedade, Processo Civil e Direito Penal. Como é possível verificar, é basicamente Direito privado (com Direito criminal como policial). (tradução livre realizada pela autora)

[541] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 459.

[542] *El funcionamiento concreto de las facultades de Derecho norteamericanas es pues un tema del que en España se habla poco, pero, me temo, se conoce todavía menos. Cierto es que la enseñanza del Derecho en Estados Unidos es todo un mundo que difiere en aspectos sustanciales, tanto institucionales como metodológicos (en realidad, en casi todo), respecto del sistema español.* PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 41.

O funcionamento específico das faculdades de Direito norte-americanas é um assunto pouco comentado na Espanha, mas, é menos ainda conhecido. É verdade que o ensino de Direito nos Estados Unidos é um mundo inteiro que difere em aspectos substanciais, institucionais e metodológicos (na realidade, em quase tudo), no que diz respeito ao sistema espanhol. (tradução livre realizada pela autora)

[543] Importante ressalvar, neste ponto, que no sistema jurídico da Inglaterra, as Universidades, até hoje, não exercem grande influência na vida dos operadores do Direito quanto exerce nos Estados Unidos. Isto porque, conforme foi analisado no primeiro capítulo deste trabalho, as Universidades inglesas até

geralmente têm influência direta e duradoura sobre aqueles que são ensinados, e, nesse caso, os ensinados são os mesmos que dirigem o sistema jurídico, especialmente os advogados e os juízes[544].

Neste sentido, esse fator institucional tem sido poderoso nos Estados Unidos, onde o espírito das principais Escolas de Direito desempenhou um papel importante na formação do caráter substantivo do sistema jurídico americano moderno. Mas, o mesmo não se aplica na educação jurídica da Ingaterra. De fato, até bem recentemente, a educação jurídica na Inglaterra parecia ter sido em grande parte mais um pálido reflexo do sistema jurídico, do que uma força ativa na formação desse sistema[545].

Assim, a formação dos juristas nos Estados Unidos é ministrada nas *Law Schools* das Universidades norte-americanas, em cursos com duração média de três anos. A frequência em um destes cursos é obrigatória, sendo precedida de um curso de pré-graduação com duração média de quatro anos, lecionando num *College* ou Universidade, em qualquer área do conhecimento[546]. Assim, nos Estados Unidos, os

---

pouco tempo atrás utilizavam-se, para o ensino do Direito, o Sistema de Direito Romano, sendo que o estudante universitário da Inglaterra apreendia na prática o ofício da advocacia e demais funções judiciais. As Universidade inglesas, hoje, não ensinam mais através do sistema Romano, mas as Universidades inglesas ainda não têm a influência sobre os operadores do Direito que possuem as Universidades nos Estados Unidos e nos países adeptos ao Sistema de Direito da *Civil Law.*

[544] *It might seem that the law schools in both countries ought to be more strategically placed than other institutions, perhaps more even than the judiciaries, to shape and reinforce the respective styles of the two legal systems, formal in England, substantive in America. After all, in many fields those who teach commonly have direct and lasting influence on those who are taught, and in this case the taught are the very ones who run the legal system, especially the lawyers and the judges.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 384. (tradução livre realizada pela autora)

[545] *We do think that this institutional factor has been powerful in the United States, where the ethos of the leading law schools has played a major role in shaping the substantive character of the modern American legal system. But the same is note really true of English legal education. Indeed, until quite recently, English legal education seems to have been for the most part more a pale reflection of the legal system than itself an active force in shaping that system.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 384. (tradução livre realizada pela autora)

[546] *Para empezar, todos los estudiantes de Derecho deben haber cursado previamente una carrera universitaria de cuatro años. En Estados Unidos, las facultades de Derecho son escuelas de postgrado (Graduate Schools), al igual un reducido número de otras escuelas profesionales, básicamente Medicina, Empresariales (Business School) y algunas otras escuelas técnicas. El sistema es el siguiente: tras concluir el bachillerato (High School) a los 17 o 18 años, el estudiante americano debe conseguir la admisión en el College de una universidad (la admisión se determina fundamentalmente en base al expediente académico y a un examen especial de selectividad) donde tras cuatro años obtendrá el título de Bachelor, aproximadamente equivalente a nuestra licenciatura universitaria. Subrayo aproximadamente porque el sistema es bastante distinto al de España. Por un lado, en le*

juristas recebem obrigatoriamente uma formação universitária com duração mínima de sete anos, tendo o curso de Direito, ao contrário do que sucede na Europa, caráter pós-graduação.[547]

Neste sentido, as Faculdades de Direito[548] só recebem, nos Estados Unidos, os estudantes que desejam exercer a profissão de jurista. O estudante de

---

College no se elige exactamente una carrera como un todo, con un plan de estudios propios y que se cursa en una facultad independiente de las demas. El College es un único centro, dividido en Departamentos, que ofrece un amplisimo abanico de cursos de ciencias, humanidades, disciplinas sociales, técnicas, etc., entre los cuales cada estudiante escoge los que le interesen para construir su propio curriculum, y todos obtienen la misma titulación (en ciencias sociales y humanidades, B.A., Bachelor of Arts, y en ciencias, B.S., Bachelor of Sciences).Solamente con una titulación a nivel de College no resulta fácil encontrar un trabajo especializado con una buena remuneración, y son cada vez más los estudiantes "graduados" que deben continuar sus estudios en busca de un Master o un doctorado (o ir a una Graduate School profesional) que incremente sus perspectivas profesionales (mientras que en España los estudios de tercer ciclo casi siempre interesan sólo a quienes desean iniciar la carrera docente en la universidad). Esto es así en parte debido a que los estudios de College no son de un gran nivel, al menos comparados con los estudios universitarios en Europa. Hay que tener en cuenta que la calidad de las enseñanzas medias en Estados Unidos deja mucho que desear, y el College debe suplir muchas carencias originadas en la High School, aunque quizá sea exagerado considerar al College simplemente como un "segundo bachillerato". PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 62/63.

Para começar, todos os estudantes de Direito devem ter concluído um diploma universitário de quatro anos. Nos Estados Unidos, as faculdades de Direito são escolas de pós-graduação, bem como um pequeno número de outras escolas profissionais, basicamente medicina, faculdade de administração e algumas outras escolas técnicas. O sistema é o seguinte: após concluir o ensino médio aos 17 ou 18 anos, o estudante americano deve obter admissão no *College* de uma universidade (a admissão é determinada principalmente com base em registros acadêmicos e um exame especial para seletividade) onde, após quatro anos, ele obterá o diploma de bacharel, aproximadamente equivalente ao nosso diploma universitário. Sublinho, aproximadamente, porque o sistema é bem diferente do que existe na Espanha ou no Brasil. Por um lado, no *College*, o estudante não escolhe exatamente uma carreira como um todo, com seu próprio plano de estudos e estuda um curso independente dos demais. O *College* é um centro único, dividido em departamentos, que oferece uma ampla gama de cursos de ciências, humanas, disciplinas sociais, técnicas etc., a partir dos quais cada aluno escolhe aqueles que os interessam para construir seu próprio currículo, e todos obtêm o mesmo grau (em ciências sociais e humanas, bacharelado, bacharelado em ciências). Somente com um diploma de nível universitário não é fácil encontrar um emprego especializado com uma boa remuneração, e são cada vez mais os estudantes de pós-graduação que precisam continuar seus estudos em busca de um mestrado ou doutorado (ou frequentar uma escola profissional de pós-graduação) que aumentem suas perspectivas profissionais (enquanto na Espanha e no Brasil os estudos de pós-graduação quase sempre são de interesse apenas daqueles que desejam iniciar a carreira de professor na universidade). Isso ocorre em parte porque os estudos universitários não são de alto padrão, pelo menos em comparação com os estudos universitários na Europa. Deve-se ter em mente que a qualidade do ensino médio nos Estados Unidos deixa muito a desejar, e o *College* deve preencher muitas deficiências originárias do ensino médio, embora possa ser um exagero considerar o *College* simplesmente como um "segundo bacharelado". (tradução livre realizada pela autora)

[547] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 314.

[548] O estudo de Direito, como regra, significa um estudo em tempo integral, de matérias jurídicas, por seis semestres, ou o seu equivalente. Muitos currículos de Direito, variáveis de escola para escola, requerem a complementação de um currículo básico, sendo exigidos dos estudantes as seguintes matérias: Contratos/Direito Comercial, Responsabilidade Civil Extracontratual (*Torts*), Propriedade, Associações Negociais e Sociedades Anônimas, Direito Criminal e Processo, Processo Civil, Direito Constitucional, Redação Jurídica e Pesquisa. As demais disciplinas são eletivas e deixadas à

Direito americano procura nas Escolas de Direito um ensino essencialmente orientado para a prática; pois somente assim ele estará apto a exercer o seu ofício. A Escola de Direito americano visa, portanto, ministrar um ensino profissional[549], à exceção do caso de alguns estudantes que se dedicam à pesquisa.[550]

Os métodos[551] usados para o ensino são diferentes dos métodos comumente usados na França e na Inglaterra. O estudante deve ler, antecipadamente, um certo número de documentos que lhe foram entregues pelo professor, compostos, seja de decisões judiciárias, seja de decisões judiciárias acompanhadas de textos de leis e de extratos de livros ou artigos de economia ou de sociologia.[552]

O ensino ministrado nas Universidades norte-americanas não se baseia, em regra geral, no Direito de qualquer Estado em particular, até porque frequentemente os diplomados por uma universidade de certo Estado se estabelecem depois da formatura em um ou outros Estados a fim de exercerem a atividade profissional; este ensino, tem antes por objeto, além do Distrito Federal, os princípios comuns às leis e aos precedentes dos diferentes Estados – o *common core* dos Direitos estaduais e a comparação entre estes.[553]

Neste sentido, a preocupação com a formação dos juristas nos Estados Unidos é bastante grande, não só das próprias *Schools of Laws* como, principalmente, da *American Bar Association*; o controle dos currículos, em que pese a liberdade

---

percepção dos próprios estudantes. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 68.

[549] Nos Estados Unidos, diferentemente da terminologia utilizada pelos países que adotam a *Civil Law*, em específico no caso do Direito brasileiro – Faculdade de Direito, a *Faculty* reserva-se aos estudos universitários de graduação, com a ideia de uma formação geral, humanística, enquanto *School* é reservado à formação de pós-graduação, em nível de alta formação profissional – *Law School*, por exemplo. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 65.

[550] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 486.

[551] Predomina no ensino universitário do Direito o chamado método do caso (*case method*), originário de Harvard, onde foi introduzido no final do século XIX por Christopher Langdell (1826-1906). De acordo com esse método, a exposição das matérias é feita pelos professores a partir de decisões dos tribunais superiores que consagram os princípios fundamentais em que se baseia o Direito vigente. Em lugar de proferirem lições *ex cathedra*, os professores colocam questões aos estudantes e debatem com estes as sentenças, as quais têm que ser lidas antes das aulas. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 314.

[552] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 486.

[553] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 315.

universitária nos Estados Unidos é extremamente rigoroso[554] e o "desaparecimento" de um estabelecimento de ensino superior de Direito pela *American Bar Association* equivale a uma pena de morte civil e o cerceamento de qualquer ganho empresarial por conta do ensino universitário.[555]

É importante observar que o sistema universitário dos Estados Unidos, nas *Law Schools*, consegue equilibrar os princípios da liberdade do ensino[556], com um grande rigor nos seus conteúdos profissionalizantes, devido ao severo controle que a *American Bar Association* exerce sobre as mesmas, através de um sistema de verificações periódicas, total publicidade de suas visitas imprevistas e o controle *a posteriori,* através de publicações dos resultados dos "exames de ordem" (o *National Bar Examination*[557]).[558]

---

[554] *En Estados Unidos las diferencias en cuanto a calidad de enseñanza, nivel del profesorado, bibliotecas y demás medios materiales, requisitos para la admisión de alumnos, dureza y diseño adecuado del plan de estudios, perspectivas profesionales de sus licenciados, etc., son abismales. En una palabra, existe un consenso generalizado en cuanto a la "reputación" de las facultades de Derecho, que permite distinguir entre facultades "buenas" y "malas", "mejores o "peores". La calidad de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos ha mejorado mucho en las últimas décadas, y esto vale en general para todos los niveles de la amplia "escala de prestigio".* PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 47.
Nos Estados Unidos, as diferenças de qualidade de ensino, nível de professores, bibliotecas e outros recursos materiais, requisitos para admissão de alunos, dureza e desenho adequado do plano de estudo, perspectivas profissionais de seus graduados, etc., são abismais. Em uma palavra, existe um consenso geral sobre a "reputação" das faculdades de Direito, o que torna possível distinguir entre as faculdades "boa" e "ruim", "melhor ou "pior". A qualidade da educação em Direito nos Estados Unidos melhorou bastante nas últimas décadas, e isso geralmente se aplica a todos os níveis da ampla "escala de prestígio". (tradução livre realizada pela autora)

[555] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 68.

[556] Outro fator que assegura a liberdade do ensino é a independência dos docentes e o sistema da carreira universitária nos Estados Unidos, regida por normas federais relativas ao Direito do Trabalho e por normas específicas das universidades. A regra para os professores das Escolas de Direito é que sejam em tempo integral e, diga-se, dadas as enormes vantagens que a carreira do profissional liberal ligado ao Direito oferece aos bacharéis nos Estados Unidos, há uma série de incentivos salariais e de vantagens outras que as universidades oferecem aos professores de Direito, que os distinguem, de maneira muito clara, dos seus colegas de outros ramos dentro da Universidade. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 71.

[557] É importante ressaltar, que o acesso à advocacia depende da aprovação do advogado num exame escrito (*bar examination*), e que cada advogado apenas pode exercer a advocacia no Estado federado ou nos Estados federados em que for admitido na sequência desse exame. Não há, *hoc sensu*, um "advogado americano"; esta situação é, no entanto, fortemente mitigada pela circunstância de muitas sociedades de advogados possuírem sucursais em diversos Estados da federação americana. O exercício da profissão perante os tribunais federais é regulado por estes, sendo geralmente submetidos a ele os advogados autorizados a praticar atos próprios da profissão perante os supremos tribunais de qualquer Estado. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 315.

[558] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 71.

Portanto, não há como negar que as *Law Schools* norte-americanas têm uma grande influência na formação do atual Sistema de Direito norte-americano, visto que de dentro dos seus bancos escolares saem os formadores e operadores deste sistema jurídico, o qual, conforme acima mencionado, está muito distante da *Common Law* inglesa lecionada nas *Law Schools* na Inglaterra, conforme já mencionado no capítulo primeiro do presente trabalho.

5.5. O PAPEL DOS JURISTAS OPERADORES DO DIREITO NORTE-AMERICANO[559]

É da ciência de todos, que em qualquer país do mundo, seja ele pertencente ao Sistema de Direito da *Common Law* ou da *Civil Law*, ou qualquer outro Sistema de Direito que seja, são os juristas que operam as bases do Direito, construindo e descontruindo dogmas, estruturas e instituições. No caso do Direito norte-americano, os juristas incorporam o espírito da estrutura das instituições americanas, em especial a judiciária, a fim de poder operar seguindo as regras de todos os Estados federados[560].

Na Inglaterra, por sua vez, a advocacia subdivide-se em duas profissões distintas, qual sejam, a de *barrister* e a de *solicitor*[561]. Já, na colônia norte-americana

---

[559] *As with the judges, the nature of the legal profession, the sort of people who become lawyers, how they are organized, their manner of practice, and the traditions they observe have a profound effect on the legal systems of the two countries. But although many of these differences are well known, little attention has been paid to the relationship between these differences and the legal systems themselves*. SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 359.
Assim como os juízes, a natureza da profissão de advogado, o tipo de pessoas que se tornam advogados, como são organizadas, sua maneira de praticar a advocacia e as tradições que observam têm um efeito profundo nos sistemas jurídicos da *Common Law* norte-americana e inglesa. Mas, embora muitas dessas diferenças sejam bem conhecidas, pouca atenção foi dada à relação entre essas diferenças e os próprios sistemas legais. (tradução livre realizada pela autora)

[560] Todos os Estados federados permitem a um advogado de outro Estado participar de um caso particular, e a maior parte dos Estados aceitam a admissão de advogados que já praticaram durante algum tempo a advocacia (cinco anos geralmente) em outro Estado da federação americana. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 485.

[561] Estudantes de Direito têm que escolher bem cedo se desejam trabalhar como *solicitors* ou *barrister* porque todo o período de aprendizado que se segue aos anos universitários, bem como o estágio e a prática são completamente distintos, fazendo com que os *barristers* e *solicitors* exerçam funções bem diferentes. Ao *solicitor* compete lidar diretamente com o cliente, realizando toda a fase processual escrita da advocacia, coletar toda a prova necessária que instruirá o caso de seu cliente, e, além disso, escolher o *barrister* que irá atuar na Corte de Justiça em nome de seu cliente. Ao *barrister* cabe a

as duas classes de advogados eram formadas, inicialmente, por aqueles que tinham sido formados pelo *Bar Council* (na Inglaterra chamados de *barrister*) e os que tinham sido treinados por outros advogados nos escritórios de advocacia, denominados *attorneys.* O termo *solicitor,* usado na Inglaterra, nunca foi usado com o sentido de "advogado" nos Estados Unidos. Com o tempo, o termo *barrister* caiu em desuso[562], sendo que em geral, até hoje, advogados são conhecidos nos Estados Unidos pelos termos *lawyers, attorneys* e *counselors.*[563]

Porém, tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra, existe um conceito amplo da profissão de jurista (*legal profession*). Esta profissão compreende os advogados, os empregados de empresas, instituições ou administrações que fornecem orientação jurídica a seus empregados, os professores de Direito e os juízes. Os advogados e os juízes exercem suas atividades sob o controle do Supremo Tribunal do Estado onde praticam a profissão. Os professores de Direito e os juristas empregados, que assessoram seus empregadores, não são submetidos ao controle dos tribunais, mas são quase sempre membros da Ordem de um dos Estado federados norte-americanos, embora não necessariamente daquele onde exerce as suas atividades. Ocorre que, somente as premissas acima descritas são equivalentes nos Estados Unidos e na Inglaterra, tudo o mais é diferente, seja o modo de formação, conforme já descrito, quer a organização profissional dos juristas.[564]

---

apresentação oral do caso em Corte, fazendo uso, na Inglaterra, das perucas brancas e dos robes negros, de tradição das Cortes Reais inglesas. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 150.

[562] *American often make the common mistake of assuming that English barristers are 'trial lawyers' who devote all their time to advocacy, while solicitors are office lawyers who do no advocacy. This is, in fact, only partially true. Nearly all barristers spend a great deal of time in 'office' work. Conversely, many English solicitors do in fact a considerable amount of advocacy in lower courts. Indeed, there must be some solicitors who do more trial work than some barristers*. SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 359.

Os americanos costumam cometer o erro comum de assumir que o *Barrister* inglês são os 'advogados de julgamento' que dedicam todo o seu tempo à advocacia, enquanto que os *solicitors* são advogados de escritório que não fazem advocacia. Isso é, de fato, apenas parcialmente verdadeiro. Quase todos os *barristers* gastam muito tempo no trabalho de 'escritório'. Inversamente, muitos *solicitors* ingleses fazem de fato, uma quantidade considerável de advocacia nos tribunais inferiores. De fato, deve haver algum *solicitor* que faça mais trabalho de audiência do que alguns *barristers*. (tradução livre realizada pela autora)

[563] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 195.

[564] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 485.

O americano que é admitido a exercer a profissão de jurista torna-se *lawyer*[565]. A palavra não tem equivalente, propriamente dito, nem em francês nem em inglês, porque a organização profissional dos juristas é, tanto na França como na Inglaterra, muito diferente e dificilmente permitia tal comparação. A maioria dos *lawyers* americanos exerce sua atividade individualmente (70%) ou em associação com um único colega (15%). Um pequeno número escolherá a especialidade de *trial lawyer* e aparecerá perante a justiça para proceder nos processos civis ou criminais, aos interrogatórios e contra interrogatórios que caracterizam a audiência pública nos casos; mas, a maioria ocupar-se-á de questões não contenciosas. Numerosos *lawyers* são contratados fora dos gabinetes de *lawyers* para atuar de forma administrativa ou pelas empresas públicas ou privadas.[566]

O grande número de advogados graduados todos os anos nos Estados Unidos, resulta principalmente de dois fatores; por um lado, a enorme procura de serviços jurídicos naquele país e a importância que os mesmos têm no funcionamento da economia americana; por outro, a circunstância de, em virtude da amplíssima consagração do princípio dispositivo no Direito Processual Civil norte-americano, os advogados terem naquele país um papel muito mais ativo do que aquele que desempenham em outros países do Sistema de Direito da *Civil Law* com um grau de desenvolvimento econômico equivalente, cujas legislações se mostram mais fortemente impregnadas do princípio inquisitório.[567]

Os *lawyers* americanos fazem, em geral, parte de uma associação constituída entre eles no quadro de cada Estado federado sob o nome de *American Bar Association*[568]. Nem todos os *lawyers* são, no entanto, membros dos *Bar Associations* e, mesmo quando o são, o controle exercido sobre eles é muito menor

---

[565] A unidade da advocacia, em razão da grande maioria dos graduados nas *Law Schools* serem *attorney at law*, é uma das razões da extraordinária força de que a profissão dispõe nos Estados Unidos. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 315.
[566] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 487.
[567] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 315.
[568] Ao pé da letra, Associação dos Advogados Americanos, sendo que a palavra *bar* deriva do substantivo *bar,* que designa a barra que separa os juízes dos advogados, onde se pode apoiar os cotovelos e, por derivação, o coletivo dos advogados, equivalente à Ordem dos Advogados no Brasil. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA, p. 64.

do que é na Inglaterra em relação aos *Inns of Court* sobre os *barristers* ou da *Law Society* sobre os *solicitors.*[569]

Por tudo isso, é importante ressaltar, o relevante papel desempenhado pelos advogados norte-americanos na difusão internacional dos tipos contratuais oriundos deste país, visto que de grande importância para a segurança jurídica mundial, hoje, transnacionalizada.

Quanto aos juízes, eles têm um importante papel na determinação da extensão em que um sistema jurídico é formal ou substantivo. Eles devem não apenas aplicar padrões para identificar leis válidas, mas, em certa medida, devem criar esses padrões. Eles podem até ter o poder de escolher, dentro de limites, se esses padrões devem ser incorporados em regras rígidas e rápidas ou em formulações flexíveis e abertas mais compatíveis com a análise substantiva. Da mesma forma, quando os padrões de validade entram em conflito, os juízes podem ter liberdade não apenas para aplicar regras hierárquicas formais prioritárias, mas, também, para invocar razões substantivas para determinar a validade das leis.[570]

Os juízes também tem considerável poder dentro do sistema da *Common Law* para fazer o Direito, e aqui, então, eles podem optar por exercer esse poder fazendo *case law* na forma de regras rígidas e rápidas, ou de regras mais flexíveis. Os juízes determinam a natureza do sistema de precedentes e, portanto, exercem grande poder sobre o grau de formalidade obrigatória a ser concedida aos casos anteriores. Da mesma forma, o grau de formalidade interpretativa da *satute law*

---

[569] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 488.

[570] *The judges have the largest role in determining the extent to which a legal system is formal or substantive in character. They must not only apply standards for identifying valid law, but to some extent they must create those standards. They may even be empowered to choose, within limits, whether these standards are to be embodied in hard and fast rules or in flexible and open-ended formulations more congenial to substantive analysis. So too, when standards of validity conflict, the judges may have freedom not only to apply formal hierarchical rules of priority, but also to invoke substantive reasons in thus determining the validity of laws.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 336. (tradução livre realizada pela autora)

depende de até que ponto os juízes estão dispostos a ir além da linguagem formal da legislação para levar em consideração o objetivo e a análise substantiva.[571]

Obviamente, os juízes no Sistema de Direito da *Common Law* norte-americano não são os únicos a ter influência no tipo de sistema legal que os Estados Unidos vêm adotando, muitos outros operadores do Direito possuem tal influência, como os advogados e os membros do Ministério Público, conforme aqui tratado, assim como as Universidades. Mas, com certeza, os juízes americanos possuem, pela forma como os Estados Unidos utilizam o Sistema de Direito da *Common Law*, um papel fundamental não somente para fazer o Direito, mas como ativista, protagonista e influenciador nas demais áreas de poder e influência do próprio Estado americano em si. Neste ponto, mais uma vez, faz-se abissal a diferença entre a função e a influência dos juízes operantes na *Common Law* americana com os juízes operantes na *Common Law* inglesa, está muito mais formal e muito menos substantiva do que a norte-americana.

Neste sentido, necessário se faz a análise da magistratura nos Estados Unidos, uma vez que neste país, a magistratura não é vista como uma carreira, o que reflete o alto grau de mobilidade entre as profissões jurídicas que caracteriza este país; assim, os juízes americanos são de duas categorias, quais sejam, há juízes federais[572] e juízes nas jurisdições dos Estados federados. Os juízes federais assemelham-se aos juízes ingleses, visto que são nomeados vitaliciamente; o Presidente dos Estados Unidos os escolhe, com a aprovação do Senado Federal. Por vezes, acontece, ainda que raramente, que os juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos sejam recrutados entre os professores das faculdades de Direito das grandes universidades. A observação merece ser feita porque deixa compreender que

---

[571] *Judge also have considerable power in the Common Law system to make the law, and here, too, they may choose to exercise this power by making case-law in the form of hard and fast rules, or of more flexible rules. Judges determine the nature of the system of precedent and thus exercise great power over the degree of mandatory formality to be accorded to prior cases. Similarly, the degree of interpretative formality of statute law depends on how far the judges are willing to go outside the formal language of legislation to make account of purpose and substantive analysis.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 336. (tradução livre realizada pela autora)

[572] Os juízes da Suprema Corte Americana são chamados *Justice* (termo semelhante ao utilizado na Inglaterra) e gozam de garantias constitucionais, tais como a vitaliciedade. VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 195.

pode existir nos Estados Unidos uma relação diferente entre doutrina e Jurisprudência em confronto[573] com a que existe na Inglaterra.[574]

Entretanto, em relação aos juízes das jurisdições dos Estados federados[575] a forma de escolha é diferente da escolha dos juízes federais (alguns podem vir a ser escolhidos como acontecem com os juízes federais, mas são casos raros); para a maioria dos juízes estaduais vige o princípio da eleição por sufrágio universal. Assim, sem o prestígio que os juízes têm na Inglaterra, os juízes americanos são atualmente, no conjunto, personagens que gozam da consideração do público e em relação aos quais se concorda em reconhecer a independência, a moralidade e a competência.[576]

Uma questão relevante a ser abordada neste ponto, é em relação a repartição de tarefas entre os juízes e advogados nos Estados Unidos, as quais são muito diferentes do Direito Inglês e do Sistema de Direito da *Civil Law.*

Neste sentido, os juízes norte-americanos, na instrução e no julgamento das causas submetidas aos tribunais de instância, possuem um papel geralmente visto como mais passivo do que aquele que é exercido pelos seus congéneres da *Civil Law* (estes com uma disposição de poderes menores de decisão quanto à matéria de fato). No Direito norte-americano, no tocante às questões de Direito, os tribunais americanos dispõem de competências consideravelmente mais vastas e exercem-nas com um grau de discricionariedade muito mais acentuado do que os pares atuantes nos tribunais dos sistemas jurídicos da *Civil Law.*[577]

Todos esses fatos demonstram que, por mais que a condição de juiz no Direito norte-americano não seja considerado uma carreira, isso não impede que os juízes exerçam um grau de protagonismo entre os poderes estatais muito maior do que seus pares Civilistas ou mesmo dos pares ingleses. A razão para tanto, conforme

---

[573] A situação aqui exposta, encontra-se melhor explicada no capítulo primeiro deste trabalho.
[574] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 488.
[575] Os juízes estaduais são maioritariamente eleitos (pelo voto popular ou pela assembleia legislativa local) ou, em alternativa, nomeados pelos Governadores, sob proposta de uma comissão independente; em outros casos, são nomeados por um ano pelo Governador e depois confirmados por eleição. Não havendo exigências especiais quanto à qualificação ou experiência profissional anterior dos juízes. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 317.
[576] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 489.
[577] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral**,** p. 317.

aqui analisado, decorre do fato que os juízes norte-americanos possuem um grau de influência política, ante os demais poderes estatais, face a possibilidade de serem chamados ou eleitos para outros cargos públicos, tanto no legislativo quanto no executivo; bem como, um grau de influência jurídica decorrente da decisão em casos judiciais a ele levado, face a forma como a *Common Law* norte-americana passou a adotar os *case* laws, os *restatements of law*, a *stare decisis* dentre outros institutos jurídicos que foram adaptados a realizada jurídica dos Estados Unidos da América.

E, finalmente, quanto aos membros do Ministério Público, figura de importância bastante elevada tanto para a *Common Law* norte-americana, quanto para os países pertencentes ao Sistema de Direito da *Civil Law*, e que não encontra correspondência no Direito Inglês; isto porque, tal figura inexiste na Inglaterra pelo simples fato que seria um contrassenso em relação à autonomia que a *Common Law* oferece ao Poder Judiciário[578].

Assim, na *Common Law* norte-americana, o Ministério Público atua em todos os graus de jurisdição (estadual ou federal), sendo também nomeados pelo Poder Executivo, recebendo o nome de *Public Prosecutors* (Us *Public Prosecutors*, na esfera federal) e tendo como chefe superior o *US General Attorney.*[579]

Neste sentido, os *Prosecutors* são elementos essenciais no funcionamento do sistema judiciário norte-americano, pois cabe-lhes o exercício da ação penal e a representação da União ou dos Estados, consoante os casos, nas ações cíveis contra estes ou por estes intentadas. Já, o *General Attorney* de cada Estado exerce, além da função dos *Prosecutors,* um papel de relevo na definição da política criminal, visto que não raro, os candidatos a governadores estaduais são antigos titulares desse cargo.[580]

Portanto, assim como as demais operadores do Direito na *Common Law* norte-americana, os membros do Ministério Público exercem um considerável poder

---

[578] Na Inglaterra não existe, junto aos tribunais de justiça, nenhum Ministério Público. A presença de um agente representante do Poder Executivo parece aos ingleses inconciliável com a autonomia e com a dignidade do Poder Judiciário. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo,** p. 427.

[579] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 195.

[580] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 318.

decisório nas vidas tanto dos membros do judiciário, quanto da política daquele país, o que não ocorre na Inglaterra, visto que lá não existe tal figura jurídica.

Desta maneira, não há como se negar a influência do Direito Inglês para a formação e operacionalidade do Sistema de Direito da *Common Law* norte-americana, em especial, quando da origem dos Estados Unidos da América. Ocorre, entretanto que, hoje, por trás de uma aparente similaridade entre estes dois Sistemas de Direito, os quais pertencem a família da *Common Law*, existem profundas diferenças, muitas das quais analisadas, mas muito longe de serem esgotadas neste trabalho.

Porém, não há como negar que o Direito Inglês teve e tem um papel de destaque no processo de Globalização e transnacionalização hoje existente, em especial quanto às matérias de cunho jurídico, visto que, por mais formal que possa ser, a *Common Law* consegue flexibilizar, quando necessário, as decisões tomadas em seu seio na tentativa de achar solução para os novos desafios que se apresentam.

CAPÍTULO 6

O PAPEL DO DIREITO INGLÊS NA TRANSNACIONALIZAÇÃO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL[581]

O Direito Inglês, tal como já analisado na presente Tese, foi desenvolvido na Inglaterra, mas expandiu fronteiras aos países praticantes da língua inglesa, bem como para aqueles que foram colônias inglesas. Em razão da referida premissa, tem-se que a Inglaterra[582] globalizou o teor do Direito por ela produzido – Direito Inglês, bem antes do mundo ter tomado conhecimento da existência de uma Globalização[583].

---

[581] O Direito Transnacional, como já mencionado anteriormente nesta Tese, espalhou-se além fronteiras para ocupar um espaço que encontrava-se no "limbo", uma vez que não era ocupado de forma eficaz nem pelos Estados-nação, de forma interna, nem pelos Organismos internacionais, na esfera internacional.

Assim, a ideia de que o Direito 'se espalhou' além das fronteiras do Estado-nação é lugar-comum. As comunidades mercantis que operam além das fronteiras nacionais elaboram regulamentações que as vinculam efetivamente como Direito em suas relações umas com as outras. Os europeus já experimentaram há muito tempo o fato de que muitos de seus Direitos não vêm de suas próprias fontes de Estados-nação, mas de instituições europeias. A justiça criminal internacional afirma cada vez mais que procura alcançar violadores graves dos Direitos humanos, independentemente do Estado em que se encontrem ou do local de seus supostos crimes. Os juízes em diferentes nações se baseiam nas ideias uns dos outros no que estão começando a aparecer como comunidades transnacionais. As conversas autorizadas pelo Direito internacional criam direitos e deveres para as pessoas nas relações internacionais. Os instrumentos e agências de Direitos humanos transmitem ideias jurídicas em todo o mundo, criando novas expectativas de direitos e proteções não limitadas por fronteiras nacionais. (tradução livre realizada pela autora)

The idea that law has 'spilled out' beyond the borders of the nation-state is commonplace. Merchant communities that operate across national borders make regulation that effectively binds them as law in their dealings with one another. Europeans have long experienced the fact that much of their law comes not from their own nation-state sources but from Europe-wide institutions. International criminal justice increasingly claims to reach out to catch gross violators of human rights irrespective of the state they happen to be in or the place of their alleged crimes. Judges in different nations draw on one another´s ideas in what are beginning to appear as transnational communities. Conversation authorised by international law create rights and duties for people in cross-border relationships. Human rights instruments and agencies carry legal ideas around the world, creating new expectations of rights and protections not limited by national borders. COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 103.

[582] A Inglaterra não somente globalizou o Direito mesmo antes do conceito existir, ela também dominou os mercados financeiros, criando um sistema bancário que vige e domina o mercado até hoje. Isso porque a pujança econômica da Inglaterra vitoriana levou aquele país a desenvolver um complexo mercado bancário para a época em Londres, como um importante centro financeiro mundial que permanece importante até os dias de hoje, não obstante o surgimento de outros centros financeiros que rivalizam em importância. Em decorrência da pujança econômica vitoriana, a libra esterlina, por um bom tempo, passou a ser referência para as moedas de todos os países do mundo, constituindo-se, junto com o ouro, em moeda forte adquirida por vários Estados para fins de reserva legal. ROCHA, Dinir Salvador Rios da. **Contrato de Empréstimo Internacional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 27.

[583] Para maior esclarecimento sobre a Globalização ver capítulo terceiro da presente Tese.

Consequência lógica, então, seria dizer que em decorrência da utilização do Direito Inglês no mundo – seja ele Ocidental ou Oriental – o fenômeno da transnacionalização sofreu gritante influência do Direito aplicado inicialmente na Inglaterra. E, mais, não fosse o Direito Inglês, formalístico, mas ao mesmo tempo flexível, utilizador de uma unidade jurisdicional exarada através dos *precedents*, o processo transnacional, como um todo, não teria o terreno fértil para expandir-se no Direito.

Neste sentido, talvez a maior contribuição que o Direito Inglês tenha fornecido aos demais Sistemas de Direito e a própria transnacionalização seja a visão jurídica que possui de questões que versam sobre matérias de Direito Privado e Direito Público. Especial contribuição recai no Direito Privado na parte comercial, tendo em vista a importância dos sujeitos transnacionais voltados para a área comercial na Inglaterra. Os ingleses sempre foram grandes comerciantes, sendo um exemplo importante a criação da Companhia das Índias Orientais[584], criada quando do domínio e da expansão da Inglaterra sob suas ex-colônias, conforme vastamente ressaltado neste trabalho.

Da mesma forma, as chamadas "regras de ouro"[585] do Direito Inglês sempre foram aplicadas às ex-colônias e nos demais países que sofreram a influência

---

[584] A Companhia das Orientais, foi fundada inicialmente por comerciante de Londres, Inglaterra, sendo depois tornada britânica a fim de favorecer os demais comerciantes de chá da região. Em 1612, a Companhia das Índias Orientais construiu sua primeira base indiana em Surat, onde o Direito português preexistente foi revogado. Em 1615 a Companhia iniciava uma atividade administrativa e judiciária destinada a durar até 1858, quando o controle da Índia passou diretamente à Coroa britânica. Neste longo período de gestão privada da administração pública, a tendência dos ingleses foi restringir progressivamente o âmbito dos Direitos bramânico e islâmico, mesmo permitindo sua sobrevivência em setores mais ligados à tradição e, ao mesmo tempo, os menos relevantes para os desenvolvimentos das transações comerciais. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 480.

[585] Essa expressão é muito utilizada por Garry Slapper e David Kelly. É considerada uma extensão da regra literal (isto é, a presunção incorreta de que seja possível encontrar um único, incontroverso e literal significado para as palavras). Em sua expressão geral, ela é usada em circunstâncias em que a aplicação da regra literal provavelmente gere algo que o juiz considere um resultado obviamente absurdo. A regra de ouro foi primeiramente afirmada por Lorde Wensleydale em *Grey v. Pearson* (1857), mas sua operação é mais bem definida pelas palavras de Lorde Blackburn em *River Wear Comissioners v Adamson* (1887), nos seguintes termos: "Devemos pegar a lei em sua integralidade e interpretá-la globalmente, dando às palavras seus significados comuns, a não ser quando isto gere uma inconsistência semântica, ou um absurdo ou inconveniência tão grande que convença o juiz que a intenção não era usá-las em sua significação comum, e de forma a autorizar o juiz a utilizar outra acepção dos vocábulos, que, apesar de menos apropriada, faz mais sentido na opinião do julgador". Deve-se enfatizar, entretanto, que o Juiz não tem a liberdade de usar a regra de ouro para ignorar, ou substituir, o dispositivo normativo simplesmente porque não concorda com ele; o juiz deve se deparar com dificuldades genuínas antes de recusar a usar a regra literal em favor da regra de ouro. A forma

da *Common Law* fazendo com que as mesmas se misturassem ao Direito local, a fim de tornar mais fácil a aceitação daquelas. Sob este aspecto, o comércio, em especial, o internacional, sempre teve como precursor a Inglaterra; até porque, a Inglaterra, uma pequena ilha sem possibilidade de expansão dos limites territoriais a não ser através de uma expansão marítima, sempre procurou ligações comerciais com o continente Europeu e demais continentes mundiais (dependendo dos interesses e períodos históricos) utilizando o comércio como elo para essa expansão.

E, neste sentido, as regras utilizadas no Direito Inglês, em especial as questões que versam sobre Direito Privado, foram expandidas para as ex-colônias, bem como introduzidas em inúmeras convenções internacionais em que o comércio e o Direito Privado eram o foco.

Somente a título ilustrativo, a visão inglesa do Direito Privado internacional comercial desde longa data sofre e exerce influência de outras fontes que tratam da questão; a principal delas é a Lei do Comércio Internacional[586], a chamada *Lex*

---

de determinação ou definição da dificuldade genuína é, obviamente, uma questão discricionária e, portanto, sujeita a controvérsia. SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**, p. 78.

[586] A partir do século XI o comércio internacional é revitalizado na Europa, diante de fatores como as Cruzadas, a conquista da Sicília, Sardenha e Córsega, a criação da Liga Hanseática, dentre outros. A sociedade medieval estava isolada após o declínio do Império Romano, as leis, usos e costumes variavam de cidade para cidade e algumas delas, em especial aquelas derivadas do Direito canônico, eram empecilhos ao desenvolvimento do comércio. O comércio, entretanto, ao invés de cessar ou regredir evoluiu e transpôs as fronteiras então existentes, encontrando outras fontes normativas para embasar as relações comerciais além das fronteiras nacionais. As Regras de Oléron, por exemplo, desde 1150 já eram aceitas e utilizadas por um vasto número de comerciantes marítimos e utilizada por um grande número de portos Marítimos no Mar do Norte e no Oceano Atlântico. As Leis de Wisby, possivelmente derivadas das Regras de Oléron, que em 1350 regulavam o comércio no mar báltico e as disposições do Consulado do Mar, editadas pela Corte Consular de Barcelona no século XIV para consolidar os costumes do comércio marítimo, são também consideradas manifestações de um Direito medieval dos comerciantes. Aos poucos, o rigor e a burocracia das regras do Direito romano foram substituídos pelos usos e costumes dos comerciantes que, ante a falta de um poder político central, uniram-se em grupos de acordo com as atividades exercidas por seus membros. Tais grupos, denominados corporações de mercadores, possuíam patrimônio próprio constituído através de doações de seus associados. Tinham o objetivo inicial de proteger e dar assistência aos seus membros e, aos poucos, acabaram assimilando também função jurisdicional para resolver os conflitos havidos entre mercadores. A magistratura mercantilista assumia, então, (i) funções políticas (ao defender a honra e dignidade das corporações às quais pertenciam, colaborar com a manutenção da paz, etc.), (ii) funções executivas (observar o cumprimento das disposições estatutárias, leis e usos mercantis) e (iii) funções judiciais (solucionando os conflitos mercantis). Surge, então, um conjunto de normas direcionadas a um grupo específico de profissionais, lastreado nos usos e costumes de uma classe carente de um Direito estatal específico. Tal conjunto não surge de uma atividade legislativa nem da criação de jurisconsultos, como na Roma Antiga, mas sim dos próprios comerciantes em uma tentativa de superar as obsoletas e frágeis normas feudais e romanas, que não mais correspondiam aos seus interesses e ao novo modelo de comércio nacional e internacional então existente. CORDEIRO, Douglas Alexander. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008, p. 95/98.

Mercatoria[587], que será melhor analisada no decorrer do presente capítulo, e da qual extraiu-se inúmeras regras e paradigmas que passaram a integrar o Direito Inglês e vice-versa[588], tendo como exemplo o período histórico em que a Inglaterra fundou um dos primeiros entes transnacionais, a chamada Companhia das Índias Orientais[589], já mencionada acima.

Presentemente, o principal impulso no sentido de uma transnacionalização plena e eficaz do Direito, seria a aproximação de sistemas jurídicos nacionais, em especial da *Civil Law* e *Common Law,* visto a existência de inúmeras iniciativas a fim de levar a cabo à harmonização e à unificação internacional do Direito Privado aplicado nestes dois sistemas, sejam, por exemplo, através das diretivas[590] exaradas pela União Europeia seja dentro das Nações Unidas[591], ou mesmo através da Organização Mundial do Comércio[592].

---

[587] É um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz. STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**, p. 846.

[588] A título ilustrativo, a partir de 1765, a Companhia das Índias Orientais estendeu seu controle sobre o Divã Bengala, BIhar e Orisa, penetrando assim numa área de Direito islâmico para administrar sua justiça civil e fiscal, enquanto a área penal continuava a ser competência do nababo local. Em 1772, chegou-se a uma reorganização desse sistema de tribunais heterogêneos, nascidos na esteira da expansão econômica da Companhia. Os juízes britânicos passaram a ser subsidiados por especialistas nos dois Direitos (indiano e muçulmano), para garantir a correção também teológica das decisões. A partir desta reforma, o Direito anglo-saxão estendeu-se cada vez mais, reduzindo de forma correspondente o âmbito dos demais Direitos, através de uma série de reformas. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 481.

[589] A Companhia das índias Orientais não foi a única Companhia que existiu neste período; outras Companhias, neste período histórico (século XV/XVI) foram criadas a fim de facilitar o Comércio marítimo internacional, um exemplo é a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais que foi criada pelos mercadores holandeses.

[590] Trata-se de ato jurídico vinculativo para qualquer Estado-membro a que for dirigido; ficam, todavia, à discrição das autoridades nacionais as formas e os meios de atingir o objetivo definido. As diretivas têm como destinatários um, vários ou todos os Estados integrantes do bloco. Para que produzam efeitos quanto aos nacionais de cada Estado, é necessário que o legislador nacional promulgue um ato de transposição, por meio do qual o Direito interno é adaptado aos objetivos fixados no corpo da diretiva. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 124/125.

[591] Criada no início da formação da “cortina de ferro”, a ONU tem enfrentado visíveis dificuldades em gerenciar seu papel nos anos que se seguiram ao fim da Guerra Fria. A então surgida Nova Ordem Internacional caracterizou-se, em especial, pela ocorrência do conflito Norte-Sul (no âmbito econômico), proliferação de questões sobre segurança em âmbito localizado, intensificação da dominação norte-americana nas organizações internacionais, consolidação do processo de Globalização econômica e codificação expressiva do Direito Internacional, que, por essência tendia a se manifestar através do costume. CARVALHO, Evandro Menezes de. Organização Mundial do Comércio: Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação, p. 191

[592] *The increasing role of the World Trade Organization (WTO) appellate tribunals in creating an international Common Law of trade, as well as the new prominence of other specialized trade courts developed in connection with free trade agreements. These courts are amassing a body of legal rules*

Neste sentido, em âmbito mundial, em especial dentro das Nações Unidas, existem instrumentos que tentam harmonizar e aproximar o Direito Privado à nível internacional, tais como a UNCITRAL[593], os UNIDROIT[594], a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Convenção das Nações Unidas sobre Letras de Câmbio; Convenção das Nações Unidas sobre Cessão de Créditos no Comércio Internacional. Não há, em princípio, nos instrumentos citados uma unificação do regime jurídico das situações puramente internas, mas trazem em si regramentos internacionais capazes de harmonizar

---

*that in many cases challenge traditional prerogatives of nation-state sovereignty and may override domestic court decisions, or at least act in dialectical relationship with national courts. In addition, again as in the public law context, non-governmental organizations and international civil society groups are becoming increasingly active in the WTO process, attempting to use the appellate panels to further the aims of environmental or labor movement*s. BERMAN, Paul Schiff. ***From International Law to Law and Globalization***. Artigo. *Columbia Journal of Transnational Law – Law and Globlization.* Berman Print Version.Doc, 03/05/2005, p. 485-556, p. 521.

O crescente papel dos tribunais de apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC) na criação de um Direito internacional comum comercial, bem como o novo destaque de outros tribunais comerciais especializados desenvolvidos em conexão com acordos de livre comércio. Esses tribunais estão reunindo um conjunto de regras legais que, em muitos casos, contestam as prerrogativas tradicionais da soberania do Estado-nação e podem anular as decisões dos tribunais nacionais ou, pelo menos, agir em um relacionamento dialético com os tribunais nacionais. Além disso, novamente como no contexto do Direito público, organizações não-governamentais e grupos da sociedade civil internacional estão se tornando cada vez mais ativos no processo da OMC, tentando usar os painéis de apelação para promover os objetivos dos movimentos ambientais ou trabalhistas. (tradução livre realizada pela autora)

[593] A UNCITRAL foi estabelecida pela Assembleia-Geral da ONU em 1966, a qual reconheceu que as disparidades existentes nas leis nacionais que disciplinam o comércio criavam obstáculos aos fluxos comerciais, e entendeu que essa Comissão deveria ser o veículo pelo qual a ONU poderia desempenhar papel mais ativo na redução ou na remoção desses obstáculos. A UNCITRAL vem elaborando normas modernas, harmônicas e justas, dentre as quais podem ser citadas: a) as convenções, as leis-modelos e as normas-modelo mundialmente aceitas; b) guias e recomendações jurídicas e legislativas de grande valor prático; c) informações atualizadas sobre a casuística e a promulgação de leis comerciais uniformes; d) assistência técnica em projetos de reforma de legislação; e, e) seminários regionais e nacionais sobre lei comercial uniforme. CRETELLA NETO, José. **Empresa Transnacional e Direito Internacional** – Exame do tema à luz da Globalização. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 107.

[594] O *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, sediada em Roma, que desempenha importante missão no campo do Direito Privado. Fundada em 1926 como órgão auxiliar da antiga Liga das Nações e, seguindo-se à dissolução desse organismo precursor da ONU, foi reestabelecido em 1940, com base em um acordo multilateral, denominado Estatuto do UNIDROIT. O UNIDROIT é, portanto, uma Organização Internacional do tipo *clássico*, segundo os critérios de classificação do Direito Internacional, uma vez que dela fazem parte somente Estados e grupos de Estados, a preparar gradualmente a adoção, por seus membros, de regras uniformes de Direito Privado. As atividades do UNIDROIT têm também servido de base para a elaboração de inúmeros instrumentos internacionais adotados sob os auspícios de outras organizações internacionais. CRETELLA NETO, José. **Empresa Transnacional e Direito Internacional** – Exame do tema à luz da Globalização, p. 106/107.

situações comerciais necessárias para satisfazer preliminarmente os interesses transnacionais.[595]

Já, em âmbito regional, na seara dos movimentos de integração econômica regional, tem-se a União Europeia[596], a qual através do Direito da União Europeia[597], tenta estender a integração, em especial do Direito Privado, para todos os países.

A necessidade de harmonização[598] e, quiçá, uniformização das regras, em especial em matéria de Direito Privado[599], não somente para os países que adotam o sistema jurídico da *Common Law,* mas, também, para aqueles da *Civil Law*, ganhou extrema relevância em razão dos processos de integração[600] transnacional, exarados através da integração econômica regional, tal como ocorreu na União Europeia[601],

---

[595] VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 528.

[596] A União Europeia é uma entidade com personalidade jurídica única, baseada na supranacionalidade, uma vez que as normas de Direito Comunitário estão acima das fontes nacionais. Ademais, o desenvolvimento da União Europeia não encontra comparações, pois o quadro institucional atual da mesma supera todos os demais projetos de aproximação entre os Estados, especialmente pelo seu caráter supranacional. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 81.

[597] Somente a título ilustrativo, a denominação Direito da União Europeia substituiu a expressão Direito Comunitário em razão do Tratado de Lisboa de 2007, o qual unificou a personalidade jurídica da União Europeia.

[598] Por harmonização de Direitos entendem-se a redução das diferenças que separam os Sistemas de Direitos quanto a certas matérias, a fim de assegurar um certo grau de equivalência funcional entre as soluções neles consagradas, mas sem que seja inteiramente suprimida a diversidade das respectivas regras. A harmonização pode ser conseguida de diferentes formas, entre elas avultam, na União Europeia, as Diretivas, que vinculam os Estados-membros quanto aos resultados a alcançar na disciplina jurídica de certas matérias, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de o conseguirem; e, no âmbito mundial as Leis-Modelo emanadas da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) e do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 524.

[599] Figuram entre as razões mais frequentes aduzidas a favor das iniciativas de harmonização e unificação do Direito Privado a integração dos mercados e a necessidade, que lhe é inerente, de assegurar a igualdade de condições entre os operadores econômicos que neles concorrem entre si. As disparidades de regimes jurídicos dos contratos comerciais vigentes, por exemplo, nos próprios Estados-membros da União Europeia, já implicariam em uma unificação do Direito Privado. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 538.

[600] Quando se fala em "integração" transnacional está-se falando de algo muito além da mera cooperação. Não só o Estado Constitucional Moderno contrai obrigações vinculantes (caso dos tratados internacionais clássicos) ou, mais do que isso, se submete ao controle de organismos transnacionais quanto ao seu cumprimento (como é o caso das Convenções Europeias e Americana de Direitos Humanos), transferindo poderes a esses organismos, que se convertem em titulares de competências que antes lhe pertenciam: o poder deste, portanto, se "esvazia" paulatinamente. CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania e superação do Estado Constitucional moderno.** Novos Estudos Jurídicos, Vol. 11 - n. 1 - p. 41-62, jan-jun, 2006, p. 9.

[601] No âmbito da União Europeia são hoje muitos e inúmeros os atos normativos que incidem sobre matérias de Direito Privado visando harmonizar os Direitos dos Estados-membros. Entre esses atos destacam-se as Diretivas relativas à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre consumidores, à proteção dos adquirentes quanto

sendo essa o exemplo perfeito a ser utilizado, tendo em vista ser a mesma produto de uma visão inicialmente econômica de alguns países Europeus, mas que tornou-se a precursora de um novo Direito – o Direito da União Europeia.

Entretanto, há que se ressaltar que não somente no Direito Privado uma harmonização de Direito produziria um grande benefício, mas, também produziria uma maior integração transfronteiriça de atores transnacionais capazes de superar diversas outras barreiras; porém, harmonização de Direitos como um todo deverá passar por um plano internacional que tenha como norte a preservação do pluralismo jurídico[602] e de Direitos[603]. Isto porque, não está somente em jogo a harmonização e uniformização de Direitos inerentes à *Common Law* e a *Civil Law*, mas o que se quer é a possibilidade de miscigenação destes para a formação de um Direito que atenda a necessidade de novos atores transnacionais, que decorrem, na maioria das vezes, do mercado comercial mundial[604].

E, a importância que o Direito da União Europeia tem, além de outros fatores, é ter unido países com Direitos internos diferentes, bem como Sistemas de

---

a certos aspectos dos contratos de aquisição de um Direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, entre outros. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 530.

[602] Numa visão complexa do conceito de ordens jurídicas globais, pensar a complexidade seria repensar a ideia de um Direito pós-nacional em busca de uma harmonização entre Direitos nacionais e Direito internacional e não a procura de um Direito comum. Significa pensar técnicas jurídicas que permitam articular diferentes conjuntos normativos, que se constroem por diferentes atores, em várias camadas de normas (nacionais, internacionais, transnacionais, públicas e privadas), que se conectam de forma constante para solucionar eventuais conflitos, os quais poderiam levar à desagregação da unidade. Seria ilusório e talvez simples demais pensar que apenas uma ordem jurídica global absorveria as ordens jurídicas interestatais e regularia toda a comunidade internacional, toda a humanidade, de forma plural, ao menos por enquanto. A ideia de uma ordem jurídica com fontes descentralizadas de poder ainda é predominante e dificilmente superável. Porém, há vários fenômenos fragmentados, isolados que geram normas comuns, mas sem um elemento fundador ou legitimador que lhes garanta unidade. A constatação de conjuntos ou fenômenos jurídicos cosmopolitas, transnacionais não é suficiente para construir uma ordem jurídica global, mas a ideia de um modelo exclusivo de representação comum de vontades, ligadas por juízes, atores estatais, empresas, ainda parece frágil, mas sempre há espaço para opções e novas nuances à nível global. VARELA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, globalização e complexidade, São Paulo: USP, 2012, p. 520.

[603] A pluralidade dos Direitos é inerente à diversidade de culturas – ou seja, à diversidade dos costumes e das instituições que constituem a herança social da comunidade – e à diversa valoração dos mesmos problemas nos diferentes sistemas jurídicos locais. VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral, p. 540.

[604] Somente relembrando que, os novos atores transnacionais não são somente comerciais, conforme analisado no capítulo terceiro do presente trabalho.

Direito diferentes[605], colocando-os todos sob o mesmo manto de decisões, bem como dando uma nova visão para os antigos atores internacionais em geral, face a mudança de paradigma que acarretou, em especial, a nível de Estado nação.

Desta forma, a construção de Estados transnacionalizados e de um Direito Transnacional, pelos países-membros da União Europeia, poderia trazer de volta para os Estados-membros a primazia da política e a capacidade de ação, democraticamente controlável, da política econômica e social. Na verdade, uma União Europeia forte e democrática poderia empregar toda a sua força, como maior poder comercial do mundo, na proporção de reformas reais, tanto internas quanto externas. E, uma política de desregulamentação das organizações transnacionais seria necessária para contrapor a exigência de uma nova regulamentação e a reintrodução de padrões sociais[606]. A União Europeia poderia propiciar, como exemplo para os demais países mundiais, um comércio mundial equilibrado, tendo em vista que Globalização significa uma nova regionalização[607] sub e supranacional.[608]

---

[605] Apesar da saída do Reino Unido, oficialmente na data de 31 de janeiro de 2020, da União Europeia, as experiências e ensinamentos deixados pela mesma para a União são insuperáveis, tendo em vista que por mais de 30 anos, o Sistema de Direito Inglês conviveu "par e passo" com o sistema da *Civil Law* sob o manto da União Europeia.

[606] *The inclination to deny that some, or perhaps much of this regulations is law derives from deep-rooted assumptions about law´s nature: for example that it can be created or controlled only by state institutions and agencies; that it is essentially public and not private regulation; that it aim (even if sometimes unsuccessfully) to achieve clarity and relative constancy in the form of fixed rules, not flexible standards; that it is a supreme form of regulation, dominating other regulatory regimes; that is comprehensive in its social field; and that is consists of imperative demands or specified permissions, not negotiated understandings. Each of these assumptions about law is challenged by developments in transnational regulation, insofar as this regulation is now often labelled "law", seen as legally important, or increasingly integrated with national or international law.* COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 94. (tradução livre realizada pela autora)

[607] Apesar deste cenário favorável, existem posições contrárias a questão da Globalização como um incentivador de uma nova regionalização, em especial em relação a União Europeia, isto porque afirmam que no atual panorama das relações transnacionais, apenas processos como o da União Européia parecem cumprir os requisitos precisos para incorporar o ideal do Estado de Direito. E, no entanto, esse processo é chamado por muitos economistas de "regionalização" e é considerado uma ameaça potencial à Globalização, uma vez que nada mais é do que a construção de um tipo de Estado múltiplo com uma base territorial clara e limites de fronteiras econômicas. (tradução livre realizada pela autora)

En el panorama actual de las relaciones transnacionales sólo procesos como el de la Unión Europea parecen cumplir con los requisitos precisos para incorporar el ideal del imperio de la ley. Y sin embargo ese proceso es llamado por muchos economistas "regionalización", y es mirado como una potencial amenaza frente a la globalización, pues no es sino la construcción de una suerte de Estado múltiple con clara base territorial y límites económicos de frontera. LAPORTA, Francisco J., **Globalización e Imperio de la Ley**, p. 263.

[608] BECK, Ulrich. **O que é Globalização?**, ps. 271/272.

Neste sentido, a tendência de negar que parte ou talvez grande parte dos regulamentos transnacionais transformem-se em porduto de Direito, deriva de suposições profundamente enraizadas sobre a natureza do próprio Direito, por exemplo, ele pode ser criado ou controlado apenas por instituições e órgãos do Estado; que é essencialmente regulação pública e não privada; que visa (mesmo que às vezes sem sucesso) alcançar clareza e constância relativa na forma de regras fixas, não de padrões flexíveis; que é uma forma suprema de regulação, dominando outros regimes regulatórios; isso é abrangente em seu campo social; e, isso consiste em demandas imperativas ou permissões especificadas, não em entendimentos negociados. Cada uma dessas suposições sobre o Direito é contestada pelo desenvolvimento da regulamentação transnacional, na medida em que esse regulamento é agora frequentemente rotulado de " Direito ", visto como legalmente importante ou cada vez mais integrado ao Direito nacional ou internacional.

Portanto, o papel do Direito Inglês é de extrema importância, não somente para a transnacionalização em si, mas para a expansão dos mercados globais comerciais, visto que os ingleses sempre dominaram a técnica de transpor fronteiras[609] adaptando-se as regras e espalhando a forma de ver o Direito a quem quer que fosse.

Ademais, a emergência das ordens *trans* e *supranacionais*, *públicas* e *privadas*, traz ao sistema jurídico um novo elemento de complexidade que faz com que pressupostos até então pacíficos na modernidade (quanto à eficácia espacial de decisões proferidas pelo Judiciário, por exemplo) devam ser necessariamente relidos na pós-modernidade.[610]

---

[609] Um dos grandes problemas com o qual a sociedade globalizada contemporânea defronta-se é o da legitimidade da produção de efeitos extraterritoriais por normas e decisões estrangeiras, tendo em vista as implicações e correlações específicas entre Direito, Estado, Democracia e território, agitadas particularmente num mundo em que as fronteiras nacionais são cada vez mais porosas e as certezas jurídicas menos presentes. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo:** “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. Revista Direito GV**,** [S.l.], v. 12, n. 3, p. 748-775, set. 2016.

[610] ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo:** “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas.

Neste sentido, importante analisar, na sequência, a influência do Direito Inglês[611] na formação dos *Precedents*[612] transnacionais, tendo em vista a necessidade, no Direito Transnacional, de uma flexibilização dos fundamentos norteadores do Direito, através das decisões proferidas pelos Tribunais nacionais.

6.1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INGLÊS PARA A FORMAÇÃO DE *PRECEDENTS* TRANSNACIONAIS[613]

[611] A maior parte do ordenamento jurídico formado por precedentes jurisprudenciais criados a partir dos costumes advém da Inglaterra, sendo que o Direito Inglês pode proporcionar excelentes elementos para reflexão sobre o Direito – e o Estado – que se tem e o Direito – e o Estado – que provavelmente se terá. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**, p. 1341.

[612] *Considerando que la fuerza normativa de la jurisprudencia es un fenómeno que podemos encontrar en cualquier lugar, y no solo en el ámbito del Common Law, desde hace algunos años viene ganando empuje – sobre todo en la Teoría del Derecho de los países de América Latina, que hunden sus raíces en el Civil Law – un movimiento para la reorganización y desarrollo de los conceptos fundamentales de la Teoría General del Proceso relativas a la Teoría del Precedente. Con ello se pretende posibilitar, mediante un nuevo arreglo dogmático propuesto por los Parlamentos (establecido mediante codificaciones que dotan de relevancia al derecho jurisprudencial), la correcta recepción teórica y aplicación de los institutos y categorías específicas de la doctrina de los precedentes que hasta hace poco tiempo pertenecían casi exclusivamente al Common Law.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 141.

Considerando que a força normativa da Jurisprudência é um fenômeno que pode ser encontrado em qualquer lugar e não apenas no campo da *Common Law*, tem-se que há alguns anos vem ganhando impulso - especialmente na Teoria do Direito dos países da América Latina, os quais têm suas raízes na *Civil Law* - um movimento pela reorganização e desenvolvimento dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Processo em relação à Teoria do Precedente. Com base nisso, tem-se a viabilidade, através de um novo arranjo dogmático proposto pelos Parlamentos (estabelecido por meio de codificações relevantes ao Direito jurisprudencial), a correta recepção e aplicação teórica dos institutos e categorias específicas da doutrina dos precedentes (regra dos precedentes), que até recentemente pertencia quase exclusivamente à *Common Law*. (tradução livre realizada pela autora)

[613] *Most philosophers and legal theorists have assumed that there is one universal subject matter of legal theory, which is itself to be abstracted from the variant phenomena of law in all societies, past, present, and future. For instance, conceived of a science of 'General Jurisprudence' the object of which was to lay bare the essential nature of law in all societies. (…) And in our own day, the debates between positivists or 'natural law' theorists have frequently proceeded as though it were possible to provide universal answers to fundamental questions about the 'true' nature of law, or the 'proper role' of the judges, or the 'correct' approach to statutory interpretation usually without due regard to the general contexts and problems of particular legal systems.* SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law:*** *a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, p. 416.

A maioria dos filósofos e teóricos do Direito assumiram que existe um assunto universal da teoria jurídica que deve ser abstraído dos fenômenos variantes do Direito em todas as sociedades, passado, presente e futuro. Por exemplo a concebida ciência da "Jurisprudência Geral", cujo objetivo era revelar a natureza essencial do Direito em todas as sociedades. (...) Nos dias de hoje, os debates entre positivistas ou teóricos da "lei natural" frequentemente prosseguem como se fosse possível fornecer respostas universais para perguntas fundamentais sobre a natureza "verdadeira" da lei ou o "papel adequado" dos juízes, ou a abordagem 'correta' da interpretação estatutária, geralmente sem a devida

A transposição de fronteiras[614] por parte dos atores internacionais, em especial os de cujo comercial, fez, conforme se verifica neste capítulo, com que organizações internacionais criassem instrumentos capazes de regular o *modus operandi* de funcionamento organizacional daqueles. Entretanto, por mais que o regramento organizacional do comércio internacional – utilizando em específico esta área do Direito, mas deixando claro que poderia ser utilizada qualquer outra – esteja ocorrendo, problemas decorrentes às normativas nacionais podem complicar e, muitas vezes, inviabilizar, a manutenção de relações comerciais entre diferentes atores transnacionais.

A medida que os Estados nacionais dificultam, seja através da ineficácia da aplicação da justiça ou mesmo de acesso à justiça ou mesmo com decisões estapafúrdias, a resolução de conflitos decorrentes das relações existentes entre as mais diferentes matizes de atores transnacionais[615], o *precedent* judicial transnacional surge como uma solução para dar agilidade, tranquilidade e a certeza necessária para a manutenção dos relacionamentos estabelecidos a nível supranacional.

Neste sentido, a importância dos *precedents* em si, está na formação de decisões judiciais universais/transnacionais, versando sobre os mais variados temas

---

consideração aos contextos e problemas gerais de sistemas jurídicos específicos. (tradução livre realizada pela autora)

[614] O recipiente está vazando. É um lugar comum, atualmente, entender que a porosidade das fronteiras, a extensão e a intensidade de interações "transfronteiriças" e dos movimentos de capitais, pessoas, bens, serviços, informação, símbolos e ideias geraram padrões e instituições sociais transnacionais que estendem as dimensões espaciais das relações sociais através das fronteiras estatais; fazendo com que, em muitos aspectos, a situação se torne global. A perda de centralidade do território nacional para a operação do Direito é acompanhada, justamente, pela perda da centralidade do Estado na produção do Direito. Ainda que permaneça como um agente relevante, o Estado não é mais o único ator – e, talvez, nem mesmo o mais relevante deles a produzir Direito. Trata-se da necessidade de repensar cinco pressupostos básicos do Direito, sendo duas delas importantes para a presente Tese, a primeira aceitar a existência dos regimes regulatórios transnacionais, com lógicas jurídicas específicas para determinados campos de atuação, como parte do processo de diferenciação interna ao Direito; e, em segundo lugar, entender a criação de regimes "privados" transnacionais, dentre os quais seria exemplo a *Lex Mercatoria.* ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo:** "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas.

[615] Autores contemporâneos já identificaram a possibilidade de sobreposição de ordens jurídicas em um mesmo território, como nos Estados em condomínio, nas federações, nos territórios internacionalizados e nas normas com efeitos extraterritoriais. A diferença é que agora o cenário de sobreposição se torna mais denso, os processos deixam de ser estatais e passam a intensificar a criação normativa por atores públicos e privados, subestatais ou transnacionais, com diferentes lógicas jurídicas. VARELA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito:** Direito Internacional, globalização e complexidade, p. 521.

e nuances, tendo em vista que os *precedents* constituem-se fonte de grande importância não somente para a *Common Law*, mas de igual forma para os países pertencentes a *Civil Law*[616]; assim, a possibilidade de utilização de precedentes judiciais estrangeiros por parte de outros Tribunais, nacionais e internacionais, e que tais sirvam de fundamento as referidas decisões, são de importância vital para ter-se a possibilidade de formação de uma verdadeira comunidade global.

Isso porque, o cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do Direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do Direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas.[617]

Esse novo paradigma do Direito passa, então, seguindo na mesma linha de raciocínio, pela utilização e validação de *precedents* transnacionais, por parte dos Tribunais e Cortes de Justiça nacionais e internacionais, transformando o papel do judiciário em protagonista de tais reformulações, conforme será melhor e amplamente analisado no capítulo oitavo desta Tese.

---

[616] *Al superar la idea clásica de que solo la ley era fuente formal, los sistemas jurídicos de Civil Law comenzaran a dar mayor importancia a la jurisprudencia, entendiendo que, por medio de las decisiones judiciales, los principios y conceptos jurídicos indeterminados ganaban concreción. Partiendo de la premisa de que texto y norma no se confunden, la actividad jurisdiccional en el siglo XX asumió la función de reconstruir el sentido normativo de las proposiciones y de los enunciados jurídicos. El texto normativo constitucional, en razón de su generalidad, pasó a imponer al juez la creación de la respuesta para el caso concreto, teniendo siempre en cuenta las especificidades del caso y el programa de la norma. Por lo demás, esa aproximación trajo una mejora técnica a los sistemas jurídicos occidentales, en la medida en que los jueces de ambas jurisdicciones pueden y deben aprender y compartir las buenas prácticas, sea cual fuere la tradición que estructure su jurisdicción.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 146.
Ao superar a ideia clássica de que apenas a lei era uma fonte formal, os sistemas jurídicos da *Civil Law* passaram a dar maior importância ao *precedent*, entendendo que, por meio de decisões judiciais, os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados ganhariam concretude. Partindo da premissa de que texto e norma não são confusos, a atividade jurisdicional do século XX assumiu a função de reconstruir o significado normativo das proposições e declarações legais. O texto normativo constitucional, devido à sua generalidade, impôs ao juiz a criação da resposta para o caso específico, sempre levando em consideração as especificidades do caso e o programa da regra. Essa abordagem trouxe um aprimoramento técnico aos sistemas jurídicos ocidentais, na medida em que juízes de ambas as jurisdições podem e devem aprender a compartilhar boas práticas, independentemente da tradição que estrutura sua jurisdição. (tradução livre realizada pela autora)

[617] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 3(1): 75-83 janeiro-junho, 2011, p. 76.

E, assim, os Tribunais formais chancelados pelo Estado poderão adotar regras que reconheçam as várias afiliações da comunidade/sociedade. Por exemplo, ao escolher as normas legais substantivas a serem aplicadas a uma disputa transnacional, um Tribunal pode levar em conta o fato de que as partes têm afiliações comunitárias distantes ou são cidadãos de países com leis conflitantes e, portanto, procure mesclar uma variedade de normas transnacionais. Da mesma forma, na constituição dos chamados Tribunais nacionais/internacionais "híbridos" para tratar de atrocidades passadas em sociedades pós-conflito, os juízes são frequentemente escolhidos de várias comunidades da sociedade, bem como da comunidade internacional em geral. Esses desenvolvimentos refletem a necessidade crescente de leis oficiais para reconhecer (e às vezes acomodar) as afiliações das pessoas com várias comunidades.[618]

Então, em decorrência da análise realizada nos capítulos anteriores, é possível verificar que já ocorre uma harmonização bastante grande entre a *Common Law* e a *Civil Law*[619]; a referida harmonização tem muita relação com a utilização por parte destes dois Sistemas de Direito de uma fonte comum à ambos – a Jurisprudência como é chamada na *Civil Law*, ou como a *Common Law* chama – o *Precedent.*

E, o principal fator que desencadeou esse tipo de abordagem entre sistemas de tradições diversas, como o são a *Common Law* e a *Civil Law*, foi a ascensão do constitucionalismo do pós-guerra, quando a humanidade foi forçada a recolocar os Direitos fundamentais no centro do debate jurídico, forçando, entre outras mudanças, a releitura da teoria das fontes e da teoria da jurisdição. O respeito à lei - um elemento que buscava introduzir segurança jurídica e igualdade formal - não

---

[618] *Even formal state-sanctioned courts might adopt rules that acknowledge multiple community affiliations. For example, in choosing the substantive legal norms to apply to a transnational dispute, a court might take into account the fact that the parties have distant community affiliations or are citizens of countries with conflicting laws and therefore seek to blend a variety of transnational norms. Similarly, in the constitution of so-called "hybrid" domestic/international courts to address past atrocities in post-conflict societies, judges are often drawn from a variety of communities within the society as well as from the international community at large. These developments reflect the increasing need for official law to acknowledge (and sometimes accommodate) people´s affiliations with multiple communities.* BERMAN, Paul Schiff. ***From International Law to Law and Globalization***, p. 539/540. (tradução livre realizada pela autora)

[619] A *Civil Law*, como formação, evolução e aplicação foi objeto de estudo deste trabalho, no segundo capítulo.

respondia mais à realidade plural das situações sociais e, portanto, diferentemente do modelo liberal - que procurava preparar textos jurídicos claros e objetivos - o movimento constitucionalista favoreceu a elaboração de normas com textura aberta (conceitos indeterminados e cláusulas gerais), meros moldes a serem preenchidos pelo juiz no momento da aplicação. Mas com isso, os juízes do Direito, em especial, os de *Civil Law*, deixaram de trabalhar apenas guiados pela legislação, passando a adotar também o *Precedent* como caminho para resolução de conflitos à eles subordinados.[620]

Todavia, sem dúvida a Inglaterra teve um protagonismo neste sentido, visto que seguramente por sua história e por seus costumes e também, em menor grau, por sua geografia, permitiu-se algum isolamento e serviu como uma espécie de membrana seletiva. Costuma-se chamar o processo de formação do Direito Inglês como de "trato sucessivo", o que possibilitou a sua construção ao longo dos séculos, desde a *magna carta*, passando por duas importantes revoluções sem uma ruptura como as que aconteceram no Continente. Pode-se, então, dizer que a modernidade chegou um século antes à Inglaterra e que o Direito Inglês adquiriu sua forma atual por conta desses fatos, com os costumes e os precedentes ocupando lugar de destaque.[621]

Em face disto, o *precedent* dentro do Direito Inglês era e continua sendo um Direito feito essencialmente por juízes[622]; os precedentes, ou seja, as decisões

---

[620] *El principal fator que desencadenó este tipo de aproximación entre sistemas de tradiciones diversas fue el ascenso del constitucionalismo de la segunda posguerra, cuando la humanidad se vio obligada a recolocar los derechos fundamentales en el centro del debate jurídico, forzando, entre otros cambios, la relectura de la Teoría de las Fuentes y de la Teoría de la Jurisdicción. El respeto a la ley – un elemento que buscaba introducir seguridad jurídica e igualdad formal – ya no respondía a la realidad plural de las situaciones sociales, y así, a diferencia del modelo liberal – que pretendía la elaboración de textos de ley claros y objetivos – el movimiento constitucionalista favoreció la elaboración de normas con textura abierta (conceptos indeterminados y cláusulas generales), meros moldes a ser rellenados por el juez en el momento de la aplicación. Pero con ello los jueces del Civil Law dejaron de trabajar solo orientados por la legislación.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 145/146. (tradução livre realizada pela autora)

[621] BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo M. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a crise do Estado**, p. 1340.

[622] A expressão característica fundamental do Direito Inglês de que o mesmo é um Direito feito sobretudo pelos juízes, tem-se pelo fato de que o Lorde Chancellor, acumulando as funções políticas, judiciárias e administrativas, é quem nomeia os juízes. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 333.

análogas àquela em exame, contêm o Direito vigente em forma não-codificada[623]. Diante de um caso concreto, o juiz deve perguntar-se como foram decididos anteriormente casos análogos, sendo que a situação mais frequente é aquela em que já existe um estável núcleo de sentenças que identificam com clareza a decisão a ser tomada; atendendo a elas, o juiz promulgará então uma sentença que passará a fazer parte do Direito do país que o aplicou.[624]

O *modus operandi*, acima descrito, apesar de ser a forma como o *Precedent* é criado e aplicado na Inglaterra e nos países que adotam a *Common Law*, não tem muita variação da forma de criação e aplicação da Jurisprudência junto as Cortes e Tribunais da *Civil Law*. Em razão disto e em decorrência do crescente número de atores transnacionais, os quais necessitam, para poder ter uma maior segurança nas relações jurídicas, que se estabeleça a possibilidade de serem criados as chamadas interações transjudiciais[625], a fim de poder-se utilizar de decisões judiciais estrangeiras junto à Cortes e Tribunais nacionais e internacionais para uma melhor obtenção de Justiça aos problemas trazidos ao Poder Judiciário[626].[627]

Assim, não há dúvida da importância da existência, para o mundo jurídico, de *precedents* transnacionais, sendo que também não há como negar a influência exercida pelo Direito Inglês em países pertencentes à *Civil Law* como, também,

---

[623] Caso se queira estar apto a uma nova compreensão do Direito, a qual possa fornecer uma resposta ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais, é preciso superar a construção teórica da modernidade liberal, apesar de se saber que o período que virá conviverá com o atual, ou seja, não se trata de um novo paradigma excludente, mas sim de coabitação. O Direito que advirá desse ambiente político-jurídico transnacional será forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social, Direitos humanos e proteção ao meio ambiente. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo M. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a crise do Estado**, p. 1345.

[624] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**, p. 336.

[625] Em todo o ocidente, as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudicias e transjudicialismo**: sobre a linguagem irônica no Direito internacional, p. 170.

[626] O Poder Judiciário como poder político desempenha um papel proeminente na salvaguarda de Direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados. Um protagonismo mais ativo por parte do Poder Judiciário não representa risco à secularizada teoria da tripartição, ao contrário traduz-se na sua próprio afirmação. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo M. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a crise do Estado**, p. 1349.

[627] A questão que versa sobre as interações transjudiciais, pela importância e protagonismo exercido pelo Poder judiciário, será melhor analisada no capítulo oitavo desta Tese, quando tratar-se-á do Protagonismo Judicial no Direito Transnacional.

influenciando Cortes e Tribunais nacionais e internacionais, a socorrer-se dos ditames do *precedent* para melhor decidirem sobre matérias das mais diversas nuances, mas em especial sobre aquelas que recaem sob o viés do Direito Transnacional.

Isso porque, o *Precedent* encontra-se inserido no campo das razões para decidir o caso, sendo por esse fato que a natureza obrigatória da Jurisprudência não cancela, mas aprimora, as críticas aos critérios jurisprudenciais não compartilhados, bem como do diálogo entre os tribunais, matéria a ser analisada no capítulo oitavo desta Tese. Tal situação tem-se mesmo quando são estabelecidos mecanismos institucionais de unificação jurisprudencial que estabelecem a obrigação de seguir a doutrina jurisprudencial resultante, devendo entender que isso se vincula, obviamente caso não houver motivo relevante para abandoná-la.[628]

Portanto, sem querer esgotar o tema, tendo em vista que mais adiante será analisado o Protagonismo Judicial nas decisões transnacionais – capítulo oitavo desta Tese, mas havendo a necessidade de um maior esclarecimento referente a matéria dos atores inter ou supraestatais, passar-se-á a análise do papel do Direito Inglês no Direito da União Europeia e da *Lex Mercatoria* para a construção de uma condição de Transnacionalidade e do próprio Direito Transnacional.

6.2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA[629] PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL

As distâncias diminuíram, a internet ganhou espaço (quase toda a população mundial está na rede), o fluxo de pessoas entre os países aumentou

---

[628] *La jurisprudencia se inserta en el campo de las razones para decidir el caso; por eso la obligatoriedad de la jurisprudencia no cancela, sino que más bien potencia, la crítica de los criterios jurisprudenciales no compartidos y el diálogo entre tribunales. Incluso allí donde se instauran mecanismos institucionales de unificación jurisprudencial que establecen la obligación de seguir la doctrina jurisprudencial resultante, debería entenderse que esta vincula si no se observa una razón relevante para abandonarla.* GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 176.

[629] A União Europeia tem um papel significativo, insubstituível na verdade, na coordenação da gestão de fronteiras e na sua articulação com iniciativas de política externa e de boa vizinhança. GIDDENS, Anthony. **Este Turbulento e Poderoso Continente:** Que Futuro para a Europa?, p. 135.

consideravelmente nas últimas décadas e o comércio mundial tornou-se o propulsor da economia global.

Nenhuma das premissas acima é desconhecida da sociedade e dos governantes de Estados; a sociedade mundial atual tem exata ciência do poder que tem e exerce sobre os Estados e organismos inter e supra estatais, vide o plebiscito que aprovou a retirada da Inglaterra da União Europeia, fato que gerou o chamado *Brexit*. O mundo, então, tornou-se mais dinâmico trazendo consigo criações (União Europeia) e reinvenções (*Lex Mercatoria*) excepcionais a fim de suprir as lacunas deixadas pela governança estatal tradicional.

E, neste sentido, que quando os precursores[630] da União Europeia a pensaram, os mesmos tinham como ideia trazer uma estabilidade e esperança a sociedade que à compunha (hoje Ela possui mais de 500 milhões de pessoas composta por diferente matizes e origens), a fim de que aquele Ente formado fosse um propulsor de um novo caminho, mais flexível, para que as premissas acima mencionadas fossem melhor geridas.

Assim, tanto a União Europeia quanto à nova *Lex Mercatoria* – a qual será melhor analisada na sequência deste capítulo - possuem uma influência grandiosa na construção de um Direito Transnacionalizado, capaz de assegurar validade e eficácia às novas necessidades sociais exarada através das dificuldades de atores transnacionais e internacionais terem uma certeza quanto à aplicação do Direito nos relacionamentos supraestatais.

Inicialmente, há que se olhar, conforme dito acima e também descrito no Capítulo Quarto desta Tese, na origem e formação da União Europeia, para aquilo que os precursores deste organismo supraestatal tinham em mente quando da sua constituição. Isto porque, a Europa Ocidental, desde a década de 1950, conduz um

---

[630] A governança da União Europeia assenta-se num modelo gradualista, em que o papel mais proeminente é desempenhado pela Comissão (a Comissão é formalmente responsável pelo lançamento de planos, projetos e políticas para a União no seu todo). Esse modelo tem até um nome – "método Monnet". Jean Monnet, conforme já mencionado nesta Tese, é uma das grandes figuras europeias, defendia que a melhor maneira de construir uma arquitetura era fazendo-o tijolo a tijolo. Os diálogos e os debates que deram início a tais passos decorriam sobretudo em pequenos círculos fechados, deixando de fora os parlamentos e as assembleias nacionais, e também os cidadãos. GIDDENS, Anthony. **Este Turbulento e Poderoso Continente:** Que Futuro para a Europa?, p. 6.

processo de integração econômica complexo[631]. O tratado mais importante do período entre 1950-65 para a formação deste novo ator internacional, embrião da atual União Europeia, foi o Tratado de Roma de 25 de março de 1957[632].

O processo evolutivo da construção europeia somente foi aprimorado após a adoção de mecanismos jurídicos e a introdução de normas relativas à união econômica e monetária, o que deu origem ao Tratado da União Europeia, TUE, assinado em Maastrich, em 7 de fevereiro de 1992[633]. O texto deste tratado foi ratificado pelos Estados-membros após muitos deles terem modificado as Constituições nacionais, a fim de garantir a adequação destas ao ordenamento comunitário, distinto e superior às ordens jurídicas internas[634].[635]

Neste interim entre o ano de 1992 ao ano de 2007, outros tratados foram celebrados no seio da União Europeia, mas, o Tratado de Lisboa[636] iniciado no ano de 2007 e que entrou em vigor no ano de 2009, com certeza foi o mais relevante deles todos. O Tratado de Lisboa[637] é considerado o mais polêmico dos Tratados celebrados

---

631 Há integração entre diferentes Estados quando, de forma duradoura, são adotadas políticas econômicas comuns, mormente comerciais, com o objetivo de diminuir os entraves ao intercâmbio intrazona e diferenciá-lo dos vínculos estabelecidos com os Estados que se situam extrazona. SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. p.194.

632 Não se pode esquecer ainda, que a primeira das Comunidades foi a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, CECA, resultante da iniciativa francesa, e pode ser tida como o primeiro passo dado ao desenvolvimento e aperfeiçoamento posterior da atual União Europeia. Assim, a ideia foi aceita pela Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo, e o Tratado de Paris, que a criou, foi assinado em 18 de abril de 1951, entrando em vigor em 25 de julho de 1952. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p.19-20.

633 O processo de transformação da Comunidade Econômica Europeia em União Europeia foi baseado, essencialmente, na cessão de competências – ou Soberania – pertencentes aos Estados-membros para a Comunidade e para a União Europeia. E isso com uma importante particularidade: não se trata de competências enumeradas taxativamente, mas de competências que se definem de forma indireta. CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania e superação do Estado Constitucional moderno**, p. 9.

634 Na década de 90, mais especificamente, em 1997, foi celebrado em Amsterdã, um novo tratado, o qual visava responder a um novo desafio para a União Europeia, qual seja, o alargamento da União em direção aos países do Leste Europeu. Em virtude deste fato, o Tratado de Amsterdã trouxe diversas alterações nos procedimentos decisórios da Comunidade Europeia. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**, p. 187.

635 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p. 20-21.

636 O documento de Lisboa é um tratado reformador, modificador dos tratados constitutivos da União Europeia. Os documentos modificados são: o Tratado Institutivo da Comunidade Europeia (CE), de 1957; o Tratado Institutivo da Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom ou CEEA), de 1957; e o Tratado da União Europeia ou de Maastricht, de 1992. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia,** p.85.

637 O Tratado de Lisboa é de importância ímpar porque almeja aperfeiçoar a integração entre os países europeus e tem por fim dar mais eficiência às suas instituições, adaptando-as aos atuais membros e aos que ainda ingressarão. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 86.

pelos países membros que compõem a União Europeia, pois ele pretendeu reformar ou alterar determinadas características legislativas do bloco. Neste ponto, a União Europeia, em razão da crise econômica pela qual o mundo passava no período em questão, começa a se preocupar em deixar mais flexível as regras europeias, facilitando uma melhor compreensão delas por partes dos atores nacionais, europeus e transnacionais.

Desse modo, a partir de então, percebe-se que o sistema de organização das instituições comunitárias que sempre ocupou um lugar de destaque entre os objetivos da União Europeia, materializa-se através de um conjunto complexo de nova roupagem às instituições[638] e procedimentos já existentes, bem como em relação as novas, cujo fundamento político e social transcende os âmbitos internos e aos interesses individualizados dos Estados-Membros.[639]

Em razão da tentativa de modernizar e melhorar a estrutura e dinâmica da União Europeia, a estrutura[640] da União Europeia após o Tratado de Lisboa extingue aquilo que os europeus chamam de "triângulo institucional" – o Parlamento, o Conselho e a Comissão, tornando-a una[641]; além disto, o Tratado de Lisboa cria a

---

[638] Neste prisma, a Comissão Europeia representa o interesse próprio da União; o Conselho, o interesse dos Estados-Membros; o Parlamento Europeu, o interesse dos povos desses Estados; o Tribunal de Justiça, o princípio do Estado de Direito e o Tribunal de Contas, o poder de controle financeiro. As funções das quatro primeiras instituições, entretanto, não correspondem ao sistema apresentado por Montesquieu, no qual o Parlamento é o legislador, o Conselho e a Comissão, o governo e o executivo; e os juízes exercem o poder jurisdicional. Na União Europeia, o poder legislativo corresponde ao Conselho, o poder orçamentário encontra-se dividido, o Parlamento Europeu pode derrocar a Comissão, mas não o Conselho. Ademais, se a Comissão, em princípio, é o executivo, o Conselho acumula as funções legislativas, executivas e governamentais. OLIVEIRA, Odete Maria de. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**, p.127.

[639] OLIVEIRA, Odete Maria de. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**, p.128.

[640] A União Europeia passa a ser entidade única, dotada de personalidade jurídica, ainda com capacidade para celebrar acordos ou participar de outras organizações internacionais. Não se fala mais em Comunidades Europeias, mas, sim, unicamente em União Europeia. O termo "comunidade" tecnicamente não é mais adotado. A partir de dezembro de 2009, só União Europeia. Eis a razão da tendência doutrinária optar pela expressão "Direito da União". MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 86.

[641] Em seu art. 13, o Tratado da União Europeia preceitua que a União "dispõe de um quadro institucional que visa a promover os seus valores, prosseguir os seus objetivos, servir os seus interesses, o dos seus cidadãos e o dos Estados-membros, bem como assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas ações", sendo que as instituições da União são: "o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão Europeia (adiante designada "Comissão"), o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Banco Central Europeu, o Tribunal de Contas". MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 90.

figura do Presidente do Conselho Europeu e um Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança.

Entretanto, apesar de todas as reformas trazidas pelo Tratado de Lisboa, não se deve esquecer o papel de impulsão e de arbítrio desempenhado pelo Conselho europeu[642]. De fato, foi nas reuniões dos Chefes de Estado e de Governo, organizadas no quadro desse Conselho, que várias iniciativas foram tomadas a fim de fazer progredir a construção europeia. O modelo político da União Europeia, corolário de sua gênese calcada ora sobre a cooperação política de origem confederada, ora sobre a integração econômica de inspiração federal[643], torna-se, dessa maneira, um modelo *ad hoc*, cujo funcionamento não é fácil de auscultar, mas necessário na tentativa de tornar-se modelo ideal de resolução de disputas supraestatal e mesmo transnacionais.[644]

Vê-se, então, que o sistema jurídico Europeu possui a qualidade de uma ordem jurídica[645], isto é, de um conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas

---

[642] O Tratado de Lisboa tornou o Conselho Europeu uma instituição de pleno direito da União Europeia (artigo 13.º do TUE). Segundo o Tratado, o Conselho Europeu "dá à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e define as orientações e prioridades políticas gerais da União" (artigo 15.º do TUE). O Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia partilham a secção II do orçamento da UE (artigo 43.º, alínea b) do Regulamento Financeiro), pelo que o orçamento geral é apenas constituído por dez e não onze secções, apesar do Conselho Europeu e o Conselho serem duas instituições distintas.

[643] Um sistema federal é classicamente definido como aquele onde existe uma devolução substancial de poder, não aquele onde há um Estado central dominante. Os cientistas políticos anunciaram uma "nova era do federalismo" enquanto os países lutam contra o pântano de influências com que se defrontam. O federalismo admite regras partilhadas e regras próprias, um governo nacional coordenado e, ainda diversidade, experiências criativas e liberdade. À exceção da China, todos os grandes países do mundo são federações. Os Estados unitários que restam, tais como o Reino Unido, França, Espanha, Sri Lanka e Indonésia, tiveram de enfrentar quase todos eles movimentos separatistas. O federalismo não é uma ideologia, mas uma forma pragmática de governança, desejavelmente flexível e adaptável. Um sistema federal na Europa teria que lidar simultaneamente com o problema da liderança e o *déficit* democrático de longa data. GIDDENS, Anthony. **Este Turbulento e Poderoso Continente**: que futuro para a Europa?, p. 31/32.

[644] OLIVEIRA, Odete Maria de. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**, p.148/149.

[645] Uma ordem jurídica não é um grupo fortuito de normas: ela deve ser concebida pela ciência do Direito como um sistema de normas que mantêm relações recíprocas, no qual umas são subordinadas às outras. KELSEN, Hans. *Apud:* VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia**. São Paulo: Manole, 2003, p.127.

com fontes próprias, dotado de órgãos e de processos aptos a emiti-las, a interpretá-las e, eventualmente, a verificar e sancionar as violações às mesmas.[646]

Isto porque, na União Europeia a ordem jurídica de cada um dos Estados europeus continua a funcionar segundo sua própria lógica, visto que a primazia das ordens europeias devem ser concebidas nas ordens internas dos Estados-membros sobretudo em razão de que o Direito constitucional de cada Estado-membro defende a autonomia irrestrita do Direito da União.[647]

Dessa forma, as normas relativas à atividade econômica, bem como as questões judiciais, na União Europeia, ultrapassaram a fronteira do Direito nacional, instalando-se no âmbito comunitário.[648]

Portanto, um Direito da União[649], produzido por um legislativo comum a um grupo de Estados, relativiza a noção de soberania[650]. Consequentemente, perante a ordem mundial, o Estado-membro conserva sua soberania[651] mesmo tendo

---

[646] ISAAC G. *Droit Communautaire General.* Paris: Masson, 1983. p.111. *Apud:* LOUIS, Jean-Victor. **A Ordem Jurídica Comunitária**. Comissão Europeia-Perspectivas Europeias. 5.ed. Bruxelas, 1995. p.11.

[647] VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia**, p.134.

[648] LUPATELLI JR., Alfredo. **Mercosul:** O Direito Empresarial e os Efeitos da Globalização, p.72.

[649] Esse novo Direito, chamado de Comunitário (hoje Direito da União Europeia), e as instituições que o criaram e passaram a aplicá-lo não representam um conjunto desorganizado ou incoerente de normas e poderes. Passaram a ser expressão, pelo contrário, de uma estrutura coordenada, com ordenamento jurídico próprio para o cumprimento de determinados fins. Neste sentido, as organizações europeias praticariam atos jurídicos que escapam às regras do Direito Internacional e estão mais próximas das normas jurídicas do Direito estatal, sendo que esses atos, previstos nos tratados originários (constitutivos), é que consubstanciam a autonomia do ordenamento jurídico desta organização. CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania e superação do Estado Constitucional moderno**, p. 9/10.

[650] A dimensão tradicionalmente dada ao conceito de soberania, em que o Estado não admitia intromissões em suas ações, vem sendo cada vez mais modificada pela Globalização da economia e seus consequentes desdobramentos. A soberania comporta hoje uma interpretação relativizada, em que a ingerência da sociedade internacional por meio das organizações internacionais encontra guarida nos próprios tratados e no fato de as nações, por si sós, não mais possuírem meios e recursos para sanarem problemas de alta gravidade e complexidade, tais como violação aos Direitos humanos, catástrofes ambientais, conflitos bélicos e efeitos da instabilidade financeira planetária. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**, p. 86/87.

[651] Atributo fundamental do Estado, a soberania torna-o titular de competências porque, precisamente existe uma ordem jurídica internacional, ou seja, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores. Ademais, a soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do Direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, §1, que a organização "é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros". A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que "a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados". De seu lado, toda a Jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte de Haia, é carregada de

transferido parte de suas atribuições a uma organização internacional comunitária supranacional, que, apesar de revestida de competências amplas, não consubstancia a concretização de um conceito absoluto e supremo de soberania. Por outro lado, o Estado-membro, conserva também poder de jurisdição interna, doméstica e de garantia da continuidade de sua atuação como titular de poder político a ele inerente, onde a soberania permanece como atributo estatal, porém, com limitação da competência[652].[653]

Porém, no ano de 2020, ocorreu uma exceção à regra acima mencionada. O Tribunal Constitucional alemão, em recentíssima decisão proferida (05 de maio de 2020), foi contrário a uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Europeu em relação ao Programa de compra massiva de dívida pública lançado no ano de 2005 pela União Europeia. O Tribunal Constitucional alemão informou que não se sujeitará a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Europeu referente ao assunto até que o referido Programa não seja levado a uma revisão. Tal situação coloca em "xeque" os pressupostos básicos do próprio Tratado da União Europeia, podendo criar precedentes para que os demais Tribunais Constitucionais dos Estados-membros possam, no futuro, vir a questionar as decisões do Tribunal de Justiça Europeu, em relação a primazia das decisões deste sob os ordenamentos internos dos Estados-membros, ou mesmo, a utilização, por parte da Alemanha, do art. 50 do Tratado da União Europeia, como o fez o Reino Unido.[654]

Entretanto, tendo-se em mente a regra geral de como os Estados-membros componentes da União Europeia convivem com os mecanismos e institutos utilizados pelo Direito da União, que um Direito Transnacional tem a possibilidade de, munido de instrumentos próprios, quiçá, até mesmo dos utilizados pela *Lex Mercatoria*,

---

afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.224-225.

[652] Sobre seu território o Estado exerce jurisdição (termo preferido na doutrina anglo-saxônica) o que vale dizer que detém uma série de competências para atuar com autoridade (expressão mais ao gosto dos autores da escola francesa). Assim, sobre o território, o Estado soberano tem jurisdição geral (significa que, o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional) e exclusiva (significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania). REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p.161-162.

[653] OLIVEIRA, Odete Maria de. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**, p.65.

[654] DESANTES REAL, Manuel. ***El Fuero Y El Huevo.*** 19 de maio de 2020.

construir uma dinâmica própria de atuação entre os Estados, a fim de dar certeza às relações jurídicas criadas entre os atores transnacionais, visto que a *Lex Mercatoria* seria como que uma alternativa para e como complemento às regras decorrentes de diferentes ordenamentos jurídicos, conforme já mencionado acima[655].

Isto porque, é certo que a União Europeia inovou o cenário jurídico internacional ao abandonar o arcaico conceito de soberania. Instituir uma nova forma de ver e ser do Direito, hoje chamado de Direito da União, estabelecendo um quadro jurídico único, sendo que tais normas passam a estar sujeitas ao Tribunal de Justiça supranacional[656], assegurando a uniformidade de aplicação e implementação das mesmas.[657]

Dessa forma, assim como fala-se em Estado de Direito, hoje também pode-se afirmar a existência de uma Comunidade Internacional de Direito. A Comunidade de Direito não teria o poder de coação, nem exército e nem poder de polícia; possui, sim, uma infraestrutura administrativa limitada e apoia-se sobre os Estados que a formam; nas suas relações com o Direito nacional, tendo o Direito da União Europeia,

---

[655] *Lex Mercatoria is addressed as a method of adjudication in dispute-resolution situations where different sets of rules may coexist. In the international business community, the legitimacy of Lex Mercatoria, be it a set of rules or a method of arbitral decision making, derives from the end users´ needs and their acceptance. As a manifestation of pluralism, Lex Mercatoria reaffirms that the question of legitimacy of nonstate law needs to be reformulated in international law.* LIUKKUNEN, Ulla. ***Lex Mercatoria in International Arbitration***. *In: Normative Pluralism and International Law*. Cambridge: University Press, 2013, p. 201.
A *Lex Mercatoria* é abordada como um método de adjudicação em situações de resolução de disputas em que diferentes conjuntos de regras podem coexistir. Na comunidade de negócios internacional, a legitimidade da *Lex Mercatoria*, seja um conjunto de regras ou um método de tomada de decisão arbitral, deriva das necessidades do usuário final e de sua aceitação. Como manifestação do pluralismo, a *Lex Mercatoria* reafirma que a questão da legitimidade do Direito não estatal precisa ser reformulada no Direito internacional. (tradução livre realizada pela autora)

[656] O Tribunal de Justiça, em razão da missão que lhe foi atribuída pelos Tratados constitutivos da Comunidade Europeia, é responsável pelo respeito da legalidade do Direito da União, desde que foi criado na década de 50, mas apesar de ser considerado o seu guardião, não é ele o único responsável pela sua aplicação. Importante também é a atividade exercida pelo Tribunal de primeira Instância. Não se deve esquecer, porém, que os tribunais e juízes de cada Estado-membro são os aplicadores natos do Direito da União, já que cabe ao Poder Judiciário de cada Estado-membro garantir a aplicação de preceitos que criam direitos e deveres para os cidadãos. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p. 47-48.

[657] LUPATELLI JR., Alfredo. **Mercosul:** O Direito Empresarial e os Efeitos da Globalização, p.73.

inclusive, efeito direto[658] sobre o ordenamento jurídico nacional, revestindo-se do atributo de primado ante as normas locais.

Assim, em razão da dinâmica e metodologia utilizada pela União Europeia e pela nova *Lex Mercatoria* na solução de conflitos gerados por atores transnacionais, necessário faz-se uma análise pormenorizada da influência da *Lex Mercatoria* na reconstrução do Direito, capaz de dar eficácia as decisões decorrentes daqueles conflitos, no caso, o Direito Transnacional.

6.3. A INFLUÊNCIA DO DIREITO INGLÊS NA *LEX MERCATORIA*[659] PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL

A *Lex Mercatoria*, ou melhor, a nova *Lex Mercatoria*[660], a qual faz parte de um novo Direito comercial transnacional, está sendo utilizada por parte dos atuais atores transnacionais, no sentido de suprir as lacunas que os Estados, em especial através do Direito nacional, deixam à sociedade atual.

---

[658] Por efeito direto se entende a possibilidade de os nacionais invocarem o Direito da União perante as respectivas jurisdições nacionais (com a doutrina do efeito direto, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia reforçou a eficácia do Direito da União). VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia**, p.174.

[659] Existem três correntes doutrinárias que conceituam a *Lex Mercatoria*. A primeira corrente doutrinária diz que a *Lex Mercatoria* constitui uma ordem jurídica autônoma, criada espontaneamente pelos agentes do comércio internacional, cuja existência independe dos ordenamentos jurídicos estatais, e cuja origem não decorre do Direito internacional público; a segunda vertente vê na *Lex Mercatoria* uma alternativa para a ordem jurídica nacional aplicável, por constituir um corpo suficiente de regras jurídicas que permitem decidir um litígio entre agentes do comércio internacional; e, a última corrente, entende que a *Lex Mercatoria* destina-se a complementar o Direito nacional aplicável, constituindo uma consolidação dos usos, costumes e de certas expectativas concernentes ao comércio internacional. RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 71/72.

[660] A *Lex Mercatoria* foi criada a partir do momento que o homem rompeu os limites imposto pelos oceanos. A *Lex Mercatoria* daquela época vigeu até o momento em que o comércio internacional, por força do desenvolvimento das relações econômicas internacionais e da pressão dos comerciantes, bem como diante das limitações enfrentadas pelas leis locais e pelas decisões dos tribunais nacionais – muitas vezes arbitrárias e despidas de praticidade -, os Estados se viram forçados a reconhecer alguns de seus instrumentos e estruturas legais, passando a chamar a aquela de *nova Lex Mercatoria.* A fase do declínio da velha *Lex Mercatoria*, caracterizou-se não pela extinção desse instituto, mas pela sua readaptação à nova realidade socioeconômica global. A velocidade e a relevância das práticas comerciais contemporâneas não estavam mais sendo abarcadas pela normatização autônoma de cada país, o que obrigatoriamente fez com que se adotassem práticas homogêneas no comércio internacional, fazendo surgir a nova *Lex Mercatoria.* VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**, ps.171 e 176.

Percebe-se, então, que o modelo criado pela União Europeia, o qual foi acima analisado, apesar de estar distanciada de qualquer outro modelo mundial, interessa a essas realidades, uma vez que aquela conseguiu unir e harmonizar Sistemas de Direito distintos em seu bojo, - apesar da saída da Inglaterra no início do ano de 2020 da União -, dando solução para a criação de um Direito Transnacional necessário na conformação do mundo global de hoje.

Ademais, além da União Europeia, a *Lex Mercatoria* é outro instrumento que, em razão da evolução que sofreu ao longo das últimas décadas – apesar de estar sempre em evolução, a Globalização fez com que a *Lex Mercatoria* avançasse a "nível de cruzeiro" nos últimos tempos -, é elemento indispensável ao Direito Transnacional. Isto porque, a *Lex Mercatoria* por si só constitui-se em um corpo de regras comerciais autônomas de caráter transnacional.

A fim de confirmar as várias transformações sofridas, na Inglaterra por exemplo, ainda no século XV, prevalecia a ideia de que os mercadores não eram obrigados pelas leis inglesas, os quais deveriam ser julgados de acordo com a lei natural – a *Lex Mercatoria* – que seria "universal no mundo". Já, no século XVII, o uso da *Lex Mercatoria* foi aos poucos sendo mitigada com o avanço da *Common Law*; neste período igualmente foram abolidas – ou tiveram sua jurisdição limitada – as Cortes do Almirantado e outras cortes especializadas, passando a *Lex Mercatoria* a ser tratada como costume e prática comercial, a ser provada, caso a caso, nas disputas comerciais solvidas pela *Common Law*. É, a partir do julgamento do caso *Pillaus v. Mierop* novo entendimento passou a ser adotado, sustentando não serem as regras da *Lex Mercatoria* usos e costumes, mas, sim, matéria jurídica a ser decidida pelos tribunais, restando, então, absorvida pela *Common Law.*[661]

Assim, esse movimento de absorção da *Lex Mercatoria* por parte da Inglaterra gerou efeitos no restante da Europa, sendo que na França, por exemplo, o Código Comercial de 1807 foi baseado na incorporação das regras da *Lex Mercatoria*. A afirmação dos Estados nacionais na Idade Moderna terminou por consolidar o processo restritivo iniciado pela Inglaterra no século XVI/XVII. Isso porque a

[661]VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**, p. 175.

Transnacionalidade caracterizadora da *Lex Mercatoria* representava clara ameaça a um dos mais importantes pilares do novo modelo de Estado, qual seja, a soberania.[662]

Com isso e em razão da evolução[663] grandiosa que o comércio internacional teve ao longo do século XX, com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e de comunicação em razão da Globalização, o surgimento de blocos econômicos regionais supranacionais (vide o acima mencionado referente à União Europeia) dentre outras situações que fomentaram o crescimento dos negócios transnacionais, a *Lex Mercatoria* teve que avançar no sentido de regular e ditar regras capazes de superar as normativas determinadas pelos Estados nacionais para a matéria.

Neste paradigma o melhor exemplo da necessidade de uniformização de normas, conforme analisado acima, foi a criação da União Europeia, uma vez que a abertura do mercado em decorrência da existência de um espaço comunitário aumentou muito os negócios intra e extrazona, mas, em especial, os contratos entre os países integrantes da União Europeia, em razão do embate entre os diferentes ordenamentos jurídicos ali existentes.

Neste sentido, a pluralidade de ordenamentos jurídicos nacionais não ajudou a diluir as dúvidas e as incertezas existentes e mantidas pelos atores transnacionais, que se apegaram mais profundamente a flexibilidade fornecida pela *Lex Mercatoria* para regular negócios transnacionais visando a potencialização destes, tornando-os mais dinâmicos e homogêneos, bem como utilizando-se de tribunais/cortes não estatais – cortes Arbitrais[664], por exemplo – para resolução de conflitos, na tentativa de evitar o conflito de lei entre diferentes Estados .

---

[662] VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**, p. 175.

[663] O Estado não consegue acompanhar o ritmo permanente de evolução da *Lex Mercatoria* concluindo-se pela inaptidão daquele para legislar sobre o comércio internacional, pelo que se postula a autonomia da *Lex Mercatoria* das legislações nacionais existentes. Os Direitos comerciais nacionais enfocam, principalmente, as relações do comércio interno e se baseiam em ideias do século passado, quando então as condições econômicas e sociais eram bem diferentes comparadas com as da atualidade. Por tais razões, aos próprios agentes do comércio internacional caberia, em primeiro lugar, estabelecer as regras que deveriam valer entre si. RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 73/74.

[664] Na prática, são os tribunais arbitrais, principalmente, os que já proferiram decisões baseadas na *Lex Mercatoria*, enquanto as de tribunais estatais são bem mais escassas. Tal fato deve-se em razão dos

Assim, um Direito Transnacional viria como uma ponte entre os inúmeros atores transnacionais, a pluralidade de ordenamentos jurídicos nacionais (Direito estatal) e os demais mecanismos de diferentes roupagens existentes no atual mundo global para uma recomposição dos fundamentos do Direito em geral.

Deste modo, as regras formadas pela nova *Lex Mercatoria*[665] indicam, hoje, potentes associações privadas[666] do comércio internacional como as responsáveis pela edição de regras gerais[667], às quais atribuem força jurídica aquelas, sendo constituídas basicamente de contratos-tipos[668] e usos e costumes comerciais

---

tribunais estatais, que julgam uma relação jurídica comercial com conexão internacional com base na *Lex Mercatoria,* acharem que seria uma decisão contrária à lei, mesmo quando as partes a tenham escolhido como o Direito aplicável. Tem-se tal situação pelo fato de que um juiz estatal só poderá aplicar o ordenamento jurídico do seu próprio Estado, estando ali incluídas as normas do Direito internacional privado. A *Lex Mercatoria* poderia influir somente no processo decisório do juiz, à medida que o Direito aplicável leve em consideração as suas regras, o que normalmente ocorre de fato. RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 77.

[665] Não obstante o fato dos Estados se virem obrigados a reconhecer instrumentos e estruturas legais utilizadas pelo mercado, a exemplo daqueles decorrentes da atuação da Câmara Internacional de Comércio de Paris nos anos 20, foi na década de 60, do século passado, que se deu a identificação formal do surgimento de uma nova *Lex Mercatoria*, apontada como uma tendência a partir dos estudos de Berthold Goldmann. VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**, p. 178.

[666] Dentre as organizações privadas comprometidas com a evolução das práticas uniformes do comércio internacional é possível citar à Câmara de Comércio de Paris, a qual desenvolveu vários instrumentos do comércio internacional como os *International Comercial Terms* (Incoterms). RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 72.

[667] *The Incoterms rules are an internationally recognized standard and are used worldwide in international and domestic contracts for the sale of goods. The rules have been developed and maintained by experts and practitioners brought together by ICC. They have become the standard in international business rules setting. Launched in mid-September 2010, Incoterms 2010 came into effect on 1 January 2011. The trade terms help traders avoid costly misunderstandings by clarifying the tasks, costs and risks involved in the delivery of goods from sellers to buyers. Incoterms rules are recognized by UNCITRAL as the global standard for the interpretation of the most common terms in foreign trade*. INTERNCIONAL CHAMBER OF COMERCE – ICC, Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>, Acesso em 02 de maio de 2020.

As regras da Incoterms são um padrão reconhecido internacionalmente e são usadas em todo o mundo em contratos nacionais e internacionais para a venda de mercadorias. As regras foram desenvolvidas e mantidas por especialistas e profissionais reunidos pela ICC. Eles se tornaram o padrão na definição de regras de negócios internacionais. Lançado em meados de setembro de 2010, o Incoterms 2010 entrou em vigor em 1 de janeiro de 2011. Os termos comerciais ajudam os comerciantes a evitar mal entendidos dispendiosos, esclarecendo as tarefas, custos e riscos envolvidos na entrega de mercadorias dos vendedores aos compradores. As regras de Incoterms são reconhecidas pela UNCITRAL como o padrão global para a interpretação dos termos mais comuns em comércio exterior. (tradução livre realizada pela autora)

Em janeiro de 2020 ocorreu uma atualização dos Incoterms 2010 pela ICC, passando a serem denominados Incoterms 2020.

[668] Exemplos de contratos-tipos poderia ser citado os contratos de compra e venda de soja ou outra *commodities*.

compilados[669], que, para possuírem eficácia jurídica, é mister sejam adotados e praticados de fato pelos integrantes do comércio internacional.[670]

Por outro lado, em proporções universais, existem organizações que não são entidades privadas que vêm trabalhando para a unificação do Direito do comércio internacional e para a harmonização dos diferentes Direitos nacionais, dentre eles encontram-se a UNIDROIT[671] e a UNCITRAL[672], conforme já mencionado no início deste capítulo, sendo que os mesmos exercem função central no processo de

[669] Utilização de padrões internacionais uniformes de conduta de compra e venda mercantil para certos produtos. Por exemplo, no caso do Brasil, no art. 488 do Código Civil de 2002, quando determina que convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

[670] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 72.

[671] Os Princípios UNIDROIT, em relação a sua técnica de redação, foram influenciados pelos "*Restatements*" preparados pelo *American Law Institute* ("ALI"), uma organização de eminentes juristas nos Estados Unidos da América ("Estados Unidos") que organiza, resume e "reafirma", nos diferentes campos do Direito doméstico, as tendências predominantes na Jurisprudência. Apesar de parecerem similares às normas contidas nos Códigos Civis das jurisdições de *Civil Law*, estes "*Restatements"* não têm a mesma natureza jurídica nos Estados Unidos, conforme já visto em capítulo anterior desta Tese. Assim, ao invés do vocábulo "*Restatement*", o termo "*Princípios*" foi escolhido para representar o caráter não Estatal do instrumento. Evidentemente, os redatores pretendiam imunizar os Princípios UNIDROIT de possíveis conotações semânticas sugestivas que o termo poderia ter nos sistemas mundialmente predominantes de *Civil* e *Common Law*. Daí porque não se referirem a eles como um Código, que denotaria sancionamento legislativo, nem como um "*Restatement*". Tomando vantagem da vagueza do termo, referem-se a eles como "Princípios". Tecnicamente, contudo, a maior parte das normas jurídicas são expressas como regras precisas e não princípios em um sentido mais amplo e geral. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contratos Internacionais e a escolha do Direito aplicável**: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA). Curitiba: Edição do Autor, 2020**,** ps. 114/115.

[672] A Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional "("Lei-modelo UNCITRAL") é um exemplo de Direito Uniforme. O conceito de Lei-modelo foi elaborado através de um instrumento minutado por uma eminente organização que, subsequentemente, recomenda sua adoção. Frequentemente, contudo, a unificação relevante também não é obtida por este método, uma vez que legisladores nacionais podem rever, adaptar ou mesmo desconsiderar as disposições da Lei-modelo. Quanto mais geral é a matéria tratada, maior a probabilidade que isso ocorra. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contratos Internacionais e a escolha do Direito aplicável**: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA)**,** p. 111.

evolução das regras e práticas uniformes na tentativa de harmonização[673] do comércio internacional.[674]

Neste sentido, os Princípios UNIDROIT pretendem desempenhar um importante papel em vários contextos; para os legisladores, eles podem ser fonte de inspiração para a reforma em áreas do Direito contratual; para os contratantes submetidos a diferentes sistemas jurídicos ou que falem diferentes línguas, os Princípios UNIDROIT podem servir como guia para a redação de seu contrato e como um conjunto jurídico neutro, por exemplo, os Princípios UNIDROIT podem servir de fonte terminológica, em sistemas de *Civil Law*, os termos *debtor* e *creditor* são utilizados, enquanto na *Common Law*, os termos *obligor* e *obligee* são preferidos, sendo que os termos *debtor* e *creditor* são utilizados apenas quando obrigações pecuniárias estão envolvidas; os Princípios UNIDROIT podem, também, servir como um "*checklist*" para que os contratantes se assegurem de que incluíram, em seu contrato internacional, todas as disposições que pudessem vir a ser relevantes; além disso, em contratos internacionais, os contratantes podem se referir diretamente aos Princípios UNIDROIT como Direito aplicável; porém, os Princípios UNIDROIT são considerados a peça central do debate em torno da *Lex Mercatoria*.[675]

Já, em relação a UNCITRAL, tem-se as leis modelo que seriam minutas de leis elaboradas por organismos internacionais ante a impossibilidade de celebração de um tratado internacional sobre determinada matéria, a fim de que cada país possa inseri-lo em seu ordenamento jurídico por meio de processo legislativo nacional, a

---

[673] Outros métodos de *soft law,* com objetivo de harmonização, existem. *Soft law* é uma expressão utilizada para se referir a uma ampla gama de materiais que, ao contrário dos textos de *hard law*, não se espera sejam necessárias e formalmente adotados pelos Estados por meio de ratificação de tratados ou legislação, mas que, de qualquer forma, podem ter grande influência na prática e no desenvolvimento do Direito. Um destes métodos pode ser explicado como um tipo de declaração de Direito, também chamado "princípios". A *soft law* também inclui guias legislativos que oferecem exemplos de texto redigido na forma de regras e regulações; também inclui outros tipos de guias e instrumentos similares. O Direito contratual comercial internacional pode derivar de Direito estatal ou não e, dentro desta última categoria, a fonte pode incluir vários tipos de instrumentos de *soft law*. O Direito estatal (ou "doméstico"), de acordo com o regime interno de cada Estado para implementação e aplicação do Direito internacional, também pode incluir ou se referir a instrumentos de *soft law*. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contratos Internacionais e a escolha do Direito aplicável**: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA)**,** p. 111.

[674] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 74/75.

[675] GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contratos Internacionais e a escolha do Direito aplicável**: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA)**,** p. 115.

exemplo a *Model Law on Electronic Commerce* e a lei modelo sobre arbitragem comercial.[676]

Assim, em relação ao Direito comercial hoje há a necessidade de uma redação de contratos internacionalmente uniformes, visto que de extrema importância para o comércio internacional transnacional, face ao dinamismo do mercado o que torna praticamente impossível analisar-se todos os contratos considerados atípicos para um Direito nacional, mas considerados típicos pelo ponto de vista do Direito Transnacional. Neste ponto, tanto as associações privadas quanto as organizações não privadas, pelo modo de condução e de flexibilização das regras frente aos Direitos nacionais[677] dá azo a consolidação de um Direito Transnacional, com capacidade de dar segurança jurídica as relações internacionais em geral.

Neste sentido, a *Lex Mercatoria* postula ser um Direito mundialmente uniformizado, regulando relações jurídicas internacionais do comércio, mediante normas substantivas ou materiais diretamente aplicáveis, embora seus próprios adeptos reconheçam ser ela ainda incompleta e extremamente lacunosa[678]. Por outro lado, as leis nacionais de aplicação imediata e a reserva da ordem pública[679] reprimem sempre a aplicação de regras jurídicas da *Lex Mercatoria*.[680]

De outra banca, a arbitragem é a melhor forma de utilização da *Lex Mercatoria*, sendo que nos últimos anos ocorreram um aumento do número de sentenças arbitrais executadas nos Tribunais Estatais e, principalmente, pelo aumento de leis nacionais que dizem respeito à arbitragem, convergindo com a proposta pela

---

[676] VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**, p. 181.

[677] Os Estados que reconhecem e incorporam nas suas legislações internas, as regras uniformes elaboradas por essas organizações, estão diretamente vinculadas a elas. Por esta razão, tem-se que a *Lex Mercatoria* não pode existir totalmente desvinculada do regime jurídico estatal, sendo ligada à tutela de interesses de toda a coletividade e, não só, dos integrantes de um grupo, tais como os atores do comércio internacional. RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 76.

[678] A *Lex Mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui Direito supranacional que derroga o Direito nacional, mas é um Direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional**: aspectos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Lex editora, 2006, p. 74.

[679] A título de esclarecimento, na esfera do Direito interacional, a ordem pública traz limitações especialmente à aplicação do Direito estrangeiro, enfraquecendo a autonomia da vontade das partes e sua liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato.

[680] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**, p. 79.

UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law).* Assim, a Jurisprudência arbitral faz-se fonte da *Lex Mercatoria* devido a interpretação e aplicação da mesma e pela criatividade dos árbitros, que fundamentam suas decisões não apenas em leis e regras gerais, mas em normas anacionais, ou melhor dizendo, transnacionais e especiais, produzindo laudos que se tornam referências para casos futuros. Desta forma, com a geração de repetição de decisões internacionais, autônomas do Direito estatal, cria-se a possibilidade de aplicação da *Lex Mercatoria*.

Assim, inegável que a *Lex Mercatoria* está ganhando espaço e maior admissibilidade em todo o mundo, mas ainda não se pode falar em plena eficácia deste ordenamento, especialmente diante da existência de convenções que buscam concretizar as práticas habituais dos mercadores.

O certo é que tanto a União Europeia quanto a *Lex Mercatoria* estão tendo uma importância enorme na construção de uma condição e de um Direito Transnacionalizado. Os avanços e as inovações e reinvenções pelas quais estes dois organismos – inter e supra estatal – tiveram dentro das concepções do Estado recai como um bálsamo no pensamento de uma melhor condição do Direito para um futuro próximo.

Além disto, este vigor trazido ao mundo global por parte da União Europeia e da nova *Lex Mercatoria* tem estrita relação com a aproximação que vem ocorrendo entre os Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*, em especial quando a *Civil Law* aceita olhar mais profundamente para a possibilidade de utilização dos precedentes judiciais, daí porque a importância do Direito Inglês na transnacionalização do Direito.

Portanto, a fim de que, seguindo uma linha, às vezes nem tão reta assim, de raciocínio acerca do tema nesta Tese proposto, indispensável é a análise das consequências que o Direito Transnacional acarretará ao mundo Jurídico como um todo, daqueles que ditam e criam o Direito a aqueles que o operam, uma vez que, para ter uma condição de Transnacionalidade todos os operadores do Direito devem estar em maestria, pois o que está em questão é a recomposição dos fundamentos do próprio Direito.

PARTE 3

CAPÍTULO 7

AS CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO TRANSNACIONAL PARA O MUNDO JURÍDICO

O Direito Transnacional, conforme já ficou preconceituado nos capítulos antecessores, conceitualmente não pode ser colocado na categoria de um Direito puramente interno ou internacional, muito menos como sendo somente público ou privado, mas, sim, pode ser considerado um Direito híbrido, ou seja, o Direito Transnacional pode ser utilizado como uma “ponte”, um elo entre um sistema jurídico nacional como em outro sistema jurídico nacional ou no plano internacional; isto porque, situações reconhecidamente globais e decorrentes da Globalização internalizaram-se nos sistemas jurídicos nacionais.

Nesse sentido, um Direito Transnacional híbrido representa que o Direito nacional e internacional assumem um significado cada vez maior na vida cotidiana das pessoas. Talvez a melhor definição operacional de Direito Transnacional, seja a explicação usando imagens da era do computador, no sentido que (1) lei que é “baixada” do Direito internacional para o Direito interno: por exemplo, um conceito de Direito internacional que é domesticado ou internalizado no Direito municipal (caso do Brasil, corresponde ao Direito nacional), como a norma Internacional de Direitos Humanos contra o Desaparecimento, agora reconhecida como Lei doméstica na maioria dos sistemas nacionais; (2) lei que é “carregada e baixada”: por exemplo, uma regra que se origina em um sistema jurídico interno, como a garantia de um julgamento gratuito sob o conceito de processo legal nos sistemas jurídicos ocidentais, que então se torna parte do Direito internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e daí em diante internaliza-se em quase todos os sistemas jurídicos do mundo; e, (3) lei que é emprestada ou “transplantada horizontalmente” de um sistema nacional para outro:

por exemplo, a doutrina das “mãos sujas”, que migrou da lei britânica da equidade para muitos outros sistemas jurídicos.[681]

Apesar disto, não há como não incluir no conceito de Direito Transnacional a figura do Estado, visto que para haver um Direito Transnacional plenamente operante, necessário faz-se a anuência dos Estados, seja através do reconhecimento da existência e autonomia da vontade daquele ou mesmo para que ocorra a implementação no Estado das decisões proferidas a nível transnacional.

Em razão disto, pode-se propor que o prefixo “trans” indique que a estrutura pública transnacional poderia perpassar vários Estados. Porém há que advertir-se que não se está falando de estado mundial ou de um superestado, mas sim, de uma proposição da possibilidade de fundação de vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionais. Sob este aspecto, o prefixo “trans” denotaria a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaço territoriais, mas, também a possibilidade da emergência de novas multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos. Desta forma, a expressão latina “trans” significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado que indicaria que são perpassados diversas

---

[681] *Transnational law represents a hybrid of domestic and international law that has assumed increasing significance in our lives. Perhaps the best operational definition of transnational law, using computer-age imagery, is: (1) law that is “downloaded” from international to domestic law: for example, an international law concept that is domesticated or internalized into municipal law, such as the international human rights norm against disappearance, now recognized as domestic law in most municipal systems; (2) law that is “uploaded, then downloaded”: for example, a rule that originates in a domestic legal system, such as the guarantee of a free trial under the concept of due process of law in Western legal systems, which then becomes part of international law, as in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, and from there becomes internalized into nearly every legal system in the world; and (3) law that is borrowed or “horizontally transplanted” from one national system to another: for example, the “unclean hands” doctrine, which migrated from the British law of equity to many other legal systems.* KOH, Horold Hongju. ***Why Transnational Law Matters***. *In*: Faculty Scholarship Series, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 1793, 1-1-2006, p. 745-753, p. 745/746. (tradução livre realizada pela Autora)

categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.[682]

Portanto, decisiva é a natureza da norma transnacional produzida, que não é doméstica (por exemplo, uma lei) ou internacional (um tratado), objetivando a regulação de fatos transfronteiriços. A proliferação do Direito Transnacional consagra, assim, a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico global[683], com normas oriundas dos Estados e, também, de agentes privados. Por esta razão, pode ser fácil pensar, que a "grosso modo", as relações entre o Direito Internacional Privado[684] e o Direito Transnacional são próximas e intensas, visto que ambas regulam fatos sociais que escapam às fronteiras dos Estados.[685]

Porém, o Direito Transnacional traz consigo também nuance e soluções em relação ao Direito internacional público, o qual deverá ser analisado, igualmente, nesta Tese de doutorado, visto que as consequências trazidas pelo Direito Transnacional

---

[682] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.** *In:* Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n.º 1, jan/jun. 2010, p. 159-176, p. 162.

[683] *The normative pluralism is "embedded" in a wider phenomenon of pluralisation generated by globalization, which triggers and generates pluralisms in all fields of social life, including cultural and political ones. Pluralism characterizes virtually everything in global society – instruments and constitutive parts of global governance, as well as spaces and locations in which globalization generates effects. And more, normative pluralism could be understood as the plurality of normative orders that have the potential to mobilize individuals or group not only through compulsion but also by evoking their compliance.* PIIPARINEN, Touko. ***Exploring the Methodology of Normative Pluralism in the Global Age.*** *In*: *Normative Pluralism and International Law. Exploring Global Governance*. Cambridge: University Press, p. 35-63 2013, ps. 42/46.

O pluralismo normativo está "incorporado" em um fenômeno mais amplo de pluralização gerado pela Globalização, que desencadeia e gera pluralismos em todos os campos da vida social, incluindo os culturais e políticos. O pluralismo caracteriza praticamente tudo na sociedade global - instrumentos e partes constitutivas da governança global, bem como espaços e locais em que a Globalização gera efeitos. Além disso, o pluralismo normativo pode ser entendido como a pluralidade de ordens normativas que têm o potencial de mobilizar indivíduos ou grupos não apenas por compulsão, mas também evocando sua conformidade. (tradução livre realizada pela Autora)

[684] O objetivo do Direito Internacional Privado é gerir a forma pela qual a aplicação de lei estrangeira, escolha de jurisdição e cooperação jurídica internacional são realizadas pelos Estados diante dos fatos transfronteiriços ou transnacionais. Esse objetivo nunca foi desenvolvido de modo neutro, sendo sempre, orientado por valores dominantes pelos Estados que produziram as normas (internas ou internacionais) sobre a disciplina, visto que como não existe um Direito Internacional Privado universal são os Estados que produzem as normas de Direito Internacional Privado de acordo com a normativa interna de cada um, sempre respeitando os tratados e as convenções internacionais. RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n.º 2, p. 504-520 2016, p. 506.

[685] RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia, p. 505.

para o mundo jurídico, acarreta mudança de paradigmas tanto nas questões de Direito internacional público quanto no privado.

Por esta razão, hoje, o Direito Transnacional ou transsitêmico ou global, como é chamado por alguns, não está somente preso a concepção apregoada no século passado por Jessup[686]. Agora, o Direito Transnacional inclui o Direito Internacional com o qual Jessup geralmente tratava e o Direito nacional que regula ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais e que claramente estende-se para o Direito que é transnacional na origem, ou seja, produtor de normas. O novo Direito Transnacional pode, portanto, ser aplicado a casos puramente internos, e não apenas internacionais, e seu caráter transnacional deriva do caráter extra-nacional de sua fonte ou fontes. Neste sentido, o Direito transnancional é frequentemente visto na forma de "princípios gerais de direito", que transcendem a lei de qualquer Estado-nação ou organização regional ou internacional. É uma lei que não tem caráter formal, não é formalmente endossada por um Estado antes de sua aplicação no/pelo próprio Estado, não tem caráter sistêmico ou positivo. O Direito Transnacional representa um grande desafio teórico e altamente prático aos conceitos de Direito que prevaleceram nos últimos dois séculos.[687]

---

[686] Philip Jessup, na década de 50 do século passado, propôs a ideia de um Direito Transnacional, conforme já mencionado nesta Tese.
He was concerned only with law that "regulates actions or events that transcend national frontiers", and his discussion turned entirely around questions of public and private international law as classically defined. A residual category of "other rules" would have applied to relations between private persons or corporations and foreign states; Jessup´s background in public international law is evident in his difficulty in qualifying such relations as "international", because they were not between "nations". Nothing in Jessup´s treatment of the subject was incompatible, however, with nineteenth- and twentieth-century ideas of the state as the exclusive source of law. GLENN, H. Patrick. *Transnational Common Laws*. In: **Fordham International Law Journal,** volume 29, 2005, p. 457-471, *article* 2, ps. 457/458.
Ele estava preocupado apenas com a lei que "regula ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais", e sua discussão girou inteiramente em torno de questões de Direito internacional público e privado, conforme definidas classicamente. Uma categoria residual de "outras regras" teria de ser aplicado às relações entre pessoas ou empresas privadas e Estados estrangeiros; o histórico de Jessup no Direito Internacional Público é evidente em sua dificuldade em qualificar relações como "internacionais", porque elas não estavam entre "nações". Nada no tratamento de Jessup sobre o assunto era incompatível com as ideias do Estado dos séculos XIX e XX como fonte exclusiva de Direito. (tradução livre realizada pela Autora)

[687] *It now includes the international law that Jessup generally dealt with – the (often) national law regulating actions or events that transcend national frontiers – but also now clearly extends to law that is transnational in origin, as opposed to application. The new transnational law can thus be applied to purely internal, and not only international, cases, and its transnational character is derived from the extra-national character of its source or sources. It is often seen in the form of "general principles of law", which transcend the law of any nation-state or regional or international organization. It is law which*

Por tais situações é que o Direito Transnacional está muito mais próximo da *Common Law* do que da *Civil Law*, uma vez que a possibilidade de adpatação e flexibilização, bem como de flutuação por parte do Direito Transnacional em questões públicas e privadas, ou mesmo internas e internacionais, deixa-o com uma melhor comunicação/dialógo, incluindo aqui o "dialogo judicial", com a *Common Law.*

Neste sentido, no capítulo sexto, uma das questões analisadas foi a importância hoje dada a *Lex Mercatoria*[688], como elemento do Direito comercial internacional e que foi incorporado integralmente pelo Direito Inglês e pela *Common Law* aplicada nos Estados Unidos, como sendo um dos principais exemplos de utilização do Direito Transnacional, ajudando os novos atores transnacionais a resolver conflitos relacionados ao comércio internacional.

---

is not formal in character, not formally endorsed by a state prior to its application within the state, not systemic or positive in character. It represents a major theoretical and highly practical challenge to concepts of law that have prevailed for the last two centuries. GLENN, H. Patrick. ***Transnational Commons Laws***, ps. 457/458. (tradução livre realizada pela Autora)

[688] *Originally developed as a form of business regulation among merchants in the Mediterranean, English merchants brought the customs, and rules of Lex Mercatoria to England where they became incorporated into the English Common Law. From there, this body of law migrated to the New World to become part of American Common Law. Through the enactment of the Uniform Commercial Code, which sought to codify existing mercantile custom, in forty-nine states and the District of Columbia, Lex Mercatoria entered state statutory law. It then became treaty law as part of the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, which entered into force for the United States on January 1, 1988. Thus, the transnational legal process story of Lex Mercatoria shows that it was domesticated through am historical process whereby it began as transnational custom, mutated into domestic Common Law, was transplanted to another national system, was codified into domestic statutory law, and finally was uploaded into international treaty law, which is also federal law in the United States.* KOH, Harold Hongju, ***Why Transnational Law Matters***, p. 747.

Originalmente desenvolvida como uma forma de regulamentação comercial entre os comerciantes do Mediterrâneo, os comerciantes ingleses trouxeram os costumes e as regras da *Lex Mercatoria* para a Inglaterra, onde foram incorporados ao Direito Inglês. A partir daí, esse conjunto de leis migrou para o Novo Mundo para tornar-se parte da *Common Law* norte-americana. Por meio da promulgação do Código Comercial Uniforme, que buscava codificar os costumes comerciais existentes, em quarenta e nove Estados americanos e no Distrito de Columbia, a *Lex Mercatoria* entrou como lei estatutária. Tornou-se então parte de tratados como o da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, que entrou em vigor nos Estados Unidos em 1º de janeiro de 1988. Assim, a história do Processo Jurídico Transnacional da *Lex Mercatoria* mostra que foi domesticada por meio de um processo histórico pelo qual começou como costume transnacional, transformado em lei interna, sendo transplantada para outro sistema nacional, codificado em lei estatutária nacional e, finalmente, carregado em lei de tratados internacionais, que também é lei federal nos Estados Unidos. (tradução livre realizada pela Autora)

Assim, com a utilização por parte dos atores transnacionais do que até então é nominado Direito Transnacional no cenário mundial, os operadores do Direito além de terem que adaptar-se a esta nova fórmula jurídica, como acima mencionado, também terão que estar aptos a atuar e instrumentalizar este novo Direito. Claro que, as consequências para aqueles que operam com o Direito serão grandiosas, tendo em vista que terão que ir suprimindo, na medida da utilização do Direito Transnacional, as lacunas que vierem a existir.

Evidente que, continuarão a ocorrer estudos em relação as consequências que o Direito Transnacional acarreta e acarretará ao mundo jurídico, aos operadores do Direito, aos juristas como um todo, bem como o impacto do mesmo para os Tribunais nacionais e internacionais, ou para o Direito nacional, visto que a presente Tese não terá o condão de tudo analisar. Igualmente, os estudos deverão alcançar a forma como o processo legal operará interna e internacionalmente, assim como as Universidades de Direito evoluíram para operacionalizar o ensino deste Direito, o qual surge como novo, mas que foi idealizado no século passado.

Portanto, a forma como deverá portar-se este novo jurista, operador do Direito, diante da evolução do Direito Transnacional, a função a ser desempenhada pelo mesmo e o comportamento que este terá diante das novas situações que lhe põem a frente, serão aqui analisadas, na tentativa de que o presente estudo sirva para evitar-se equívocos e prejuízos aqueles que o estão utilizando, mas jamais com a pretensão de esgotar-se o assunto.

7.1. A FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA[689] À LUZ DO DIREITO TRANSNACIONAL

A proximidade evidente que possuem o Direito Transnacional e o Direito Inglês, faz com que seja imprescindível a plena harmonização entre estes e a *Civil Law*, assim como dos demais Sistemas de Direito existentes, pois somente desta

[689] A expressão Jurista que neste capítulo será utilizada, diz respeito aos juristas (teóricos e práticos) que através de atividade criadora, contribuem de modo particular, para o desenvolvimento dos conteúdos do Direito.

forma o diálogo e a comunicação entre os povos restarão asseguradas, facilitando a formação de Comunidades Jurídicas Internacionais. Igualmente, possibilitará que os juristas nacionais adotem fontes primárias de um ou outro Direito na tentativa de não deixar insolúveis os problemas corriqueiros da população; problemas esses que são levados aos Tribunais para serem sanados, muitas vezes, criando novos ditames para não deixar o caso na mais absoluta lacuna[690].

O jurista[691] da era globalizada e do Direito Transnacional deve estar preparado para localizar mecanismos lógicos de solução das controvérsias que surgem das disputas propostas não apenas entre os cidadãos de um mesmo País, mas, também, de disputas entre diferentes comunidades mundiais, diferentes Nações, ou conflitos entre pessoas de diferentes países[692].

---

690 O Direito está em constante processo de desenvolvimento e, embora boa parte desse desenvolvimento deva-se a atos promulgados pelo legislativo, os juízes e os tribunais têm um papel essencial a desempenhar no desenvolvimento da lei e em sua adaptação às necessidades da sociedade. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p. XIII.

691 *The term jurist is an ambiguous one, not least because it is a term shared by many legal languages and traditions going back to Roman law. In the French and German legal traditions, juriste or jurist simply denotes a person with expertise in law, or maybe even a person studying law. This may be a legal practitioner or legal scholar, an advocate, a judge, a company lawyer, or a professor. For Cotterrell, the jurist is someone who specializes in jurisprudence. The jurist, one could say, is the central character in Cotterrell´s story, which is otherwise about forms of scholarship. Cotterrell makes a point of distinguishing the jurist from the legal philosopher, in a way similar to how he distinguishes jurisprudence from legal philosophy. Cotterrell readily admits that his critique of legal philosophy is mainly aimed at the more limited Anglo-American tradition of analytical legal theory, which is the main branch of legal philosophy associated with a universalistic and philosophy-oriented approach.* TAEKEMA, Sanne. ***How to Be a Transnational Jurist****: Reflections on Cotterrell´s*. Ratio Juris. Vol. 32, n.º 4, p. 509-520, December 2019, ps. 510/511.

O termo jurista é ambíguo, principalmente porque é um termo compartilhado por muitas línguas e tradições jurídicas que remontam ao Direito romano. Nas tradições legais francesas e alemãs jurista simplesmente denota uma pessoa com experiência em Direito, ou talvez até mesmo uma pessoa que estuda Direito. Pode ser um profissional do Direito ou estudioso do Direito, um advogado, um juiz, um advogado da empresa ou um professor. Para Cotterrell, escritor anglo-norte-americano, o jurista é alguém especializado em Jurisprudência. O jurista, poder-se-ia dizer, é o personagem central da história de Cotterrell, a qual versa sobre formas de conhecimento. Cotterrell faz questão de distinguir o jurista do filósofo jurídico, de maneira semelhante à maneira como ele distingue Jurisprudência da filosofia jurídica. Cotterrell admite prontamente que sua crítica à filosofia jurídica é voltada principalmente para a tradição anglo-americana mais limitada a teoria jurídica analítica, que é o principal ramo da filosofia jurídica associado a uma abordagem universalista e orientada para a filosofia. (tradução livre realizada pela Autora)

692 Porém, esta posição nem sempre foi assim. A aplicação de normas de Direito internacional pelos juízes revela, de maneira geral, desconhecimento desse ramo do Direito e, mais do que isso, incompreensão sobre a eficácia do mesmo. No passado, era considerado por muitos, verdadeira "perfumaria jurídica", razão por que, no Brasil, chegou a ser retirado do *curriculum* obrigatório das escolas de Direito, e poucas foram as faculdades do país que mantiveram o ensino do Direito Internacional, a despeito da imprudência dos responsáveis pela formulação do programa mínimo do ensino superior. Muitos profissionais do Direito formaram-se com a ideia de que aquele ramo nada

Ademais, no mundo pós-moderno, em rápida transformação e com complexidade crescente, juristas deverão ser capazes de oferecer respostas inovadoras que permitam estabilizar as relações e instituições, para que a nova arquitetura do Direito Transnacional possa contribuir com as soluções necessárias para sanar os conflitos em um universo jurídico em constante mutação.

Neste sentido, o pluralismo jurídico do mundo transnacional dificulta descobrir quais são as características específicas dos vários regimes jurídicos e, também, desestabiliza o compromisso do jurista de proteger o Direito na sociedade. Entretanto, o jurista transnacional precisa coletar informações empíricas sobre os trabalhos e estudos que prática, muitas vezes tendo que socorrer-se da internet para trabalhar com os diferentes regimes jurídicos, uma vez que não pode contar com o conhecimento prático acumulado, como poderia em um contexto nacional. Assim, os juristas transnacionais precisam estar comprometidos com a própria ordem jurídica ou mesmo com outras ordens jurídicas, pode ser uma norma da União Europeia para um advogado europeu, por exemplo, ou mesmo uma norma da OMC para um advogado econômico internacional, pois ele precisa descobrir que ideia de Direito exige-se neste novo contexto do Direito Transnacional, a fim de que possa trabalhar para concretizá-lo.[693]

O jurista da era global deve forçosamente interessar-se na rica diversidade do Direito Transnacional, nas ordens jurídicas nacionais com as quais o Direito Transnacional interage e nas maneiras pelas quais as reivindicações universais ou gerais de um corpo, cada vez mais influente do Direito global, se baseiam em razão das diferentes tradições jurídicas, éticas e filosóficas. O jurista da era global deve,

---

significa, senão mero exercício poético sobre o Direito ideal que poderia, com o aprimoramento das relações internacionais, em um futuro distante, regular o convívio das nações. Como juízes dotados dessa visão, tornaram-se responsáveis pela formação de Jurisprudência sobre matérias de repercussão internacional. MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica**, p.13.

693 *The legal pluralism of the transnational world makes it difficult to figure out what the specific features of the various regimes are and also destabilizes the commitment of the jurist to protect law in society. The jurist needs to gather empirical information on these networks in order to work them and cannot rely on accumulated practical knowledge, as they might in a national context. Transnational jurists need to be committed to their own legal order. This may be a national legal order, but it may be European Union law for a European lawyer and WTO law for an international economic lawyer. The jurist then needs to figure out what the idea of law demands in the context of this order and to work towards realizing that idea.* TAEKEMA, Sanne. ***How to Be a Transnational Jurist****: Reflections on Cotterrell´s*, p. 518. (tradução livre realizada pela Autora)

portanto, envolver-se com a chamada "Jurisprudência geral", ou seja, tentar realizar o estudo de toda a gama de tradições, culturas ou ordens jurídicas, do micro ao universal.[694]

Este novo profissional do Direito deverá, ainda, ser uma espécie de artífice da paz, eis que não há lugar para meros postulados de Direito, fundados ou infundados, ou a singeleza da resistência procedimental às pretensões legítimas, na certeza de que o opositor será bem sucedido em seu pleito; ele terá que ter postura ativa, recíproca e padrões horizontais de comunicação e intercâmbio[695]. A visão moderna da Transnacionalidade jurídica faz de todos os protagonistas, atores judiciais, aptos a serem chamados a fazer parte do Direito, suprindo as lacunas muitas vezes existentes quando o assunto é Direito Transnacional, salvaguardando e promovendo o relacionamento entre as diferentes áreas jurídicas, sejam elas internas

---

694 *The jurist of the global age must perforce be interested in the rich diversity of transnational law, in the national legal orders with which transnational law interacts, and in the ways in which the universal or general claims of an increasingly influential body of global law draw upon different legal, ethical and philosophical traditions. The jurist of the global age must, therefore, engage in 'general jurisprudence' in the sense captured by William Twining, namely the study of the whole range of 'legal traditions, cultures, or orders, from the micro-comparative to the universal'.* WALKER, Neil. ***The Jurist in a Global Age*.** Research Paper Series, University of Edinburgh – School of Law, n.º 2015/13, p. 20. (tradução livre realizada pela Autora)

695 *Advocacy networks are significant transnationally and domestically. By building new links among actors in civil societies, states, and international organizations, they multiply the channels of access to the international system. In such issue areas the environment and human rights, they also make international resources available to new actors in domestic political and social struggles. By thus blurring the boundaries between a state´s relations with its own nationals and the recourse both citizens and states have to the international system, advocacy networks are helping to transform the practice of nation sovereignty. (…) Transnational advocacy networks are proliferating, and their goal is to change the behaviour of states and of international organizations. Simultaneously principled and strategic actors, they "frame" issues to make them comprehensible to target audiences, to attract attention and encourage action, and to "fit" with favorable institutional venues. Network actors bring new ideas, norms, and discourses into policy debates, and serve as sources of information and testimony.* KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. ***Activists Beyond Borders****: Advocacy networks in international politics*. Ithaca e London: Cornell University Press, 1ª ed., 2014.

A Advocacia *network* ou transnacional como é chamada, são significativas tanto transnacional quanto domesticamente. Ao criar novos vínculos entre os atores das sociedades civis, Estados e organizações internacionais, eles multiplicam os canais de acesso ao sistema internacional. Em áreas temáticas, meio ambiente e Direitos humanos, eles também disponibilizam recursos internacionais para novos atores nas lutas políticas e sociais domésticas. Ao obscurecer, assim, as fronteiras entre as relações de um Estado com seus próprios nacionais e o recurso que cidadãos e Estados têm ao sistema internacional, a Advocacia transnacional está ajudando a transformar a prática da soberania nacional. A Advocacia transnacional está proliferando e seu objetivo é mudar o comportamento dos Estados e das organizações internacionais. Simultaneamente, os principais e estratégicos atores "estruturam" questões para torná-las compreensíveis para o público-alvo, atrair atenção e incentivar ações e "encaixar-se" em locais institucionais favoráveis. Os atores *network* trazem novas ideias, normas e discursos para os debates sobre políticas públicos servindo como fontes de informação e testemunho. (tradução livre realizada pela Autora)

ou internacionais, propiciando uma abordagem de unificação e cooperação e não de anarquia.

Deste modo, o Direito Transnacional, seguindo a linha de formação do jurista transnacional, não deseja uma ruptura com o Direito Estatal, mas somente a sua persuasão para aceitar seus dispositivos e seus próprios mecanismos de solução de controvérsias; a lógica, portanto, não é mais vencer o Direito estatal, mas, sim, convencê-lo, assim como aqueles atores judiciais que o compõem, a unir forças. Nesta linha de abordagem, é possível identificar dois modos de interação, mesmo que contrários, pelas quais o Direito Transnacional busca reger os fatos transfronteiriços e instrumentalizar os novos juristas, sendo que, com isso, buscará interagir com as diversas áreas do Direito, em especial, com o Direito Internacional Privado, como dito acima, ou através da unificação e cooperação[696] ou da anarquia[697].[698]

Assim, hoje, quando se fala em operadores do Direito no Direito Transnacional, por certo o novo jurista não fica somente adstrito na figura do advogado, seja ele estatal ou privado, ele abrange igualmente a função do juiz, tendo

[696] A abordagem da unificação é aquela que o Direito Transnacional assume a tarefa de uniformizar o tratamento das condutas transfronteiriças, gerando segurança jurídica aos envolvidos, sendo o grande exemplo desta abordagem a *Lex Mercatoria*, pela qual as regras e decisões dos órgãos criados pelos agentes privados incidem diretamente sobre os fatos transnacionais, em nome da autonomia da vontade. Esta abordagem é bem recebida pelo Direito internacional privado e pelas demais áreas do conhecimento, assim como para os operadores jurídicos, pois cumpre uma de suas missões, qual seja, a de assegurar a liberdade e a segurança jurídica aos envolvidos nos fatos transfronteiriços. RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia**,** p. 507.

[697] Na abordagem anárquica, os agentes econômicos privados almejam autonomia sem que sejam criadas regras próprias de regulação, utilizando-se, ao seu favor, os institutos tradicionais do Direito, sendo que o grande exemplo desta abordagem é a *Lex digitalis*, uma vez que o ambiente virtual é flexível ao extremo, bastando a manipulação dos elementos de conexão ou fixação de jurisdição para que suas atividades escapem a qualquer política de imposição de valores. A abordagem anárquica gera, então, uma relação de conflito entre o Direito Transnacional e o Direito, em especial, o Internacional Privado, visto que reage à manipulação de seus institutos, impondo limites e restrições a partir dos valores, especialmente, o do acesso à justiça. RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia**,** p. 508.

[698] RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia**,** p. 507.

em vista o grande poder de apreciação das matérias a ele trazidas, uma vez que ninguém ousaria mais sustentar que ele é apenas “a boca da lei” [699].[700]

Não obstante, persistem opiniões divergentes sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão do poder de apreciação dos juízes, o certo é que o Direito não se reduz a um puro mecanicismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente pautadas na lógica[701]; entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de Direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo o que um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não é facilmente verificável e o Direito é frequentemente obscuro, antinômico ou incompleto,

---

[699] A separação do judiciário das outras formas de poder constitucional repousa maciçamente na necessidade de preservar a independência judicial. Havia, entretanto, um outro princípio que pesou, sem dúvida, no espírito de Montesquieu, quando propôs a rígida demarcação entre poder judiciário e poder legislativo. Foi a crença em que o papel judicial não é, na realidade, propriamente legislativo, mas consiste apenas em enunciar o que a lei vigente realmente é e em interpretar com autoridade os pontos duvidosos que possam surgir. Essa atitude em relação à função judicial estava em harmonia com o enfoque tradicional do Direito consuetudinário, o qual insistia em que os juízes não tinham poder de espécie alguma para fazer a lei, mas simplesmente a “declaravam” como ela sempre tinha sido. Tal atitude promanava de duas concepções estreitamente ligada sobre a natureza do Direito que derivava de uma ordem há muito ultrapassada da sociedade. Por um lado, havia a concepção do Direito como uma espécie de mistério sagrado nas mãos de um sacerdócio, um mistério que não era para ser revelado a olhos profanos. Essa concepção, particularmente associada a uma ordem aristocrática de sociedade, não era inteiramente estranha à mais antiga lei comum. Os juízes, como expoentes de uma lei não escrita e como representantes da fonte real da justiça, eram considerados, num sentido peculiar, os “depositários dos oráculos vivos da lei”, na frase de *Blackstone*. Essa lei era, de modo quase místico, tratada como depositada no regaço dos juízes e, portanto, só por eles revelável, pouco a pouco, ao conhecimento do profano, na medida em que isso lhes parecesse conveniente e, mesmo assim, numa linguagem de hierofante apenas inteligível para os iniciados. Se tal descrição tem algo de exagero, ainda resta a segunda concepção da antiga lei comum como um repertório de regras consuetudinárias estabelecidas para todo o reino e das quais os juízes régios eram apenas seus expoentes especialmente qualificados e não os criadores. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p.327-328.

[700] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p.71.

[701] *Sometimes, in controversial cases, judges find out that their precedents as well as acceptable interpretations of constitutional norms are inconclusive. There are many possible ways of solving a case, and each of them may fit all the relevant domestic doctrines and precedents. Also, there can be different ways for a judge to reach a reflective equilibrium between his or her considered judgements about the case, the acceptable interpretations, and the principles governing constitutional practice in that jurisdiction.* MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium****: in the Region of Middle Axioms*. Artigo científico apresentado no IVR World Congress 2019, p. 1-46, Lucerna 2019, p. 19.

Às vezes, em casos controversos, os juízes descobrem que seus *precedents* assim como suas aceitáveis interpretações sobre as normas constitucionais são inconclusivas. Existem muitas maneiras possíveis de resolver um caso, e cada uma delas pode se encaixar em todas as doutrinas e *precedents* domésticas relevantes. Além disso, pode haver diferentes maneiras de um juiz alcançar um equilíbrio reflexivo entre seus julgamentos considerando sobre o caso as interpretações aceitáveis e os princípios que regem a prática constitucional na jurisdição em questão. (tradução livre realizada pela Autora)

mas, também, é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.[702]

Ademais, entre o legislador e o juiz ata-se uma relação dinâmica que não tem mão única, permitindo, então, extrair uma imagem da física dos corpos gasosos ou das partículas elementares. Isto porque, tanto o aparelho normativo quanto o poder jurisdicional são compostos de moléculas que sofrem atrações e repulsões recíprocas, capazes de modificar-lhes o próprio comportamento[703]; sem que as duas funções sejam intercambiáveis, a flexibilidade é maior do lado do poder jurisdicional, uma vez que em um Estado de Direito as leis individuais têm uma conotação pejorativa, pois apresentam o risco de acarretar uma imissão do ramo político do Estado no julgamento de situações particulares.[704]

Assim, é importante que os poderes de criação atribuídos aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo Direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos

---

[702] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p. 72.

[703] *However, we need to distinguish two dimensions in the application of the law: besides the dimension of fit, there is the dimension of justification. In the dimension of fit, judges do not produce conclusive arguments. In order to do so, they must move to the dimension of justification, where reflective equilibrium plays a crucial role. Here, they must find out the most coherent way of harmonizing the relevant legal materials with the principles that provide the best reconstruction of their constitutional practice. If, in performing this task, they look just at their own constitutional practice, they reach a narrow reflective equilibrium. But if they also look at foreign law and the decisions of the supreme courts of other jurisdictions, or international courts, they can reach a wide equilibrium. This doesn´t mean, of course, that the deliberative process ultimately borrows predetermined solutions from other doctrines. Courts, eventually, must always decide their own cases, in their own jurisdictions. Nevertheless, a reasoned deliberation is a deliberation that takes the arguments of others into account, pursuing a wide reflective equilibrium that, as we stressed above, brings new insights into domestic precedents and new interpretations of constitutional norms.* MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium****: in the Region of Middle Axioms*, p 19.
No entanto, precisasse distinguir duas dimensões na aplicação da lei: a primeira, refere-se a dimensão da adequação e a segunda, a dimensão da justificação. Na dimensão da adequação, os juízes não produzem argumentos conclusivos. Para isso, devem passar para a dimensão da justificação, onde o equilíbrio reflexivo desempenha um papel crucial. Aqui, eles devem descobrir a maneira mais coerente de harmonizar os materiais legais relevantes com os princípios que proporcionam a melhor reconstrução de sua prática constitucional. Se, ao executar essa tarefa, olharem apenas para sua própria prática constitucional, alcançaram um estreito equilíbrio reflexivo. Mas se eles também analisarem a lei estrangeira e as decisões dos tribunais supremos de outras jurisdições, ou tribunais internacionais, poderão alcançar um amplo equilíbrio. Naturalmente, isso não significa que o processo deliberativo tome emprestado soluções pré-determinadas de outras doutrinas. Os Tribunais, eventualmente, sempre devem decidir seus próprios casos, em suas próprias jurisdições. No entanto, uma deliberação fundamentada é uma deliberação que leva em consideração os argumentos de outras pessoas, buscando um amplo equilíbrio reflexivo que traz novas ideias sobre *precedents* domésticos e novas interpretações de normas constitucionais. (tradução livre realizada pela Autora)

[704] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p.322.

constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o Direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal situação ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do Direito, obviamente, não de forma arbitrária, mas justificando suas razões de agir e decidir, assim como faria um legislador consciencioso.[705]

Entretanto, quanto mais eleva-se na hierarquia judiciária, mais o juiz aproxima-se do exercício de uma função quase legislativa[706]. Isto porque, o método de ponderação categórica dos interesses é uma ilustração pertinente disso. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um Direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenche uma lacuna do aparelho normativo[707], expressão enganosa pois, o mais das vezes, é o próprio juiz que cria a pretensa lacuna identificando uma necessidade nova, ao mesmo tempo que esforça-se por satisfazê-la.[708]

---

[705] HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2007. Título original: *The Concept of Law*, p. 336.

[706] Os juízes, como outros seres humanos, não podem se divorciar dos padrões de valor que estão implícitos na sociedade ou grupo a que pertencem, e nenhuma soma de imparcialidade conscienciosamente aplicada ou ausência judicial de passionalismo conseguirá eliminar a influência de fatores desse gênero. Se, por exemplo, considerar-se como, em tempos modernos, vários campos do Direito foram gradualmente moldados por legislação judicial, num esforço de adaptá-los às necessidades sentidas num novo tipo de sociedade industrial, voltada para o bem-estar social, pode-se perceber como pode avançar de decisão em decisão, numa lenta e gradual progressão no sentido de pôr em vigor um padrão alterado de valores. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p. 331-332.

[707] *Un cierto caso genérico constituye una laguna normativa de un cierto sistema normativo cuando ese sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, esto es, con la calificación normativa de una determinada conducta.* RÓDENAS, Ángeles. ***Los intersticios del derecho****: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 24.

Um certo caso genérico constitui uma lacuna normativa em um certo sistema normativo quando esse sistema não contém uma norma que correlaciona o caso com uma solução, ou seja, com a classificação normativa de uma determinada conduta. (tradução livre realizada pela Autora)

[708] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p.333.

A discussão quanto a criação do Direito por parte dos juízes quando da existência de lacunas[709], gerou e continua gerando discussões dentre os juristas e teóricos do Direito. Hart, por exemplo, quando trata da criação do Direito por parte dos juízes qualificava-a de "intersticial"[710], como acima verificado, a fim de ressaltar o alcance limitado do poder que aqueles ostentam, sendo que quando os Tribunais são chamados a dizer o Direito, por analogia, preenchendo as lacunas, devem fazê-lo de acordo com princípios ou razões subjacentes que podem ser reconhecidos como tido já um apoio no Direito existente. Entretanto, segundo o célebre juiz O.W. Holmes, os juízes quando chegam ao extremo de vislumbrar lacunas no Direito que os impeçam de proferir uma decisão, deveriam deixar de lado o Direito posto para criar um novo

---

[709] *Si queremos dar cuenta de los diversos problemas que los juristas y los teóricos del derecho discuten bajo el rótulo de lagunas en el derecho, hemos de partir de que en el trasfondo de estas discusiones no se encuentra un concepto, sino una familia de conceptos de laguna: el concepto de laguna normativa, el de laguna axiológica y el de laguna de reconocimiento. Diríamos, así, que un cierto caso (genérico) constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico en aquellos supuestos en los que (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios de ese sistema jurídico "prima facie" aplicables al caso exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa. Cuando afirmamos que un cierto caso genérico constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico queremos decir, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, que las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin considerar como relevante una propiedad que debieron considerar como relevante, propiedad que exige una solución normativa diferente de la contenida en la regla en la que subsumir el caso. Nos encontramos frente a una laguna de reconocimiento cuando, por razones de indeterminación semántica en la descripción de alguna o algunas propiedad(es) configuradora(s) del caso genérico solucionado en una regla, resulta dudoso si un cierto caso individual o un cierto caso menos genérico resulta subsumible o no en aquél.* RUIZ MANERO, Juan. ***Sistema Jurídico: Lagunas Y Antinomias.*** *In*: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Org.). ***Conceptos Básicos del Derecho***. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, pág. 47-80, 2015, ps. 47/55.
Para explicar os vários problemas que juristas e teóricos do Direito discutem sob o rótulo de lacunas no Direito, deve-se começar do fundo dessas discussões não do conceito, mas de uma família de conceitos de lacunas: o conceito de lacuna normativo, o de lacuna axiológica e o de lacuna de reconhecimento. Assim, dir-se-ia que um determinado caso (genérico) constitui uma lacuna normativa em um determinado sistema jurídico nos casos em que (1) esse sistema legal não contém uma regra que correlacione o caso com uma solução normativa e (2) o equilíbrio entre os princípios desse sistema jurídico *prima facie* aplicável ao caso, é necessária uma regra que correlacione o caso com uma solução regulatória. Quando se afirma que um determinado caso genérico constitui uma lacuna axiológica de um determinado sistema jurídico, entende-se, de acordo com Alchourrón e Bulygin, que as regras desse sistema jurídico resolvem o caso, mas sem considerar como relevante uma propriedade que eles deveriam ter considerado relevante, propriedade que requer uma solução regulatória diferente daquela contida na regra na qual o caso será incluído. E, finalmente, tem-se uma lacuna de reconhecimento quando, por razões de indeterminação semântica na descrição de alguma ou algumas propriedades de configuração do caso genérico resolvido em uma regra, é duvidoso que um caso individual ou um caso menos genérico seja subsumível ou não a este. (tradução livre realizada pela Autora)

[710] Ródenas utiliza na sua obra a expressão "intersticíos" do Direito como um substantivo que evoca uma zona situada fora da área de certeza do Direito; diferentemente da forma com que utilizava Hart quando se referia a mesma expressão "intersticíos" do Direito em suas obras, visto que esse trava a expressão como um adjetivo que qualifica o poder criador de Direito dos juízes. RÓDENAS, Ángeles. ***Los intersticios del derecho:*** *Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, p. 13.

Direito.[711] Assim, a criação do Direito por parte dos juízes é matéria que pode causar apreensão para alguns, mas dá tranquilidade a outros, visto as discussões que versam sobre o tema.

Por essa razão, tem-se que a dinâmica da relação entre o juiz e o legislador é impregnada de uma tensão entre a aptidão do primeiro para empregar uma Jurisprudência inventiva ou construtiva e as restrições que impõe a si mesmo[712]. As mais variadas opiniões se aperfeiçoaram sobre esse ponto, mas não se poderia dizer que são contraditórias. Todas se resumem na ideia de que o próprio juiz estipula seus limites, sendo que não se deixa delinear de maneira precisa.[713]

Exercendo, então, a função em uma jurisdição internacional, uma corte constitucional ou um tribunal ordinário, o juiz tornou-se o árbitro de todos os conflitos de leis que os legisladores não puderam ou quiseram resolver[714]. Esta evolução

---

[711] RÓDENAS, Ángeles. ***Los intersticios del derecho:*** *Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, ps. 11/12.

[712] Aos juízes devem ser confiados poderes de criação do Direito para resolver litígios que o Direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. É verdade que quando, como nos Estados Unidos, os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo democraticamente eleito pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**, ps. 338/339.

[713] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p.324.

[714] Apesar disto, os tribunais procuram muitas vezes minimizar ou esconder o elemento de escolha consciente que envolva juízos de valor em suas decisões. O motivo dessa atitude não é um desejo de mistificação ou uma tentativa de aparentar que o Direito é uma ciência completamente racional e concreta, capaz de resolver todos os problemas mediante pura interferência lógica. O que é sentido com razoável vigor pela maioria das profissões jurídicas criadas nas tradições do racionalismo ocidental é que existem – e devem existir – limites muitos definidos para a amplitude em que juízes e tribunais devem ser tratados como livres para alterar a lei, direta ou indiretamente, sob o disfarce de desenvolver ou redefinir. A existência nos países ocidentais de legislativos regularmente constituídos faz com que a divisão entre o ato de legislar e a interpretação judicial da lei pareça inteligível e justificável, e pensa-se que o exercício da circunspeção judicial é conducente à preservação da independência do judiciário. Por conseguinte, mesmo quando os tribunais estão manifestamente fazendo lei por suas decisões, eles tendem a furtar-se a confessar abertamente demais o que estão fazendo, no temor de serem acusados de usurpar as funções do legislativo. Daí uma tendência por parte dos tribunais de minimizar o elemento de escolha consciente em suas decisões e a expor seu raciocínio e argumentação na forma de deduções lógicas com base em regras já estabelecidas. De qualquer modo, a forma inexorável como a legislação de origem judicial mudou e se desenvolveu de geração em geração revela que isso constitui, em grande parte, uma fachada de continuidade. Contudo, também contém uma importante verdade, a saber, que por sua própria natureza, lidando com litígios esporádicos à medida que eles surgem, a legislação feita pelos juízes é, necessariamente, um processo muito gradual e que funciona, não mediante reformas amplas e de grande alcance, mas realizando pequenas inserções aqui e ali, de

resulta em parte da modificação das técnicas legislativas, onde o recurso crescente a conceitos indeterminados e as regulamentações circunstanciadas tiveram o efeito de multiplicar os conflitos de leis e as lacunas. Por outro lado, a internacionalização, ou melhor, a transnacionalização das relações jurídicas, assim como a preponderância de normas protetoras das liberdades fundamentais criaram conflitos específicos, que são governados ora pelo princípio da hierarquia, ora pela ponderação de normas de categoria igual.[715]

Situar o Juiz, então, nesse processo como um cooperador da Justiça exige uma inversão das concepções atuais e a estrutura cooperatória prevê uma nova postura. O juiz dinâmico, mais administrador de situações conflituosas do que a voz que proclama o Direito, tem, também, a responsabilidade ética potencializada em relação aos outros profissionais jurídicos.

Deste modo, as próprias profissões jurídicas tendem a transformarem-se profundamente. Os grandes escritórios americanos já entenderam isto perfeitamente; neles tudo aquilo que é tratado diz respeito à vida econômica, e eles evoluem com ela, modelando-se às necessidades de aconselhamento e de transação manifestados por seus clientes, a começar pelos próprios agentes econômicos.[716]

Porém, o Direito Transnacional não poderá viver e conviver somente com grandes corporações e escritórios de advocacia, a individualidade do advogado também é de grande importância, ainda que o mesmo possua muitas dificuldades de caráter filosófico – em decorrência da própria simplicidade de homem comum, que toma decisões, sensatamente, através de um padrão semelhante à vida cotidiana, mas que sofre influência do pensamento transnacional sobre os problemas jurídicos ao seu redor[717].

---

tempos em tempos, no vasto e intricado edifício do sistema jurídico. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** ps.342-343.

[715] RIGAUX, François. **A Lei dos juízes,** p.337.

[716] ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização,** p.19.

[717] Ademais, os profissionais do Direito estão, hoje, muito mais expostos a operações que tem algum componente jurídico internacional do que estavam há uma década; e, provavelmente estarão ainda mais expostos num futuro próximo do que hoje. A Globalização e, por consequência a transnacionalização, não são apenas mais intensas, como assumem novas configurações a cada deslocamento dos fluxos econômicos, a cada crise, a cada mudança de paradigma tecnológico. Hoje, o principal parceiro comercial do Brasil não é mais a América do Norte. O crescimento das relações

Portanto, seja o jurista um juiz ou um advogado, ou qualquer outro operador do Direito, os mesmos deverão enfrentar o processo transnacionalizante atentos a cada fato da realidade, consciente da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, sendo que serão chamados a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas, a cooperar com a realização concreta do justo. Se não dispuserem de talento para descobrir-se protagonistas de uma nova cena jurídica deve ser-lhe propiciada a habilitação para enfrentar o desafio.

Ademais, o respeito aos Direitos fundamentais do homem é um dos elementos componentes da noção do Direito, e é esse o projeto axiológico essencial para que a sociedade exteriorize-se como uma comunidade ética, propondo que através do Direito Transnacional e da miscigenação dos demais Direitos, possa ocorrer uma recomposição dos Direitos fundamentais, sendo que os operadores do Direito devem ter consciência da importância de suas decisões, as quais nunca foram tão oportunas como hoje[718].

com a China, com os países árabes e com a própria América Latina nos impõe readaptar o olhar. Exige-se, cada vez mais, que os operadores do Direito compreendam as relações do Direito com a economia, com o mundo corporativo, ou com a política internacional, assim como a relação entre as normas domésticas, internacionais, transnacionais e o regime de outros países; tudo isto num processo de constante mudança tecnológica. VIERA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**: o projeto da Direito GV. Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 261, p. 375-407**,** set/dez 2012, p. 376.

[718] Os juristas extrairão do subjetivismo o caráter imutável e inerente ao ser humano, dos princípios da vida em sociedade, e das regras elementares que presidem as relações jurídicas. Essas regras, por consequência, serão aplicadas universalmente, já que, em qualquer lugar do mundo, um sujeito é um sujeito, e mantém, gravado no seu coração os princípios fundamentais do Direito. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização,** p.205.

Por certo que, dentro do Direito Transnacional, o papel do juiz[719] continua a ser a última palavra na definição do Direito, mas o advogado[720] quando aconselha as partes e atua na prevenção do litígio estará exercendo também uma atividade judicial, pois a orientação e a conciliação nela estão compreendidas.

Ademais, por causa da variação empírica que é tão óbvia no Direito Transnacional, parece que o jurista, no contexto transnacional, precisa ser também um sociólogo jurídico (não somente um filósofo do Direito) dentro de um contexto internacional. A variedade de condições sociais e consequentes regulamentações é maior quando sai-se do contexto da sociedade em que viveu, embora nunca afirme-se que o conhecimento empírico fora da experiência direta não seja necessário no contexto nacional. É necessário obter um senso empírico das práticas do Direito Transnacional para entender o que está acontecendo. Se essa necessidade de base sociológica para o trabalho do jurista no Direito Transnacional é atendida, poderá existir duas direções para colocar-se o esqueleto deste modelo de Direito, sendo que o primeiro seria explorar-se o contexto social e o segundo refletir-se sobre os valores deste jurista.[721]

---

[719] A consciência dos magistrados, independentemente da escola ou sistema a que pertençam, seja o da *Common Law* ou *Civil Law*, é de que o sistema de normas e precedentes de seus Estados formaria o manancial suficiente à resolução dos litígios levados ao Poder Judiciário. É como se o sistema jurídico nacional hermeticamente fechado, bastasse por si só. Além disto, restringir-se ao seu próprio sistema é forte ponto de apoio à manutenção do clássico dogma do respeito "à soberania estatal", porque o reconhecimento de que o magistrado interpretou ou aplicou mal a lei só acontece pela via recursal, inexistindo qualquer outro mecanismo conhecido. A tradição e a crença na soberania como expressão intocável do poder do Estado não resistiram, a partir do momento em que os magistrados nacionais dos países integrantes da hoje União Europeia, passaram a ser os primeiros aplicadores do Direito da União e tiveram de recorrer a um órgão superior e autônomo as jurisdições nacionais para resolver suas dúvidas nesta matéria, extraída que foi esta competência dos tribunais nacionais para interpretar e apreciar a validade daquele Direito, já que o mesmo não poderia ficar atrelado às vicissitudes das posições díspares das jurisdições nacionais, em prejuízo da sua própria integridade e inteireza. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**, p.98-99.

[720] O advogado aplica à solução de seus problemas uma terminologia especializada que frequentemente o habilita a examinar com mais precisão o processo de diferenciação e escolha que funciona geralmente na tomada de decisão. Mas o advogado também domina outros e igualmente valiosos auxiliares para chegar as decisões. Ele possui um procedimento elaborado que é regido por regras estritas, por meio das quais as decisões finais num caso podem ser rigorosamente definidas, e as matérias irrelevantes excluídas, todos os argumentos pertinentes pró e contra uma certa decisão podem ser ordenados de forma sistemática, e todos os pontos de vista diferentes podem ser apresentados, se for necessário ou desejado, por representantes legais peritos na arte de reunir argumentos e apresentá-los da maneira mais persuasiva. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p.340-341.

[721] *Because of the empirical variation which is so obvious in transnational law, it seems to me that the jurist in the transnational context needs to be even more of a legal sociologist than in a national context. The variety of social conditions and consequences of regulation is greater once you leave the context*

O mundo globalizante e, por consequência, com conflitos transnacionais, caracteriza-se tanto pela disseminação rápida de suas mazelas quanto pela busca constante de soluções rápidas e eficazes para as mesmas, uma vez que a máxima "violência pela violência" desconhece as classes sociais e local para ocorrer.

Assim, os regimes jurídicos transnacionais irão – como já começa a acontecer – penetrar em espaços nacionais até então fechados[722]. Os profissionais do Direito serão chamados a participar ativamente – muitas vezes fora do controle estatal – na construção de regimes transnacionais e supranacionais. Em determinadas ocasiões, essas ações afetarão o poder e a própria legitimidade dos Estados Nacionais e de seus campos jurídicos, exigindo de todos que estão igualmente comprometidos em fazer justiça, uma postura cooperatória no processo[723].[724]

Além disto, os juristas transnacionais deverão ser chamados, se já não o estão, à solucionar controvérsias através de mecanismos de solução de disputas transnacionais no seio da comunidade internacional ou mesmo internamente em seus ordenamentos jurídicos nacionais, acentuando a nova postura que o jurista transnacional deve manter, alicerçada na realidade das normas existentes, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

of the society of which you have lived experience, although I would by no means claim that empirical knowledge outside of direct experience is not necessary within the national context. It is necessary to get an empirical sense of practices of transnational law in order to understand what is going on. If this need for a sociological basis for the jurist´s work in transnational law is granted, there seem to be two directions for putting flesh on the skeleton of the model of law: exploring social context and reflecting on jurist values. TAEKEMA, Sanne. ***How to Be a Transnational Jurist:*** *Reflections on Cotterrell´s*, p. 513. (tradução livre realizada pela Autora)

[722] Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as "abertas" e as "fechadas". No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade "fechada" existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p.166-167.

[723] A ideia de cooperação além de implicar um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I.** Mundo Jurídico. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br

[724] ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização,** p.21.

Portanto, necessário faz-se, para amalgamar os interesses transnacionais na reconstrução dos fundamentos do Direito, a análise de como se dará o ensino jurídico nas Faculdades de Direito no mundo, bem como a concretização de um processo jurídico (público/privado) transnacional dentro do Direito Transnacional, tendo em vista os inúmeros ordenamentos jurídicos e Sistemas de Direito que permeiam o mundo jurídico de hoje.

7.2. O ENSINO JURÍDICO EM FACE DO DIREITO TRANSNACIONAL

É de conhecimento geral, hoje, que a especificidade do conhecimento inicia-se com o ingresso dos estudantes nas Universidades[725]. Para as ciências jurídicas e sociais – Direito – as Universidades[726] são essenciais para que o atual operador do Direito possa iniciar a caminhada rumo ao conhecimento pleno[727]. Entretanto, para que isto ocorra, há que se fazer um esforço enorme para tornar o

[725] As universidades parecem apresentar a mais promissora perspectiva de cooperação entre diferentes disciplinas. As ciências sociais gozam de uma posição consolidada nas universidades norte-americanas há considerável tempo, e seu prestígio e importância estão começando a crescer e a obter reconhecimento tanto na Inglaterra como em outros países europeus. Embora em algumas universidades norte-americanas, como Yale e Chicago, esse tipo de fecundação cruzada já tenha realizado importantes progressos, ainda há espaço para muito desenvolvimento, de acordo com essas linhas, nas universidades ingleses. Tais estudos podem ser e, em alguns casos, já estão sendo ajudados pelo estabelecimento de instituições especiais para certos campos específico, em que as investigações jurídicas e sociológicas podem ser realizadas de mãos dadas. Com a ênfase crescente em educação jurídica sobre os aspectos mais vastos e as inúmeras implicações do sistema jurídico e seu impacto nas instituições sociais, não parece improvável que a ideia de lei que predominará entre os advogados num futuro próximo será aquela que enfatiza menos o caráter autossuficiente do Direito e mais a sua função como instrumento de coesão e progresso sociais. LLOYD, Dennis. **A Ideia de lei,** p.429/430.

[726] As primeiras escolas de Direito, que remontam à Universidade de Bologna, no século XI, estavam diretamente associadas à formação de juristas, especialmente no campo do Direito canônico, assim como à tentativa de extrair do Direito romano os princípios que pudessem contribuir para a gestão de problemas da época. O método escolástico e a glosa, conforme já explicado no capítulo segundo da presente Tese, levaram necessariamente essas escolas para longe da prática do Direito (com exceção do Direito canônico), visto estarem mais preocupadas com o ensino da teoria geral do Direito romano do que com a prática do Direito comum. Isto ocorreu em razão dos alunos serem oriundos de múltiplos lugares, onde o Direito vigente era distinto e fragmentado. Assim, grande parte das escolas de Direito deixou às corporações, aos operadores e, eventualmente, às próprias cortes a função de introduzir aos alunos ou aprendizes no mundo real do Direito. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**, p. 379.

[727] Para uma melhor análise da formação das Universidade nos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law* vide capítulos primeiro e segundo desta Tese, respectivamente.

Direito um campo de conhecimento com a maior abrangência possível em um mundo pós-moderno e com fronteiras cada vez mais tênues.

Assim, o ensino jurídico no mundo[728], que até meados do século XIX era voltado ao estudo das questões jurídicas de caráter nacional[729], passou a lecionar a importância da atuação do jurista nas questões internacionais. A evolução na temática no ensino jurídico evoluiu muito rapidamente a partir da metade do século passado, fazendo com que o jurista passasse a ter uma visão mais ampla e global das questões que afligem a sociedade como um todo.

Institutos como cosmopolitismo, pluralismo, globalismo, transnacionalismo ganharam voz e vez dentro dos estabelecimentos de ensino, sendo que viram-se na obrigação de iniciar a transformação dos currículos de ensino, métodos, prática e a interdisciplinaridade de orientação a uma categoria de profissionais que tradicionalmente estava voltada ao estudo do Estado nação e do Direito Internacional, como centro de discussão e conflitos.

Discussões sobre o transnacionalismo no Direito, tal como nos contratos, nos crimes e terrorismo, nos danos e nas indenizações, para citar algumas áreas, deverão passar a ser uma constante nas instituições de ensino jurídico ao redor do mundo, uma vez que os currículos tradicionais das Faculdades de Direito terão que,

---

[728] *The study of law goes further, involving a more intimate relationship to practical activity. As we have already observed, it relates to a specialist practice of "lawyering", and, in many of its forms, serves participation in that specialist practice. That is to say, the study of law is often in the service of a practice that, unlike the practice of language or religion, is not general within the community but is particular to a special occupational group, or at least requires investment in and commitment towards a distinct form of craft skill or expertise. The primary service given to participation in such specialist legal practice by those dedicated to study of law is, of course, the academy-based preparation and cultivation of the skills of the participants in the specialist practice.* WALKER, Neil. ***The Jurist in a Global Age***, p. 6.
O estudo do Direito vai além do envolvimento em uma relação mais íntima com a atividade prática; ele refere-se a uma prática especializada de "advocacia" e, em muitas de suas formas, serve para participar dessa prática especializada. Ou seja, o estudo do Direito geralmente está a serviço de uma prática que, diferentemente da prática da linguagem ou da religião, não é geral na comunidade, mas é específica de um grupo profissional especial ou, pelo menos, requer investimento e comprometimento em direção a uma forma distinta de habilidade ou perícia artesanal. O principal serviço prestado à participação em tal prática jurídica especializada por aqueles dedicados ao estudo do Direito é, obviamente, a preparação e o cultivo, com base nas academias, das habilidades dos participantes na prática especializada. (tradução livre realizada pela Autora)

[729] As faculdades de Direito vão se tornar um fator e um vetor da unidade, visto que originariamente, nelas se ensinava um Direito baseado nos textos romanos e canônicos, e elas só se debruçavam sobre o Direito local quando a prática de uso o havia incorporado a seus textos. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização,** p.64.

necessariamente, ser reformados para que possam preparar não somente o estudante de Direito, mas o professor que o ensina, para os desafios do mundo pós-moderno transnacionalizado, desafios estes não somente em questões de Direito Privado, mas, também, voltados ao Direito Público[730] transnacional[731].

Desta maneira, não há como ignorar as necessidades de globalizar outros aspectos da agenda das Faculdades de Direito, em especial, dos professores, das bolsas de estudos e outros programas disponibilizados por aquelas. Isto porque, as Faculdades de Direito podem diversificar-se através do aumentando do número de professores visitantes estrangeiros, programa de intercâmbio de professores e estudantes, programas expandidos de Direito regional (na América Latina, Oriente

---

[730] *We need to prepare our students to deal adequately with the extraordinary growth of transnational public law. Just as the major shift in the focus of American school curriculum and scholarship after the New Deal was away from the teaching of private law toward the teaching of public law, I would argue that the major shift of the twenty-first century law school curriculum will be away from domestic law, and even from the study of transnational private law subjects, toward the study of such emerging transnational public law subjects as the Law of Global Democracy, The Law of Transnational Injury and Redress, the Law of Transnational Markets, the Law Of Transnational Dispute Resolution and the like.* KOH, Harold Hongju. ***The Globalization of Freedom***, 26 Yale J. Int'l L. (2001). Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/3, p. 308.
É Preciso preparar os alunos para lidar adequadamente com o crescimento extraordinário do Direito Público transnacional. Assim como a grande mudança no foco dos currículos escolares e das bolsas de estudos Americanas, assim como após o *New Deal* estava-se longe da passagem do ensino de Direito Privado para o ensino de Direito Público, hoje a grande mudança no currículo da escola de Direito do século XXI será afastar-se do Direito interno e mesmo do estudo de assuntos transnacionais de Direito Privado, a fim de seguir na direção ao estudo de assuntos emergentes de Direito Público transnacional como o Direito da Democracia Global, o Direito de Lesões e Reparações Transnacionais, o Direito dos Mercados Transnacionais, o Direito de Resolução de disputas transnacionais e similares. (tradução livre realizada pela Autora)

[731] *The focus of the twentieth century law school gradually shifted from the teaching of private law toward the teaching of public law, the major change in the twenty-first century will similarly be toward such topic in transnational public law as the law of global democracy, the law of global governance, the law of transnational crime, the law of transnational injury and redress, the law of regulation of transnational markets, and the law of transnational dispute resolution, to name just a few topics. To address these global trends, American law school will need to reform their traditional legal curriculum, their faculties and their scholarship, their students, and other aspects of legal education.* KOH, Harold Hongju. ***Why Transnational Law Matters,*** p. 751.
O foco da Faculdade de Direito do século XX mudou gradualmente do ensino do Direito Privado para o ensino do Direito Público, a principal mudança no século XXI será similar, pois terá que avançar para um novo tópico, o do Direito Público transnacional através do estudo do Direito da Democracia Global, da lei da governança global, da lei do crime transnacional, da lei dos danos e reparação transnacionais, da lei da regulamentação dos mercados transnacionais e da lei da resolução de disputas transnacionais, para citar apenas alguns tópicos. Para abordar essas tendências globais, as Faculdades de Direito americanas, por exemplo, precisarão reformar seu currículo jurídico tradicional, suas bolsas de estudos, seus alunos, além de alterar outros aspectos da educação jurídica. (tradução livre realizada pela Autora)

Médio, China e Sul da Ásia)[732] e, mais, serviços de carreira para preparar os alunos para prática global. Da mesma forma, pode-se criar concentrações internacionais nos campos dos programas de pós-graduação, nas áreas Tributária e Direitos Humanos internacionais, por exemplo, enfatizando a importância das bolsas de estudos transnacionais e transdisciplinares. Tudo isso, com o objetivo maior de promover a construção de redes mundiais de graduados que retornam para ensinar e praticar em seus países de origem - com o objetivo de eventualmente utilizar essas redes humanas para avançar em parcerias mais profundas e talvez até participar de programas de graduação nas principais Escolas de Direito estrangeiras.[733]

E, mais, em estágio mais avançado, uma matriz curricular deveria abranger o Direito Transnacional abordando *cases* e temas atuais sobre o assunto, com disciplinas e seminários que preparassem os acadêmicos para a prática jurídica global, cujo objetivo mais abrangente seria aumentar a consciência e as experiências globais deles com viagens e estágios realizados no exterior- seja em instituições públicas ou privadas, acadêmicas ou estritamente profissionais – exigindo a fluência em, no mínimo, uma língua estrangeira, o que propiciaria ao estudante compreender as mais variadas discussões jurídicas transnacionais e transitar por elas.[734]

---

[732] Na Europa, vários são os cursos jurídicos de graduação e pós-graduação que têm disciplinas com ênfase no estudo do Direito Transnacional e da Transnacionalidade, com especial destaque para as Universidades de Trento, Verona e Perúgia, na Itália; Faculdade Católica de Lisboa, em Portugal; Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, na Suíça; King´s College London, Universidade de Manchester e o Centro de Estudos Jurídicos Transnacionais, todas na Inglaterra; a Universidade de Alicante, na Espanha. Fora da Europa, os Estados Unidos possuíam inúmeras universidades que trabalham o Direito Transnacional e a Transnacionalidade. PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O Direito Transnacional como disciplina em cursos jurídicos.** *In:* Revista Direito Mackenzie, v. 12, n.º 1, p. 11-28, ISSN: 2317-2622, 2018**,** p. 22.

[733] *We should not overlook the needs to globalize other aspects of our law school agenda as well: particularly faculty, scholarship and other law school programs. Our faculties can be diversified by increasing the numbers of foreign visiting professors, program of faculty and students exchange, expanded programs on regional law (in Latin America, the Middle East, China, and South Asia), and more career services to prepare students for global practice. We might also create international concentrations in our graduate programs, such as on foreign tax and international human rights, and emphasize the importance of cross-disciplinary, transnational scholarship. Our larger goal is to promote the building of worldwide networks of graduates who return to teach and practice in their home countries – with the eventual goal of using those human networks to move toward deeper partnerships and perhaps even join degree programs with leading foreign law schools.* KOH, Harold Hongju. ***Why Transnational Law Matters,*** p. 752. (tradução livre realizada pela Autora)

[734] PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O Direito Transnacional como disciplina em cursos jurídicos,** p. 18.

No Brasil[735], o desenvolvimento do ensino jurídico e da pesquina científica, em especial, na área do Direito, virou uma realidade, tendo em vista ter o Brasil se tornado um ator mais ativo nas questões globais – um "*Global Trade"*. Assim, traçar estratégia a fim de avançar nas fronteiras do conhecimento na tentativa de contribuir para o desenvolvimento educacional e social dos juristas brasileiros, e, por consequência, da própria sociedade através da inserção de padrões éticos e morais, é essencial para manter o país ativo dentro do cenário internacional[736].

Então, como o Direito Transnacional parece ser o Direito do futuro, necessário faz-se ensinar aos alunos mais de Direito Transnacional, não apenas o Processo Jurídico Transnacional, mas, também, a substância jurídica transnacional[737]; até porque, o Direito Privado transnacional que surgiu em diversas áreas[738], como a nova *Lex Mercatoria*, nas finanças internacionais, no Direito bancário

---

[735] A Universidade do Vale do Itajaí (Univali), por meio do seu Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, oferece os cursos de mestrado e doutorado em Ciência Jurídica. O curso de mestrado, na sua estrutura curricular, tem, entre as suas disciplinas obrigatórias, duas que possuem relação direta com o estudo do Direito Transnacional: Governança Transnacional e Sustentabilidade e Teoria Jurídica Transnacional. Além disso, uma das linhas de pesquisa, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, oferece aos pós-graduandos várias disciplinas específicas relacionadas à Transnacionalidade e ao Direito Transnacional. PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O Direito Transnacional como disciplina em cursos jurídicos,** p. 24.

[736] O objetivo de tornar as escolas de Direito brasileiras global, está intimamente associada à nova inserção do Brasil no cenário internacional. Essa nova inserção demanda tanto a formação de profissionais do Direito habilitados a operar em múltiplas jurisdições, como o fomento à pesquisa de ponta de caráter autônomo e cosmopolita. Torna-se um centro de referência acadêmica internacional é, sobretudo, o resultado de um amplo processo de fortalecimento institucional que passa por inúmeras etapas que deverão ser adotadas pelas instituições de ensino jurídico brasileiras, como clareza de objetivos, consolidação de padrões de excelência, construção de parcerias estratégicas, sustentabilidade financeira e criação de uma forte identidade jurídica. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**: o projeto da Direito GV, p. 379.

[737] O Processo Jurídico Transnacional, o qual será melhor analisado no tópico a seguir, propugna-se a ser estruturado em função da existência de relacionamento entre as diversas culturas componentes do globo terrestre, e tal relacionamento é feito com bases em padrões estabelecidos de cultura, visto que um dos requisitos para a existência de relacionamento são as bases em comum (interesses) que justificam e sedimentam a relação. Neste sentido, a grande justificativa para tanto chama-se de *Transnational Legal Substância* (Direito substantivo transnacional), na medida em que opera-se grande alteração nos conceitos de Direito que ora serão transnacionais. E, assim, como todas as nações reconhecem estes conceitos comuns globais, conceitos de Direito público estão emergindo, enraizados em normas nacionais compartilhadas e em normas internacionais emergentes que possuem similitude ou identidade de conceitos em todos os sistemas nacionais. DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O processo legal transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional**, p. 133.

[738] *En general, el carácter cerrado de la enseñanza del Derecho como ciencia autónoma ha dado paso a una orientación cada vez más interdisciplinar. Síntoma de ello es la proliferación más o menos reciente de escuelas o movimientos que defienden la introducción de diversos enfoques acerca del Derecho y de su docencia desde o en conexión con otras disciplinas. Me refiero a los movimientos que suelen bautizarse con el nombre de "Law and…": "Law and Society", "Law and Economics", "Law an Literature", "Law and Phychology", etc. Estas tendencias han logrado consolidar su presencia – unas*

internacional e no Direito do ciberespaço é mais conhecido do jurista. Entretanto, a tendência mais visível no chamado Direito substantivo transnacional tem sido o surgimento do Direito Público.[739]

E, mais, a comunidade jurídica deve ter capacidade de pensar com autonomia, de compreender as próprias necessidades e a da sociedade em geral que a cerca, de inovar juridicamente, como é o caso do Direito Transnacional, de criar agenda própria de pesquisa, a fim de continuar com uma posição de destaque no plano internacional. Somente assim, com o controle sobre a tecnologia essa gerará poder e desenvolvimento, bem como com o controle sobre o Direito poderá gerar os mesmos poderes; em face disto, a premência de inserir os jovens estudantes de Direito no mundo jurídico transnacional é indispensável a fim de que os mesmos sejam capazes de operar o Direito nas suas múltipas dimensões e num ambiente de forte competição internacional.[740]

Portanto, onde quer que se esteja localizado e em qualquer nível geográfico, as prioridades de envolvimento decorrentes dos perigos gerados por um Direito Transnacional sem o correto envolvimento do jurista exigirá que o ensino

---

más que otras – en el curriculum de cursos ofrecidos por muchas faculdades, y aunque siguen situadas en la periferia más que en el centro de la enseñanza del Derecho, su influencia también se ha dejado notar en los contenidos y en el estilo docente algo más abierto a consideraciones "extrajurídicas" que presenta hoy los estudios dogmáticos-jurídicos que tradicionalmente ocupan el centro. PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 79-80.
Em geral, a natureza fechada do ensino do Direito como ciência autônoma deu lugar a uma orientação cada vez mais interdisciplinar. Um sintoma disso é a proliferação mais ou menos recente de escolas ou movimentos que defendem a introdução de várias abordagens do Direito e seu ensino de ou em conexão com outras disciplinas. Trata-se dos movimentos que normalmente são batizados com o nome de "Direito e ...": "Direito e Sociedade", "Direito e Economia", "Direito e Literatura", "Direito e Psicologia", etc. Essas tendências conseguiram consolidar sua presença - algumas mais que outras - no currículo dos cursos oferecidos por muitas faculdades, e, embora continuem localizadas na periferia e não no centro da educação em Direito, sua influência também foi sentida nos conteúdos e no estilo de ensino um pouco mais aberto às considerações "extrajurídicas" que os estudos dogmáticos-legais que tradicionalmente ocupam o centro do ensino do Direito apresentam hoje. (tradução livre realizada pela autora)

[739] *If transnational law will loom so large in our future, we need to teach our students more transnational law, not just transnational legal process but also what I call "Transnational Legal Substance". We know about the transnational private law that has emerged in a variety of areas, such as the new Lex Mercatoria, international finance, international banking law, and the law of cyberspace. But the most visible trend in transnational substantive law has been the emergence of what I call "transnational public law".* KOH, Harold Hongju. ***Why Transnational Law Matters,*** p. 750. (tradução livre realizada pela Autora)

[740] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição:** o projeto da Direito GV, p. 377.

jurídico disponibilize mais do que um mero conhecimento básico do mundo jurídico, mas, sim, disponibilize as ferramentas profissionais adequadas para o desenvolvimento e aperfeiçoamento daqueles no conhecimento jurídico do mundo pós-moderno transnacional, que deverá incluir como um dos benefícios possíveis a interdisciplinariedade, a pluralidade e a interface com outros Direitos.

De qualquer forma, a ênfase do ensino do Direito continua a incitar ao estímulo e desenvolvimento das "faculdades", "habilidades" ou "técnicas" que caracterizam adequadamente o trabalho do "jurista". Nos Estados Unidos, citando como exemplo, visto que no capítulo quinto desta Tese o assunto veio "à baila", costuma usar uma expressão que sintetiza o sentimento geral sobre o que as faculdades de Direito devem ensinar, qual seja, o "pensar como juristas". A ideia é muito simples, uma vez que através do método de estudo de caso e da "discussão/método socrático"[741], o que se busca é fornecer um bom treinamento metodológico, ao invés do acúmulo de informações enciclopédicas sobre regras e doutrinas legais. O objetivo principal não é tanto "ensinar padrões", mas ensinar, analisar, comparar, construir e avaliar situações factuais concretas, argumentos e decisões legais (especialmente judiciais, mas, também, legislativas), "projetar" linhas de casos e legislação sobre novas situações.[742]

Ademais, não se pode oferecer conhecimento jurídico sem observar e enfrentar questões dificieis que são postas à frente do jurista[743] pela vida pós-moderna

---

[741] Trata-se do planejamento do caso e a exposição oral por parte de um estudante, as vezes simplesmente lendo o caso, fazendo uma espécie de sinopse daquele em duas ou três páginas.

[742] *De todas formas, el énfasis de la enseñanza del Derecho sigue recayendo en el estímulo y desarrollo de las "facultades", "habilidades" o "técnicas" que caracterizan propiamente el trabajo del "jurista". En América suele emplearse una expresión que sintetiza el sentir generalizado acerca de qué es lo que deben enseñar las facultades de Derecho: a "pensar como juristas". La idea es bien sencilla: a través del case method y de la "discusión socrática" lo que se busca es proporcionar una buena formación metodológica, más que la acumulación de una información enciclopédica acerca de reglas y doctrinas jurídicas. El objeto primordial no es tanto "enseñar normas", sino enseñar a plantear, analizar, comparar, construir y evaluar concretas situaciones fácticas y argumentos y decisiones jurídicas (sobre todo judiciales, pero también legislativas), y a "proyectar" líneas de casos y de legislación sobre situaciones nuevas.* PÉREZ LLEDÓ, Juan A. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***, p. 81/82. (tradução livre realizada pela autora)

[743] *If we want our students to be what Dean Kronman calls "lawyer-statesmen", not just scriveners for the new global era, we should urge them – through clinical training, exhortation, and example – to be transnational lawyers who serve not just private interests, but public value. Our students should see themselves not just as passive facilitators of client desires, but as sceptical interlocutors with those who would make global decisions without reference to transnational public norms.* KOH, Harold Hongju. ***The Globalization of Freedom***, p. 312.

da sociedade internacional ocidental; a criação de condições para pesquisas orientadas a solucionar tais conflitos cadentes, talvez possa ser uma das soluções para operar de forma mais globalizada o Direito Transnacional. Afinal, o Direito Transnacional é um dos efeitos jurídicos decorrentes da Globalização e das relações que transcendem a esfera interna do Direito nacional e, muitas das vezes, do próprio Direito Internacional.

Neste sentido, necessário se faz a realização de uma análise, mesmo que breve, sobre o processo jurídico/normativo no Direito Transnacional (*Transnational Legal Process*), com a inserção do Direito público e privado, como uma das consequências do Direito Transnacional no mundo jurídico, sabendo-se que no âmbito de atuação do Direito Transnacional privado os mecanismos voltados para solução de conflitos e dar certeza nas relações transnacionais é muito mais sentida e concreta.

7.3. O DIREITO TRANSNACIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE UM PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL[744]

O Processo Jurídico Transnacional ou processo normativo transnacional, mais conhecido universalmente como *transnational legal process,* ganhou notoriedade quando da publicação da obra *Transnational legal process*, de Harold

---

Se é desejo que os alunos do ensino jurídico sejam o que Dean Kronman chama de "advogados estadistas", e não apenas escrivãos da nova era global, deve-se incentivá-los - por meio de treinamento clínico, exortação e exemplo – para que se tornem advogados transnacionais que atendem não apenas interesses privados, mas interesses públicos. Os estudantes de Direito devem se ver não apenas como facilitadores passivos dos desejos dos clientes, mas como interlocutores céticos com aqueles que tomariam decisões globais decorrentes das normas públicas transnacionais. (tradução livre realizada pela Autora)

[744] *Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – non-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international for a to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law.* KOH, Harold. ***Transnational Legal Process***, p. 183.

O Processo Jurídico Transnacional pode ser descrito como a teoria e a prática de como atores públicos e privados - não-estatais, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos - que interagem em uma variedade de públicos e privados, nacionais e internacionais, fazem para interpretar, fazer cumprir e, finalmente, internalizar regras do Direito Transnacional. (tradução livre realizada pela Autora)

Koh[745], momento em que o mesmo descreve não somente a teoria do referido instituto, mas, também, a prática, não necessariamente nesta ordem[746].

A análise da *Transnational legal process* ganha importância em razão de que a grande maioria dos acontecimentos que ocorrem no mundo hoje são de natureza transnacional, ou seja, além das fronteiras dos Estados-nação[747]; porém, o paradoxo a ser enfrentado é que, na grande maioria das vezes, tais relações utilizam-se dos Tribunais nacionais (relativizando a soberania e o processo de tomada de decisões) para resolver os conflitos gerados das relações transnacionais, requerendo, pois, uma atenção especial daqueles que veem-se envolvidos nelas, sejam elas públicas ou privadas.

---

[745] Harold Hongju Koh é um dos autores mais utilizados no presente capítulo, em razão do conteúdo estudado no mesmo.

[746] *Transnational legal process has four distinctive features. First, it is non-traditional: it breaks down traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is non-statist: the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include non-state actors as well. Third, transnational legal process is dynamic, not static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from the public to the private, from the domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which are interpreted, internalized, and enforced, thus beginning the process all over again. Thus, the concept embraces not just the descriptive workings of a process, but the normativity of that process. It focuses not simply upon how international interaction among transnational actors shapes law, but also on how law shapes and guides future interactions: in short, how law influences why nations obey.* KOH, Harold. ***Transnational Legal Process***, p. 184.
O Processo Jurídico Transnacional possui quatro características distintas. Primeiro, não é tradicional: divide as dicotomias tradicionais que historicamente dominam o estudo do Direito internacional entre doméstico e internacional, e, público e privado. Segundo, não é estatista: os atores nesse processo não são apenas, ou mesmo primariamente, Estados-nação, mas incluem também atores não-estatais. Terceiro, o Processo Jurídico Transnacional é dinâmico, não estático. Neste sentido, o Direito Transnacional transforma, muda e penetra para cima e para baixo, do público ao privado, do nível doméstico ao internacional e volta novamente. E, quarto, finalmente, é normativo. Por essa razão, desse processo de interação, emergem novas regras legais, que são interpretadas, internalizadas e aplicadas, iniciando assim o processo novamente. Ademais, o conceito abrange não apenas o funcionamento descritivo de um processo, mas a normatividade desse mesmo processo e ele se concentra não apenas em como a interação internacional entre atores transnacionais molda o Direito, mas, também, em como o Direito molda e guia interações futuras entre estes. Em suma, como o Direito influencia e o porquê das nações obedecerem. (tradução livre realizada pela Autora)

[747] A Transnacionalidade é vista como um novo paradigma social, o qual é representativo de um novo contexto socioeconômico em que as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre as diversas sociedades. Com a intensificação do sistema de comunicação mundial ocorrida na evolução pós-guerras (primeira e segunda) e as transações econômicas entre pessoas alocadas nas mais variadas localidades planetárias, foi gerada a "desterritorialização" social, que culmina com a necessidade de novo regramento para ordenar uma nova conformação social. Critério este que coaduna com a teoria do Processo Jurídico Transnacional, em que este quebra com duas dicotomias tradicionais, pois deixa de haver separação entre público e privado, além de nacional e internacional. DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O processo legal transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional**, p. 131.

Isto se dá muito porque a instrumentalização do Direito, em especial, do Direito interno, em qualquer sistema jurídico e em qualquer Estado do mundo civilizado, apresenta-se como um "livro aberto" para os juristas nacionais. Da mesma maneira, no espaço do Direito internacional que, apesar da instrumentalização não é plenamente eficaz, deixando muitas lacunas por possui espaço determinado[748]. Entretanto, apesar de já ter-se afirmado, nesta Tese, a existência do Direito Transnacional, o mesmo busca uma efetividade própria, ou seja, busca espaços onde possa ser instrumentalizado à pleno.

E, é neste contexto transnacionalizado, com diferentes atores estruturados de forma diferente uns dos outros, com normas jurídicas transnacionais produzindo ordenamento jurídico *sui generis*, que o Processo Jurídico Transnacional[749], talvez, possa recompor os espaços hoje existentes – públicos e privados – superando preconceitos e paradigmas.

Além disto, o fato de que o Direito Transnacional ainda não ter conseguido encontrar maneiras de instrumentalizar e contrabalancear, da mesma forma, os conflitos que versam sobre Direito público e Direito privado é algo que deverá ser

---

[748] *Transnational legal process fills the hole in the doughnut of international legal scholarship. What I have suggested is that what mainstream scholar in international law have been doing these last forty years has not been simply thick description, but examination of the complexity and normativity of transnational legal process. Like the new public law scholars in the domestic realm, the transnational legal process scholars of my generation are focused on the normativity of process, sensitive to practice, and alive to interdisciplinary theory. Even a cursory examination of most journals of international law over the last few decades reveals that most international legal scholars have been pursuing not law and economics, postmodernism, or critical theories, but applied studies in transnational legal process.* KOH, Harold. ***Transnational Legal Process***, p. 207.
O Processo Jurídico Transnacional preenche a lacuna de conhecimento do Direito internacional. O que sugere-se é que os principais estudiosos do Direito internacional têm feito nos últimos quarenta anos não foi apenas uma descrição grossa, mas um exame da complexidade e normatividade do Processo Jurídico Transnacional. Como os novos estudiosos de Direito público no âmbito doméstico, os estudiosos de processos jurídicos transnacionais estão focados na normatividade do processo, sensível à prática e à teoria interdisciplinar. Mesmo um exame superficial da maioria dos periódicos de Direito internacional, nas últimas décadas, revela que a maioria dos estudiosos do Direito internacional tem buscado não Direito e economia, pós-modernismo ou teorias críticas, mas, sim, aplicar os estudos dos processos jurídicos transnacionais. (tradução livre realizada pela Autora)

[749] O Processo Jurídico Transnacional não é simplesmente descritivo, mas inclui o processo normativo, com uma abordagem de como esse Direito Transnacional é formado, guiando às interações futuras. Esse processo é regido por uma pluralidade de normas que se entrelaçam e que não são tradicionais, não são apenas estatais, são dinâmicos e possuem natureza normativa. MANGE, Flávia Foz. **As Características do Direito Transnacional como Metodologia: Análise sob o enfoque dos Aspectos Processuais da Arbitragem**. *In:* Revista de Direito Internacional – *Brazilian Journal of International Law*. Volume 13, n.º 3, ISSN 2237-1036, p. 125-144, 2016, p. 130.

objeto de análise e estudo. Isto porque, conforme igualmente já analisado tanto neste capítulo quanto no capítulo sexto dessa Tese, os mecanismos de solução de litígio encontrados pelos atores internacionais e transnacionais no âmbito do Direito privado transnacional atingiram uma validade e eficácia quase que plena no mundo jurídico transnacional, são exemplo a *Lex Mercatoria*, a *Lex Digitalis*, bem como os instrumentos jurídicos fornecidos pela UNCITRAL e UNIDROIT, tal como a Arbitragem[750], os quais preenchem algumas das lacunas que existiam dentro do Direito Internacional no sentido de dar maior conforto e segurança jurídica as relações jurídicas internacionais/transnacionais.

Assim, como já mencionado neste trabalho, na maioria das vezes os conflitos que versam sobre Direito Transnacional privado utilizam-se dos Tribunais nacionais (domésticos) para serem resolvidos. Porém, não ocorre da mesma maneira quando se trata de Direito Transnacional público. A pergunta resultante da premissa acima seria, porque não se utilizar dos Tribunais nacionais para os litígios públicos transnacionais, visto que os tribunais nacionais admitem o litígio transnacional?

Os argumentos, muitas vezes utilizados para impedir que os litígios públicos transnacionais fossem levados para apreciação dos tribunais domésticos, como separação dos poderes e incompetência do Judiciário começaram a ser relativizados após o surgimento das teorias do *Transnacional Legal Process* e do *Transnational Public Law Litigation.* Assim, provável que a aceitabilidade do litígio transnacional nos Tribunais domésticos, com um mote neste caso, para os Tribunais

---

[750] *Imagine attending hearings in three arbitrations one in Genova, one in New York, and one in Hong Kong. All three hearings will likely involve the same hotel conference rooms, the same court reporters, the same language – English, the type of oral submissions, witness examination, expert presentations, and procedural arguments, and often even the same people. Does this mean the arbitral procedure is globalized – that arbitration is conducted in a uniform manner wherever it takes place, whatever national governs? Does national law govern at all?* KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. ***Globalization of arbitral procedure***. *HeinOnLine*, v.36, *Vand. J. Transnational Law 1313*, London, v. 1, nº 36, p. 1323, 2003, p. 1314.
Imagine assistir a audiências de arbitragem em três lugares diferentes, uma em Genova, uma em Nova York e outra em Hong Kong. As três audiências provavelmente envolverão as mesmas salas de conferência de hotel, os mesmos repórteres de Tribunal, o mesmo idioma - inglês, mesmo tipo de submissões orais, exame de testemunhas, apresentações de especialistas e argumentos processuais, e muitas vezes até as mesmas pessoas. Isso significa que, o procedimento arbitral é globalizado - que a arbitragem é conduzida de maneira uniforme onde quer que ocorra, seja qual for o governo nacional? Ou, ainda que o mesmo Direito nacional que governa? (tradução livre realizada pela Autora)

dos Estados Unidos, seguirá o caminho do privado para o público em um futuro não tão distante[751].[752]

Neste sentido, têm-se que os Tribunais, sejam eles nacionais ou internacionais, possuem uma capacidade "jusgenerativa", podendo, através do diálogo entre os mesmos, criar Direito.

E, mais, esse diálogo não ocorre apenas entre os Tribunais e os litigantes, ou entre os Tribunais e os ramos políticos, mas, também, entre os Tribunais americanos (como paradigma, neste caso) e outras instituições declaradoras do Direito no sistema internacional; exemplos destes são as decisões como Nuremburg, *Filarliga* e o caso da Missão da OLP, fazendo com que aplique-se o termo do "jurisgenerativas", porque elas criam leis e iniciam um diálogo entre os Tribunais estrangeiros e internacionais que geram mais declarações normativas. Essas normas podem assumir a forma de lei federal (dentro da *Common Law* americana), cânones da construção estatutária nacional, decisões de Tribunais estrangeiras ou internacionais, regras consuetudinárias de Direito internacional ou de tratados sobre os Direitos humanos. Em suma, incentivando o diálogo entre instituições declaradoras dos Direitos nacionais e internacionais, os litígios transnacionais de Direito público aproximam-se de um sistema jurídico "monista" unitário, no qual o Direito interno e o internacional são integrados[753].

---

[751] Junto aos alunos de Yale, Harold Koh transformou a ideia da transnacionalização da litigância em Direito público em prática, promovendo uma verdadeira batalha judicial nos tribunais norte-americanos no caso dos refugiados haitianos e procurando alterar a política externa do país, que não reconhecia abrigo aos haitianos em solo americano. Por meio de uma série de iniciativas, Koh e seus alunos buscaram o reconhecimento pelas cortes domésticas da violação das normas internacionais que protegiam os refugiados e, a partir desse resultado, uma revisão da política externa norte-americana. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Harold Koh e a Ideia de um Processo Normativo Transnacional**. *In:* Revista Direito GV. V. 3, nº 1, p. 261-272, jan-jun 2007, p. 264/265.

[752] CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Harold Koh e a Ideia de um processo normativo transnacional**, p. 264.

[753] *In international cases that dialogue proceeds not just between courts and litigants, or between courts and the political branches, but also between American courts and other law-declaring institutions of the international system. As we have seen, decisions like Nuremburg, Filarliga, and the PLO Mission case are, in Cover´s term, "jurisgenerative", because they both create law and initiate a dialogue with foreign and international courts that engenders further norm-declaration. Those norms may take the form of federal Common Law, canons of domestic statutory construction, foreign or international court decisions, customary international law rules, or human rights treaties. In short, by encouraging dialogue between domestic and international law-declaring institutions, transnational public law litigation move us closer to a unitary, "monist" legal system, in which domestic and international law are integrated. Far from being radical, such decisions follow our nation´s traditional, historical practice.* KOH, Harold.

Portanto, o grande potencial do Processo Jurídico Transnacional, seja ele no âmbito do Direito público ou privado, está em fornecer ao intérprete um instrumental para o estudo empírico da relação entre atores não-estatais e os Estados, sejam em fóruns nacionais e/ou internacionais, no processo de criação de normas transnacionais. A realização de tal estudo não poderá restringir-se às formas tradicionais de criação de Direito internacional (seja na forma de *hard law* ou *soft law*), uma vez que o exame a partir do Processo Jurídico Transnacional não procurará analisar como os atores não-estatais tentam influenciar os Estados durante o processo de elaboração de convenções internacionais, ou mesmo, verificar como procurar participar de conferências internacionais, mas, sim, compreender (teoria) que com um melhor funcionamento do Processo Jurídico Transnacional maiores serão as possibilidades de intervenção neste processo por parte dos atores transnacionais (prática).[754]

Diante disto, tem-se que o processo legal transnacional, como um todo (público ou privado) está longe de ser um instituto já concretizado dentro na esfera do Direito Transnacional, porém as discussões em torno do assunto devem continuar, tendo em vista ser uma forma de tornar o Direito Transnacional que já existe e é relativamente válido, eficaz de forma universal, plena.

Assim, o Protagonismo Judicial nas decisões judicias estrangeiras, que será tratado no próximo capítulo, melhor complementará a análise aqui iniciada, tendo em vista que uma abordagem mais pluralista do Direito Transnacional[755] contribuirá

Transnational Public Law Litigation. *In*: Faculty Scholarship Series, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2076, p. 2347-2402, 1-1-1991, p. 2397. (tradução livre realizada pela Autora)

[754] CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Harold Koh e a Ideia de um processo normativo transnacional**, p. 266.

[755] *Contemporary transnational regulation presents striking normative diversity. Referring mainly to economic transnational regulation, a starling variety of new legal forms and regimes, a variety of institutions, norms, and dispute resolution processes located and produced, at different structured sites, around the world. There is now a (surely far from level) global legal playing field, including a novel regime for governing global economic networks, but the many site of global legal pluralism do not make up system. There is no uniform jurisdictional reference point, no single discursive arena in which legal reasoning takes place. Instead, regimes of different kinds intersect, conflict, compete, and overlap.* COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 93/94.

A regulamentação transnacional contemporânea apresenta uma diversidade normativa impressionante. Tal premissa refere-se, principalmente, à regulamentação econômica transnacional, em razão de uma variedade impressionante de novas formas e regimes legais, uma variedade de instituições, normas e processos de resolução de disputas localizados e produzidos, em diferentes

para a finalidade que se pretende chegar, qual seja, na recomposição dos fundamentos do Direito em decorrência da miscigenação dos sistemas Jurídico e da transnacionalização do Direito, formando um novo eixo de Direito.

locais estruturados, em todo o mundo. Existe agora um (certamente longe do nível esperado) campo legal global a ser jogado, incluindo um singular regime para *network* de governança global econômica, mas muitos locais de pluralismo jurídico global não constituem o sistema pretendido. Isto porque, não existe um ponto de referência jurisdicional uniforme, nem uma arena discursiva única em que ocorra o raciocínio jurídico. Em vez disso, regimes de diferentes tipos se cruzam, conflitam, competem e se sobrepõem. (tradução livre realizada pela Autora)

CAPÍTULO 8

O PROTAGONISMO JUDICIAL[756] NO DIREITO TRANSNACIONAL

A busca por garantias[757], sejam elas sociais, políticas, econômicas, de acesso à justiça, de bem viver, entre outras, sempre basilou aqueles que, acima de tudo e de todos, desejam resolver os conflitos que rodeiam a sociedade, seja na esfera pública seja na esfera privada, interna ou internacional, "quiçá" de forma pacífica e dentro da legalidade.

E, no atual cenário jurídico mundial, a atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque. Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, o centro do debate jurídico por todo mundo. Em outras palavras, a abordagem que outrora poderia ser observada (e considerada) como própria das experiências norte-americana e inglesa (ou, ainda, específica do sistema da *Common Law*), na contemporaneidade atinge uma abrangência muito maior, constituindo o cerne da questão envolvendo a concretização de Direitos nas tradições jurídicas de diversos países, inclusive, daqueles fundados sob os pilares da *Civil Law*.[758]

---

[756] Nas sociedades primitivas, os indivíduos frequentemente solucionavam as suas reivindicações conflitantes por meio da luta. Eles só deixavam de buscar uma decisão por meios violentos quando, no apelo a uma decisão competente de juízes imparciais, eles viam algo que substituía o seu apelo às armas. Parece óbvia a conclusão de que, se houvesse a possibilidade de recorrer a tais juízes imparciais para uma solução competente de disputas internacionais, deixaria de existir a principal causa da guerra. MORGENTHAU, Hans J. **A Política entre as nações: A luta pelo poder e pela paz.** Tradução, Oswaldo Biato. Brasília. Editora Universidade de Brasília: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2003. Título Original: *Politics among Nations: the Struggle for Power and Peace*, p. 803.

[757] *Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas.* FERRAJOLI, Luigi. ***Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil.*** Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 25.

As garantias não são outra coisa que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir as distâncias estruturais entre a normatividade e a efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos Direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversa estrutura dos Direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação tenham sido previstos. (tradução livre realizada pela Autora)

[758] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da autuação do judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015, l. 230.

Neste sentido, a mudança de paradigma ocorrida a partir da metade do século XX, tanto na ordem política e econômica[759] quanto na ordem jurídica mundial[760], fez com que se alterasse o rumo em que Estado[761] vinha navegando. Tal situação, em especial, ocorre em relação à aplicação, por parte do Poder Judiciário, do Direito aplicado internamente através dos tribunais estatais, e, também, à nível de Direito internacional, por meio das Cortes internacionais, as quais passaram a dialogar entre si.

Assim, as mudanças ocorridas dentro do Estado deram-se em razão deste não mais conseguir dar respostas consistentes à sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam sem cessar[762]. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes e tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado, o qual não proporciona a criação de espaços públicos transnacionais que possam perpassá-los.[763]

---

[759] No campo econômico e comercial, conforme já analisado no capítulo sexto da presente Tese, não é uma ilusão esperar que, um dia, venha a emergir um Direito global. É isso que, em parte, ocorre, por exemplo, com a Convenção de Viena sobre as transações, que é aplicada por um grande número de países. A Jurisprudência de cada um deles, que contribui para estabelecer com rigor o Direito comum, é espontaneamente aplicada pelos outros. Isto só é possível graças ao caráter pacífico do comércio e ao interesse comum evidente na reciprocidade nesta matéria. ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A Nova Revolução do Direito., p. 39.

[760] Por "ordem mundial" entende-se os padrões ou disposições da atividade humana que sustentam os objetivos elementares ou primários da vida social na humanidade considerada em seu conjunto. A ordem internacional é uma ordem entre Estados, mas estes são agrupamentos de indivíduos, e os indivíduos podem ser agrupados de maneira diferente, sem formar Estados. BUL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução, Sérgio Bath. 1ª ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa oficial do Estado de São Paulo,2002. Título Original: *The Anarchical Society*, p. 50/51.

[761] A autoridade e o poder do Estado mostram-se prontos para implementar qualquer ordem jurídica que tenha surgido da disputa entre os grupos sociais e as facções políticas, desde que a referida ordem jurídica se harmonize com os requisitos mínimos do consenso moral sobre o qual está fundada toda a estrutura das instituições públicas. MORGENTHAU, Hans J., **A Política entre as Nações:** A luta pelo poder e pela paz, p. 821.

[762] A modernidade produziu uma concepção forte de Estado, fundada no Direito positivo e no normativismo, objetivando dar respostas aos problemas e demandas da sociedade moderna, que estava marcada pela indeterminação e insegurança, frutos do processo de ruptura com o modelo jusnaturalismo (e seus "valores absolutos *a priori,* portanto, estáticos e fora do tempo"). Ao longo dos anos foram operando-se cada vez mais transformações no âmbito social, sendo que a Globalização, a transnacionalização, os novos Direitos, dentre outros temas, passaram a ser o foco de um *novo modelo de sociedade*, agora chamado de *sociedade complexa.* TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**, l. 713/718.

[763] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional**, p. 161.

Como é de fácil percepção no decorrer da presente Tese, a harmonização de sistemas jurídicos muito em decorrência da flexibilidade do Direito Inglês, bem como a evolução trazida pela Globalização e, posteriormente, pela transnacionalização do mundo jurídico e político, mudou a ideia tradicional da sociedade internacional[764] quanto a não poder utilizar, para solução de conflitos, questões/*precedents* internacionais em matéria de discussão e diálogo nacional.

A referida mudança de paradigma afetará, conforme será melhor analisado no capítulo nove, o modo de se pensar a teoria monista, formulada por Kelsen, a qual deve ser sempre lembrada e, quando possível, utilizada. Ocorre que, quando Kelsen pensou a teoria monista, somente dois Direitos existiam, eram válidos e eficazes, qual sejam, o nacional e o internacional; porém, o paradigma tratado neste trabalho refere-se a um terceiro Direito, qual seja, o transnacional, que, conforme já analisado, encontra-se entre as fronteiras dos Direitos - nacional e internacional, servindo de ponte entre estes na construção de um eixo trinário para o mundo jurídico em geral.

Portanto, a teoria monista, utilizada tanto pelos países pertencentes ao Sistema de Direito da *Common Law* quanto pelos de *Civil Law*, deverá ser trabalhada, em relação as escolas propagadas por Kelsen, acrescendo-se as mesmas o Direito Transnacional. Lembrando-se que, hoje, a teoria monista de Kelsen já deve ser aplicada observando-se o Direito da União, analisando-se este Direito “par e passo” com os Direitos nacionais e internacionais, sendo que após à instrumentalização (dando-lhe validade plena e eficácias) do Direito Transnacional, este deverá englobar o Direito da União.

Tal situação por si só, já demonstra a ocorrência de uma nova estrutura de Direito, o qual desencadeia uma reformulação dos próprios fundamentos do Direito, seja através de seu objeto, método ou mesmo função da ciência jurídica.

---

[764] No século XX, a sociedade internacional deixou de ser considerada especificamente europeia e passou a ser vista como global. Quando os Estados não-europeus representam a grande maioria na sociedade internacional, e a participação nas Nações Unidas é quase universal, rejeita-se geralmente a doutrina de que a base dessa sociedade é uma civilização ou cultura específica. No entanto, é importante levar em consideração que se a sociedade internacional contemporânea tem uma base cultural, não é a de uma cultura genuinamente global, mas, sim, das culturas ocidentais. BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**, p. 48/49.

Porém, tudo passa pelo fato do Sistema de Direito da *Common Law*, ter demonstrado aos demais Sistemas de Direito a importância da função judicial seja em questões nacionais, internacionais e, hoje, transnacionais. Assim, há que se ressaltar e utilizar como exemplo, o fato de que os fóruns judiciais mundiais foram "beber" o essencial da sua estrutura à *Common Law*, ao organizarem-se principalmente em torno dos juízes. É a eles que o diálogo judicial transnacional, ou a mundialização como também é chamado, deve o essencial da sua coerência e da sua força. Prova disso é a importância crescente dos supremos tribunais, através dos quais os países da *Common Law* entram neste concerto judicial global, e em relação aos quais alguns países europeus acusam um atraso prejudicial. Então, os Estados encontram-se num dilema, qual seja, por um lado, hesitam em reforçar o poder dos juízes nos seus próprios países por razões internas ou, por outro, reforçar o poder destes mesmos juízes para beneficiar-se de uma justiça forte e respeitada no estrangeiro.[765]

Deste modo, a possibilidade de um diálogo mais efetivo entre os Tribunais, deu-se em decorrência das fronteiras nacionais passarem a ser cada vez mais parecidas com peças de ficção, fazendo com que uma gigantesca comunidade global começasse a se formar com boa parte da população do planeta acompanhando tudo em tempo real[766]. Aquilo que era a grande meta a ser alcançada quando a modernidade foi teorizada, passou a compartilhar espaço com outros valores paradigmáticos. Assim como, o "tempo" do Direito e do Estado fez com que as estruturas dos mesmos tornassem-se cada vez mais anacrônicas e, por isso, incapazes de dar respostas minimamente eficientes às sociedades globalizadas conectadas.[767]

---

[765] ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 57/58.

[766] Durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do Direito, os juízes são hoje, provavelmente, os agentes mais ativos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros da sua transformação. Isto porque, até muito recentemente eles estavam confinados ao território nacional, passando a estabelecer entre eles, e através das fronteiras, relações cada vez mais sólidas e confiantes. Estas relações podem tomar as formas mais diversas, tais como, referência a julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional, intercâmbio de argumentos, formações comuns, diálogo entre tribunais, criação de associações transnacionais, de clubes ou sindicatos de juízes, capitalizações informais de Jurisprudências, etc. ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 8/9.

[767] BODNAR, Zenildo; Cruz, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**, p. 1342.

Em razão disto, apresenta-se, hoje, para a sociedade internacional, bem como para os atores transnacionais, a possibilidade de buscar-se as instâncias judiciárias nacionais e internacionais para resolução de conflitos. Entretanto, as instâncias judiciárias nacionais e internacionais não poderão se eximir da criação de instrumentos/tribunais transnacionais, como pressuposto essencial e universal para a efetivação de Direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que o acesso à justiça, por si só, já é um Direito de toda a sociedade internacional.

Neste sentido, a crescente e concisa procura dos judiciários nacionais pelos atores transnacionais com intuito de dirimir questões ou lides ligadas à economia e às políticas transnacionais, assim como o aumento da quantidade de decisões ou questões de Direito estrangeiro sendo conclamadas a integrar o léxico jurídico nacional, como forma de ministrar o Direito em questões eminentemente nacionais, coloca em destaque o Direito Transnacional e o Protagonismo Judicial[768].

Entretanto, não somente a via nacional e as Cortes internacionais devem ser fóruns de diálogo e discussão para os conflitos transnacionais. Há que se criar locais de discussão e diálogos transnacionais capazes de discutir, analisar e julgar os referidos conflitos[769], assim como restou consolidado junto ao Direito da Comunitário,

---

[768] *Especially in private law, courts are often called to apply norms of foreign legal systems, and they are called to do so by the norms – the rules of conflict – of their own legal systems. However, it is much more controversial whether supreme courts may opt to rely on foreign law in order to interpret and apply their own constitutions, in their own legal systems. This use of foreign law involves an increasing number of supreme courts, reflecting something deeper: a change in what counts as a legal argument. And what counts as a legal argument – as opposed to a moral, religious, economic, or political one – is the principal component in determining just what law is.* MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium****: in the Region of Middle Axioms*, p. 1-2.
Especialmente no Direito Privado os tribunais são frequentemente chamados a aplicar normas de sistemas jurídicos estrangeiros, e são chamados a fazê-lo pelas normas - as regras de conflito - de seus próprios sistemas jurídicos. No entanto, é muito mais controverso se os tribunais supremos pudessem optar por confiar na lei estrangeira para interpretar e aplicar suas próprias constituições, em seus próprios sistemas jurídicos. Esse uso da lei estrangeira, que envolve um número crescente de tribunais supremos, reflete sobre algo mais profundo, qual seja, a mudança no que consta como argumento legal. E, o que consta como argumento legal - em oposição a moral, ao religioso, econômico ou político - é o principal componente para determinar exatamente o que é o Direito. (tradução livre realizada pela autora)

[769] O processo de Globalização não afetou somente a política e a economia, mas, também, o judiciário e a postura daqueles que o compõem. Assim, surge a ideia de desemparedamento territorial do diálogo, de forma que haja a comunicação internacional entre os juízes, uma vez que, apesar de possuírem suas competências territoriais delimitadas, por força da Globalização e da própria transnacionalização, são levados a um processo de abertura a outros procedimentos, decisões e instâncias judiciais, por meio de um diálogo multidimensional. DINIZ, G.F.C., **A Internacionalização dos Direitos Face à**

hoje, Direito da União, quanto ao Tribunal de Luxemburgo e o Tribunal de Estrasburgo[770].

O exemplo refletido acima, de citação recíproca, é o diálogo entre o Tribunal de Luxemburgo ou também chamado de Tribunal de Justiça da União Europeia, situado em Luxemburgo e que rege-se pelo Tratado de Roma, e o Tribunal de Estrasburgo (que será objeto de análise no decorrer do presente capítulo), regulado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que não possuem qualquer relação orgânica entre eles, entretanto, comunicam-se há bastante tempo.[771]

Porém, não é possível esquecer que há a necessidade de fazer a ligação da matéria em questão com o Direito Inglês, tendo em visto a *Common Law* possuir um caráter eminentemente transnacional, sendo que o Protagonismo Judicial surgiu, e ainda é utilizado, conforme adiante será analisado, na *Common Law* norte-americana. Ademais, não é possível esquecer que, hoje em dia, há variações das formas de aplicação do Direito Transnacional pelos diversos ordenamentos nacionais, exigindo maior investigação sobre a natureza e o papel da *Common Law* e o Protagonismo Judicial no mundo transnacionalizado[772].

Por esta razão, o caminho a ser percorrido, tanto pelo Estado, internamente, quanto pelos organismos inter, supra e transnacionais, na tentativa de

---

tensão entre as Liberdades Individuais e as Diversidades Culturais e Religiosas. Brasília: UniCEUB, p. 77-95, 2014, p. 88

[770] Esta nova comunicação entre os juízes pode tomar formas muito diversas que vão da relação vertical – em caso de criação de um tribunal supranacional – à relação horizontal ou à coordenação operacional. ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 19/20.

[771] ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 19/20.

[772] *The Common Law develops by way of the published reasons of the judges, moving by analogical reasoning and analysis from an earlier point, as expressed in earlier judicial opinions, to a later point, to a later point. It is in that sense that judges today, in Australia as elsewhere, live in a world in which international law plays an increading role and impinges on the judicial perceptions of reality and justice.* KIRBY, Michael. ***Transnational Judicial Dialogue, Internationalization of Law and Australian Judges***. Melbourne: Journal of International Law, vol. 09, 2008.
A *Common Law* desenvolve-se por meio das razões publicadas dos juízes, movendo-se por raciocínio e análise analógicos de um ponto anterior, conforme expresso em opiniões judiciais anteriores, para um ponto posterior. É nesse sentido que os juízes de hoje, na Austrália como em qualquer outro lugar, vivem em um mundo em que o Direito internacional desempenha um papel crescente e interfere nas percepções judiciais da realidade e da justiça. (tradução livre realizada pela autora)

implementar fóruns de diálogo transnacionais, não será fácil, mas a semente foi lançada há algum tempo e com o solo fértil, como é o caso da sociedade internacional, não tardará a germinar e se desenvolver, possibilitando a todos os atores, de diversas matizes, a certeza e a segurança jurídica necessárias à aplicação do Direito[773].

Da mesma forma, as bases normativas regulatórias do Direito Transnacional está refundando os fundamentos do próprio Direito, uma vez que não há a possibilidade de ter-se a efetividade de normas transnacionais baseadas nos fundamentos hoje apregoados pelo Estado nacional ou mesmo pelo próprio Direito Internacional ou da União (Europeu), haja vista a diversidade de demandas e novos atores hoje existentes.

Nesse sentido, o papel dos Tribunais e a importância dos juízes no dizer o Direito é de suma importância[774], pois apesar das tentativas de formação de um Estado Mundial ou mesmo de uma Constituição Global, para garantir de forma universal os Direitos fundamentais da sociedade internacional, tudo passa, indiscutivelmente, pela validade e eficácia de um Estado e de um Direito Transnacionalizado, por uma harmonização e, consequente, miscigenação dos sistemas jurídicos, para, ao final, buscar-se a recomposição dos fundamentos do próprio Direito.

---

[773] Cada espaço transnacional poderia abranger vários Estados e até partes aderentes desses, com estruturas de poder cooperativo e solidário. Seus objetivos seriam os de proporcionar condições para que a Globalização esteja submetida ao interesse da maioria das sociedades existentes, a partir de práticas de deliberação por consenso e de participação democráticas. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**, p. 163.

[774] A realidade, portanto, é que a expansão da jurisdição constitucional e do Protagonismo Judicial tem sido mundial. O fenômeno está presente em países que já estabilizaram a política democrática, assim como naqueles em vias de estabilização e de transformação social; ocorre, hoje, tanto em países do sistema da *Common Law* quanto da *Civil Law*; em países que adotam, indiferentemente, o modelo concentrado, difuso ou um modelo misto de controle judicial de constitucionalidade; como visto, não é algo exclusivo do "mundo ocidental" e há até quem afirme que o Protagonismo Judicial pode ser uma estratégia mesmo em regimes ditatoriais. Então, antes um produto exclusivamente norte-americano, o processo de expansão da jurisdição constitucional e do Protagonismo Judicial ganhou, nas últimas décadas, amplitude fantástica. Na realidade, este processo nem mais se limita aos tribunais domésticos. A Corte Europeia de Justiça (ECJ) é reconhecida como um órgão que opera com alto grau de criatividade judicial em manipular os significados dos dispositivos e princípios gerais da legislação e dos Tratados da Comunidade Europeia. Agindo assim, a Corte tem sido personagem decisivo no processo de integração da Comunidade Europeia e mostrado que o Protagonismo Judicial transcende fronteiras de unidades políticas particulares. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

Ademais, o Protagonismo Judicial, celebrado por alguns e odiado[775] por outros, colocou em evidência o papel dos Tribunais e dos juízes no momento de dizer e aplicar o Direito. Apesar de controverso, o Protagonismo Judicial iniciou sendo uma proteção às normas constitucionais no Direito norte-americano, galgando para os demais países do globo, passando a ser discutido, transnacionalmente, como uma solução para os conflitos que fazem parte do cotidiano dos atores transnacionais.

Apesar da conotação, por vezes, negativa com que o Protagonismo Judicial é percebido pelos juristas ao redor do mundo, a realidade é que o Poder Judiciário tem se reinventado lentamente ao longo do último século, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito, seja na esfera nacional ou internacional. Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes de um mundo dinâmico e em crescente evolução, colocam a prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados, em dar a melhor solução para a *quaestio juris.* Sendo que, muitas vezes, a dinâmica estatal impede uma aplicação equânime do Direito por parte dos juízes que, em consonância com decisões proferidas por outras Cortes ou Tribunais de diferentes Estados, fazem com que as partes se tornem insatisfeitas com a decisão tomada.

Porém, com a reconstituição da ordem social, com base em culturas e novas tecnologias, seria realizada a subordinação do Direito à métodos alternativos de resolução de disputas, os quais ainda não são válidos, e que decorreriam do Protagonismo Judicial transnacional[776]. Todas as grandes iniciativas que ocorrem

---

[775] Ao se fazer menção ao Protagonismo Judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício descabido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, 2015, p. 119.

[776] Pode-se dizer que, a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de Direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os

dentro do judiciário hoje são projetadas, direta ou indiretamente, para realizar essa grande visão. Os juízes aceitaram a reconstituição da ordem social como objetivo do Poder Judiciário, redefinindo o que seria o próprio Poder Judiciário. Consequentemente, tem-se um novo conceito de Direito com técnicas multifacetadas e coercitivas de engenharia social nas mãos de juízes.[777]

Por isso, o Protagonismo Judicial, na forma mais pura, nascido no berço da *Common Law* norte-americana, pode ser uma das vias, neste momento da história, a ser utilizada pelo Poder Judiciário, para possibilitar aos juízes o reescrever do Direito, enfrentando as pesadas engrenagens do Estado, pretensamente pós-moderno, e, porque não, dos Direitos nacionais, na tentativa de aplicação de um Direito Transnacional, voltado para as necessidades atuais e futuras da sociedade internacional[778].

E, é importante ressaltar, que inúmeros são os conceitos e categorias encontrados para descrever o que seria e como se teria o Protagonismo Judicial, desde um modo de fazer política por parte das Cortes nacionais, como a melhor maneira de resolver conflitos em um mundo pós-moderno. Obviamente, não se pretende abordar nem discutir todos os conceitos e categorias de Protagonismo Judicial, o que se pretende é tentar achar uma solução para colocar em prática, de modo que seja plenamente válido e eficaz, o Direito Transnacional que já existe, mas que, como dito não possui validade plena e nem qualquer eficácia.

---

poderes constituídos. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 467/471.

[777] *The reconstitution of social order was to be accomplished by the subordination of law to alternative, non-legal methods of resolving disputes based on past cultures and new technologies. Every major initiative taking place within the judiciary today is designed, directly or indirectly, to accomplish this one great vision of utopian dreamers. Activists in the judiciary have accepted the reconstitution of the social order as the goal of the judicial branch by redefining the judicial power. Consequently, we have a concept of law as the multifaceted, coercive techniques of social engineering in the hands of judges*. Williams, Frank V. ***Reinventing the Courts: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts***, p. 127. (tradução livre realizada pela autora)

[778] Há que levar-se em consideração que, quando fala-se de Protagonismo Judicial, não é possível esquecer a existência do Princípio da Imparcialidade segundo o qual, veda-se aos juízes o exercício de determinados atividades concomitantemente com a magistratura por serem incompatíveis. Tais atividades, são aquelas capazes de influenciar o julgador na tomada de decisão nas demandas que passam por sua apreciação, bem como, preveem garantias para evitar intimidações ou opressões externas. Assim, tanto as garantias quanto as vedações intentam preservar a imparcialidade do juiz quando da tomada de decisão, e, estão elencadas no parágrafo único do artigo 95, da Constituição Federal. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p. 532.

Deste modo, traçando uma linha histórica até se chegar ao Protagonismo Judicial, tem-se o Estado Liberal, o qual foi marcado pelo rompimento com o absolutismo, iniciando-se um período grifado pelo ideário de liberdade pessoal do homem em detrimento aos interesses da sociedade[779]. Enfocava-se, naquele momento, no senso de que o Estado não poderia obstruir o desenvolvimento individual, afixando-se, assim, uma atuação neutra do Estado, apenas para garantir a segurança jurídica e a liberdade de iniciativa, permitindo que cada cidadão se desenvolvesse através dos próprios esforços, mantendo, desse modo, uma enorme independência do Direito privado.[780]

Porém, com o insucesso do Estado Liberal ocorreu o surgimento ao Estado Social[781], principalmente, nos textos constitucionais produzidos após as Grandes Guerras, eis que, tais documentos ampliaram os Direitos sociais, atribuíram objetivos e diretrizes de evolução estatal e social para o Estado, buscando, assim um Estado de bem-estar social.[782]

Dessa maneira, começa a surgir o Protagonismo Judicial, sendo que o berço dos debates sobre tal instituto, deu-se na *Common Law* norte-americana. Por essa razão, tratar-se-á na presente Tese do pronunciamento *ex lege* por parte dos juízes, com a nomenclatura de protagonismo, na tentativa de lograr êxito em abranger as faces negativa e positiva da matéria, em razão de um bem maior. Ademais, a harmonização entre os Sistemas de Direito da *Civil Law* e da *Common Law* tendem a

---

[779] A social-democracia demonstrou que os trabalhadores precisam de recursos sociais, saúde e educação para desfrutarem efetivamente da cidadania e, ainda, que a política social é requisito da eficiência econômica. O fracasso do princípio liberal, portanto, abre o espaço para a democratização do poder, transformando o governo de uma classe em governo de todas as classes. PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

[780] LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial:** escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015**,** p. 30.

[781] O Estado Social, conforme já mencionado na presente Tese, é consubstanciado em Estado intervencionista, preocupado com os Direitos comunitários, que se torna responsável por garantir a igualdade dos indivíduos e suas liberdades sociais, programando uma distribuição igualitária de recursos, com o intuito de manter a igualdade social. GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais:** fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36

[782] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 557

ser elemento fundamental para sustentar o Direito Transnacional e, por consequência, defender a absoluta validade do Protagonismo Judicial no Direito Transnacional.

8.1. O PROTAGONISMO JUDICIAL[783] NA *COMMON LAW* DOS ESTADOS UNIDOS

Neste sentido, necessário iniciar-se por uma digressão histórica sobre as primeiras manifestações do Protagonismo Judicial no sistema judiciário dos Estados Unidos da América[784], as quais ocorreram no início do século XIX, mais especificamente no ano de 1803, no emblemático caso Marbury *versus* Madison, onde

[783] *Each of these judicial behaviors comports with our intuitive sense of judicial "activism", yet often these different definitions will cut in opposing directions when we try to use them to describe actual rulings. This fact makes the term readily manipulable, with the result that participants in both academic and political debates generally use "judicial activism" as a convenient shorthand for judicial decisions they do not like. "Activism" is a helpful category in that it focuses attention on the judiciary´s institutional role rather than the merits of particular decisions.* YOUNG, Ernest A. ***Judicial Activism and Conservative Politics***. University of Colorado Law Review, volume 73, number 4, 2002, p. 1141.
Cada comportamento judicial comporta um senso de Protagonismo Judicial, no entanto, muitas vezes essas definições diferentes seguem em direções opostas quando tenta-se usá-las para descrever decisões reais. Esse fato torna o termo facilmente manipulável, com o resultado de que os participantes de debates acadêmicos e políticos geralmente usam o "Protagonismo Judicial" como uma abreviação conveniente para decisões judiciais que não gostam. Entretanto, o "protagonismo" é uma categoria útil, pois concentra a atenção no papel institucional do judiciário, e não no mérito de decisões específicas. (tradução livre realizada pela Autora)

[784] Dentro do Direito norte-americano, encontra-se uma expressão denominada "ativismo judicial", que recebeu a referida denominação no ano de 1947 quando foi utilizada pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr., em um artigo elaborado sobre a Suprema Corte norte-americana. Ativismo Judicial seria "uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores" (cf. a respeito, *Black´s Law Dictionary*), sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? A história do ativismo judicial norte-americano mostra, em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, decisões ativistas alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.801/802.
Schlensinger apresentou o termo "ativismo judicial", que nada mais seria, na época, o início do Protagonismo Judicial, exatamente como oposto à "autorrestrição judicial". Para o autor, os juízes substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos Direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, "mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador". Ao contrário, os juízes "campeões da autorrestrição judicial" têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com "deferência à vontade do legislador". CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p. 31.

a Suprema Corte, dirigida pelo juiz Marshall, julgou inconstitucional o *mandamus* impetrado por Marbury contra Madison para que este lhe empossasse no cargo de juiz de paz, para o qual tinha sido nomeado pelo, já ex-presidente, Admas. Assim, timidamente, começou a surgir o controle de constitucionalidade na Suprema Corte norte-americana, eis que a mesma julgou inconstitucional a lei que sustentava o *mandamus* impetrado, fundamentando que não possuía essa competência prevista na Constituição, não podendo ampliar tais efeitos, salvo pela própria Constituição.[785]

Outro caso emblemático, igualmente no contexto do Direito norte-americano, deu-se no caso Dred Scott *versus* Sandford[786], onde Dred havia sido escravo do major John Emerson durante anos, morando em lugares diferentes, incluindo os Estados de Illinois e Wisconsin, os quais proibiam a escravidão em razão das Constituições Estaduais; com o falecimento de Emerson, Dred requereu a liberdade daquele ante a viúva do *de cujus* alegando a doutrina *do once free, always free*[787]*.* Dred venceu em primeira instância, mas a decisão foi revista pela Suprema Corte do Missouri e, posteriormente, a questão foi à Suprema Corte Americana. Em março de 1857, o *Chief of Justice* Roger Taney negou o Direito à Dred alegando a ilegitimidade do mesmo para discutir liberdade nas cortes federais, vez que não era cidadão americano, mas, sim, um "negro" uma classe subjugada pela classe dominante, considerado uma propriedade. Em assim agindo, a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional a lei federal que havia proibido a escravidão naquele Estado.[788]

---

[785] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e *Déficits* Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 224.

[786] No caso Dred *versus* Sandford o Protagonismo Judicial teve proporções tremendas e diversificadas, primeiro porque a decisão afirmou que negro era uma raça inferior, considerada uma mercadoria; segundo porque a Suprema Corte decidiu conforme a interpretação restritiva da norma, baseada na Constituição Americana no tempo em que ela foi promulgada (1787-1788), de acordo com o entendimento do constituinte originário; apesar de adotar conduta conservadora – não atuando como um poder constituinte reformador, conforme as decisões contemporâneas – a Corte sepultou o direito/poder do Congresso de se manifestar e decidir a questão, constitucionalizando, assim, a escravidão. O referido caso é marcado pelo cunho puramente político da decisão, vez que o então Presidente Buchanan já tinha sido provocado para decidir sobre a escravidão naquele ano e ainda não havia se manifestado publicamente, vez que o próprio partido estava dividido entre escravagista e antiescravagistas, tendo se abstido de decidir, fugindo do ônus político do conflito. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p. 36.

[787] Uma vez livre, sempre livre.

[788] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p.35.

Alguns anos mais tarde, em 1905, surge outro caso emblemático – Lochner *versus* Nova Iorque – caso em que Lochner, um padeiro, ajuíza uma ação contra o Estado de Nova Iorque por ter legislado sobre o limite de carga horária de trabalho em 10 (dez) horas diárias e 60 (sessenta) horas semanais. A Suprema Corte norte-americana decidiu que essa limitação violava a liberdade contratual, declarando-a inconstitucional. Contudo, a Corte Suprema norte-americana adotou postura conservadora, não intervindo na esfera privada.[789]

Observa-se, assim, que o Protagonismo Judicial está intimamente interligado com o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte norte-americana, controle constitucional este voltado muito as questões dos Direitos sociais. Tal vertente do Direito (Direitos sociais) é que possui o maior grau de aplicação, não somente nas cortes norte-americanas, mas nas Cortes Internacionais, do hoje chamado Protagonismo Judicial Transnacional, que ainda neste capítulo será melhor analisado[790].

Neste sentido, indispensável a análise de como se dá e como funciona o Protagonismo Judicial no Brasil, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 impôs inúmeras alterações quanto à Direitos, tanto individuais quanto coletivos, bem como deu mais espaço ao Poder Judiciário, na figura do juiz, para a tomada de decisões em matérias de suma importância para o rumo do Estado e do Direito brasileiro.

---

[789] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 298.

[790] Um exemplo do Protagonismo Judicial Transnacional é o caso da Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, situada na bacia do rio Xingu, sudoeste do Estado do Pará (Brasil), onde o Direito e a política transnacionais bem como os movimentos sociais que tentam impedir a construção da usina estão de um lado, e do outro o Estado que busca ampliar sua produção energética, que resultou na atuação dos sistemas da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) de Direitos Humanos. SEQUEIRA, João Elbio; SILVA, Maria Dolores. **O Ativismo Judicial Transnacional e a "Transnational Advocacy Network" na Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte**. Universidade Federal de Pernambuco: Revista Política Hoje – 1ª Edição, vol. 23, n.º 2, 2014, p. 177-201.

8.2. O PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL[791]

No Brasil, muito mais do que nos Estados Unidos da América, o Poder Judiciário exerce sua influência em todos as esferas de poder. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter feito uma separação muito clara das responsabilidades e funções de cada um dos três poderes do Estado brasileiro, não há dúvidas que o Poder Judiciário tem agido como o protagonista dentre aqueles, haja vista a interferência do mesmo em questões de relevância junto às esferas executiva e legislativa.

Assim, o controle de constitucionalidade, no Brasil, teve início com o surgimento da República, com influência de Rui Barbosa, momento em que se abandonou às influências europeias e apegou-se aos ideários norte-americanos, prevendo controle incidental e difuso através do Decreto nº 880/90 e, posteriormente, na Constituição da República 1891. Todavia, durante o período entre 1891 até 1965, a Corte Superior brasileira sofreu diversas restrições funcionais pelos demais poderes, sendo que apenas através da Emenda Constitucional nº 16/65 é que o Poder do Judiciário retoma seus poderes, possibilitando a Suprema Corte rever os atos dos demais poderes estatais, com intuito de proteger o Cumprimento da Constituição.[792]

Nesse cenário, a Carta Política de 1988 foi elaborada com a premissa de romper com o regime ditatorial decorrente da intervenção militar no país, levando em conta aquele anseio nacional de redemocratização, no intuito de transformar o modelo do passado, tendo a Constituição Federal de 1988 um vasto rol de Direitos fundamentais e sociais.[793]

Nesse diapasão, com a promulgação da atual Constituição da República, o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes pelo Poder Judiciário é

---

[791] Diferentemente dos Estados Unidos, no Brasil a atuação do Judiciário mediante uma postura mais altiva acabou por criar um imaginário jurídico no qual o Direito brasileiro fez-se dependente das decisões judicias, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade. Isso quer dizer que se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o Protagonismo Judicial como característica própria da jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação do Judiciário é apresentada como pressuposta, considerada uma "solução" para os problemas sociais ou "uma etapa necessária e indispensável" para o cumprimento do texto constitucional. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 339/343.

[792] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p.128.

[793] PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas**, p. 27.

fortalecido ante a previsão na própria Carta Política do que, por conseguinte, começa a dar azo às primeiras reflexões doutrinárias no país sobre o Protagonismo Judicial.[794]

Nesse contexto, as primeiras manifestações do Supremo Tribunal Federal, como o guardião da Constituição Federal, foram marcadas por uma atuação passiva, ou seja, o chamado passivismo judicial[795], evitando enfrentar os poderes Legislativo e Executivo, a exemplo o que aconteceu no "Plano Collor", quando a Suprema Corte foi contestada a manifestar-se sobre o confisco dos ativos financeiros da população e acabou não julgando o mérito da questão por razões de cunho processual.[796]

No Brasil, o Protagonismo Judicial não teve a devida maturação, uma vez que em torno dos trinta anos desde a promulgação da Carta Magna, o raciocínio jurídico do Supremo Tribunal Federal foi radicalmente transformado, passando-se de decisões judiciais de passivismo para um Protagonismo Judicial[797]. No ano de 2007, a Suprema Corte passou a ter entendimento diversificado, sendo que ao julgar os Mandados de Injunção, nos casos autuados sob os nº 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, todos referentes à mora legislativa em regulamentar o Direito de greve dos servidores públicos, a Corte decidiu usar o remédio constitucional do mandado de injunção como meio de suprir as lacunas legislativas para o exercício do Direito de

---

[794] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 2694.

[795] Apesar de toda a nova arquitetura constitucional oportunizando a judicialização da política e a expansão do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, a Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, comportou-se de modo passivo como havia feito depois do endurecimento do Regime Militar com a edição dos AIs (Atos Institucionais) ns.º 5 e 6. Acredita-se que, as explicações para tal postura passiva são todas relacionadas à forma como se desenvolveu o processo brasileiro de reabertura política e de transição do autoritarismo para a Democracia, e ao papel que a Corte cumpriu nesse processo. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p. 141.

[796] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p. 141.

[797] O bom-senso entre "passividade judicial" e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade" deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do Protagonismo Judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente excepcionalmente de forma protagonista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.803.

greve pelo servidor público, atribuindo eficácia *erga omnes* a tal decisão, impulsionando assim o protagonismo dos juízes no Brasil.[798]

No mesmo ano de 2007, a Egrégia Suprema Corte foi provocada através da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que veda a progressão penal nos crimes hediondos. Todavia, o controle difuso de constitucionalidade possui efeito *inter partes* não podendo estender os efeitos, isso somente pode ser feito através do Senado Federal, conforme preceitua o artigo 52, inciso X[799], da Constituição Federal. Contudo, a Corte decidiu que a competência do Senado Federal deveria somente dar publicidade à decisão, indo de encontro ao próprio texto Constitucional.[800]

Assim, no Brasil, conforme já mencionando, passou-se de condutas totalmente conservadoras, de um passivismo judicial, daquele domínio de autocontenção, diretamente para decisões de extrema interpretação judicial, tornando o judiciário um dos principais protagonistas do cenário econômico-político-jurídico nacional. No cenário brasileiro as simples decisões garantidoras de políticas públicas (judicialização da política) transformaram-se rapidamente em decisões protagonistas, tendo em vista o papel concretizador de Direitos dessas decisões.

Nesse sentido, acredita-se que há muito já se transpôs a barreira de um Judiciário apenas garantidor de políticas públicas, preocupado com a efetivação da Constituição Federal de 1988, evidenciando-se uma superioridade de Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que, em decorrência dessa hipertrofia do Poder Judiciário, bem como da Jurisprudência protagonista dos órgãos de cúpula desse poder - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça[801] -

---

[798] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, p. 318.

[799] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

[800] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 308/314.

[801] Há uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que demonstrou descaso com os Direitos econômicos. O caso da aquisição das ações da Companhia Riograndense de Telefonia, quando em

no decorrer dos anos, instigaram os Tribunais inferiores e os juízes singulares a achar soluções para casos complexos, por vezes até contrárias ao posicionamento dos demais Tribunais, na tentativa de solver matérias polêmicas e conflitantes.

Assim, em decorrência da ampliação de Direitos, em especial os sociais, trazida pela Carta Magna de 1988, houve o suposto comprometimento do Estado brasileiro na efetivação dos preceitos constitucionais. Todavia, a real efetivação desses Direitos ficou consubstanciado em um ideal a ser seguido pela administração, já que utiliza-se do caráter programático dessas normas, para fundamentar a escassez e não execução de políticas públicas. Até porque, a exigibilidade dos Direitos sociais se produz pela inclusão dos mesmos nos textos constitucionais, sendo que os juízes não podem estar em uma atitude passiva em relação a tal situação.[802]

Com a inércia política na concretização das normas delineadas na Constituição Federal de 1988 pelos poderes competentes (Legislativo e Executivo), o cidadão passa a perquirir os Direitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 na esfera judicial, buscando no Poder Judiciário respostas e ações que garantam a efetivação de tais Direitos, desembocando na judicialização da política[803]. Todavia,

---

uma primeira discussão foi garantido o pagamento da diferença entre o número de ações que cada proprietário possuía referente ao mesmo tipo de linha telefônica, quando da abertura da venda de ações na bolsa de valores. Isto porque, todas as ações eram oferecidas por editais publicados na imprensa e com preço previamente definido pela Assembleia Geral, conforme a previsão do artigo 170, da Lei 6.404. Todavia, quando houve a sucessão da empresa, a qual foi adquirida pela Brasil Telecom, o STJ mudou drasticamente o entendimento anterior, liberando a atual responsável do pagamento da dívida baseada no valor definido pela Assembleia anterior, podendo, a sucessora, emitir novo preço, desestabilizando a linha decisória e causando violento impacto econômico. Notória a manifestação protagonista, com evidente violação do texto constitucional, posto que, o STJ não tem a competência para analisar provas e interpretar cláusulas contratuais, competência exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, evidenciando o protagonismo da Corte que, com tal decisão acabou violando o entendimento das próprias Súmulas 5 (A SIMPLES INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULA CONTRATUAL NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL) e 7 (A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL). Assim, constata-se que a mudança de entendimento do STJ fez com que várias pessoas recebessem indenizações inferiores à de outras, ressaltando-se para o fato de que a decisão proferida foi em total desacordo com o texto da lei, mitigando dez anos de maturação jurisprudencial do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. Afora isso, essa metamorfose jurisprudencial acarretou prejuízos aos particulares, trazendo insegurança jurídica aos contratos já entabulados. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e *Déficits* Democráticos:** Algumas experiências Latino-Americanas e Europeias, p. 12/13.

[802] LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial:** escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social**,** p. 196.

[803] Devido às omissões legislativas e administrativas, o Poder Judiciário se tornou um garantidor de políticas públicas quando provocado, sempre fundamentando tais decisões, única e exclusivamente, na interpretação segundo o texto constitucional, fazendo valer os Direitos fundamentais ali previstos, principalmente, aqueles consubstanciados no artigo 5º, da Carta Política, não caracterizando, assim,

essa judicialização confere maior interpretação das normas pelo juiz, podendo transformar-se em protagonistas[804].

Nesse sentido, há quem defenda que o texto constitucional somente sirva de parâmetro, referência ou orientação para a decisão judicial, concluindo que o juiz apenas partiria do ideário previsto na Carta Política. Ainda, sustentam que é um equívoco afirmar que quando o Tribunal exerce atividade jurisdicional são os juízes quem falam, eis que acreditam que sejam a voz da própria Constituição.[805]

Entretanto, o certo é que não somente no Brasil, conforme acima exposto, passou por diferentes mudanças a nível político-jurídico no passado recente; a nível mundial, os judiciários estão buscando meios para resolver conflitos em âmbito interno ou internacionais, decorrentes de conflitos puramente transnacionais (o que efetivamente é importante para a presente Tese) utilizando o chamado Protagonismo Judicial para dar validade e eficácia ao novo Direito, qual seja, o Direito Transnacional.

8.3. A IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL COMO MODELO À EFICÁCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL

O Protagonismo Judicial, na origem, é decorrente de uma atuação e interferência na esfera política por parte dos juízes. O que se pretende demonstrar é que um protagonismo dos juízes, tanto em nível nacional quanto à nível internacional, pode ser um dos mecanismos para resolver conflitos transnacionais, dentro do Direito

---

Protagonismo Judicial. PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas**: o problema da legitimidade, p. 65.

[804] Não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, em discurso proferido quando da posse do Min. Gilmar Mendes na presidência do STF (23-4-2008) ao recordar que as práticas protagonistas do Poder Judiciário, embora modernamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.802.

[805] PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas**: o problema da legitimidade, p. 89.

Transnacional, fazendo surgir um novo instituto que seria chamado de Protagonismo Judicial Transnacional.

Nesse sentido, o diálogo entre Cortes e Tribunais – nacionais e internacionais – é fundamental para refundar-se as bases do Direito criando-se mecanismos, instrumentos capazes de dar validade plena, além de eficácia jurídica à resolução dos conflitos transnacionais[806].

A nível de comparação, o Direito Internacional, apesar de ter surgido após a Paz de Vestfália (1648), somente foi implementado, ou seja, passou a ter validade e eficácia, deixando "as sombras" do Direito dos Estados (Direito nacional), a partir do início do século XX quando da criação da Liga das Nações[807].

E, sendo a Liga das Nações a primeira organização internacional de caráter amplo, chamava a atenção a concentração de poder na Assembleia, e não em

---

[806] A multiplicação de jurisdições mistas, compostas de juízes nacionais e internacionais, que tem aplicado uma combinação entre Direito interno e Direito internacional, trouxe à baila a existência de um diálogo de juízes, que comprovaria a existência de uma sociedade mundial e de um Direito emergente, que se revelaria mediante os processos de cooperação, harmonização e unificação por hibridação. DINIZ, G.F.C., **A Internacionalização dos Direitos Face à tensão entre as Liberdades Individuais e as Diversidades Culturais e Religiosas**, p. 77.

[807] Relendo-se textos canônicos da doutrina do início do século XX, depreende-se outras consequências da analogia entre a ordem internacional e a doméstica, e o modo como essa forma de pensamento influencia as questões neste campo. A ausência de organizações internacionais que pudessem servir a um projeto de governança internacional aparece como um problema central para a aceitação da existência de uma ordem internacional baseada no Direito, e não simplesmente na prática política entre Estados. No contexto de tentativa de construção das primeiras organizações internacionais em sentido hodierno, Kelsen reconhece o Direito Internacional como Direito, apontando sua incompletude. Mas, na ausência de uma instituição que legitime suas normas, como identificá-las? Nesse sentido, a questão das fontes aparece como uma segunda prioridade neste quadrante histórico. O problema que se apresenta é que, pensando desde uma perspectiva moderna (no sentido de anti-naturalística ou não-tradicional), o Direito Internacional não seria capaz de promover a mesma migração de uma base de legitimação metafísica para outra política, como ocorreu no Direito doméstico com a consolidação dos Estados nacionais laicos. Os acordos políticos que traduziam a vontade dos atores (aqui os Estados, em substituição aos cidadãos) não podiam ser universalizáveis hipoteticamente por uma ideia totalizante como a de um contrato social mundial. Diferentes Estados possuíam diferentes acordos entre si e o costume, na qualidade de fonte do Direito, colidia com a noção de que a vontade do Estado constitui elemento necessário para a validação de um tratado. Considerando essas preocupações e a centralidade do Estado no horizonte de perspectivas, não é surpreendente que a resposta institucional articulada pelos atores que formulavam o Direito internacional no período tenha sido a construção de uma instituição "global" de caráter legislativo, a ela vinculando outra de caráter judicial: a Liga das Nações e a Corte Permanente de Justiça Internacional. Não cabe aqui explorar a historiografia sobre a instituição e o fim da Liga, mas, sim, extrair elementos sobre o estilo de governança proposto pela arquitetura institucional predominante e seu correlato modelo de governança. TORELLY, Marcelo. **Do Direito Internacional à Governança Global**: mudanças estruturais do espaço transnacional. São Paulo: Revista do Direito Brasileiro, v.15, n.º 6, p. 20-46, set./dez. 2016**,** p. 23/24.

unidades executivas, e, especialmente, a necessidade de obtenção de consenso para a tomada de decisões. Isso deu-se, em razão de que o projeto da Liga, com clara inspiração kantiana, procurava construir as bases institucionais para uma espécie de legislativo mundial onde Estados soberanos produziriam o Direito e as decisões políticas que os vinculariam. Como projeto de governança, a Liga das Nações priorizava a deliberação política colegiada e procurava sanear os dois "déficits" comumente associados ao Direito internacional do período, vez que uma Corte passaria a identificar e sistematizar as fontes do Direito, e uma instituição central, de caráter colegiado, faria as vezes de agente de deliberação e implementação.[808]

Portanto, conclui-se que, somente após ser implementado no Direito internacional mecanismos jurídicos e administrativos capazes de resolver questões eminentemente de caráter internacional, bem como que abrangesse uma quantidade considerável de Estados, foi que o Direito internacional, que até então somente era considerado junto ao plano de existência, passou a enquadra-se nos planos da validade e eficácia jurídica, fazendo com que o mesmo passasse a viger em pé de igualdade com o Direito doméstico/nacional.

Hoje, não existem, ainda, mecanismos, instrumentos, com a finalidade de dar eficácia ao Direito Transnacional, ou seja, não se tem ainda uma "Liga das Nações" para o Direito Transnacional. Entretanto, os avanços a nível de estudos e tentativas práticas para alcançar a validade e eficácia do Direito Transnacional evoluem a "passos largos", não se olvidando, para tanto, a necessidade de uma refundação dos fundamentos do Direito para alcançar-se o objetivo almejado.

Porém, a evolução e reformulação de Direitos, passará sem dúvida, por uma atuação proativa dos Tribunais locais e internacionais, no sentido de dar validade aos mecanismos e instrumentos que serão utilizados pelos atores transnacionais para chegar ao objetivo desejado, que é a criação de fóruns e espaços que propiciem ao Direito Transnacional a inserção do mesmo nos planos da validade e de eficácia jurídica. Assim, a importância da análise de um Protagonismo Judicial chamado de Transnacional, através do diálogo entre Tribunais/Cortes, sejam eles nacionais ou

[808] TORELLY, Marcelo. **Do Direito Internacional à Governança Global**: mudanças estruturais do espaço transnacional**,** p. 24.

internacionais, ou mesmo a ligação entre os dois, será imprescindível para esse processo de reformulação do Direito como um todo.

Até, porque, a união destes dois assuntos – Protagonismo Judicial e o diálogo entre os Tribunais - pode ser uma das soluções aventadas para que o Direito Transnacional alcance o fim a que se propõe, conforme já mencionado. Por essa razão, uma análise mais pormenorizada do diálogo entre os Tribunais e a eficácia de decisões transjudiciais para resolução dos conflitos de cunho transnacional é indispensável.

8.4. O PROTAGONISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL[809]: UM DIÁLOGO ENTRE TRIBUNAIS

O fenômeno da Globalização, já analisado no capítulo terceiro, teve o condão de mudar paradigmas trazendo avanços em todas as áreas do conhecimento, e, no Direito, não foi diferente[810]. O processo de Globalização trouxe com ele o processo de transnacionalização, contribuindo para o mundo jurídico com a criação do Direito Transnacional.

Ocorre que, uma decorrência lógica do Direito Transnacional, em razão da inexistência de fóruns próprios para a discussão de questões em nível transnacional, é a utilização das Cortes domésticas para, em especial, com relação à matéria de Direito privado transnacional, decidir conflitos que versam sobre o tema. Outra questão importante é o fato de ainda não existir uma Constituição ou um Direito

[809] O Protagonismo Judicial Transnacional surge em decorrência da litigância internacional, abrangendo casos de litígios entre Estados, entre indivíduos e Estados, além fronteiras, nos quais envolvam fatos que originariamente só poderiam ser levados à jurisdição das cortes internas; porém, devido as obrigações interestatais firmadas, poderão ser interpostas perante cortes internacionais, permitindo a transformação dos sistemas interno e internacional em um sistema jurídico global, no qual os julgadores aplicarão normas do Direito internacional e do Direito interno, ou então, uma mistura dos dois. LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. **A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: uma análise a partir de casos contra o Brasil. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 10, n.º 2, p. 237-248, 2013, p. 239.

[810] O Direito tornou-se um bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada. Cada vez mais, as regras que organizam a vida comum da sociedade local são concebidas em outros lugares e aquelas que são concebidas aqui servirão para formular o Direito em países estrangeiros. ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 7.

universal[811] a ser utilizado pelo Direito estrangeiro para julgar matérias que versam sobre Direito Transnacional.

Neste sentido, nos meios acadêmicos, por exemplo, o diálogo entre os juízes condensa em si mesmo as esperanças mais desmedidas e os receios mais irracionais. Alguns consideram-no o estágio último de um "governo dos juízes", transposto o diálogo entre os juízes para um nível global, em detrimento dos interesses nacionais e da legitimidade democrática. Outros, pelo contrário, anteveem aqui o sinal de um caminhar lento, mas seguro, em direção a um Direito Transnacional ou mesmo universal que, embora não esteja ainda concretizado, constituiria o horizonte de expectativa de uma humanidade unida.[812]

O tema proposto neste ponto, é uma continuação do Protagonismo Judicial, da forma originalmente criada e analisada acima, ou seja, aquele em que os Tribunais nacionais, através de seus operadores, utilizam-se do poder que a "toga"[813] lhes confere para decidir sobre matérias que, tecnicamente, estariam fora da esfera de atuação daqueles, visando a união desta concepção com a posição tradicional do também chamado diálogo entre Tribunais. E, o diálogo entre os Tribunais, na sua constituição inicial, consistiria na aplicação das fontes jurisprudenciais, constitucionais e legislativas, estrangeiras e internacionais, no Direito interno, partindo-se do estudo do uso dessas fontes alienígenas no ordenamento pátrio, na busca pelo fortalecimento do diálogo entre as cortes das nações, em uma verdadeira troca de experiências para a busca de melhor resposta judicial.[814]

---

[811] Na Europa, especificamente na Itália, já existe um grupo de estudiosos do Direito, dentre ele Luigi Ferrajoli, que estão iniciando um movimento a fim de discutir a possibilidade de fundação de uma Constituição universal. Mas essa matéria será novamente analisada no capítulo nono desta Tese.

[812] ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 9.

[813] O uso da Toga judiciária resulta do costume. Em contrapartida, a forma é extremamente precisa e hierarquizada. À medida que um magistrado progride na carreira judiciária, muda de toga; mais exatamente, cobre-se com novas togas. A toga permite identificar de imediato a pessoa que a ostenta. GARAPON, Antonie. **Bem Julgar**: Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 74.

[814] PROVIN, Alan Felipe; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **O Diálogo entre as Cortes.** Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 21, p. 111-125, doi:https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.05, p. 111/112.

A união destas duas situações – Protagonismo Judicial e Diálogos entre os Tribunais[815] – faria surgir o chamado Protagonismo Jurídico Transnacional[816] que poder-se-ia conceituar como o engajamento, dentro das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, no sentido de fortalecer as demandas dos movimentos sociais e promover mudanças legais e políticas dentro dos Estados.[817]

A presente situação, conforme já mencionado *en passant* nesta Tese, traz à baila decisões interativas entre os diferentes Direitos nacionais decorrente da comunicação/diálogo entre os juízes/Cortes, fazendo surgir, pode assim dizer, as chamadas interações transjudiciais, as quais não terão unanimidade quanto a utilização das mesmas pelos Tribunais nacionais, muito menos representam o único caminho a ser utilizado pelo Direito Transnacional como instrumento para dar certeza jurídica aos atores e operadores do Direito. Porém, a utilização das interações transjudiciais conjuntamente com os demais instrumentos jurídicos, inter ou supraestatais poderão operar relevantes transformações na visão de uma condição de Transnacionalidade.

Neste sentido, poder-se-ia citar vários casos em que Supremos Tribunais basearam-se no Direito nacional e em precedentes estrangeiros para aplicar conjuntamente com suas próprias constituições o Direito, desde a Suprema Corte canadense até a Corte Constitucional da África do Sul, bem como as Cortes

---

[815] O diálogo entre tribunais ocorre quando juízes nacionais procuram conhecer o Direito e suas formas de interpretação de outros países, para ajuda-los em sua atividade jurisdicional. No entanto, existem mais de 200 países no mundo, com diferentes níveis de acesso a suas informações e de interesse dos juízes por suas Jurisprudências. Para interagir, é necessário o reconhecimento que advém da existência de um regime jurídico ou político similar ou do *status* de determinado tribunal, por questões históricas entre os Estados, ou mesmo por questões pessoais do magistrado. A interação pode ater-se a determinados temas ou ser geral. Por conseguinte, pode ser unilateral (monólogo) ou multilateral. De um lado, há uma influência importante de alguns tribunais nacionais de países centrais, sobretudo dos Estados Unidos, da Alemanha, da França, do Reino Unido sobre os demais países. De outro, a ideia de construção de uma verdadeira comunidade internacional de juízes, a partir da abertura das cortes constitucionais, numa ideia de aldeia global. VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito**: Direito internacional, Globalização e complexidade, p. 219/220.

[816] A título de esclarecimento, existem várias formas do judiciário ser protagonista. No caso deste trabalho o que está em discussão é o protagonismo jurídico na forma transnacional. Especificamente, o Protagonismo Jurídico Transnacional distingue-se das outras formas de protagonismo em razão da conotação jurídica indo além fronteiras que possui, ou seja, são os mecanismos utilizados pelos atores transnacionais juntos às cortes internacionais, instituições quase judiciais ou mesmo nos Tribunais nacionais, coordenando distintas formas de ações judiciais a fim de gerar impacto nas searas política, legislativa e social.

[817] SANTOS, Cecília MacDowell. **Ativismo jurídico transnacional e o Estado**: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 28.

Constitucionais da Alemanha, da Espanha e da Itália, o Tribunal da Áustria e assim por diante. Em muitos desses casos, o uso do Direito estrangeiro entrou em discussão nesses tribunais.[818]

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (FCC) é amplamente citado e, também, com frequência utilizado como base nos tribunais municipais daquele país, quanto a referência de utilização à Direito estrangeiro[819]. E, nesse sentido, recentemente a opinião da maioria fez um amplo apelo ao uso do Direito estrangeiro, o que suscitou críticas da minoria.[820] A decisão em questão, versava sobre a constitucionalidade dos novos requisitos de divulgação financeira para membros do parlamento e considerou que os novos requisitos eram constitucionais. O tribunal argumentou que o interesse público na transparência superava o interesse pela privacidade dos membros do parlamento, tendo alegado que esta conclusão estava de acordo com os desenvolvimentos jurídicos internacionais. Consequentemente, a decisão citou o Direito dos Estados Unidos, Polônia, Itália, Suécia, Noruega, Suíça, Espanha, argumentando que a regulamentação alemã em análise era legítima à luz de todos esses Direitos estrangeiros. A opinião minoritária, ao contrário, alegou que

---

[818] *We could cite a multiple of cases in which supreme courts have relied on foreign law and precedents in order to apply their own constitutions, from the Canadian Supreme Court to the South African Constitutional Court, to the German Constitutional Court to the Spanish, Italian, Austrian Court, and so on. In many of these cases the use of foreign law has been disputed within those courts.* MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as wide reflective equilibrium:*** *in the Region of Middle Axioms*, p. 3. (tradução livre realizada pela autora)

[819] *In the famous Lüth case (1958), the FCC applied the guarantee of freedom of expression – article 5 of the Basic Law - to repeal an injunction issued by a German court against a German politician who had called for a boycott of a movie made by a producer who formerly made Nazi propaganda movies. The decision cites Cardozo´s statement according to which freedom of expression is "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom". It also cites article 11 of the French Declaration of the Rights of Man and Citizen: "The basic right to freedom of expression, the most immediate aspect of the human personality in society, is one of the most precious rights of man".* MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as wide reflective equilibrium:*** *in the Region of Middle Axioms*, p. 3.

Um exemplo foi no famoso caso Lüth (1958), onde o FCC aplicou a garantia de liberdade de expressão - artigo 5 do Direito Básico - para revogar uma liminar emitida por um tribunal alemão contra um político alemão que havia pedido o boicote a um filme feito por um produtor que anteriormente teria feito filmes de propaganda nazista. A decisão cita a declaração de Cardozo de que a liberdade de expressão é "a matriz, a condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade". Também cita o artigo 11 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: "O Direito básico à liberdade de expressão, o aspecto mais imediato da personalidade humana na sociedade, é um dos Direitos mais preciosos do homem". (tradução livre realizada pela autora)

[820] BVerfG, July 4, 2007, BverfGE 118:277. MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as wide reflective equilibrium:*** *in the Region of Middle Axioms*, p. 3-4.

os requisitos de divulgação em análise violavam a independência dos representantes políticos e argumentou contra o uso do Direito estrangeiro na decisão.[821]

O exemplo vivenciado pelo FCC, não somente possui base na Alemanha, como mencionado, mas sim, tem espaço em inúmeros outros Tribunais Constitucionais ocidentais, uma vez que a ocorrência da extraterritorialidade de decisões tem por objetivo implementar e tornar a matéria corriqueira no âmago dos tribunais nacionais. E, os juízes são as pessoas capacitadas para conduzir o diálogo entre Cortes por meio de citações mútuas, bem como por meio de interações cada vez mais diretas, tanto presenciais quanto eletrônicas, dando origem as interações transjudiciais.

Essas interações, não ficam somente no âmbito dos tribunais nacionais, pois tanto contribuem para uma nascente Jurisprudência global sobre questões específicas quanto melhoram a qualidade de decisões nacionais específicas; às vezes importando ideias e às vezes insistindo em uma abordagem nacional idiossincrática para razões culturais, históricas ou políticas específicas. Além disso, eles são notavelmente autoconscientes sobre o que estão fazendo, envolvendo-se em debates abertos sobre os usos e abusos da "autoridade persuasiva" de outros tribunais dentro de outros sistemas jurídicos nacionais. Os resultados são surpreendentes. Para citar apenas um exemplo importante, de uma decisão histórica sobre a pena de morte, o Tribunal Constitucional da África do Sul[822] citou decisões proferidas pelos colegas de

---

[821] *The Federal Constitutional Court of Germany (FCC) is widely cited, and also frequently cities courts and refers to foreign law. Very recently, a majority opinion made an extensive appeal to foreign law that elicited criticism from minority. The decision in question was about the constitutionality of new financial disclosure requirements for members of parliament, and found that the new requirements were constitutional. The court argued that the public interest is transparency outweighed the privacy interest of members of parliament, and claimed that this conclusion was in line with international legal developments. Accordingly, the decision cited the law of the United States, Poland, Italy, Sweden, Norway, Switzerland, Spain, arguing that the German regulation under review was legitimate in light of all such foreign laws. The minority opinion, in contrast, claimed that the disclosure requirements under review violated political representatives´ independence, and argued against the use of foreign law in the decision*. MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as wide reflective equilibrium:*** *in the Region of Middle Axioms*, p. 3-4. (tradução livre realizada pela autora)

[822] O Tribunal Constitucional Sul Africano, em outro caso, S. v. Lawrence, 1997 (4) S.A. 1176, 1223 (CC) (Sachs, J.) novamente posicionou-se a favor da aplicação de precedente da Suprema Corte do Estados Unidos: “Eu me baseio nas declarações de certos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos ... não porque trato suas decisões como precedentes a serem aplicados em nossos tribunais, mas porque seus ditames se articulam de maneira elegante e útil (relacionados à igreja-Estado) problemas que enfrentam qualquer tribunal moderno. Assim, embora extraídos de outra cultura jurídica,

tribunais constitucionais de diversos países: a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Suprema Corte do Canadá, a Corte Constitucional Alemã, o Supremo Tribunal da Índia, Supremo Tribunal da Hungria e Tribunal de Recurso da Tanzânia[823].[824]

Desta forma, as decisões transjudiciais poderiam trazer um conforto maior aos atores transnacionais quanto à aplicação do Direito Transnacional no cenário mundial se este último já estivesse implementado, de forma eficaz, uma vez que as Cortes e Tribunais internacionais e supranacionais, muitas vezes não conseguem realizar uma comunicação eficiente entre eles, não conseguindo solver questões ditas transnacionais de forma eficaz e segura as partes envolvidas no conflito. Porém, como ainda não há instrumentos capazes de dar eficácia ao Direito Transnacional as decisões transjudiciais fazem esse papel a nível nacional, internacional e supranacional.

Importante destacar, então, que nas últimas décadas os tribunais constitucionais sul-africano e canadense têm mantido alto grau de influência sob as demais Cortes mundiais, mais do que a Suprema Corte dos Estados Unidos e outros tribunais constitucionais mais antigos do que aqueles. Em parte, sua influência pode surgir do simples fato de que eles não são americanos, tornando assim o raciocínio dos mesmos mais palatável politicamente para o público doméstico em uma era de

---

eles expressam valores e dilemas de uma forma que considero mais útil para elucidar o significado de nosso próprio texto constitucional". (tradução livre realizada pela autora)
Justice Albie Sachs of the South African Constitutional Court: "I draw on statements by certain United States Supreme Court Justices … not because I treat their decisions as precedents to be applied in our Courts, but because their dicta articulate in an elegant and helpful manner (church-state related) problems which face any modern court. Thus, though drawn from another legal culture, they express values and dilemmas in a way which I find most helpful in elucidating the meaning of our own constitutional text". SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***. HeinOnline - *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, number 1, winter 2003, p. 195.

[823] The State *v.* T Makwayane and M Mchunu, Case N.º CCT/3/94 – June 6, 1995.

[824] *Judges conduct this dialogue through mutual citation, as well as through increasingly direct interactions, both face to face and electronic. In the process, these interactions both contribute to a nascent global jurisprudence on particular issues and improve the quality of particular national decisions, sometimes by importing ideas and sometimes by insisting on an idiosyncratic national approach for specific cultural, historical, or political reason. Further, they are remarkably self-conscious about what they are doing, engaging in open debates about the uses and abuses of "persuasive authority" from fellow courts within other national legal systems. The results are striking. To take only one prominent example, in a landmark decision on the death penalty, the South African Constitutional Court cited decisions of its fellow constitutional courts around the world: the U.S. Supreme Court, the Supreme Court of Canada, the German Constitutional Court, the Supreme Court of India, Supreme Court of Hungary, and the Tanzanian Court of Appeal.* SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***, p. 195. (tradução livre realizada pela autora)

extraordinário poder militar, político, econômico e cultural dos Estados Unidos. Mas, igualmente, senão mais importante, é a capacidade desses próprios tribunais de capturar e cristalizar o trabalho dos colegas juízes constitucionais em todo o mundo.[825]

Dito isso, acentua-se que as interações transjudiciais decorrem basicamente do esmaecimento das normas de Direito internacional, especialmente aquelas que foram preconizadas no sentido de uma ampliação do papel das Cortes internacional ou supranacionais[826]. O objetivo primeiro da expansão dessas interações é ressaltar a liberdade ou voluntariedade, em certo sentido, que as cortes domésticas possuem para selecionar os precedentes não vinculantes que adotarão como fundamentos de suas decisões, da mesma forma como escolhem seus materiais doutrinários, sendo que a ampliação das interações transjudiciais desenvolver-se-ia em sentido inversamente proporcional ao papel das Cortes internacionais e supranacionais.[827]

Assim é que, mesmo ordenamentos jurídicos altamente infensos ao compartilhamento de respostas a conflitos normativos – como é o caso do Estados Unidos -, têm passado por um gradativo processo de abertura à influência do Direito de outros países ou de produções supranacionais e internacionais. Neste sentido, no caso *Roper v. Simmons*[828] julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o *Syllabus*[829] indicou uma abertura para a relevância argumentativa dos precedentes

---

[825] *The South African and the Canadian constitutional courts have both been highly influential, apparently more so in recent decades than the U.S. Supreme Court and other older and more established constitutional courts. In part, their influence may spring from the simple fact that they are not American, thus rendering their reasoning more politically palatable to domestic audiences in an era of extraordinary U.S. military, political, economic and cultural power. But equally if not more important is the ability of these courts themselves to capture and crystallize the work of their fellow constitutional judges around the world.* SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***, p. 198. (tradução livre realizada pela autora)

[826] O diálogo de ordem transnacional exige que cortes nacionais e internacionais se apercebam da importância dos atores em um processo de integração, trocar experiências, teorias e modos de interpretar dispositivos. Tudo isso passa pela necessidade de se enfrentar um paradigma que o constitucionalismo vem construindo já há algumas décadas que exige um relacionamento aberto entre ordens jurídicas internas (domésticas) e internacionais e entre os diversos tribunais nacionais de diferentes Estados. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo:** "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas.

[827] PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudicias e transjudicialismo**: sobre a linguagem irônica do Direito internacional, p. 173.

[828] Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

[829] Somente a título de esclarecimento, S*yllabus* é um resumo, uma primeira opinião do caso junto à Suprema Corte norte-americana. Não faz parte da opinião oficial, mas é um resumo adicionado pelo Tribunal para ajudar o leitor a entender melhor o caso e a decisão. O S*yllabus* descreve os fatos do

internacionais quanto à imposição da pena de morte a adolescente com menos de 18 anos[830]. O caso norte-americano, é um exemplo bastante elucidativo em decorrência do histórico de precedentes estrangeiros citados pelos juízes federais nos Estados Unidos; no contexto de debate entre juízes da Suprema Corte favoráveis e contrários ao uso de Direito estrangeiro, destaca-se que o mais comum é o recurso a essa Jurisprudência para auxiliar a interpretação da legislação internacional, mas, também, em menor escala, para a coordenação de litígios de alcance global, ou simplesmente, para realização de referências ao longo da argumentação[831].[832]

caso e o caminho que o caso tomou para chegar à Suprema Corte. A última parte do S*yllabus* às vezes resume qual justiça criou a opinião principal, quais juízes se uniram à opinião principal e quais juízes podem ter emitido opiniões concordantes ou dissidentes.

[830] *At age 17, respondent Simmons planned and committed a capital murder. After he had turned 18, he was sentenced to death. His direct appeal and subsequent petitions for state and federal postconviction relief were rejected. This Court then held, in Atkins v. Virginia, 536 U. S. 304, that the Eighth Amendment, applicable to the States through the Fourteenth Amendment, prohibits the execution of a mentally retarded person. Simmons filed a new petition for state postconviction relief, arguing that Atkins' reasoning established that the Constitution prohibits the execution of a juvenile who was under 18 when he committed his crime. The Missouri Supreme Court agreed and set aside Simmons' death sentence in favor of life imprisonment without eligibility for release. It held that, although Stanford v. Kentucky, 492 U. S. 361, rejected the proposition that the Constitution bars capital punishment for juvenile offenders younger than 18, a national consensus has developed against the execution of those offenders since Stanford.* (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/ acessado em 23 de maio de 2020)

Aos 17 anos, o entrevistado *Simmons* planejou e cometeu um assassinato capital. Ao completar 18 anos, ele foi condenado à morte. Seu apelo direto e petições subsequentes para diminuição da pena pós-condenação estadual e federal foram rejeitadas. Este Tribunal decidiu, em *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304, que a Oitava Emenda, aplicável aos Estados através da Décima Quarta Emenda, proíbe a execução de uma pessoa com retardo mental. *Simmons* apresentou uma nova petição para diminuição da pós-condenação do Estado, argumentando que o raciocínio de *Atkins* estabeleceu que a Constituição proíbe a execução de um menor de 18 anos quando cometeu seu crime. A Suprema Corte do Missouri concordou e anulou a sentença de morte de *Simmons* em favor da prisão perpétua sem direito a libertação. Ele sustentou que, embora *Stanford v. Kentucky*, 492 EUA 361, tenha rejeitado a proposição de que a Constituição proíbe a pena de morte para menores de 18 anos, um consenso nacional se desenvolveu contra a execução desses criminosos desde *Stanford*. (tradução livre realizada pela Autora)

[831] No precedente *Browers v. Hardwick* (que versava sobre a criminalização do homossexualismo pelo Estado do Texas), a decisão da Suprema Corte Americana ensejou um intenso debate, que até hoje repercute, sobre as interações transjudiciais a partir do uso dos precedentes judiciais ou doutrina estrangeira pelos tribunais norte-americanos, uma vez que, ao proferir sua decisão, a Corte incorporou aos votos proferidos citações a precedentes da Corte de Estrasburgo e ao Relatório Wolfenden, do Parlamento Britânico. Tal discussão chegou ao ponto de estimular uma proposta de Resolução pela Câmara dos Deputados (*US House of Representatives*) "sugerindo" aos juízes que não adotassem em suas decisões, no todo ou em parte, quaisquer julgamentos, leis ou pronunciamentos de instituições estrangeiras, a menos que tais atos hajam sido incorporados ao Direito doméstico dos Estados Unidos. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudicias e transjudicialismo**: sobre a linguagem irônica do Direito internacional, p. 174.

[832] ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo:** "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas.

Por certo, o ponto de referência em matéria de interações transjudiciais são os países ditos ocidentais, como é de fácil verificação quando da utilização pelo Direito norte-americano para tais interações, visto que a medida que as interações transjudiciais têm demonstrado, enfaticamente, a sinonímia entre mundialização[833] e ocidentalização do mundo, tendo em vista a posição de supremacia que nessas interações têm assumido as cortes internacionais da Europa ocidental, com destaque para a Corte Internacional de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Esse movimento ocidental das interações transjudiciais engloba um dos problemas fundamentais da ética moderna, qual seja, a questão do reconhecimento do Outro (o estrangeiro, o Diferente), pois no momento em que uma corte nacional, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, decide invocar um precedente do Supremo Tribunal da Índia, tal interação transjudicial imediatamente transborda o debate meramente jurídico para o campo das interações multiculturais[834] ou transculturais.[835]

Assim, a experiência dita pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao invocar um precedente da Suprema Corte da Índia torna-se uma ação afirmativa, uma vez que tal decisão se tratava do teto para o número de cargos que poderiam ser reservados para cidadãos desfavorecidos. Neste sentido, analisando o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, a juíza Shirley Abrahamson, presidente da

---

[833] O fenômeno chamado de mundialização ou "comércio entre juízes", refere-se ao fato de os julgadores decidirem fazendo uso de decisões de outros países. Trata-se da inserção dos juízes em um contexto globalizado (mundializado), de intercâmbio de decisões, o que se traduz em um poder que lhes desoneraria de fundamentar sua decisão a partir da estrita vontade do legislador e da autoridade da doutrina. Com isso, forma-se uma "sociedade dos tribunais" ou um "governo entre juízes", em que o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário, l. 874.

[834] *In multicultural societies, different elements of culture readily become superimposed on one another. The development of multiculturalism can threaten to turn the normal plurality of modern societies - the different interests, value commitments, traditions, and allegiances that are combined in communal networks – into rigid, umbridgeable social divisions. This occurs when particular social groups appear to be separated from other groups along all or most of the four distinct cultural dimensions (economic) interests, traditions, beliefs/values, and allegienaces.* COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence***, p. 164.

Em sociedades multiculturais, diferentes elementos da cultura facilmente se sobrepõem uns aos outros. O desenvolvimento do multiculturalismo pode ameaçar transformar a pluralidade normal das sociedades modernas - os diferentes interesses, compromissos de valor, tradições e lealdades que são combinados em redes comunitárias - em divisões sociais rígidas e intransponíveis. Isso ocorre quando grupos sociais específicos parecem estar separados de outros grupos ao longo de todas ou da maioria das quatro dimensões culturais distintas (econômicas): interesses, tradições, crenças/valores e alegações. (tradução livre realizada pela Autora)

[835] PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudicias e transjudicialismo**: sobre a linguagem irônica no Direito internacional, p. 179.

Suprema Corte de Wisconsin, escreveu sobre a importância do "papel cada vez mais mundano que os juízes estaduais podem desempenhar à medida que aproximam-se do novo milênio".[836]

O simbolismo presente na formação de um Direito Transnacional a partir das decisões dos tribunais e, por consequência, do Protagonismo Judicial Transnacional contribui para a judicialização[837] e para o processo de ruptura que a sociedade mundial vem passando. Por certo que as sociedades multiculturais e transnacionais de hoje, modificaram as instituições anteriormente ditas tradicionais. O fenômeno da Globalização trouxe este avanço tanto para a sociedade mundial quanto para o Direito em geral, sendo que é na esteira da evolução que o Direito Transnacional, além fronteira, é chamado para dirimir questões não mais solvidas pelo Estado.

Corroborando todas essas questões, há que se ressaltar que desde os anos 90, grande parte em razão do processo de Globalização, vem ocorrendo o aumento da transnacionalização das instituições legais e da mobilização jurídica, dois lados de um fenômeno denominado pelos juristas de “judicialização global” e “litigância transnacional”. A judicialização global surge através da criação de cortes internacionais *ad hoc* ou permanentes e tribunais arbitrais, bem como por intermédio do crescente recurso às instituições internacionais judiciais ou quase judiciais para lidar com disputas sobre questões comerciais e de Direitos humanos. Na vertente das questões que versam sobre Direitos humanos, por exemplo, a litigância transnacional engloba as disputas entre Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos

---

[836] *India´s experience with affirmative action, including a decision by the Supreme Court of India imposing a ceiling on the number of positions that can be reserved for disadvantaged citizens. The Supreme Court of India has considered U.S. precedents, but that the same readiness to look beyond one´s own shores has not marked the decision of the court on which I serve. Finally, Judge Shirley Abrahamson, Chief Justice of the Wisconsin Supreme Court, has written about the “increasingly worldly role state judges might play as we approach the new millennium”*. SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***, p. 199/200. (tradução livre realizada pela autora)

[837] À distinção do que se compreende por Protagonismo Judicial e judicialização, essa não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas, ocorre independente disso, de modo contingencial, porque necessária a provocação das distâncias judiciais. Por sua vez, o protagonismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. A caracterização do Protagonismo Judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da autuação do judiciário, l. 915/920.

através de suas fronteiras nacionais[838]. Essas mudanças jurídicas no contexto da Globalização têm aumentado os debates sobre quando a judicialização é desejável ou efetiva em fortalecer o Estado de Direito e promover a Democracia local e global.[839]

Em decorrência destes fenômenos, deram-se os chamados conflitos jurídico transnacionais em que atores transnacionais, sem espaço, nem fóruns certos para discutir os conflitos existentes em razão desta nova ordem mundial, viram-se obrigados a utilizar de ornamentos jurídicos nacionais ou Tribunais internacionais de algumas das Organizações Internacionais existentes, como garantidores da segurança jurídica buscada.

Hoje é isso que existe. O cenário atual pode ser alterado para locais de discussões específicas, ou mesmo, pode ser expandido para um protagonismo transnacional em que os atores transnacionais utilizem com maior propriedade, certeza e segurança jurídica, os ordenamentos jurídicos nacionais ou mesmo as Cortes Internacionais ? A resposta só pode ser uma, sim, há a necessidade de melhor trabalhar os elementos centrais, tais como as fontes desse novo Direito, qual seja, o transnacional, bem como o Direito Transnacional como um verdadeiro Direito, andando “par e passo” com os Direitos nacional e internacional, como será analisado no capítulo nono.

Portanto, o juiz, ao exercer a jurisdição, não está vinculado tão somente às argumentações jurídicas apresentadas pelas partes, ele pode valer-se, de ofício, de fontes jurídicas que considere adequadas, conforme adiante será analisado, para a

---

838 O Protagonismo Jurídico Transnacional pode ser visto como uma tentativa não simplesmente de remediar abusos individuais, mas, também, de (re)politizar ou (re)legalizar a política de Direitos humanos ao provocar as cortes internacionais ou sistemas quase judiciais de Direitos humanos e levá-los a agirem diante das arenas jurídicas e políticas nacionais e locais. As estratégias dos juízes no Protagonismo Jurídico Transnacional estão situadas histórica e politicamente. Uma vez que o Estado é um ator principal nas batalhas jurídicas transnacionais sobre Direitos humanos, é importante investigar tanto sobre as práticas dos defensores jurídicos transnacionais quanto como o Estado responde a eles. Isso auxiliará a entender melhor não somente como os atores da sociedade civil se engajam na mobilização jurídica transnacional, mas, também, como o Estado se refere às normas internacionais de Direitos humanos e como os discursos e as práticas ligadas aos Direitos humanos são desenvolvidos em diferentes setores do Estado e em diversos níveis de atuação estatal. SANTOS, Cecília MacDowel. **Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado:** reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 28.

839 SANTOS, Cecília MacDowel. **Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado:** reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p. 27.

solução dos conflitos apresentados. Assim, para o caso de seguir a questão argumentativa e o conflito versar sobre Direito Transnacional, o caminho seria, inicialmente, o diálogo destes juízes, mediante uma conversação ou diálogo entre cortes que propiciasse a discussão sobre eventuais diferenças culturais e religiosas entre os diversos países. Seria o caso, portanto, da busca de “pontes de transição”, que poderiam conduzir a um sistema mundial de níveis múltiplos, o qual conduziria à solução dos problemas jurídicos mais relevantes, mediante entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens jurídicas diversas.[840]

Neste sentido, as Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, através da teoria do controle de convencionalidade e da doutrina da margem de apreciação nacional, respectivamente, são exemplos da possibilidade de uma maior abrangência das chamadas “pontes de transição”, no sentido de um aprimoramento de um diálogo, desta vez, jurisdicional entre Direito nacional e internacional. Claro que, tais Cortes não têm, em suas decisões, o grau de validade e eficácia produzido pelo Tribunal de Luxemburgo (um dos maiores instrumentos, hoje, de produção de Direito transnacional) junto aos países que compõem a União Europeia, mas são um passo bem interessante para galgar esses objetivos.

Desta maneira, além das decisões/interações transjudiciais no Processo Jurídico Transnacional, acima abordado, há que analisar, neste ponto, a doutrina da margem de apreciação nacional, proposta pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e o controle de convencionalidade, proposto pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, justamente por conta da premissa diálogo entre cortes produzindo decisões aplicadas à sistemas diferentes e a importância destes para o Direito Transnacional.

---

[840] DINIZ, G.F.C., **A Internacionalização dos Direitos Face à tensão entre as Liberdades Individuais e as Diversidades Culturais e Religiosas**, p. 83.

8.5. A DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES[841]

Aparentemente contrários, o Direito Transnacional conflitaria com a doutrina da margem de apreciação e o controle de convencionalidade. Entretanto, a premissa não é de todo verdadeira. Isto porque, a doutrina da margem de apreciação e o controle de convencionalidade proporcionam um diálogo jurisdicional que abrange os Direitos nacional e internacional, bem como, hoje, terão que envolver o próprio Direito Transnacional, como sendo um terceiro Direito.

Ademais, tanto a doutrina da margem de apreciação quanto a teoria do controle de convencionalidade são mecanismos utilizados por Tribunais internacionais quando a discussão e/ou conflitos pairar sobre a matéria atinente aos Direitos humanos e a consequente aplicação da mesma à nível nacional. Neste sentido, a margem de apreciação é utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo)[842] e o controle de convencionalidade é utilizada pela Corte

---

[841] As divergências entre as diferentes matrizes normativas poderão resultar em um catalisador para a evolução hermenêutica, de tal forma que o diálogo jurisdicional e a comparação recíproca possibilitarão o aprimoramento de interpretações normativas, o que se pode chamar de um refinamento desta, ou uma fertilização cruzada, ambas consideravelmente importantes aos Direitos humanos, em razão da generalidade das suas respectivas normas em contraposição com os fatores culturais e as especificidades das demandas apresentadas. Notavelmente, a atual estrutura dos sistemas jurídicos nacionais e internacional não apresentam regras claras de convivência, fator que se evidencia pela inexistência de um *primus inter pares* na relação entre as ordens jurídicas, resultando em convivências harmônicas e simultaneamente conflitivas. Em sentido harmônico a essa relação diagonal, podem ser observados fenômenos como a abertura da ordem jurídica interna à internacional e o reconhecimento de um bloco de convencionalidade estruturado a partir de normas internacionais com caráter constitucional. Há, também, a influência dos aspectos jurídicos nacionais em relação à redação e interpretação do Direito internacional, por meio da afirmação de um diálogo entre os órgãos internacionais de proteção dos Direitos humanos, fator que pode ser percebido por intermédio do acolhimento dos órgãos internacionais aos novos marcos de proteção dos Direitos humanos tal como na demanda *Christine Goodwin vs UK* da Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual o Reino Unido foi condenado por violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, através de elementos provenientes das legislações da Itália, Holanda e Turquia. DANELI, Jardel Anibal Casanova. **A Proteção aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano e o Controle de Convencionalidade**. Dissertação de Mestrado: Braga, págs. 112, 2017, p. 21/22.

[842] *La responsabilidad primaria del Tribunal es garantizar un estándar mínimo de protección en colaboración con los estados y, por tanto, el examen substantivo de las medidas impugnadas debe ser el punto de partida de su actividad jurisdiccional.* IGLESIAS VILA, Marisa. ***The Procedural Rationality Control as a Form of Deference ?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR.* Artigo científico apresentado no IVR World Congress 2019, ps. 26, Lucerna 2019, p. 12.
A responsabilidade primaria do Tribunal é garantir um *standard* mínimo de proteção em colaboração com os Estados e, portanto, um exame substantivo das medidas impugnadas deve ser o ponto de partida da atividade jurisdicional daquele. (tradução livre realizada pela autora)

Interamericana sobre Direitos Humanos[843] a fim de que o fluxo hierárquico normativo no ordenamento jurídico nacional seja obedecido e/ou respeitado pela jurisdição internacional.

Assim, na teoria do controle de convencionalidade, o poder judiciário assume o compromisso de, além de verificar a compatibilidade entre a norma ordinária aplicada e a Constituição – conhecido como controle de constitucionalidade -, conferir se esta mesma norma é compatível com os tratados internacionais de Direitos humanos ratificados pelo Estado. Isto porque, todos os tratados que formam a estrutura normativa convencional dos Direitos humanos de que um Estado é parte, servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.[844]

Neste sentido, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva, a primeira tendo como ponto de partida a Corte Interamericana[845] e o impacto de sua Jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e, a segunda tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da Jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de Direitos humanos no âmbito

---

[843] A Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos Direitos humanos nos Estados Americanos; e, a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentam acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção. A Corte pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o controle de convencionalidade das leis; porém, ressalta-se que a Corte não efetua uma interpretação estática dos Direitos humanos enunciados na Convenção Americana, mas, tal como a Corte Europeia, realiza uma interpretação dinâmica e evolutiva, de forma a interpretar a Convenção considerando o contexto temporal da interpretação, o que permite a expansão de Direitos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 13.ª Ed., 2012**,** p. 335.

[844] DANELI, Jardel Aníbal Casanova. **A Proteção aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano e o Controle de Convencionalidade**, p. 01.

[845] No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos Direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latinoamericanos subscreveram os principais tratados de Direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA. Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos Direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos Direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – p. 67-93, jan./jun. 2012, p. 83.

doméstico. Assim, as experiências de controle de convencionalidade, exercido pelas Cortes latino-americanas em casos nos quais ocorreu o fortalecimento dos Direitos humanos, deu-se por meio do diálogo jurisprudencial[846]. [847]

Assim, o controle de convencionalidade contribuirá, conforme já ressaltado, para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios, normatividade e Jurisprudência internacional em matéria de Direitos humanos. Também é essencial assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis no âmbito doméstico. E, a partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema. Então, o crescente diálogo entre os sistemas, com referências jurisprudenciais recíprocas, culmina em processos de "interamericanização" do sistema europeu e "europeização" do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de Direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes.[848]

Já, a doutrina da margem de apreciação, muito em razão do princípio da subsidiariedade[849], entende que, quando a matéria tratada se referir à Direitos humanos as interpretações proferidas pelos tribunais de cunho nacionais devem ser respeitadas pela jurisdição internacional, em razão do assunto estar na esfera de atuação do Estado.

---

[846] A obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de Direitos humanos no âmbito doméstico é realçada por uma expressiva Jurisprudência regional. Cabe menção aos casos: a) caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolívia, em maio de 2004 (sustenta a aplicação das normas e da Jurisprudência interamericana de Direitos humanos no âmbito interno); b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004 (realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em Direitos humanos e seu valor na interpretação dos Direitos constitucionais); e, c) caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em julho de 1992 (enfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de Direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico). PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**, p. 84.

[847] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**, p. 83/84.

[848] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**, p. 91.

[849] A subsidiariedade é um princípio estrutural do Direito internacional dos Direitos humanos, cuja ideia-base é a de que a estrutura de proteção primária de Direitos humanos é o Estado. NEGISHI, Yota. ***The subsidiarity principle´s role in allocating competences between human rights courts and States Parties****: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In*: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela (org.). ***Ius constitutionale commune* na América Latina**, v. III. Curitiba: Juruá, 2016, p. 126.

Como é sabido, a doutrina da margem de apreciação nacional[850] é uma criação jurisprudencial do Tribunal de Estrasburgo para justificar certa deferência ao critério nacional no julgamento das demandas de violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos[851], sendo que no assunto *Handyside* contra Reino Unido, por exemplo, o STEDH, de 7 de dezembro de 1976, justificou esta margem indicando que, em áreas tão sensíveis como a moral ou a religião, não há consenso entre os Estados sobre as formas de regulação e as autoridades nacionais, sendo que, ao estar em contato com as forças vitais de seu país, eles geralmente estão melhor situados para conhecer sua conjuntura social e valorar situações de conflito.[852]

Obviamente, o Tribunal de Estrasburgo estaria, através da doutrina da margem de apreciação nacional, devolvendo aos Estados-partes a legitimidade democrática para decisões que envolvam a matriz de Direitos humanos, uma vez serem os Estados-partes sociedades democráticas[853]. Porém, o Tribunal de

---

[850] Desde o início de seu funcionamento, a Corte Europeia utiliza a doutrina da margem da apreciação nacional, um instituto controverso, que tem atraído mais críticas que elogios. Por meio dele, a Corte se auto restringe, deixando de substituir a avaliação pelas autoridades nacionais a respeito de assuntos envolvendo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas faz isso somente após considerar todos os aspectos e elementos do caso. Porém, mesmo dentre os juízes da Corte a doutrina não é unânime. Exemplo disto, é a célebre manifestação do então juiz De Meyer, em voto dissidente no caso Z v. Finlândia (*case of Z v. Finland. Application n.º 22009/93. Judgement in 25 February 1997*), referindo-se à margem com acidez, reputando-a, já em 1997, como um instituto a ser banido da Jurisprudência do tribunal em definitivo. TEDESCO, Thomaz Fiterman. **A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, ps. 247, 2019, p. 53

[851] Celebrada em Roma em 4 de janeiro de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi elaborada no seio do Conselho da Europa, organização representativa dos Estados da Europa Ocidental, criada em 5 de maio de 1949 para promover a unidade europeia, proteger os Direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social. Em 11 de maio de 1994, o Protocolo n.º 11 à Convenção revogou a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, obrigando a partir de então todos os Estados-Partes na Convenção a se submeterem obrigatoriamente às suas decisões. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 10ª Ed., 2015, p. 283/284.

[852] *Como es bien sabido, la doctrina del margen de apreciación estatal es una creación jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo que ha utilizado para justificar cierta deferencia al criterio nacional en el momento de juzgar las demandas de violación del Convenio. Ya en el asunto Handyside c. Reino Unido, STEDH, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal justificó este margen indicando que, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión, no hay consenso entre los estados en las formas de regulación y las autoridades nacionales, al estar en contacto con las fuerzas vitales de su país, suelen estar mejor situadas para conocer su coyuntura social y valorar situaciones conflictivas.* IGLESIAS VILA, Marisa. ***¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR*, p. 3. (tradução livre realizada pela autora)

[853] *No hay duda de que la legitimidad democrática y los valores democráticos, que contribuyen a la autoridad moral de los estados frente a sus ciudadanos, son centrales en una estructura que hace recaer en las instituciones nacionales las responsabilidades cotidianas de respeto y protección de*

Estrasburgo apesar de adotar a doutrina da margem de apreciação no caso *Handyside*, acima mencionado, não seguiu na mesma linha de raciocínio quando, no mesmo período, decidiu o caso *Sunday Times*[854]. No entanto, o fato dos valores democráticos serem relevantes na aplicação deste instrumento internacional, não implica a autoridade moral de Estrasburgo para interferir na vontade estatal, mas depende se este órgão tem ou não legitimidade democrática em comparação com os Estados.[855]

Neste sentido, dentro da doutrina da margem de apreciação nacional, quando estiverem aliados à cultura de justificação e a imparcialidade estatal, o cumprimento da responsabilidade de adotar uma perspectiva convencional permite que as autoridades nacionais cooperem de forma adequada para a eficácia da Convenção e, portanto, contribuir para sua confiabilidade como fiadores primários. Mas, o Tribunal deve ser rigoroso com os Estados no cumprimento desse dever. Isto porque, a legitimidade do "*giro* (virada) procedimental"[856] deve estar associada ao

---

derechos humanos en entornos de pluralismo. Por esta razón, el propio preámbulo del Convenio indica que para alcanzar los fines convencionales se requieren tanto sistemas verdaderamente democráticos como unidad en la comprensión de los derechos. IGLESIAS VILA, Marisa. ***¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR*, p. 3.
Não há dúvida de que a legitimidade democrática e os valores democráticos, que contribuem para a autoridade moral dos Estados perante seus cidadãos, são centrais em uma estrutura que atribui às instituições nacionais as responsabilidades diárias de respeitar e proteger os Direitos humanos em ambientes de pluralismo. Por isso, o próprio preâmbulo da Convenção indica que, para atingir os fins convencionais são necessários sistemas verdadeiramente democráticos e unidade na compreensão dos Direitos. (tradução livre realizada pela autora)

[854] No caso *The Sunday Times v. The United Kingdom (Application n.º 6538/74)* o judiciário inglês determinou a censura de matéria jornalística de tema que estava *sub judice*, interpretando *contempt of court*, a fim de evitar ferir a questão da imparcialidade dos juízes. Porém, a Corte Europeia informou que a Convenção havia sido violada, ante medida desproporcional no caso em concreto, por mais que exista previsão textual de um dos artigos da Convenção quanto a questão da liberdade de expressão.

[855] *Ahora bien, que los valores democráticos sean relevantes en la aplicación de este instrumento internacional no implica que la autoridad moral de Estrasburgo para interferir en la voluntad estatal dependa de si este órgano tiene o no legitimidad democrática en comparación con los estados.* IGLESIAS VILA, Marisa. ***¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR*, p. 6. (tradução livre realizada pela autora)

[856] *En los últimos años se está advirtiendo un giro en la forma en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH, Estrasburgo o el Tribunal) desarrolla su función jurisdiccional de protección de los derechos del Convenio Europeo frente a la interferencia estatal. Este giro, denominado por algunos "control de racionalidad procedimental", comporta examinar una denuncia de violación del Convenio prestando más atención a cómo atención a cómo las autoridades nacionales han llegado a la medida impugnada que a la cuestión de si el contenido de esta medida viola derechos convencionales. El giro procedimental parece ser una respuesta de Estrasburgo a las demandas reiteradas desde las conferencias intergubernamentales sobre el futuro del TEDH de Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012) para fortalecer el principio de subsidiariedad en la aplicación del*

argumento da melhor situação do Estado e que o peso desse argumento, por sua vez, esteja condicionado ao cumprimento das três responsabilidades cooperativas por parte das autoridades internas (a responsabilidade da imparcialidade, a responsabilidade de construir uma cultura de justificação e a responsabilidade de adotar uma perspectiva convencional). Se estas condições forem satisfeitas, a revisão processual pode ser uma boa opção para canalizar o princípio da subsidiariedade.[857]

Portanto, a Corte Europeia é o mecanismo judicial responsável por velar pelos deveres impostos pela Convenção Europeia (Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), é também uma influência poderosa sobre os países europeus; de modo extraordinário, a Corte goza de tal reputação que seu prestígio vai além, atingindo, inclusive, Estados de fora do velho continente, que veem o Tribunal Europeu de Direitos Humanos como exemplo, valendo-se de sua Jurisprudência nas decisões, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.[858]

Deste modo, apesar das controvérsias sobre a matéria, a doutrina da margem de apreciação nacional junto a Corte Europeia de Direitos Humanos é um

---

Convenio. IGLESIAS VILA, Marisa. ***¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR*, p. 1.
Nos últimos anos, observou-se uma mudança na maneira como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (CEDH ou Estrasburgo ou Tribunal) desenvolve sua função jurisdicional de proteção dos Direitos da Convenção Europeia contra a interferência do Estado. Este "giro" (virada), denominada por alguns "controle de racionalidade processual", envolve o exame de uma denúncia de violação da Convenção, prestando mais atenção a como as autoridades nacionais chegaram à medida contestada do que à questão de saber se o conteúdo dessa medida viola Direitos convencionais. A mudança processual parece ser uma resposta de Estrasburgo às repetidas demandas desde as conferências intergovernamentais sobre o futuro da CEDH em Interlaken (2010), Izmir (2011) e Brighton (2012) para fortalecer o princípio da subsidiariedade na aplicação da Convenção. (tradução livre realizada pela autora)

857 *Cuando va unida a la cultura de la justificación y la imparcialidad estatal, el cumplimiento de la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional permite a las autoridades nacionales cooperar adecuadamente en la eficacia del Convenio y, por tanto, contribuye a su confiabilidad como garantes primarios. Pero el Tribunal debe ser riguroso con los estados en la satisfacción de este deber. En suma, mi sugerencia es que la legitimidad del giro procedimental debe estar asociada al argumento de la mejor situación del estado y que el peso de este argumento, a su vez, está condicionado a que las autoridades internas satisfagan las tres responsabilidades cooperativas. Si se dan estas condiciones, la revisión procedimental podría ser una buena opción para canalizar el principio de subsidiariedad.* IGLESIAS VILA, Marisa. ***¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR*, p. 21. (tradução livre realizada pela autora)

858 TEDESCO, Thomaz Fiterman. **A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade, p 53.

mecanismo imprescindível para melhorar a qualidade deliberativa e o diálogo entre as Cortes nacionais dos Estados-parte da Convenção Europeia.

Ademais, a abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de Direitos sociais. De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos Direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, Jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em Direitos humanos na região. Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade, da margem de apreciação nacional (Tribunal de Estrasburgo) e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos Direitos humanos.[859]

Assim, à medida que, tanto a doutrina da margem de apreciação quanto a teoria do controle de convencionalidade proporcionam a possibilidade de um diálogo entre jurisdições e de sistemas jurisdicionais tradicionais interno e internacional, e, na medida que o Direito Transnacional é trazido ao cenário sistêmico, o diálogo necessariamente passará a envolver os diversos saberes e toda a ordem de atores – nacionais, internacionais e transnacionais – a fim de ressignificar o próprio Direito.

Em razão disto, tem que a crescente fertilização cruzada de ideias e precedentes entre juízes constitucionais de todo o mundo está gradualmente dando origem a um consenso internacional visível sobre várias questões - um consenso que, por sua vez, tem um peso convincente[860]. Assim, por exemplo, é necessário pesar as

---

[859] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**, p. 93.

[860] *Justice Abrahamson illustrates how such a consensus has emerged on the question of the definition of informed consent to a medical procedure. She notes that "courts … around the world have struggled to balance the values integral to the doctrine: individual autonomy vs. efficient administration of justice and health care systems". The United States has established a particular standard for informed consent,*

vantagens da unidade jurídica internacional em várias áreas jurídicas contra a necessidade de proteger o fundamento jurídico das culturas nacionais e locais. De maneira mais ampla, ao formular a hipótese das razões para padrões específicos de transplante legal, as ideias que são vistas como próximas de um consenso internacional emergente, provavelmente, terão mais influência internacional.[861]

Desta forma, quando pensasse em um Direito Transnacional, em razão da inexistência de uma constituição ou juízo universal, tem-se que o diálogo entre os tribunais, através de decisões transjudiciais ou mesmo da utilização pelas cortes nacionais de precedentes estrangeiros, ou mesmo de um diálogo entre jurisdições, deve ser imperativo.

Entretanto, para ter esse Direito Transnacional imperativo, ou seja, com validade e eficácia plenas, há que se ter uma recomposição dos fundamentos do

---

resting on the conception of the "prudent patient". Outside the United States, however, the German Constitutional Court, an Australian appellate court, and Canadian appellate courts have all concluded, after considering the U.S. Supreme Court´s views, that the prudent patient standard does not go far enough. Instead, they adopted a subjective standard that inquires precisely into whether an individual patient understood the risk of the specific medical procedure he or she was being asked to undergo. Justice Breyer´s dissent in Knight v. Florida applies a similar approach to Justice Abrahamson´s on a different issue. The cases he cites in support of his opinion in Knight all cite each other in coming to roughly the same result - that it is impermissible to execute a convicted criminal after extraordinary delay. SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***, p. 202.
O juiz Abrahamson ilustra como tal consenso surgiu sobre a questão da definição de consentimento informado para um procedimento médico. Ela observa que "os tribunais ... em todo o mundo têm lutado para equilibrar os valores essenciais à doutrina: autonomia individual vs. administração eficiente da justiça e dos sistemas de saúde". Os Estados Unidos estabeleceram um padrão particular de consentimento informado, baseado na concepção do "paciente prudente". Fora dos Estados Unidos, no entanto, o Tribunal Constitucional Alemão, um Tribunal de Apelação Australiano e o Tribunal de Apelação Canadense concluíram, após considerar as opiniões da Suprema Corte dos EUA, que o padrão do paciente prudente não vai longe o suficiente. Em vez disso, eles adotaram um padrão subjetivo que indaga precisamente se um paciente individual entendeu o risco do procedimento médico específico que ele ou ela estava sendo solicitado a submeter-se. A dissidência do juiz Breyer em *Knight v. Florida* aplica uma abordagem semelhante à do juiz Abrahamson em uma questão diferente. Todos os casos que ele cita em apoio à sua opinião no processo Knight citam uns aos outros para chegar aproximadamente ao mesmo resultado - que é inadmissível executar um criminoso condenado após uma demora extraordinária. (tradução livre realizada pela autora)

[861] *Increasing cross-fertilization of idea and precedents among constitutional judges around the world is gradually giving rise to a visible international consensus on various issues - a consensus that, in turn, carries compelling weight. Thus, for instance, Justice Smith of Norway notes the need "to weigh the advantages of international legal unity in various legal areas against the need to protect the legal foundation of national and local cultures". More broadly, in hypothesizing the reasons for specific patterns of legal transplantation, Schauer argues that "ideas that are seen as close to an emerging international consensus are likely to be more influential internationally".* SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***, p. 202. (tradução livre realizada pela autora)

Direito, iniciando-se com uma reformulação das fontes, bem como de um aprimoramento conceitual de princípios e normas até então vigentes.

Neste sentido, o caminho para um Direito Transnacional pleno é árduo, mas como os juristas mundiais dizem “é fértil” e necessário para suprir as demandas dos atores transnacionais, dando-lhes a certeza necessária de que os conflitos trazidos para os fóruns judiciais sejam solucionados de forma linear sob a mesma linha de fundamentos jurídicos, sejam eles julgados em Cortes de cunho internacional, nacional, supranacional ou transnacional.

Portanto, o capítulo nono e último desta Tese terá por finalidade, justamente, a análise da possibilidade de recomposição ou mesmo de reestruturação dos fundamentos do Direito, em razão da miscigenação de sistemas jurídicos, em especial, das tradições da *Civil Law* e *Common Law*, para que seja possível que o Direito Transnacional possa ser inserido nos planos da validade e da eficácia jurídica.

CAPÍTULO 9

A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE MISCIGENAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA RECOMPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO

A implementação do Direito Transnacional passa, sem sombra de dúvidas, pela recomposição dos fundamentos do próprio Direito dentro dos sistemas jurídicos[862], em especial dos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*. A referida máxima se dá pelo fato da inexistência de fóruns jurídicos transnacionais capazes de dar eficácia e validade ao Direito Transnacional à nível mundial.

Isto porque a Globalização tem produzido inúmeras consequências, sendo algumas boas outras nem tanto; porém, as consequências trazidas para o mundo jurídico, até o momento, ainda não foram resolvidas de forma conjunta pelos Estados, no plano econômico e por uma política nacional e mundial. Entretanto, na sociedade mundializada, os atores globais e transnacionais precisam que aqueles consigam, de forma conjunta e não isoladamente, achar uma solução aos conflitos transnacionais tornando as decisões referentes a ditos conflitos válidos e eficazes, por meio de espaços próprios de discussão e resolução dos problemas envolvendo atores transnacionais, sejam eles públicos ou privados.

Até porque, a Globalização implica antes de tudo a uma submissão do poder político ao econômico e seu alcance, como o próprio nome indica, transcende as fronteiras dos Estados. Neste sentido, o Estado Constitucional de hoje, outorga uma maior importância a tarefa de justificar as decisões: os órgãos públicos – em particular, os juízes – não podem se limitar quando da tomada de decisões; eles têm que dar, em relação as mesmas, justificativas com certo grau de qualidade. Em razão

---

[862] O sistema cumpre, em particular, duas tarefas na criação do Direito: contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico, o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e, ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconsequências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p.157.

disto, muitos espaços que antes eram exclusivos da política agora também são controlados pelo Direito, conforme pode ser analisado no capítulo anterior, sendo que praticamente todos os atos discricionários do poder público podem ser, em maior ou menor grau, suscetíveis de controle jurisdicional, de forma que, quase não existem atos puramente políticos.[863]

Além disto, outra situação paradoxal emergiu, qual seja, a dicotomia local/global dando ensejo à chamada glocalização, fazendo com que o estrangeiro deixasse de ser estranho e voltasse a compreensão a luz das experiências locais[864]. Essa tradução, que é uma tradução obviamente transnacional, poderia ter ocorrido de forma inconsciente, pois a proibição da intocabilidade já foi internalizada e está vinculada sem a necessidade de reflexão expressa. Porém, como em outras situações, o poder judiciário tomou para si o processo, sendo que os juízes não apenas passaram a analisar criticamente o Direito nacional e internacional, mas, também, passaram a modificar o primeiro, ou seja, passaram a glocalizar as ideias estrangeiras[865]. Com isso, os juízes passaram a poder revisar ou abandonar os precedentes nacionais para salvaguardar os princípios que vários países subscrevem. Por outro lado, os atores locais também podem reconfigurar conscientemente a ideia estrangeira à luz dos princípios e necessidades locais. Ou seja, os juízes estão sendo os autênticos agentes morais que “se apropriam” e controlam a ideia estrangeira, adaptando-a culturalmente. Em uma palavra, eles o "glocalizam".[866]

---

[863] *La globalización, por el contrario, supone más bien el sometimiento del poder político al económico y su ámbito, como su nombre indica, trasciende las fronteras de los Estados. (…) Otorga una mayor importancia a la tarea de justificar las decisiones: los órganos públicos – en particular, los judiciales – no pueden limitarse a tomar decisiones; tienen que dar, en relación con las mismas, razones de una cierta calidad. Muchos espacios que antes eran privativos de la política pasan ahora a ser controlados también por el Derecho: prácticamente todos los actos “discrecionales” de los poderes públicos pueden ser, en mayor o menor medida, susceptibles de control jurisdiccional; de manera que apenas existen ya actos puramente políticos.* ATIENZA, Manuel. ***Podemos hacer más****: otra forma de pensar el Derecho*. Madrid. Editorial Pasos Perdidos S.L, 2013, ps. 31 e 34. (tradução livre realizada pela autora)

[864] Exemplo claro desta situação, pode ser observado nas questões relacionadas à pandemia da Covid-19, a qual assola o mundo desde o ano de 2019, uma vez que colocou toda a sociedade mundial em um mesmo lado da disputa, trazendo para o local uma guerra global, utilizando-se do paradigma “erros e acertos” para resolver uma questão de cunho universal.

[865] Vide capítulo oitavo.

[866] *Lo foráneo o extranjero deja de ser extraño y se vuelve comprensible a la luz de experiencias locales. Esta traducción transnacional podría haberse dado inconscientemente pues la prohibición de la intocabilidad ya se ha internalizado y se vincula sin necesidad de reflexión expresa. Pero también podría haberse realizado de manera consciente por un juzgador al relacionar la experiencia, por ejemplo, un discurso político que lo marcó personalmente. Más importante aún, los juzgadores no sólo analizan*

Então, como já analisado ao longo desta Tese, o Protagonismo Judicial vem avançando muito rapidamente em relação aos demais poderes estatais a fim de não deixar sem solução conflitos transnacionais[867], fazendo com que a tripartição de poderes, formulada por Montesquieu[868], penda para o lado do poder judiciário em detrimento aos demais poderes, na medida em que aumenta o relacionamento entre diferentes ordenamentos jurídicos face a nova ordem mundial instaurada para os Estados e para o próprio Direito.

Seguindo na mesma linha de pensamento, desta vez em relação aos atores globais/transnacionais, face os mesmos não possuírem fóruns próprios para resolução de conflitos, mas um variado "menu" jurídico-político à escolha daqueles para interpor uma ação (de cunho econômico ou de qualquer outra natureza), surge a chamada "poligamia de lugar" ou "multilocalismo". Tais designações referem-se as condições sob a qual se oferece ao ator transnacional a possibilidade de construir relacionamentos diversos com diferentes ordenamentos jurídicos. Tal fenômeno, abstraindo-se o Direito de propriedade e o Direito penal que claramente não pertencem ao chamado Direito global, poder-se-ia apresentar um panorama diferenciado, qual seja, uma variada e espessa rede de atores globais (corporações multinacionais, organizações não governamentais, grupos e associações humanistas,

---

críticamente el derecho nacional e internacional, sino que también pueden modificar el primero o glocalizar la idea extranjera. Los juzgadores pueden revisar o abandonar precedentes nacionales para salvaguardar principios que varios países suscriben. Por otro, los actores locales también pueden reconfigurar conscientemente la idea extranjera a la luz de los principios y necesidades locales. Esto es, los juzgadores son auténticos agentes morales que se "apropian" y controlan la idea extranjera, la adaptan culturalmente. En una palabra, la "glocalizan". CAMARENA GONZÁLEZ, Rodrigo. ***Equilibrio Glocal***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020, p. 218/219. (tradução livre realizada pela autora)

[867] A questão não se refere a dar melhor ênfase ao Protagonismo Judicial exarado pelo Poder Judiciário, por conta de ser uma Tese realizada dentro das Ciências Jurídicas e Sociais. Ao contrário, a verificação e afirmação de que o Protagonismo Judicial é importante junto ao Direito Transnacional para solução de conflitos transnacionais, não os deixando sem solução, é por conta da segurança e da certeza jurídica que a solução destes conflitos transnacionais fornecerá aos atores nacionais, internacionais e transnacionais. Com isso, tem-se o impulsionamento os demais Poderes do Estado, pois faz com que tais atores movimentem todos os setores da vida nacional, dando credibilidade, por sua vez, ao Executivo e Legislativo na tomada de posição em questões importantes para o Estado, tanto interna quanto em nível internacional.

[868] O princípio da separação dos poderes foi popularizado por Montesquieu com base no exemplo da monarquia inglesa. O mais poderoso é o poder legislativo tanto por seu controle político do executivo quanto pela função propriamente legislativa que ele divide com o governo. Montesquieu minimizou a função judiciária ao dar uma ênfase excessiva ao papel do júri, cujo poderio é "nulo" por não ser permanente. Além disso, decerto estava mal informado sobre a função quase legislativa que os juízes ingleses exercem por meio da *Common Law.* RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 26.

também individuais, etc.) cujas ações e atividades transcendem os limites das fronteiras e, portanto, sobrevoam um território que, no entanto, é predominantemente definido em termos de fronteiras como um enorme mosaico de ordens políticas e jurídicas justapostas.[869]

Então, em razão de todas essas situações envolvendo os diferentes ordenamentos jurídicos e atores internacionais e transnacionais, o Direito Transnacional deverá ser estruturado a partir de certos princípios e fontes, sem dúvida jurídicos, mas de caráter universal, utilizando-se dos ensinamentos de flexibilização do Direito ministrados pela *Common Law* (Direito Inglês), o qual segue um padrão de inserção jurídica nas demais culturas mundiais, nascido nos idos da expansão territorial da Inglaterra, no momento da expansão colonial ao redor do mundo.

Assim, em um mundo multicultural, a descolonização é a voz da razão; entretanto, não há como negar que os países que deixaram de ser colônia Britânica permaneceram com as bases do Direito Inglês em seu âmago, possibilitando a miscigenação daquele com as culturas jurídicas locais, flexibilizando o Direito em si, dando azo a harmonização com a *Civil Law* e, por consequência, para a formação de um novo Direito, qual seja, o Direito Transnacional[870].

---

[869] *Si en punto a derechos de propiedad y a derecho penal carecemos claramente de un derecho global, entonces podríamos presentar el panorama que tenemos ante nosotros con una imagen como esta: una variada y tupida red de actores globales (corporaciones multinacionales, organizaciones no gubernamentales, grupos y asociaciones humanas, también individuos, etc.) cuyas acciones y actividades trascienden los límites fronterizos y sobrevuelan por ello un territorio que, sin embargo, está definido predominantemente en términos de fronteras como un ingente mosaico de órdenes políticos y jurídicos yuxtapuestos. (…) Contemplado desde arriba, el panorama se ofrece al actor global como un variado menú jurídico-político para la acción – económica o de cualquier otra naturaleza – que quiera realizar. Es lo que se ha llamado "poligamia de lugar" o "multilocalismo", condición de acuerdo con la cual se ofrece al actor la posibilidad de entablar relaciones diversificadas con los diferentes lugares jurídicos."* LAPORTA, Francisco J.. ***Globalización e Imperio de la Ley***, p. 249. (tradução livre realizada pela autora)

[870] *There are now close to 200 nation-sates in the world, yet there was no supra-national legal authority dictating the creation of all of them. It is true that some states were created by colonial power, in a hierarchical kind of relationship, but no such hierarchical relationship explains the existence of the colonizing states themselves. States must therefore be grounded on an underlying, normative argument, common to all of them, that justified their creation and maintenance. A tradition of positivist thought had to develop prior to the development of positive law. In this way there would be underlying Common Law, or ius publicum, justifying the range of distinct states which emerged in Europe and the rest of the world. This tradition of Common Law is not dumb; it speaks to the need and justification for legal systems, and is capable both of recognizing their weaknesses, their need for reinforcement, and degrees of effectiveness in their implementation. Western legal tradition is normative; it speaks to questions which legal systems, as purported facts, are unable to speak to. This is why Article 6 of the Treaty on European*

Ademais, conforme já analisado, o que se pretende é instigar a criação de mecanismos vinculantes transnacionais que possam flexibilizar-se ante as diversas culturas jurídicas mundiais, fazendo com que os sujeitos envolvidos nas resoluções de conflitos transnacionais utilizem-se de tais instrumentos para dar certeza jurídica aos envolvidos na problemática, tal como aconteceu com o Direito internacional quando da criação da Liga das Nações[871].

Hoje, a *Lex Mercatoria*, os tribunais de arbitragem internacional, os tribunais internacionais e supranacionais (neste caso, as Cortes Europeias), e com maior preponderância dos tribunais nacionais, trabalham para tentar dar a certeza jurídica que os atores transnacionais necessitam, demonstrando a evolução produzida no Direito pela Globalização/transnacionalização de muitas instituições que deram lugar as novas formas de juridicidade às clássicas funções do Direito. Porém, tais instrumentos não são próprios de um Direito Transnacional apto à resolução de conflitos transfronteiras de maneira universal e plena.

Então, não restam dúvidas que, uma remodelação das fontes e da própria estrutura do Direito, neste último admitindo-se uma concepção trinária do Direito, faz-

---

Union speaks of the "constitutional traditions common to the Member States," since it is necessary to resort to such underlying common tradition as a means of critiquing and going beyond the national systems of Europe. There is therefore law prior to the state, common to all states, which explain and justifies their existence. The state is the result, not the source, of Common Law. This Common Law is transnational in character, but the variety of transnational law today requires further inquiry into the nature and role of Common Law in the world. GLENN, H. Patrick, ***Transnational Common Laws***, p. 461.

Existem agora cerca de 200 Estados-nação no mundo, mas não houve nenhuma autoridade legal supranacional ditando a criação de todos eles. É verdade que alguns Estados foram criados pelo poder colonial, em uma espécie de relação hierárquica, mas nenhuma relação hierárquica explica a existência dos próprios Estados colonizadores. Os Estados devem, portanto, basear-se em um argumento normativo subjacente, comum a todos eles, que justifique sua criação e manutenção. Uma tradição de pensamento positivista teve que se desenvolver antes do desenvolvimento do Direito positivo. Desta forma, haveria uma *Common Law* subjacente, ou *ius publicum*, justificando a gama de Estados distintos que surgiram na Europa e no resto do mundo. Esta tradição da *Common Law* não é burra; fala da necessidade e justificativa dos sistemas jurídicos e é capaz de reconhecer suas fraquezas, sua necessidade de reforço e graus de eficácia em sua implementação. A tradição jurídica ocidental é normativa; fala a questões às quais os sistemas jurídicos, como fatos supostos, são incapazes de abordar. E, é por isso que o artigo 6º do Tratado da União Europeia fala em "tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros", uma vez que é necessário recorrer a essa tradição comum subjacente como meio de criticar e ir além dos sistemas nacionais da Europa. Portanto, existe uma lei anterior ao Estado, comum a todos eles, que explica e justifica sua existência. O Estado é o resultado, não a fonte, da *Common Law*. Essa *Common Law* é de caráter transnacional, mas a variedade do Direito Transnacional hoje exige uma investigação mais aprofundada sobre a natureza e o papel da *Common Law* no mundo. (tradução livre realizada pela autora)

[871] Conforme analisado no capítulo oitavo.

se necessária neste momento, sendo que tal situação, por certo, passará por uma maior influência da *Common Law* no Direito aplicado nos países pertencentes à *Civil Law*, uma vez que a referida miscigenação é base para as mudanças que o Direito Transnacional necessita[872].

Ademais, a utilização dos *precedents,* de forma universal, vinculativa, obrigatória e relevante, remodelando-os à nível transnacional, pode ser a chave para a segurança jurídica[873], instituto jurídico necessário àqueles que precisam resolver questões fora do esteio e eixo do Direito nacional e internacional[874].

---

[872] *En la familia de tradición codificadora (Civil Law), se enseñan varios dogmas y estructuras, como la importancia de ordenamiento (el conjunto de las normas) y cómo operarlo, descuidando otros elementos. En la familia del Common Law, el énfasis está en la resolución de los casos y la gran mayoría de los trabajos (prácticos y teóricos) gira en torno a la figura del juez.* SIERRA SOROCKINAS, David. ***Un análisis sobre la formación del Precedente***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020, p. 72.
Na família da tradição codificadora (*Civil Law*), vários dogmas e estruturas são ensinados, como a importância do ordenamento (o conjunto de normas) e como operá-lo, negligenciando outros elementos. Na família da *Common Law*, a ênfase está na resolução dos processos e a grande maioria do trabalho (prático e teórico) gira em torno da figura do juiz. (tradução livre realizada pela autora)

[873] A segurança jurídica significa estabilidade da ordem normativa, subentende diversos fatores que devem estar presentes no sistema, tais como formulação de normas gerais e abstratas criadoras de direitos e obrigações (e normas individuais e concretas que as apliquem), ser da máxima objetividade e clareza possível dos textos legais, da existência de normas de produção, publicação e entrada em vigor das leis, da adoção de regras de interpretação, dentre outras. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico.** São Paulo: Editora *Quartier Latin* do Brasil, 2005**,** p.341.

[874] *Me referiré a la relevancia y no necesariamente a la vinculatoriedad u obligatoriedad de los precedentes, debido a que es más que frecuente en la práctica de nuestros ordenamientos haya sentencias cuyo seguimiento no resulta obligatorio, pero, no obstante, su seguimiento marque una diferencia práctica. El argumento requeriría de una explicación que no me puedo permitir. A falta de tal espacio, baste por el momento con señalar que, aunque no tenga obligación de hacerlo, si un tribunal toma una decisión en el mismo sentido que otro tribunal, con quien no mantiene relaciones de jerarquía (en sentido amplio) de ningún tipo y la toma en razón de que el tribunal anterior ya ha decidido anteriormente en el mismo sentido, aquello marca una diferencia práctica. Si las cosas están efectivamente de este modo, entonces el fenómeno de los precedentes no podría ser reducido a la pregunta sobre su vinculatoriedad u obligatoriedad.* NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020, p. 84.
Importante referir neste momento, que a relevância dos precedentes e, não necessariamente, à natureza vinculativa ou obrigatória dos precedentes deveria ser melhor analisada, visto que é mais do que frequente, na prática dos sistemas jurídicos, que haja sentenças cujo acompanhamento não é obrigatório, mas, no entanto, seu acompanhamento marca uma diferença prática. Basta destacar que embora não seja obrigado a fazê-lo, se um tribunal tomar uma decisão no mesmo sentido de outro tribunal, com o qual não tenha relações hierárquicas (no sentido lato) de qualquer espécie é porque o tribunal anterior já decidiu no mesmo sentido antes, isso faz uma diferença prática. Se as coisas são realmente assim, então o fenômeno dos precedentes teria uma melhor relevância e uma reduzida natureza vinculativa ou obrigatória. (tradução livre realizada pela autora)

Além disto, se a realidade do Direito é apresentada hoje como um fluído transnacional ou global, é porque o Direito excede agilmente os limites das fronteiras e das normas jurídicas, tal como o faz as ações econômicas ou condições ambientais, produzindo impactos que vão muito além da área em que são válidos. No entanto, o que o ceticismo subjacente a tais ideias pretende transmitir é que um ideal tão exigente quanto este ainda não foi capaz de avançar em direção a essas formas de Direito transnacionais ou globais, fato indiscutivelmente verdadeiro, visto que, sempre que adquire dimensões verdadeiramente transnacionais faz com base nos fundamentos clássicos do Direito internacional, quais sejam as normas conflituais e os tratados internacionais. Ocorre que, as normas conflituais tem se revelado insuficientes para resolver os litigios transnacionais e os tratados têm se multiplicado exponencialmente nos últimos vinte anos, sendo mais um exemplo da complexidade e intensidade das relações através das fronteiras[875].

Portanto, para que o Direito Transnacional tenha efetividade na resolução de conflitos de natureza transnacional será necessário deixar de lado normas que sejam inspiradas na subordinação (normas estatais) ou de coordenação e cooperação (internacionais), para a construção de estrutura/unidades políticas e jurídicas transnacionais. Neste sentido, o estudo da recomposição das fontes do Direito propriamente dito e, por consequência, do Direito Transnacional é a via inicial para chegar-se a uma recomposição dos fundamentos e conceitos do próprio Direito, com uma nova estrutura jurídica mundial.

---

[875] *Si la realidad del derecho se nos presenta hoy como un fluido transnacional o global es porque el derecho desborda con agilidad los límites de las fronteras, y las normas jurídicas, igual que las acciones económicas o las condiciones medioambientales, producen impactos que van mucho más allá del ámbito en el que tienen vigencia. Lo que el escepticismo subyacente, sin embargo, pretende transmitir es que un ideal tan exigente como ése no ha podido todavía dar el paso hacia formas de derecho transnacional o global. Allí donde adquiere dimensiones verdaderamente transnacionales lo hace sobre la base de los clásicos fundamentos del derecho internacional: las normas de conflicto y los tratados. Que las normas de conflicto se hayan revelado como insuficientes para resolver los litigios transnacionales y los tratados se hayan multiplicado exponencialmente en los últimos veinte años (se habla de la existencia de más de 50.000 tratados internacionales en vigor) es una muestra más de la complejidad e intensidad de las relaciones por encima de las fronteras, pero no afecta al núcleo de la cuestión: tanto las normas de conflicto como la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, reenvían al derecho interno de los Estados para sostener la vinculatoriedad de las normas, y con ella la realización del imperio de la ley.* LAPORTA, Francisco J. ***Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Westfalianas***, p. 254. (tradução livre realizada pela autora)

9.1. O PRECENTE[876] COMO FONTE PARADIGMA PARA A RECOMPOSIÇÃO DO DIREITO E PARA A EFICÁCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL

O Direito Transnacional passou a existir a partir do momento que surgiu a necessidade de regular conflitos jurídicos ocorridos além das fronteiras nacionais, as quais também não se encaixavam na seara internacional. Todavia, apesar de existir, o Direito Transnacional, visto como um Direito além fronteiras (nacionais e internacionais), não é plenamente válido e, muito menos, eficaz, como o são os Direitos nacional e internacional[877].

E, a forma de tornar o Direito Transnacional válido e eficaz, mundialmente, é através de uma remodelação ou recomposição das fontes já existentes que compõem tanto o Direito nacional quanto o Direito internacional dos Estados, inserindo-as, assim, *latu sensu* no rol das fontes adotadas pelos Estados pertencentes aos sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law,* para poder impactar a sociedade jurídica mundial como um todo*[878].*

Ademais, por mais profunda que pareçam as diferenças entre os países de Direito escrito (*Civil Law*) e os de Direito comum (*Common Law*), a função criadora da Jurisprudência não se limita apenas aos países do segundo grupo, ainda que neles

---

[876] A doutrina do precedente é uma verdadeira ciência cujos refinamentos desafiam toda explicação simples. Há regras ou, se preferir, uma doutrina da interpretação que têm, por sua vez, necessidade de ser interpretada. A referida doutrina inclui as condições da escolha entre a adesão a um precedente e seu repúdio. Todavia, uma diferença significativa separa da franca manutenção da interpretação constitucional, fornecida por uma decisão anterior da mesma jurisdição, a adesão reticente, quase constrangida e forçada em virtude do respeito devido ao princípio *stare decisis*. Assim para a determinação da relação de causalidade entre uma pluralidade de faltas e um dano, o juiz deve eliminar do *nexus* causal as ações e as omissões que não tiveram uma incidência suficientemente imediata ou próxima (*proximate causation*), cabe-lhe extrair, das decisões pertinentes que se oferecem à sua atenção, aquela que lhe parece mais adequada para motivar a decisão original em que consiste todo o ato jurisdicional. Não há, portanto, relação causal coerciva entre uma linha de precedentes e os termos da decisão atual do juiz. RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 320/321.

[877] Existem algumas exceções a referida afirmação, em especial quanto a validade e eficácia do Direito internacional. Isto porque o Direito Transnacional tem validade e eficácia muito maior do que o Direito internacional junto à *Lex Mercatoria* e ao Direito da União, conforme já vastamente mencionado na presente Tese.

[878] O papel do sistema no Direito vai bem mais longe do que uma consciência específica. Enquanto realidade cultural, o Direito deve ser conhecido, para ter aplicação. A aprendizagem dos fenômenos jurídicos torna-se, assim, indispensável. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,** p. LXV.

seja mais tradicional do que nos países do primeiro[879]. Uma evolução convergente aproximou as duas tradições. Nos Estados Unidos assim como no Reino Unido, multiplicam-se as leis (*acts, statutes*), cuja interpretação deixa menos liberdade do que nas matérias ainda regidas pela *Common Law*, enquanto a doutrina da exegese é rejeitada quase totalmente e se firma a ideia de que o juiz tem a missão de cobrir lacunas da lei e de fazê-lo com métodos mais livres do que permitia a Jurisprudência conceptual.[880]

Porém, apesar de ter ocorrido uma aproximação e, consequente, harmonização de fontes dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, o que trouxe pesadas mudanças de como ver e compreender o Direito não só no âmbito destes dois Sistemas de Direito, mas à nível mundial, há que se mencionar que essas mudanças ainda não foram suficientes para ter-se uma nova relação de fontes, desta feita para compor o rol de fontes do Direito Transnacional.

Obviamente, as mudanças de paradigma trazidas pela harmonização de fontes nos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*, decorreu do fato da Globalização não ter dado espaço a que nada nem ninguém ficasse no mesmo lugar; porém, também determinou a conectividade, em todos os sentidos, dos mesmos.

E, a maior proximidade entre os sistemas (*Civil Law* e *Common Law*) e, a consequente miscigenação, deu-se em maior grau na esfera do Poder Judiciário, momento em que esse passou a suprir, através da Jurisprudência/Precedente[881], as

---

[879] *In Common Law systems, large areas of the law are developed according to the doctrine of precedent. Precedents are the past cases that can provide judges with bindings, authoritative reasons to decide their present-case according to the precedent-decision by following that decision.* STEVENS, Katharina. ***Reasoning by Precedent –*** *between rules and analogies*. Cambridge University Press. Legal Theory, 24 (2018), 216-254, p. 216.
Nos Sistemas de Direito da *Common Law*, grandes áreas do Direito são desenvolvidas de acordo com a doutrina do precedente. Isto porque, precedentes são os casos anteriores que podem fornecer aos juízes razões vinculativas para decidir o caso presente de acordo com a decisão precedente, seguindo essa decisão. (tradução livre realizada pela autora)

[880] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 153.

[881] *Hay dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos de Common Law) y el modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas de Civil Law). Es importante darse cuenta de que ambos modelos pueden estar presentes en ambos tipos de sistemas jurídicos: el modelo del precedente no es completamente extraño a los sistemas de Civil Law y el apoyo institucional que un precedente recibe en los sistemas de Common Law genera también líneas jurisprudenciales.* AGUILÓ REGLA, Josep. ***Fuentes del Derecho***. Coord. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel *in:* ***Conceptos Básicos del Derecho***. ***Conceptos Básicos del Derecho***. Madrid: Marcial Pons, 2015, p.166.

lacunas[882] deixadas pelas chamadas fontes tradicionais dentro do próprio Sistema de Direito, seja ele interno ou internacional. Neste sentido, tem-se que a aproximação, aqui descrita, é maior por parte da *Civil Law* à *Common Law*, apesar dos avanços dos *acts* e *statutes* no segundo, uma vez que o precedente em si, através da *stare decisis, ratio decidendi* e *case law,* que formam a doutrina do precedente, é de cunho, origem, eminentemente Commonlista e, não, Civilista.

Tal situação facilitou um olhar mais aprofundado nas bases dos Sistemas de Direito[883], em especial, para dentro das fontes do Direito Inglês, a fim de que a harmonização e a aproximação das fontes que compõem os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* pudessem fazer com que as mesmas, ao se miscigenarem, fornecessem o embasamento legal à construção das estruturas desse novo Direito Transnacional. Assim, a análise mais pormenorizada da doutrina do precedente faz-se necessário para uma melhor compreensão daquilo que será a recomposição das estruturas do Direito, para que o Direito Transnacional não somente exista, mas torne-se válido e plenamente eficaz.

Neste sentido, tem-se que algumas correntes de pensamento privilegiam o precedente, em especial, por ele ter se desenvolvimento de forma prática, conduzindo

---

Existem dois modelos básicos para a incorporação das regras de origem judicial no Direito objetivo: o modelo dos precedentes (típico dos sistemas jurídicos de *Common Law*) e o modelo de Jurisprudência (característico dos sistemas da *Civil Law*). É importante perceber que ambos os modelos podem estar presentes nos dois tipos de sistemas jurídicos: o modelo de precedente não é completamente estranho ao sistema da *Civil Law* e o suporte institucional que um precedente recebe no sistema da *Common Law* também gera linhas jurisprudenciais. (tradução livre realizada pela autora)

[882] Para uma melhor compreensão do conceito de lacunas no Direito, ver capítulo sétimo desta Tese.

[883] Somente a título elucidativo, não se pretende ingressar na discussão sobre a questão do sistema formal legal, se aberto ou fechado, ou mesmo justificando-o. Neste trabalho, o sistema jurídico será visto como um sistema social de fato. Até porque é certo que todos os sistemas jurídicos seriam, em princípio, exclusivos e fechados. O sistema jurídico aberto seria aquele que controlasse suas próprias fronteiras e que admitisse, excepcionalmente e de acordo com seus próprios critérios, a aplicação de lei "estrangeira". É claro que existem razões muito profundas para a recalcitrância dos sistemas jurídicos perante outras fontes potenciais de Direito interno, que estão enraizadas no caráter positivo ou factual do sistema jurídico. Se um sistema jurídico nacional deve aplicar uma lei diferente da sua, em circunstâncias em que sua própria lei não o prevê, deve haver razões para fazê-lo. Mas, não se ingressará nesta discussão. (tradução livre realizada pela autora)

All legal systems would thus be, in principle, exclusive and closed. The open legal system would be one which controlled its own boundaries and which admit, exceptionally and according to its own criteria, the application of "foreign" law. There are of course very profound reasons for the recalcitrance of legal systems before other potential sources of internal law, which are rooted in the positive or factual character of the legal system. If a national legal system is to apply law other than its own, in circumstances where its own law does not so provide, there must be reasons for doing so. GLENN, H. Patrick. ***Transnational Common Law***, p. 459.

a um novo esquema conceitual em que juiz passa, através da produção de sentenças[884] que poderão vir a gerar precedentes, a ter mais importância em detrimento do legislador, conforme analisado no capítulo oitavo desta Tese.

Nesse cenário, o papel desempenhado pela doutrina ou mesmo pela Jurisprudência traduz-se em um arcabouço conceitual transferido da família jurídica da *Common Law* para o sistema da família jurídica da *Civil Law*, aproveitando-se do desenvolvimento teórico e prático que possui esse sistema. A discussão que se apresenta ao sistema jurídico particular que recebe a transferência (no caso aqui a *Civil Law*) gira em torno da relação do precedente com sua obrigatoriedade[885], uma vez que no sistema que recebeu não existe a cultura da doutrina do precedente tal como ela é na *Common Law*. Assim, o significado mais comum dentro da dogmática jurídica sobre o Precedente confunde-se com o significado do termo "precedente"

---

[884] *Las sentencias pueden ser vistas como resultados institucionales y como documentos normativos. Las sentencias son, por un lado, resultados institucionales que encajan dentro de lo que llamamos actos jurídicos. Al igual que ocurre con todos los actos jurídicos, las sentencias: a) presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos (los jueces) para producirlas; b) son siempre intencionales y pueden ser vistas como declaraciones de voluntad de los titulares del poder normativo, y c) su validez se disocia en términos de "existencia" (o validez constitutiva) y de "regularidad" (o validez regulativa). Los jueces, los titulares del poder normativo de dictar sentencia, son autoridades jurídicas. Pero la sentencia es también un documento normativo. Este documento consta generalmente del fallo y de la fundamentación. El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un conflicto jurídico. La fundamentación es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo.* AGUILÓ REGLA, Josep. ***Fuentes del Derecho***, coord. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel *in:* ***Conceptos Básicos del Derecho,*** p.165.
As sentenças podem ser vistas como resultados institucionais e como documentos normativos. As sentenças são, por um lado, resultados institucionais que se enquadram no que chamasse de atos jurídicos. Como acontece com todos os atos jurídicos, as sentenças: a) pressupõem uma regra que confere poder a determinados sujeitos (os juízes) para produzi-las; b) são sempre intencionais e podem ser vistos como declarações da vontade dos detentores do poder normativo; e, c) sua validade é dissociada em termos de "existência" (ou validade constitutiva) e "regularidade" (ou validade regulatória). Os juízes, detentores do poder normativo de julgar, são autoridades legais. Mas, a sentença também é um documento normativo. Este documento geralmente consiste na decisão e nos fundamentos da mesma. A decisão é a parte da sentença que consiste na emissão de norma específica dirigida às partes do processo e/ou aos órgãos de execução com os quais se pretende a resolução de um conflito jurídico. A fundamentação é a parte da sentença que tenta mostrar que a decisão é correta, tratando de justificá-la. (tradução livre realizada pela autora)

[885] A força vinculatória do precedente parte do princípio de que os tribunais reportar-se-ão inevitavelmente e tomarão em consideração decisões passadas, mas sem qualquer implicação de que eles estejam necessariamente obrigados a seguir tais decisões. E, é neste momento que se tem a característica mais nítida do Sistema de Direito da *Common Law*, visto que em certos casos, as decisões prévias são realmente vinculatórias para tribunais que têm de julgar subsequentemente processos semelhantes. Tal situação está em nítido contraste com o sistema da *Civil Law* da Europa Continental, que tratam a lei como a base para as decisões judiciais. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p. 345/346.

como regra de *stare decisis* (em suma, regra que obriga a ser decidido por uma autoridade), conforme acima mencionado[886].

Porém, não se pode confundir o conceito de precedente em si com o conceito das regras (doutrina) sobre precedente, pois são diferentes no sentido *strictu sensu*. Por precedente entende-se aquelas razões tomadas por um juiz para aplica-las a um caso, que foram utilizadas previamente para sustentar a decisão judicial de um caso similar. Já, por regras de precedente entende-se aquela norma que obriga a um operador jurídico tomar o mesmo tipo de decisão tomada em uma sentença anterior. Isso implica que pode existir precedente sem regra de precedente, mas nunca poderá haver uma regra de precedente sem um precedente[887]. A atividade interpretativa no caso da regra do precedente é uma atividade de segundo nível,

---

[886] *Algunas corrientes de pensamiento, como el neoconstitucionalismo, favorecieron que la jurisprudencia, en especial, la constitucional tuviera un mayor estudio y desarrollo práctico, que conllevó un nuevo esquema conceptual en el que ahora el juez tiene más importancia y en desmedro de la del legislador. En ese escenario, el papel que jugó un sector de la doctrina y la misma jurisprudencia constitucional (tribunales a la sazón nóveles que requerían afianzar su poder) hace que se trasplante un marco conceptual de una familia de sistemas jurídico (el Common Law) a otro sistema de la familia del Civil Law, aprovechando el desarrollo teórico y práctico que había tenido en esos sistemas. De allí que la discusión que se presenta en el sistema jurídico particular de recibo es en torno a la relación del precedente con su obligatoriedad. La acepción más usual dentro de la dogmática jurídica sobre el precedente confunde el sentido del término "precedente" con la regla de stare decisis (en pocas palabras: una regla que obliga a estarse a lo decidido por una autoridad).* SIERRA SOROCKINAS, David. ***Un análisis sobre la formación del Precedente***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law,*** p. 72. (tradução livre realizada pela autora)

[887] *Precedent is the broader term, and as it is typically used, encompasses both vertical precedent – the obligation of a lower court to follow the rulings of a higher court in its own "chain of command" – and horizontal precedent, the (typically non-absolute) obligation of a court to follow its own previous decisions. Because the latter – horizontal precedent – is what I am talking about on this occasion, and because there is no higher court for the Supreme Court of the United States to obey, the issue of vertical precedent can be set aside, and we can direct our attention to the alleged constraints of stare decisis (law Latin for "stand by the thing decided"), the obligation of a court – any court – to follow, at least presumptively, its own previous decisions.* SCHAUER, Frederick. ***Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?,*** Georgia State University Law Review, Vol. 24, Issue.2 winter 2007, p. 381-401, article 6, p. 385.

O precedente é um termo amplo, sendo o termo normalmente utilizado pelos países que compõem à *Common Law*; abrange o precedente vertical, que seria a obrigação de um tribunal inferior seguir as decisões de um tribunal superior em sua própria "cadeia de comando"; e, o precedente horizontal, normalmente não é uma obrigação absoluta, de um tribunal seguir as suas decisões anteriores. Assim, em relação ao precedente horizontal, especificamente nos Estados Unidos, por exemplo, por não haver um tribunal superior à Suprema Corte dos Estados Unidos para obedecer, a publicação de um precedente vertical pode ser deixada de lado, voltando-se a atenção para às supostas restrições do *stare decisis* (em latim para "manter a coisa decidida"), a obrigação de um tribunal - qualquer tribunal - seguir, pelo menos presumivelmente, suas próprias decisões anteriores. (tradução livre realizada pela autora)

porque faz-se necessário um nível de abstração que entenda a sentença como uma unidade normativa[888].

Neste sentido, a doutrina do precedente[889] e, por consequência, a analogia[890], como um mecanismo/instrumento necessário para a utilização da Doutrina do precedente, são de extrema importância para o Direito Transnacional, uma vez que quando a situação conflituosa oferece alguma analogia com uma categoria de situações sobre a qual o legislador se pronunciou, o juiz sempre pode escolher entre o raciocínio *a pari* e o raciocínio *a contrario*, ou seja, ou a analogia é suficiente para que a nova situação seja regida pela disposição legislativa cuja hipótese não a visa explicitamente, ou a diferença é a tal ponto significativa que o juiz afasta dela a aplicação.[891]

---

[888] *A partir de una redefinición de los factores epistémicos, entonces, podríamos presentar dos conceptos diferentes de precedente y de regla de precedente. Por "precedente" entendemos aquellas razones tomadas por un juez para aplicarlas a un caso, que fueron usadas previamente para sustentar la decisión judicial de un caso similar. Por regla de precedente entendemos aquella norma que obliga a un operador jurídico a tomar el mismo tipo de decisión de una sentencia anterior. Esto implica que puede existir precedente sin regla de precedente, más nunca podrá haber una regla de precedente sin un precedente. La actividad interpretativa en el caso de la regla del precedente es una actividad de segundo nivel, porque hace necesario un nivel de abstracción que entienda la sentencia como una unidad normativa, en otras palabras, solo habría una norma concreta y particular de la cual es posible referirse.* SIERRA SOROCKINAS, David. ***Un análisis sobre la formación del Precedente***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 58. (tradução livre realizada pela autora)

[889] Em países de *Common Law* a exposição e o desenvolvimento de princípios jurídicos são considerados dentro da alçada específica dos tribunais superiores e esse processo é auxiliado pelo comparativo detalhe e apuro dos acórdãos sobre pontos de lei, tal como são lavrados em jurisdições sob a égide da *Common Law*. Assim, desenvolveu-se a prática, quando surgem novos pontos, de o tribunal apresentar uma completa exposição da lei, incluindo um cuidadoso reexame crítico de anteriores decisões judiciais pertinentes, explicando, distinguindo ou aplicando tais decisões ao caso *sub judice*. E, até mesmo os pareceres judiciais, quer sejam casualmente expressos como *obter dicta* quer mais cuidadosamente ponderados, revestem-se de um alto grau de autoridade persuasiva sob o sistema inglês. LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p. 347.

[890] *Por "analogía" podemos entender dos (o tres) cosas diferentes: por un lado, (c.1.1) una forma de interpretación (es decir, de atribución de sentido a un texto) (analogia iuris), y (c.1.2) otra de construcción jurídica (es decir, de derivación de una norma implícita) (analogia legis); por el otro, (c.2) una forma de razonamiento particularista o casuísta no basado en normas.* NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 98.

Por "analogia" pode-se entender duas (ou três) coisas diferentes: por um lado, (c.1.1) uma forma de interpretação (ou seja, de atribuição de significado a um texto) (*analogia iuris*), e (c.1.2) outra de construção jurídica (isto é, de derivação de uma norma implícita) (*analogia legis*); por outro lado, (c.2) uma forma não baseada em regras de raciocínio particularista ou casuístico. (tradução livre realizada pela autora)

[891] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 156.

Assim, nos países de *Common Law* onde é objeto de regras aparentemente precisas, o princípio do precedente está ligado à hierarquia das jurisdições e impõe-se às jurisdições inferiores da instância da corte cuja Jurisprudência tem tal força. Evidentemente, não tem uma autoridade igual para a jurisdição suprema da qual emana, sendo que jamais a teve nos Estados Unidos e a perdeu na Inglaterra após o *Practice Statement* publicado em 26 julho de 1966 pela Câmara dos Lordes.[892]

Especificamente, na Inglaterra, local onde foi desenvolvido o sistema de precedentes, e por essa razão sendo bastante rígidos com a consolidação da hierarquia dos tribunais no decorrer do século XIX, as principais regras práticas são que uma decisão de um tribunal superior é vinculada para todos os tribunais de instância inferior na hierarquia. Uma atitude analogamente estrita em relação ao precedente predomina em outros países da Comunidade britânica, mesmo naqueles que, como a África do Sul, não receberam a *Common Law* como tal – embora, neste último caso, o supremo tribunal sempre se tenha atribuído o poder de revogar suas decisões anteriores. Nos Estados Unidos, a atitude em relação ao precedente é mais flexível, embora as decisões de tribunais superiores sejam consideradas vinculatórias para os de instâncias inferiores na hierarquia. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal reivindica o Direito, que frequentemente exerce, de rever suas decisões anteriores e de se afastar delas se lhe parecerem mais tarde erradas ou inadequadas às novas condições em que a lei tem de funcionar.[893]

Porém, tal situação não impediu que os precedentes ganhassem espaço, voz e vez nas jurisdições pertencentes aos países do Sistema de Direito da *Civil Law*, conforme mencionado infinitas vezes ao longo desta Tese, culminando na harmonização dos Sistemas de Direito da *Civil Law* e *Common Law*, propiciando que o precedente se tornasse a fonte indispensável para a eficácia do Direito Transnacional.

Neste sentido, a doutrina do precedente pode ser definida como uma decisão proferida por um tribunal ou juiz, a qual é tomada depois de um arrazoado sobre a questão de Direito suscitada em um caso, e necessária para o

[892] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 155.
[893] LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p. 351.

estabelecimento do mesmo, tornam-se uma autoridade ou precedente obrigatório, para o mesmo tribunal e para outros tribunais de mesmo grau ou de menor grau de jurisdição, nos casos subsequentes em que a mesma questão volte a ser suscitada. Ou seja, a *ratio decidendi*[894] (o motivo, o critério ou a norma) que resolve o caso, vincula, no futuro, o tribunal que a utilizou e as instâncias inferiores. Essa doutrina deixa apenas três alternativas ao juiz, quando voltar a decidir matéria similar, quais sejam, declarar e aplicar o precedente existente (*declare*); distinguir o seu caso (mostrar que difere do anterior em alguma propriedade relevante) e afastar-se do precedente (*distinguish*); e, se o precedente não tiver sido estabelecido por um tribunal superior, anulá-lo em razão de ter sido mal decidido (*overrule*).[895]

Já, nos países de *Civil Law* a situação afasta-se menos do que poderia parecer da dos países da *Common Law*. Obviamente, a força hierárquica da doutrina do precedente não é ensinada neles, uma vez que as jurisdições inferiores não têm o dever de se alinhar às decisões da corte suprema, mas tendo a liberdade de se enganar e de se expor à reforma ou à cassação. No mais, nos países de *Civil Law* a doutrina do precedente está presente sob uma forma velada, sendo que as jurisdições inferiores devem respeitar a lei, a qual é um texto interpretado pela corte suprema em cuja instância estão sediadas. Elas são, por conseguinte, censuradas por ter transgredido a lei, isto é, a interpretação que esta recebeu da Jurisprudência anterior.

---

[894] *La noción de ratio decidendi es una de las más discutidas dentro de la literatura del precedente. Es posible identificar al menos tres significados principales: la regla que sirvió para resolver el caso, tal regla más los hechos del caso, y la regla más el conjunto de razones que justifican aquella*. NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, pág. 84.
A noção de *ratio decidendi* é uma das mais discutidas na literatura do precedente. É possível identificar pelo menos três significados principais: a regra que serviu para resolver o caso, essa regra mais os fatos do caso e, a regra mais o conjunto de razões que a justificam. (tradução livre realizada pela autora)

[895] *La doctrina del stare decisis o del precedente puede definirse del siguiente modo: "Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión. Es decir, la ratio decidendi (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja solo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: a) declarar y aplicar el precedente ya existente (declare); b) distinguir su caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (distinguish), y c) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo por mal decidido (overrule).* AGUILÓ REGLA, Josep. ***Fuentes del Derecho***, coord. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel *in:* ***Conceptos Básicos del Derecho***, p.166. (tradução livre realizada pela autora)

Quanto às reviravoltas de Jurisprudência da corte suprema, elas raramente são confessadas, sem estar jamais excluídas. Ocorre mesmo que sejam operadas com solenidade, a fim de que todo equívoco fique dissipado, e sejam especialmente motivadas, enunciando algumas cortes as condições gerais às quais está subordinada a mudança de Jurisprudência.[896]

Assim, na tradição jurídica da *Civil Law* os julgamentos são vistos não apenas como documentos em que o Direito existente é declarado, nem somente como fontes de normas individuais, mas, como um conjunto de documentos dos quais as normas jurídicas gerais podem ser extraídas. Este conjunto contém, portanto, parte do Direito objetivo. E, a incorporação ao Direito objetivo das normas que os juízes utilizam para decidir as questões (e que não foram incorporadas por outros meios) dá-se pela reiteração de decisões que recorrem ao mesmo critério ou padrão. Por isso, dentro da tradição continental (Civilista) é comum o recurso à expressão "linha jurisprudencial" ao invés de "precedente". Da mesma forma, na *Civil Law* a noção de hierarquia judicial desempenha um papel importante. A Jurisprudência "obrigatória" é extraída dos acórdãos dos tribunais superiores, sendo que esses tribunais têm poderes não apenas para serem a última instância na administração da justiça, mas, também, para unificar a "doutrina jurisprudencial". Os critérios que utilizam para resolver os casos individuais têm, portanto, uma dimensão geral ligada não apenas às exigências de racionalidade e igualdade, mas, também, de poder e competência[897].

---

[896] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 156.

[897] *En la tradición jurídica del Civil Law se habla de "jurisprudencia" para referirse al conjunto de las sentencias judiciales. Ahora bien, se ve a las sentencias no solo como documentos en los que se declara el derecho existente, ni como fuentes de normas individuales, sino como un conjunto de documentos del que pueden extraerse normas jurídicas generales. En este conjunto se contiene, pues, parte del derecho objetivo. La incorporación al derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan para decidir los casos (y que no se han incorporado por otra vía) se produce por la reiteración de decisiones que recurren a un mismo criterio o estándar. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión "línea jurisprudencial" en lugar de la de "precedente". Aquí también la noción de jerarquía judicial juega un papel importante. La jurisprudencia "obligatoria" se extrae de las sentencias de los tribunales superiores. A estos tribunales se les confiere poder no solo para ser la última instancia en la impartición de justicia, sino también para unificar "doctrina jurisprudencial". Los criterios que ellos utilizan para resolver los casos individuales tienen, pues, una dimensión de generalidad vinculada no solo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y de competencia.* AGUILÓ REGLA, Josep. ***Fuentes del Derecho***, coord. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel *in:* ***Conceptos Básicos del Derecho***, p.166. (tradução livre realizada pela autora)

Portanto, o fato de que os tribunais de *Common Law*, em certas circunstâncias, considerarem os precedentes vinculatórios, torna obrigatório para eles apurar que elemento particular de uma decisão anterior é vinculatório, para que ele possa ser distinguido de outros elementos que podem ser meramente persuasivos. A parcela da decisão que é vinculatória é referida, como já mencionado, como uma *ratio decidendi* - a razão para decidir.

Porém, tal situação não significa necessariamente que a *ratio* seja sempre encontrada no enunciado da regra que se apresenta na sentença do tribunal como a aplicada a um determinado caso, até porque em outros casos que não são precisamente semelhantes, o tribunal terá de optar entre estender ou não a analogia a outras circunstâncias que não correspondem exatamente àquelas sobre que se lavrou uma sentença anterior.[898]

E, neste sentido, é necessário realizar uma breve análise do que entende-se por analogia, isso porque, a analogia em conjunto com o precedente poderá vir a ser a "coluna vertebral" das fontes que comporão o Direito Transnacional. Em primeiro lugar, pode-se entender como analogia uma das formas possíveis de interpretação extensiva, quer dizer, uma das técnicas interpretativas para ampliar o significado atribuído a uma disposição normativa a partir do sentido literal daquela. Não obstante, essa é somente uma das formas como identifica-se a analogia[899]. Em segundo lugar,

---

[898] LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p. 352.

[899] *Necesario distinguir ulteriormente entre analogia iuris y analogia legis. Por analogia legis podemos entender justamente aquella forma de interpretación que amplía el sentido literal de una disposición normativa, de modo tal que la norma producto de la interpretación (analógica) incluya un tipo de caso no contemplado en el antecedente de la norma obtenida mediante interpretación literal. Por analogía iuris, podemos entender, antes que una forma de interpretación, una forma de construcción jurídica. Mediante la analogia iuris lo que hacemos no es extender el significado literal de una disposición, sino crear una nueva norma implícita que conecta la misma consecuencia que la norma que sí regula el caso previo*. NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 98.
É necessário distinguir, neste momento, *analogia iuris* de *analogia legis*. Por *analogia legis* pode-se entender justamente aquela forma de interpretação que amplia o sentido literal de um dispositivo normativo, de tal forma que o produto normativo da interpretação (analógica) inclua um tipo de caso não contemplado no antecedente da norma obtido pela interpretação literal. Por *analogia iuris*, pode-se entender, ao invés de uma forma de interpretação, uma forma de construção jurídica. Por meio da *analogia iuris*, o que se faz não é estender o sentido literal de uma disposição, mas, sim, criar uma nova norma implícita que conecta a mesma, consequência da norma que se regula o caso prévio. (tradução livre realizada pela autora)

pode-se entender que os precedentes devem ser aplicados analogicamente, vinculando-se a um raciocínio casuístico ou particularista[900], ou seja caso a caso.[901]

Portanto, quando os juristas afirmam que não há diferenças relevantes entre dois casos, o que eles querem dizer é que nenhuma diferença entre os casos é relevante à luz dos precedentes, que excluem algumas razões que poderiam ser utilizadas para distingui-los; ou, então, que nenhuma diferença pode ser utilizada como base para uma distinção dos casos que faça sentido ou seja baseada em um princípio. Isso significa que a tarefa central do raciocínio analógico é decidir quais são as diferenças e semelhanças relevantes nos casos em análise.[902]

Assim, nos países da família de Direito da *Common Law,* quase sempre os precedentes andam de "mãos dadas" com a analogia, seguidos muito de perto pelo fator Jurisprudência dentro da família de Direito da *Civil Law,* e é exatamente por essa razão que a compreensão conjunta destes dois institutos (precedente e analogia) é importante para o Direito Transnacional, uma vez que quase nunca os casos são completamente idênticos, sendo que é o tribunal, que hoje detém o caso a ser julgado, quem deverá decidir se aplica ou não o precedente anterior de forma analógica, verificando quais são as diferenças e semelhanças e quais são as mais importantes.

A partir disto, a composição inicial do rol de fontes que deverão compor o Direito Transnacional é possível afirmar a existência de uma nova estrutura jurídica

---

[900] *Por "particularismo" o "casuísmo" podemos entender aquella forma de razonamiento práctico que considera que la relevancia de las normas (de las propiedades que ellas contemplan en sus antecedentes) no puede ser afirmada independientemente de las circunstancias de cada caso, sino que su relevancia depende de cada contexto particular*. NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 99.
Por "particularismo" ou "casuísmo" pode-se entender aquela forma de raciocínio prático que considera que a relevância das normas (das propriedades que contemplam os seus antecedentes) não pode ser afirmada independentemente das circunstâncias de cada caso, mas, sim, através da sua relevância, dependendo de cada contexto em particular. (tradução livre realizada pela autora)

[901] NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***, p. 98/99.

[902] MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios**. São Paulo: Revista Direito GV, p. 587-624, Jul-Dez 2012, p.602.

no mundo, uma estrutura que se apresenta de forma trinária ante a colocação do Direito Transnacional ao lado dos Direitos nacional e internacional.

9.2. UMA PROPOSTA DE RECOMPOSIÇÃO DA CONCEPÇÃO E DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PROPRIAMENTE DITO: SISTEMA TRINÁRIO DE DIREITO

Após a análise da recomposição das fontes do Direito ante a existência do Direito Transnacional, necessário se faz a realização da análise da recomposição da concepção e dos fundamentos do Direito propriamente dito. E, tal recomposição/concepção, bem como estruturação, passam, necessariamente, pela inserção do Direito Transnacional nas teorias que permeiam o Direito nacional e o Direito internacional.

Isto porque, o reconhecimento da existência do Direito Transnacional, mesmo sem ser plenamente eficaz, o coloca lado a lado com os Direitos nacional e internacional. Assim, mesmo a depender da doutrina, da teoria e sistema a que os doutrinadores jurídicos se filiam, o certo é que há, hoje, um eixo trinário no Direito, sendo que a presente Tese passará a analisar este novo eixo, que engloba os Direitos nacional, internacional e Transnacional, à luz das teorias monista e dualista, na perspectiva da inserção do Direito Transnacional no mundo jurídico mundial.

Ademais, nesta nova estruturação do Direito interno, internacional e transnacional, não se pode esquecer da inserção do Direito da União (Direito este, conforme já analisado no decorrer deste trabalho, utilizado pelos países componentes da União Europeia). Isto porque, conforme já aqui ressaltado, o Direito da União, é um Direito autônomo, decorrente de fonte primário do Direito internacional (tratados internacionais), bem como da intersecção dos Direitos nacional e internacional.

O que importa dizer que, até o momento em que o mundo jurídico se apercebeu da existência de um Direito Transnacional, o Direito da União era o Direito que fazia “sombra” junto a antiga estrutura do Direito, qual seja, interno e internacional. Todavia, com o surgimento e incorporação ao mundo jurídico do Direito Transnacional

e à estrutura e concepção de Direito, o Direito da União deixou de ser a "sombra", para ser uma espécie de subsistema ao Direito Transnacional.

Importante ressaltar que, não há como descartar, quiçá em um futuro não tão distante, a incorporação do Direito da União como um dos ramos do Direito Transnacional, tudo em decorrência das similitudes existente entre eles, tanto na questão de formação (autonomia e ligação entre os Direitos interno e internacional) quanto em esferas específicas, como por exemplo nas áreas comercial e humanas.

Por tudo isso, necessário se faz a análise desta nova concepção e estruturação trinária de Direitos à luz de duas teorias, a monista e a dualista, que são utilizadas por todos os Sistemas de Direito mundiais, não somente a *Civil Law* e a *Common Law*, quando analisam o relacionamento dos Estados com os Direitos nacional e internacional, desta vez, incorporando ao tema o Direito Transnacional.

Assim, as relações entre Direito internacional[903] e Direito interno[904], desde a metade do século XIX início do século XX, quando o Direito internacional tornou-se eficaz[905], suscitam doutrinas contrastantes. Exemplo destas doutrinas contrastantes é a divisão que separa monistas[906] (teoria difundida por Kelsen) dos dualistas[907] (teoria difundida por Triepel e Anzilotti).

As teorias monista e dualista, dentro das suas concepções e conceituações, por mais antagônicas que possam parecer (e o são), estão inseridas

---

[903] O Direito internacional impõe deveres e confere direitos aos Estados. Impõe aos Estados a obrigação de adotarem uma determinada conduta, na medida em que liga à conduta oposta as sanções – represálias e guerras – e, assim, proíbe esta conduta, considerando-a delito, e prescreve a sua contrária. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*, p. 360.

[904] O Direito teve, desde sempre, o seu sistema interno. O internacional, porém, só se tornou possível quando a Ciência do Direito atingiu um determinado nível de desenvolvimento. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. LXX.

[905] Vide capítulo oitavo desta Tese.

[906] Hans Kelsen colocou algumas condições para a sua teoria monista do Direito internacional (a projeção hipotético-racional de um "Estado Mundial"), como reconhecimento de objetivos comuns a todos os povos, sintetizando no ideal humanitário e não beligerante a meta maior dos povos. LIMA. Newton de Oliveira. **A Supraconstitucionalidade Internacionalista de Kelsen em uma Perspectiva Crítica**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, n.º 18, p. 154-162, 2018, p. 156.

[907] Aplicada às relações entre o Direito internacional e a ordem jurídica de um determinado Estado, a teoria dualista equivale a constatar a circularidade e o fechamento de cada um dos dois sistemas: depende tanto de um como do outro fixar as condições pelas quais uma norma exterior – a emanante do sistema concorrente – deixa-se integrar ao seu próprio ordenamento. RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 10.

nas bases dos sistemas jurídicos nacionais dos países pertencentes às famílias de Direito existentes no mundo, incluindo a *Common Law* e a *Civil Law*, fazendo com que a inserção e assimilação do Direito internacional no Direito nacional seja o menos traumático possível para o sistema jurídico do país adotante de uma ou de outra teoria.

Então, com o surgimento do Direito Transnacional, que veio a suprir os vazios jurídicos deixados por uma maior conectividade e conexões dos Estados, em nível mundial, não somente no mundo jurídico, mas nos demais setores da sociedade, política, econômica, cultural, social, ambiental, entre outras, fez-se necessário a inclusão do mesmo às teorias monista e dualista. Em razão disto, o Direito Transnacional trouxe com ele a necessidade de um novo paradigma jurídico para suprir as lacunas deixadas pelos Direitos hoje existentes.

Importante ressaltar, que o sistema jurídico internacional, imprime às teorias monista e dualista uma realidade jurídica com pura preocupação de reconstrução teórica e não prática, moldando, em maior ou menor grau, as próprias proposições jurídicas e o pensamento geral de que vai depender a sua concretização ulterior. Mas, a interferência do sistema internacional no interno é maior do que a interferência do sistema interno no internacional, isto porque o sistema internacional visa comunicar-se com o interno, tornando-o acessível[908]. O sistema internacional nasce com uma preocupação de fidedignidade e as alterações evolutivas das conexões jurídicas matérias projetam-se nas exteriorizações do próprio Direito, interferindo nelas de modo mais ou menos imediato.[909]

Decorrência lógica deste fato é que, por mais claras que sejam estas duas teorias – monista e dualista, a grande parcela dos Estados ainda tem dificuldades de

---

[908] Livremente e de modo soberano, os Estados se vinculariam a pactos internacionais. A validade interna (para cada ordem estatal) de uma norma de tratado internacional depende do procedimento que o próprio Estado eleger. No caso do Brasil, com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, tratados internacionais passaram a possuir *status* de normas constitucionais derivadas (as não explicitamente presentes no texto constitucional). Neste sentido, o exemplo típico deu-se com o "Pacto de San José da Costa Rica", do qual o Brasil foi signatário, pois foi o típico caso de norma supralegal que o STF teve que aplicar, dado seu caráter primaz de materialidade sobre a formalidade da ordem jurídica nacional por versar sobre Direitos humanos. A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 veio constitucionalizar a aplicação da supralegalidade no ordenamento brasileiro. LIMA, Newton de Oliveira. **A supraconstitucionalidade internacionalista de Kelsen em uma perspectiva crítica**, p. 154/155.

[909] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. LXIX.

pontuar em qual delas estão assentados. Exemplo típico é o Brasil, que parte da doutrina (pequena) apregoa estar enquadrada na teoria dualista e a outra parte (maioria) apregoa enquadra-se na teoria monista (na chamada escola moderada); os tribunais superiores brasileiros (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), por sua vez, possuem a mesma “crise”, se assim pode ser chamado este debate (ou embate) entre as teorias, tendo decisões filiadas à teoria dualista e a teoria monista (da mesma forma que a doutrina, a qual opta pela escola moderada).

E, é nesse cenário, interno e internacional, que surge o novo Direito, o transnacional; entretanto, como é incansavelmente posto na presente Tese, há a necessidade de instrumentalizá-lo, a fim de torná-lo plenamente válido para que possa produzir a eficácia necessária ao mundo pós-moderno conexo e conectado. Porém, para que ocorra a referida efetivação é preciso que o Direito interno e o internacional estejam em sintonia, ou, porque não antagonizando esse novo Direito - o Transnacional.

Nesse sentido, conforme acima mencionado, duas doutrinas – monista e dualista, tecnicamente contrárias uma da outra, lecionam sobre a comunicabilidade entre dois Direitos – interno e internacional, sendo por essa razão necessário a rápida compreensão das mesmas, a fim de poder posicionar o Direito Transnacional dentro das mesmas.

Ressalta-se, todavia, que não há a necessidade de criação de um novo sistema neste momento, mas, necessário sem dúvida, é a inserção do Direito Transnacional na explicação, compreensão e aprendizagem das teorias monista e dualista aos olhos dos operadores jurídicos mundiais, a fim de que estes sejam os primeiros passos no sentido da eficácia e, por consequência, da reformulação do Direito e da sociedade pós-modernos.

Assim, para a teoria dualista, o Direito internacional e o Direito de cada Estado (interno) seriam sistemas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes. Exemplo de país que adota o dualismo (moderado) é o Reino Unido, que já afirmou por diversas vezes, através de decisões da Câmara dos Lordes, que “um tratado não

faz parte do Direito Inglês a menos que, e até que, seja incorporado a esse Direito por meio de legislação". Essa mesma posição foi reiterada em diversos julgados sobre a matéria, sendo que em um deles, Lorde Templeman destacou: "Exceto na medida em que um tratado se incorpore por lei parlamentar às leis do Reino Unido, os tribunais do Reino Unido não têm o poder de fazer valer os Direitos e obrigações de tratados, nem a pedido de um governo soberano, nem de uma pessoa privada".[910]

Esta construção dualista – ou melhor, "pluralista", se levado em conta a pluralidade das ordens jurídicas internas – é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, tanto das normas do Direito internacional como das ordens jurídicas estaduais/internas ou mesmo de normas jurídicas transnacionais, uma vez que devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas.[911]

Ocorre que, desta construção dualista conclui-se a inexistência de contradição ou mesmo conflito entre a ordem jurídica nacional e o ordenamento jurídico internacional, e, por consequência, do Direito Transnacional, tendo em vista serem tais ordenamentos jurídicos independentes e distintos um do outro, acarretando um afastamento entre os mesmos (originalmente internacional e interno, hoje também transnacional), o que denotaria uma falta de validade simultânea entre os ordenamentos, fato que não traria benefício para nenhum dos ordenamentos jurídicos, uma vez que poder-se-ia somente levar a apreciação um dos ordenamentos jurídicos de cada vez[912].

O dualismo separa os ordenamentos jurídicos e defende não haver interação entre os mesmos, sendo necessária a internalização da norma, via de regra, do tratado, para que possa ser aplicada internamente; enquanto que, para o monismo, há um ordenamento jurídico único, do qual fazem parte as normas internas e as

---

[910] SHAW, Malcolm. **Direito Internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 115.
[911] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 364.
[912] Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito nacional e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que se considerasse o Direito nacional como um sistema de normas válidas, não só não se poderia conceber o Direito internacional como Direito, como também não se poderia sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo do Direito nacional. Apenas poder-se-ia interpretar as relações submetidas à apreciação, ou do ponto de vista da ordem jurídica nacional, ou do ponto de vista da ordem jurídica internacional. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 365/366.

normas internacionais, podendo também ser incorporadas as normas transnacionais.[913]

E, em assim sendo, um sistema jurídico transnacional não poderia, neste momento, face a inexistência de fóruns próprios para resolução de conflitos entre atores transnacionais, ser inserido única e exclusivamente junto à teoria dualista, promulgada por Triepel, necessitando, isso sim, ser aplicado à teoria monista promulgada por Kelsen. Neste cenário monista e dualista, pode-se dizer que o Direito Transnacional estaria mais confortavelmente inserido junta à teoria monista, uma vez que o mesmo necessita, neste momento, para validade e eficácia plenas, da intercomunicação com os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, para que o Direito Transnacional possa vir a ser chamado de "ponte" de aproximação/harmonização entre os Direitos nacional e internacional.

Então, Kelsen[914], dentro da teoria monista trouxe a possibilidade de que cada nação, com efeito, tenha sua própria norma fundamental, tratando o Direito internacional como meramente válido na medida em que suas normas forem incorporadas às do sistema nacional do país. Por outro lado, é igualmente possível prever um sistema monístico em que a norma básica de um Estado seja uma regra impondo obediência às regras tradicionalmente aceitas como vinculatórias pelos Estados *inter se* (uma regra que abrange tratados, uma vez que é uma regra internacional habitualmente estabelecida que os tratados sejam respeitados pelas partes contratantes). Kelsen também prevê, a equivalência entre as normas estatais e as normas internacionais, uma vez que as normas produzidas pelos dois ordenamentos jurídicos poderiam conviver em harmonia (monismo moderado). O ponto de vista de Kelsen é que esse sistema monístico é não só desejável, mas, de

---

[913] VIEIRA, Luciane Klein. VEDOVATO, Luís Renato. **A relação entre direito interno e direito internacional**. Revista de la Secretária del Tribunal Permanente de Revisión. RSTPR, vol. 3, n.º 6, Asunción, p. 1-11, Aug. 2015, p. 2.

[914] A capacidade de normatização em Kelsen se dá pela ampliação do sentido unificador da lógica no Direito. Ele eleva ao máximo as possibilidades da construção do mundo pelo sujeito através da lógica, a redução do mundo ao eu gnosiológico e sua coerência lógica no que foi proposta pela Escola neokantiana de Marburg, na qual estudou Kelsen e dela retirou a visão de construção lógica do objeto do Direito, a norma, pela consciência lógico-normatizante do operador do Direito. LIMA, Newton de Oliveira. **A supraconstitucionalidade internacionalista de Kelsen em uma perspectiva crítica**, p. 157.

fato, operativo, pois os Estados aderem-lhe substancialmente, num grau que se coaduna com o princípio mínimo de efetividade.[915]

Então, no cenário de normas apregoado por Kelsen, o Direito Transnacional, que hoje ainda não possui mecanismos próprios de resolução de conflitos, tendo a necessidade de utilizar os mecanismos estatais e internacional para produzir as normas reguladoras para os atores transnacionais, teria melhor aplicabilidade e efetividade jurídica, proporcionando a segurança jurídica necessária às partes.

Além disto, não é possível esquecer que o monismo implica uma forma de redução à unidade das ordens jurídicas concorrentes, sendo que a variedade de monismo mais em voga, e a que Kelsen mais apreciava, tende à subjugação do Direito interno pelo Direito internacional[916]. Esse modelo encontra sua inspiração no Direito constitucional dos Estados federais. Todavia, falta muito para que o Direito internacional e o Direito interno sejam suficientemente homogêneos para sujeitar-se à semelhante redução à unidade. Tudo, ou quase tudo, os distingue, tal como suas origens, suas instituições, a radical desigualdade de seus respectivos meios de coação.[917]

No Brasil, a Suprema Corte já determinou, em inúmeras decisões, após a promulgação da Constituição Federal de 1988[918], a equiparação entre as normas produzidas pelo Estado e as normas produzidas pelos fóruns internacionais, definindo que os tratados internacionais seriam incorporados ao Direito interno na mesma condição das leis ordinárias federais, muitas vezes se manifestado pelo monismo

---

[915] LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei**, p. 242.

[916] A Jurisprudência internacional reconhece invariavelmente a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno quando ocorrer conflito entre ambos. Esse caráter de preeminência do Direito internacional foi declarado em parecer pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1930, nos seguintes termos: "É princípio geralmente reconhecido, do Direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de tratado, as disposições de lei interna não podem prevalecer sobre o tratado". Mais tarde esse princípio foi reconfirmado na Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, quando disposto no art. 27, desta, que: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

[917] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 9.

[918] Rito de incorporação dos tratados encontra-se disposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

moderado, porém, conforme já aqui mencionado, em outras ocasiões manifestou-se pela utilização da teoria do dualismo moderado.

Ocorre que, em relação aos tratados que versam sobre matéria envolvendo Direitos humanos, o Brasil, também através do Supremo Tribunal Federal, já decidiu, em Recurso Extraordinário cuja matéria de fundo era a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que os mesmos não passariam pelo procedimento previsto no §3º, do art. 5º da Constituição Federal, pois possuem *status* infraconstitucional[919]. Assim, ante o caráter especial conferido a estes tratados, eles seriam dotados do atributo da supralegalidade, o que lhes garantiria uma preponderância frente à legislação ordinária.[920]

Todavia, por maiores que sejam as diferenças entre o Direito interno e o internacional, hoje, a teoria apregoada por Kelsen, em razão da efetividade e da coercividade que possui deveria ser estendida para abranger igualitariamente o Direito Transnacional, a fim de que a teoria monista pudesse passar a ser discutida em relação ao Direito internacional, transnacional e interno, através de um eixo trinário de

---

[919] A Constituição Argentina afirma, no art. 75, inciso 22, que enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos Direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.
CF - Art. 75, inciso 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*
La Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico nacional.** Publicação XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB, págs. 281-295, Direito Internacional dos Direitos Humanos III, p. 7.

[920] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1 SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009.

Direitos, uma nova estrutura, então, que contenha novas concepções e fundamentos, exigidos por um Direito Pós-moderno.

E, ressaltando-se mais uma vez, este novo eixo trinário de Direitos, melhor se adequaria em um monismo vinculado à escola moderada, onde houvesse uma equiparação entre os Direitos em questão – internacional, transnacional e interno, haja vista o Direito Transnacional agir como elo/ponte entre os Direitos nacional e internacional.

Deste modo, a aceitação de um Direito Transnacional viria ao encontra das necessidades da sociedade jurídica mundial, tendo em vista que muitos dos conflitos jurídicos que devem ser regulamentados e efetivados juridicamente, surgidos após a metade do século XX, encontram-se em um "limbo jurídico" de difícil regularização. Isto leva a discussão, já manifestada na presente Tese, em relação a importância do diálogo entre os tribunais, da questão das decisões transjudiciais e dos demais temas levantados neste trabalho, tudo em decorrência da inexistência de fóruns ou espaço, como queiram chamar, para discussão e decisão sobre matéria puramente transnacional.

O ideal seria a inexistência de separação entre ordenamentos (teoria dualista) ou sistemas (teoria monista) jurídicos, porém não é a realidade da sociedade jurídica mundial neste momento. Entretanto, cabe uma ressalva, tendo em vista que, há algum tempo, existe um movimento nascido na Europa central[921], no que tange a unificação do Direito como um todo, ter-se-ia que toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e Estado singular, e por consequência, Direito Transnacional. Por forma que, o último termo da real evolução, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de tal comunidade, tendo em vista que apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que pode-se conceber o conjunto

[921] No próximo item deste trabalho será analisada a Constituição da Terra, propagada por Luigi Ferrajoli.

formado pelo Direito internacional, pelas ordens jurídicas nacionais e pelo Direito Transnacional como um sistema unitário de normas.[922]

Porém, a referida unificação entre Direitos, face a mesma encontra-se distante e parecer uma "quimera", deverá ser enfrentada pouco a pouco; contrariamente, a realidade atual é de uma coexistência, lado a lado, de teses jurídicas distintas, muitas vezes conflitantes, mas reais, como no caso dos Direitos interno (nacional), internacional e transnacional.

9.3. UMA PROPOSTA DE MUDANÇA DE PARADIGMA NA ORDEM JURÍDICA MUNDIAL A PARTIR DO DIREITO TRANSNACIONAL

Com a mudança de paradigma trazida pela Globalização a partir da metade do século XX, sabendo-se que os principais atores internacionais eram e continuam sendo aqueles regidos pelo Direito internacional, neste caso internacional privado, a problemática da insegurança jurídica na aplicação do Direito àqueles atores tornou-se um problema a ser resolvido. Isto porque, os conflitos trazidos pela Globalização, a partir do final da segunda grande guerra, tornaram-se muito mais complexos e de difícil verificação de competência, fazendo surgir uma terceira categoria, um terceiro Direito, qual seja, o Direito Transnacional, que comporá, juntamente com os Direitos internacional e o interno, o eixo trinário de Direitos, conforme acima analisado.

Assim, é possível afirmar, como já vastamente mencionado, que desde a metade do século XX passou a existir um Direito internacional privado transnacional, que se trata de um Direito espontâneo, produto da prática comercial internacional proveniente de fontes próprias com base em usos comerciais; pode, muitas vezes, encontrar proteção em mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais, subtraindo os interesses específicos do poder judiciário dos Estados e dos tribunais internacionais, por meio da arbitragem. Todavia, o núcleo central dessa vertente repousa sobre os contratos internacionais, a *Lex Mercatoria* e a arbitragem comercial internacional. Neste sentido, o Direito Transnacional, ante a falta de mecanismos

[922] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 364.

próprios para resolução de conflitos, não pode ser ainda considerado totalmente autônomo no sentido de escapar completamente ao controle do Estado ou dos tribunais internacionais, pois falta-lhe validade e eficácia para tanto. Isto porque, a vinculação ao Direito estatal e ao Direito internacional vai refletir em certa modalidade de controle que se manifesta tanto em contratos internacionais, amparados por uma ordem estadual ou convencional, quanto na possibilidade de recurso aos tribunais nacionais para a execução de sentenças arbitrais.[923]

Da mesma forma, as relações jurídicas internas são objeto de uma subdivisão no Direito estatal, denominada desde os primeiros anos do século XIX de Direito internacional privado. A fonte estatal desta disciplina é imputável ao fato de que as jurisdições competentes para conhecer relações entre os particulares e o Estado ou litígios dos particulares entre si são os tribunais estatais, com a única ressalva da arbitragem de Direito privado[924]. Há, todavia, uma sólida tradição, mas

---

[923] *Se trata de un derecho espontáneo, producto de la práctica comercial internacional que tiene origen en fuentes propias basadas en los usos comerciales; encuentra amparo en mecanismos de solución de conflictos extrajudiciales, al sustraer los intereses específicos del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje. Se advierte entonces que el núcleo central de esta vertiente reposa sobre los contratos internacionales, la Lex Mercatoria y el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, el ordenamiento transnacional no puede considerase totalmente autónomo en el sentido de eludir por completo el control estatal o internacional. La conexión con estos ordenamientos se refleja en ciertas modalidades de control que se manifiesta tanto en los contratos internacionales, sustentados en un ordenamiento estatal o convencional, como en la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales para la ejecución de los laudos arbitrales*. CORNET, Teresita Saracho; KLOR, Adriana Dreyzin. **Derecho Internacional Privado** – Uma visión actualizada de las fuentes. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 58.

[924] Cumpre-se mencionar, que o Direito internacional privado não existe somente na forma convencional, que seria aquela produzida pelo regramento estatal. O Direito internacional privado existe na forma institucional, supranacional e, hoje, também transnacional. O Direito internacional privado institucional é o resultado do trabalho desenvolvido por organismos internacionais gerados a partir da formação de blocos de integração regional; está destinado a regular as relações externas que se esboçam na referida área. Já o Direito internacional privado supranacional desenvolve-se no seio dos blocos regionais, tendo como base a primazia sobre as constituições nacionais dos Estados integrados e prevalência sobre o Direito internacional privado convencional e não apenas em relação ao interno, como acontece nos países pertencentes ao Mercosul, tendo em vista ter este bloco optado por um modelo intergovernamental. E, finalmente, o Direito internacional privado transnacional que é aquele que é gerado no campo do comércio internacional - *ius mercatorum* - pela ação de indivíduos ou organizações privadas. O surgimento desta categoria jurídica, nos últimos tempos, responde a uma realidade social e econômica que emergiu após a Segunda Guerra Mundial, reconhecendo a sua origem na chamada sociedade mercantil internacional, que procura resolver os problemas gerados no seu seio fora do quadro Estado. (tradução livre realizada pela autora)
El DIPr institucional es el resultado de la labor desarrollada por las organizaciones internacionales que se generan a partir de la conformación de bloques de integración regional; está destinado a regular las relaciones de tráfico externo que se pergeñan en dicho ámbito. Aunque lo más conveniente sería contar con un DIPr supranacional con primacía sobre las constituciones nacionales de los Estados integrados y prevalencia sobre el DIPr convencional y no sólo con relación al interno, como sucede en nuestro país, actualmente el derecho del bloque no reviste ese rango en virtud de haberse optado por un modelo

que definha nos últimos anos do século XIX, segundo a qual as relações transfronteiriças dos particulares são objeto de uma subdivisão do Direito internacional, daí a terminologia usual com os dois epítetos, público e privado, no Direito internacional.[925]

Todos esses fatos, demonstram que as mudanças trazidas “à baila” pela dicotomia público/privado, conforme abordado nesta Tese, as quais deram-se muito em razão da Globalização ter influenciado o Direito Transnacional a dar maior suporte as questões de Direito privado do que aos conflitos de Direito público, resulta no protagonismo do poder judiciário que chamou para si a responsabilidade, que antes era do Estado, de criar mecanismos para resolver conflitos de ordem transnacionais.

A título de exemplo da situação narrada referente ao Direito Transnacional é a validade da nova *Lex Mercatoria*, a qual rege o comércio internacional, não sendo elaborada nem por Estados nacionais nem por instituições públicas internacionais, mas por grandes escritórios de advocacia, conforme mencionado no capítulo sexto desta Tese. Assim, os principais protagonistas do Direito Transnacional já não são mais os legisladores, mas os juízes e juristas que não exercem cargos públicos, podendo-se citar como exemplos o Tribunal do Luxemburgo, que desempenhou um papel decisivo na configuração atual do Direito europeu, bem como os árbitros que decidem as grandes ações judiciais do comércio internacional e que são advogados ou professores universitários[926].

---

intergubernamental (Mercosur). El DIPr transnacional es el que se genera en el ámbito del comercio internacional – ius mercatorum – por la acción de los particulares o de organizaciones privadas. El auge de esta categoría jurídica de reciente data, responde a una realidad social y económica que emerge a partir de la Segunda Guerra Mundial, reconociendo su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes, que busca solucionar los problemas generados en su seno fuera del marco estatal. (CORNET, Teresita Saracho; KLOR, Adriana Dreysin de. ***Derecho Internacional Privado***, p. 56/58.

[925] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 10.

[926] *Como ejemplo de Derecho transnacional, la vigencia de una nueva Lex Mercatoria que rige el comercio internacional y que no es elaborada ni por los Estados nacionales ni por instituciones públicas de carácter internacional, sino por los grandes despachos de abogados. Los principales protagonistas del Derecho de la globalización no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en Derecho que no ocupan cargos públicos: así, el Tribunal de Luxemburgo ha jugado un papel decisivo en la actual configuración del Derecho europeo, y los árbitros que deciden los grandes pleitos del comercio internacional son abogados o profesores universitarios.* ATIENZA, Manuel. ***Podemos hacer más:*** *otra forma de pensar el Derecho*, p. 43. (tradução livre realizada pela autora)

É importante ressaltar que, como acima descrito, o “start” para esse novo eixo trinário de Direitos dá-se com a criação de entes supranacionais, que tem como exemplo pleno a União Europeia. Uma vez que é com o surgimento de um sistema jurídico supranacional integracionista, como é o caso da União Europeia, onde ocorre o agregamento dos conflitos envolvendo os Estados participes da União nos Tribunais vinculados à própria União Europeia, que passasse a desenvolver um Direito autônomo denominado, inicialmente, Comunitário, e que hoje é chamado de Direito da União.

Portanto, com o surgimento do Direito Comunitário, após a segunda metade do século XX (Direito, por enquanto, praticado somente junto aos países que compõem a União Europeia, a qual convivia diuturnamente com os conflitos surgidos entre a *Civil Law* e a *Common Law*), no mundo globalizado e transnacional de hoje, que a concepção jurídica fora da exclusividade de cada Estado passa a ser instrumento comum de solução de controvérsias entre os distintos Estados, entre Estados e cidadãos de outros Estados e entre cidadãos de Estados diversos.

Nesse sentido, o Direito Transnacional vem obrigando a uma reflexão sobre o que esperar do Direito estatal e do Direito internacional no Direito Pós-moderno; que novos efeitos, consequências e rumos o Direito mundial terá que tomar para adaptar as instituições internas e internacionais para garantir o exercício e limites do Direito Transnacional em contextos sociais diferentes.

Em razão disto, uma vez que o Direito Transnacional rompeu com o *habitat* natural do Direito nacional – um território delimitado por fronteiras, dentro das quais vivem determinados cidadãos – e modificou os rumos do Direito internacional, há que se ter uma mudança em relação aos velhos dogmas e paradigmas destes dois Direitos rumo a uma conjuntura mais pluralista e comunitária, a qual poderá vir a ser absorvida pelo próprio Direito Transnacional.

A construção de uma nova ordem global, em decorrência do reconhecimento do Direito Transnacional “lado a lado” e andando “par e passo” com os Direitos nacional e internacional, formando um eixo trinário de Direitos, terá que passar por uma mudança senão de concepções, mas, também uma remodelação dos

próprios fundamentos do Direito. Isto porque, o Direito Transnacional, fruto da Globalização, está obrigando os Estados a se autorregulamentar para além das fronteiras do próprio Estado, bem como está obrigando o Direito internacional a abrir e construir espaço para discussão de questões transnacionais.

Pode-se dizer, então, que o Direito Transnacional, não importando se decorrente de um Sistema Civilista ou Commonloista, uma vez nascido da interconexão entre a economia, sociedade e política dos diferentes Estados nacionais, não pode mais ser visto somente como uma simples abertura de fronteiras e geração de espaço mundial comum, mas, sim, como uma nova forma de ser do Direito, envolvendo os mais diferentes setores, atingidos pela internacionalização dos Direitos, em especial dos Direitos humanos.

E, é justamente no plano jurídico transnacional dos Direitos humanos que poderá ser promovido a existência de um Direito Transnacional mais solidário voltado à efetivação dos Direitos humanos, conforme analisado no capítulo oitavo; sendo que, muito provavelmente a intensificação das discussões em torno de um Contrato Social Global para a satisfação das necessidades básicas, dirigido a suprimir as ilegítimas desigualdades socioeconômicas entre as classes, gêneros, etnias, regiões e nações, seja uma das soluções a ser levado em consideração para a formação deste novo ordenamento global.[927]

Neste sentido, a Constituição da Terra, apregoada por Ferrajoli, nasce da consciência banal de que existem problemas globais que não fazem parte da agenda política dos governos nacionais, em que pese a sobrevivência da humanidade depender das suas soluções. Ademais, a inexistência de um povo global homogêneo e a existência de Estados soberanos são as principais razões que fundamentam a necessidade e a urgência de um alargamento do paradigma constitucional a nível internacional.[928]

---

[927] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**, ps. 59/60.

[928] FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Sociedade Científica do Direito: I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Palestra proferida em 26/06/2020, ps. 17/18.

É desta consciência banal e elementar que nasceu a ideia de dar vida a um movimento de opinião destinado a promover um constitucionalismo supranacional, capaz de preencher o vazio de Direito público produzido pela assimetria entre o caráter global das potências do mercado selvagem de hoje e o caráter ainda predominantemente local da política e do Direito.[929]

De fato, há um traço característico dos Direitos fundamentais que explica, no Direito internacional, a sua ineficácia. Ao contrário dos Direitos patrimoniais, cujas garantias existem em conjunto com os Direitos garantidos – a dívida junto ao crédito, a proibição do dano junto ao Direito real de propriedade -, os Direitos fundamentais não nascem junto com suas garantias, que podem, muito bem, estarem ausentes, e que, de fato, faltam no Direito internacional. Necessitam, por isso, de normas de funcionamento que introduzam a nível global, garantias primárias e suas relativas instituições. A hipótese de uma Constituição da Terra pretende levar a sério as tantas Cartas de Direito existentes, leis vigentes porém não efetivas, introduzindo uma primeira inovação em relação às constituições estatais e, sobretudo, às muitas Cartas internacionais de Direitos humanos. Ao contrário dessas cartas, ela deverá prever e incluir no texto constitucional, não somente as tradicionais funções legislativas, executivas e judiciárias, mas, também, as funções e instituições de garantia primária dos Direitos e dos bens fundamentais.[930]

Portanto, uma Constituição universal apregoada por Ferrajoli e outros juristas da Europa Central viria ao encontro da estrutura de concepções e fundamentos do Direito, consolidando na prática o que somente se coloca em teoria. A utopia sempre pode ser uma quimera no momento que a sociedade mundial vir a necessidade de implementação de políticas – públicas e privadas - voltadas a melhorar o inter-relacionamento entre todos os atores mundiais, sem exceção.

Em razão disto, outra consequência, igualmente analisada nesta Tese, e que vem produzindo efeitos relevante ao Direito é o Protagonismo Judicial, uma vez que o Poder Judiciário, quando amplia a possibilidade de aplicação do Direito, seja em âmbito nacional ou internacional, poderá vir a criar mecanismos quase que

[929] FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?**, p. 19.
[930] FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?**, p. 21.

administrativos para ministrar a justiça, alargando o limite dos poderes a ele inerente e necessários para a construção de mecanismos e instrumentos jurídicos de aplicação do Direito Transnacional.

Um Direito Transnacional inserido e reconhecido pela sociedade jurídica internacional, instrumentalizado e com mecanismos próprios de discussão, terá que ser uma possibilidade real e iminente, uma vez que somente assim será possível preencher as lacunas trazidas pela nova ordem global, ante um mundo planificado pela Globalização. Além disto, a efetividade do Direito Transnacional somente será capaz de desempenhar o papel a ele determinado, se tiver o auxílio de todos, tanto dos velhos como dos novos atores, nacionais e internacionais, a fim de tomar assento na recomposição dos fundamentos do Direito Contemporâneo.

CONCLUSÃO

O mundo como um todo, Estado, sociedade, atores nacionais e internacionais, instituições e associações tiveram mudanças significativas de paradigmas após o final da segunda guerra mundial. Essas mudanças valem igualmente para o Direito.

Tal situação, especificamente, quanto ao Direito, deve-se pelo fato do mesmo ter se tornado um bem intercambiável; transpondo as fronteiras como se fosse um produto de exportação, passando de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada. Cada vez mais, as regras que organizam a vida da sociedade local são concebidas em outros lugares e aquelas que são concebidas aqui servirão para formular o Direito em países estrangeiros.[931]

Com efeito, num mundo de globalização caracterizado, entre outros fatores, pela crescente complexidade das relações interpessoais, em particular as jurídicas, a comunidade jurídica mundial deve se voltar ao delineamento de um “processo judicial” apto a servir ao mundo globalizado e transnacionalizado como o atual.[932]

E, o intercâmbio crescente a cada instante entre sujeitos de diferentes nacionalidades pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contratos que se vão formando. É nesse sentido que o embate de concepções jurídicas historicamente diversas, como o são as duas grandes famílias do Direito - *Civil Law* e *Common Law*, acirrado pela premência da solução de conflitos muitas vezes pioneiros, impõe urgência na criação de regulamentações internacionalmente respeitadas.

Assim, a aproximação da *Civil Law* e da *Common Law*, devido a premência de regulação de conflitos, bem como devido à influência decisiva do processo de globalização e da transnacionalização no Direito, fizeram surgir uma nova visão de como o Direito deve ser analisado e colocado em prática.

---

931 ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização:** A nova revolução do Direito, p. 7

932 BUENO, Cássio Scarpinella. **Processo Civil e Globalização:** Notas de uma Primeira Reflexão. *In:* SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*, p.217.

A contribuição dada ao Direito pelos novos atores, nacionais, internacionais e transnacionais, quando da solução de conflitos antes impensados, fornece uma visão de como diferentes sistemas podem, através de formulação de regras novas, conviver harmoniosamente, alcançando, inclusive, no futuro, um novo Sistema de Direito ocidental, com nuances Civilistas e Commonloistas.

É importante relembrar que, o Direito em si, sem designar à qual sistema jurídico ele pertença, já vinha em uma evolução gradativa desde a metade do século XIX, mas o “rumo” em que se encontra hoje deu-se após a metade final do século XX. A partir deste momento, algumas tradições jurídicas (especificamente, as famílias de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*) aproximaram-se com maior afinco, na tentativa de poder harmonizar as bases de seus Direitos, inicialmente através da aproximação entre suas fontes e após na conjugação do Direito Transnacional propriamente dito.

Tal situação, teve como consequência uma mudança de eixo nos fundamentos, na estrutura e nas concepções de Direito existentes até a metade do século XX. O eixo trinário do Direitos (Direito nacional, internacional e Transnacional) tornou-se uma realidade que, “mais cedo ou mais tarde”, deverá ser instrumentalizada para que, além de existir, possa surtir efeitos tanto no plano da validade quanto no da eficácia.

Com base nisto, pode-se dizer que o objetivo geral desta pesquisa, que se constituiu na possibilidade de recomposição dos fundamentos do Direito em razão da miscigenação de sistemas jurídicos decorrentes da transnacionalização do Direito foi atingido.

Na Introdução desta pesquisa formulou-se a hipótese para o problema da mesma, a qual se confirmaria, ou não, por meio dos fundamentos teóricos apresentados nos capítulos que compõem esta Tese.

Deste modo, questionou-se se seria possível a recomposição dos fundamentos do Direito ante à transnacionalização do Direito decorrente da miscigenação entre a *Common Law* e a *Civil Law*? A hipótese levantada foi de que a transnacionalização do Direito Inglês, seria um propulsor da *Civil Law,* contribuindo

para o desenvolvimento de um Direito Transnacional capaz de recompor os fundamentos do Direito.

Finalizada a pesquisa, a hipótese então formulada restou confirmada, muito por conta a adaptabilidade do Direito Inglês as mais variadas formas de Direito ao redor do mundo. Tal situação torna-se de suma importância para a recomposição dos fundamentos do Direito ante a nova concepção Trinária do Direito, colocando “par e passo” e “lado a lado” os Direitos nacional, internacional e Transnacional. E, a fim de confirmar tal verificação, apresenta-se os destaques dos principais pontos de investigação que foram discutidos no decorrer da Tese, contendo a confirmação da hipótese levantada, e que permitiram a sustentação da presente proposta teórica.

Assim, tem-se que o Direito Inglês é um dos sistemas de Direito paradigmas desta Tese. Apesar de ter se desenvolvido de forma autônoma, sofreu apenas de forma limitada, a influência do contato com o continente europeu. O jurista inglês gosta de valorizar a continuidade histórica do Direito. Ademais, o jurista inglês orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova de grande sabedoria da *Common Law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.[933]

Ademais, o Direito Inglês, inequivocamente, ante todas as circunstâncias pelas quais passou desde a sua formação, encontra-se atualmente na melhor delas, na qual consegue, pelo menos de forma incipiente, fazer uma integração com a *statute law*. E, apesar da clara organização que a regra do precedente vinculante possui, a aproximação entre as duas grandes fontes pertencentes a Direitos diferentes (lei e precedente) ocorrido na Inglaterra, fez surgir novas possibilidades no sentido de vislumbrar a construção de um novo mundo jurídico, capaz de suprir as necessidades dos novos atores nacionais e internacionais.

Desta forma, o início da utilização da lei dentro do Direito Inglês, especificamente no Direito aplicado na Inglaterra, tem um impacto jurídico muito maior do que a aplicação do *precedent* dentro do sistema da *Civil Law*. Isto porque, para aqueles países que se utilizam das leis, a sistematização do Direito através dos

[933] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 356.

precedentes é muito mais fácil do que para aqueles países que utilizam-se do Direito Inglês e passam a aderir ao sistema legicêntrico. Tudo porque, o Direito Inglês não se utiliza da sistemática para a construção do Direito, visto ter saído de um sistema totalmente tribal – o Direito anglo-saxônico -, e enfrentado sérias lutas com a família de Direitos da *Equity* no século XX, para assumir uma construção normativa junto a esse sistema.

Mas, apesar de toda esta construção, permanecem sérias incógnitas se o avanço em direção a uma maior legicidade consolidar-se-á, sendo que tais dúvidas somente serão respondidas e atenuadas com o passar do tempo. Desse modo, algumas perguntas ainda carecem de respostas: seria mesmo possível criar normas constitucionais legisladas para conduzir os interesses e litígios dos povos dominados pelo Sistema de Direito Inglês? Será que a criação de uma Constituição escrita, organizada, tal qual fez os EUA, seria a solução para as incógnitas existentes no seio deste sistema? Como reagiriam os legisladores e juristas ingleses ante essas possibilidades?

Somente o tempo, o desenvolvimento jurídico e a conscientização dos operadores do Direito na Inglaterra, trarão as respostas desejadas; entretanto, essa possibilidade de integração e harmonização de Direitos - C*ommon Law* e *Civil Law*, para a formação de um Direito Transnacional miscigenado, tendo como base inicial dois modelos diferentes, o Direito norte-americano e a União Europeia, esta última mais recentemente, torna tal possibilidade uma tendência para o Direito Inglês.

Ocorre que, se por um lado, o Sistema de Direito da *Common Law* evoluiu, concluiu-se nesta Tese que a *Civil Law* também evoluiu. O que vem a complementar a possibilidade, real, de aproximação e harmonização destes dois sistemas jurídicos.

Assim, diante da possibilidade de miscigenação de sistemas jurídicos em razão da massificação de ideias e facilidades de intercâmbio cultural, tecnológico e jurídico, decorrentes da Globalização, especialmente a partir da metade final do século XX, um instituto jurídico estritamente vinculado ao Sistema de Direito da *Common Law*, a Jurisprudência, começa a adquirir grande relevância também pelo Sistema de Direito da *Civil Law*.

A crescente importância da Jurisprudência como fonte do Direito da *Civil Law*, tradicionalmente civilista e legicêntrico, pode ser interpretada das mais variadas formas. A principal delas é a visível evolução da metodologia judiciária em razão do crescente inter-relacionamento dos Estados que, ao longo das últimas décadas, tem contribuído para a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

Face a tal situação, por mais que não haja discordância que a Jurisprudência constitui a pedra fundamental do Direito da *Common Law*, enquanto que o Sistema de Direito da *Civil Law* é notoriamente legicêntrico, ocorreram sensíveis transformações. Tais transformações decorreram, muitas das vezes, em razão da Commolização do Direito da *Civil Law*, proveniente dos fenômenos da Globalização e da transnacionalização do Direito, em especial, quanto a transnacionalização de decisões judiciais, as quais poderiam ser capazes de, com maior agilidade, solucionar conflitos judiciais dentro dos Estados pertencentes a família de Direito Civilista.

Desta forma, hoje, o processo interpretativo da legislação e de casos especiais pelos juristas está muito mais intenso, abrindo espaços imensuráveis no Direito para a criação jurisprudencial, solucionando lacunas, abrindo campos novos para o trabalho do legislador, e norteando o jurista rumo à solução dos problemas existentes no mundo jurídico.

Assim, o fato é que com a evolução do Direito, em especial do aplicado pela *Civil Law* e pela *Common Law*, bem como à evolução da própria sociedade jurídica mundial, passa-se a se admitir a possibilidade de uma reelaboração ou mesmo uma recriação do Direito, em razão de um todo ordenado, um saber racional, que se construirá logicamente. Isto porque, atualmente, o Direito é eminentemente um fenômeno judicial, não apenas um fenômeno jurídico, e a magistratura, através de seus juízes não devem ser vistos à exclusão dos demais profissionais do Direito, pois a verdade é que o juiz continua a proferir a última palavra na definição do Direito, e que interessa a todos – visto que as soluções fundadas na ciência jurídica são soluções judiciais, não exercidas por qualquer agente.

Então, tem-se como necessária a continuidade da evolução jurídica do Sistema de Direito da *Civil Law* rumo a um Direito mais próximo dos novos atores internacionais e transnacionais, mesmo que para isto tenha que ser utilizado, com maior propriedade do que já utiliza, das ferramentas fornecidas pela *Common Law* em relação a aplicação da justiça, visto que uma nova postura do jurista não é mais uma quimera; ela está alicerçada na realidade das normas existentes, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Todavia, a nova realidade passa pela admissão de *status* de pós-modernidade, tanto do Direito quanto do Estado em si, uma vez que, em decorrência do fenômeno da Globalização, ocorreu uma aceleração da vida da sociedade mundial. Ressaltando-se que, o processo de Globalização, com o qual o mundo inteiro tem se deparado, não é recente; apesar do avanço tecnológico dos meios de comunicação trazido pela Globalização, em especial com relação à internet, representa um novo paradigma na forma de pensar dos Estados, bem como das pessoas que neles vivem.

Em razão deste progresso tecnológico, os Estados passaram a ser autorregulados pela sombra da Globalização econômica, a qual em razão dos interesses de Estados industrializados interessados em vender os produtos pelos mesmos produzidos, planificaram as fronteiras, transnacionalizando a economia, na busca do lucro pelo lucro.

Além disto, a facilidade com que hoje em dia as pessoas se comunicam facilitou para que estas, através de um simples clique, passassem a ter acesso a tudo e a todos, tornando-as seres cosmopolitas; todavia, apesar de cosmopolitas, as pessoas ao mesmo tempo estão vivendo em um mundo mais fragmentado. Isto porque, nem todos estes seres cosmopolitas vivem sob as mesmas condições, ante a existência de abismos quase que intransponíveis, separando-os.

A sociedade dita de consumo, então, não se importa com as diferenças socioculturais e cognitivas produzidas pela atual Globalização econômica, visto que aquela somente se importa com o consumo massivo e a abundância social. Como consequência, se reduzem as identidades e vínculos culturais produzidos pela

Globalização sociocultural, colocando-se em perigo a marcha rumo a uma diversificação de situações, estilos de vida, que não deveriam se importar com a hierarquia de classes e pechas sociais.

Tais situações, por si só, já demonstram que a Globalização pode ser muito perigosa quando voltada para uma planificação centralizada, visto que ao mesmo tempo que abre a perspectiva da melhora do nível de vida, abre espaços para outras fontes de autoridade e legitimidade. Além disto, a Globalização, que trouxe consigo a chamada avalanche tecnológica, também foi responsável por milhões de pessoas na mais absoluta pobreza, o que coloca o avanço tecnológico produzido em perigo face o movimento da “desglobalização”, movimento este criado na tentativa de frear o desenvolvimento e diminuir a interdependência e a integração dos Estados.

Todavia, a Globalização, como fenômeno sociocultural que é, não deve ser somente visto em razão das consequências desastrosas produzidas pela Globalização econômica de uma sociedade de consumo; ela deve ser vista, isto sim, como um importante veículo para o desenvolvimento dos menos favorecidos, através de troca de culturas, ideais, políticas e, também, econômica entre os Estados e nas relações internacionais.

Porém, para que isto ocorra, a Globalização terá que pressionar o Estado a fim de que este abra-se internamente para espaços públicos, através da flexibilização das fronteiras nacionais, a fim de tornar possível a atuação de instituições e organizações transnacionais capazes de reduzir os abismos hoje existente no mundo.

E, o Direito deverá ser o redutor destes abismos, através de uma Globalização jurídica, visto serem as ações globais insuficientemente reguladas e, hoje, haver uma forte demanda por uma regulamentação do Direito no processo de Globalização. Então, uma mudança de paradigma para um Direito Pós-moderno apesar de não ser das mais fáceis, isto porque o Direito transpassou as fronteiras, mas não foi acompanhada por processos de solução de conflitos, ou melhor colocando, por regulações de conflitos, como o foram às demais ciências – economia,

política ou sociologia/cultural[934], deverá ocorrer através da utilização dos instrumentos jurídicos que compõem o Direito Transnacional.

Portanto, a transformação do Estado moderno para o Pós-moderno deu-se em decorrência da complexa sociedade de hoje, resultante da Globalização, dando total protagonismo às relações internacionais em detrimento as relações internas de cada país, provocando, mais uma vez, o reconhecimento de um Direito Transnacionalizante.

Entretanto, um Estado Pós-moderno deverá caminhar lado a lado com as instituições que o compõem, contando com o auxílio indispensável do Direito Transnacional, o que possibilitará que a Globalização continue a construir a interligação entre todos os elementos necessários para que o Estado, em conjunto com os demais atores transnacionais, exerça papel de destaque no cenário internacional.

Importante ressaltar que, da mesma forma que a Globalização modificou paradigmas, também contribuiu para a criação de novos conceitos, tal como o transnacionalismo, visto que os novos atores mundiais envolvidos no sistema mundo não poderão ficar mais inertes e sob o manto Estatal, a espera de uma solução e de agilidade que ainda não existem. Terão que, através de meios e mecanismos ligados a uma transnacionalização, ou mesmo a um Direito Transnacional, compor solução para a estabilização de um novo modelo de Estado, o agora chamado Estado Pós-moderno, o qual sem abandonar certas instituições e conceitos do Estado moderno, indispensáveis para o equilíbrio interno, possam apaziguar a rapidez com que evolui a sociedade mundial.

Ainda, necessária é a observância e adoção de certas instituições e institutos existentes na *Common Law,* uma vez que este peculiar Direito, não restou isolado mundialmente, por mais que tenha sido criado em uma Ilha, os fundadores do

---

[934] *La globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica. Las acciones globales se hallan insuficientemente reguladas y, pese a que esto ha podido ser considerado en tiempos como una virtud, puede hoy detectarse en la literatura especializada una clara denuncia de esta situación, y una fuerte demanda de regulación para el proceso globalizador.* LAPORTA, Francisco J. ***Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Westfalianas***, p. 247/248.

Império Britânico – espalhados pelas Américas, Ásia e Oceania – levaram a herança da *Common Law* aos cinco “cantos do mundo”. E, além da herança deixada pelo Império Britânico ao redor do mundo, hoje a influência do Direito Inglês faz-se sentir também junto à União Europeia, composta por países essencialmente civilistas e legicêntricos, e que necessitam da cultura jurídica aplicada na Inglaterra, em especial em relação aos precedentes, para resolver os conflitos gerados no seio daquele ente comunitário.

Então, enraizada numa história multissecular, a *Common Law* que é o produto natural das regras não escritas no decorrer dos séculos, num primeiro momento teve nos juízes ingleses a obra criadora do Direito Inglês; em seguida, foi estendido e, por vezes, modulado por outros países como a Irlanda, os Estados Unidos, o Canadá (a exceção da província de Quebec – que é Civilista), Austrália e Nova Zelândia, além de outros países que foram ex-colônia da Inglaterra (países Africanos, Índia e Birmânia).

A importância do Direito Inglês, o qual não está limitado, quanto ao domínio de aplicação, somente à Inglaterra e ao País de Gales, decorre do fato dele ser considerado como um modelo para grande parte da humanidade, visto exercer sua influência em numerosos países que, mesmo afastando-se em certos pontos e em certos domínios em razão de uma série de fatores externos, continuam a utilizá-lo como base jurídica.

E, é pelo fato do Direito Inglês ser um modelo para grande parte da humanidade que ele foi um dos pontos nefrálgicos da presente Tese, a qual não pretendeu exaurir a abrangência do mesmo junto aos cinco continentes, muito menos analisar todos os institutos que foram e/ou ainda hoje são utilizados pelos países que adotam ou que adotaram o Direito Inglês. Mas, sim, conectá-lo com a realidade de um Direito, hoje, Transnacionalizado, em grande parte por conta da miscigenação que o Direito Inglês manteve com outras formas e Sistemas de Direito.

A *Common Law*, como foi chamado o Sistema de Direito Inglês nos países de influência deste, teve uma importância imensurável para o desenvolvimento estrutural do Direito nos países Africanos sob o domínio da Inglaterra. Claro que, não

somente o Sistema de Direito da *Common Law* jogou o seu manto sob os países Africanos, outras potências ocidentais também o fizeram, com grande resultado prático na modernização dos Direitos dos países sob seu domínio.

E, apesar da *Civil Law* também ter se inserido em alguns dos Estados Africanos, não há como negar a melhor inserção da *Common Law*. Tal situação ocorreu porque a *Common Law* trabalhou em conjunto com o Direito local, dando, com isto, uma maior flexibilidade e dignidade à população das ex-colônias. O que não ocorreu àqueles países que se utilizam da *Civil Law.*

Obviamente, a *Civil Law* por trazer consigo a sistematização do Direito, através da utilização de códigos, daria tanto aos aplicadores quanto à sociedade uma maior certeza e racionalidade jurídica, entretanto, não obteve sucesso nos Estados Africanos. Assim, a falta de integração entre a *Civil Law* e o Direito local impossibilitou que aquele tivesse uma melhor aceitação e perdurasse nos sistemas jurídicos locais tal como ocorreu com a *Common Law.* Para além dos países Africanos, pode ser facilmente verificado a mesma situação na Índia, onde a *Common Law* exerce até hoje uma grande influência tanto no Direito hindu quanto no Direito indiano propriamente dito.

Neste sentido, as modificações na operacionalização do Direito hindu operadas pela *Common Law* não obtiveram tanto sucesso quanto no Direito da Índia, tendo em vista que muitos dos conceitos do Direito hindu não achavam correspondência para o Direito Inglês. Há que se ressaltar, porém, que não somente o Direito indiano e o hindu vigeram/vigem na Índia, outros Direitos tal como o islâmico, dentre outros, ainda lá estão inseridos, mas que não foram analisados por não terem sido o mote da presente Tese, a qual tem por objetivo demonstrar como o Direito Inglês contribuiu para a formação de um Direito Transnacional e como ele ainda poderá contribuir influenciando outros sistemas jurídicos, ante a facilidade de integração com os demais sistemas locais/tradicionais.

Ademais, sempre é importante ressaltar que a transnacionalização, operada em especial junto à *Common Law,* ajudou muito na evolução do Direito, trazendo novos conceitos e quebrando paradigmas. Com isto, alteram-se os papéis e

as funções dos atores jurídicos internacionais, alteram-se igualmente os papéis dos juristas nacionais e internacionais. É essa evolução e integração operada pela miscigenação de sistemas jurídicos que deverá fazer com que ocorra uma recomposição dos fundamentos do Direito, em um processo de integração e harmonização sem volta.

Um exemplo claro de evolução operada junto ao Sistema de Direito da *Common Law* é o Direito norte-americano. Os Estados Unidos da América, em razão de terem sido ex-colônia inglesa, além do povo, da cultura e da língua utilizados pela ex-colonizadora, também adotaram o Sistema de Direito utilizado por aquela, qual seja, a *Common Law*. Entretanto, além da *Common Law* na formação do Sistema de Direito norte-americano houve a influência do Direito Francês, dentre outros países da Europa continental, os quais adicionaram suas ideias civilistas na formação do que é hoje considerado a *Common Law* norte-americana, ou como queiram, o Direito norte-americano.

Em razão disto, a influência do *Civil Law* no Direito norte-americano, que perdura até os dias atuais, fez com que o Direito norte-americano se tornasse um Direito diferente da *Common Law* pura - ou seja, um sistema misto de Direito. Esta é a razão do Direito norte-americano ter sido analisado no presente estudo, visto que alguns institutos jurídicos criados por aquele (através da utilização do *Common Law* com influência da *Civil Law*) servirá de base para a reconstrução do Direito e das fontes do Direito Transnacional.

Ademais, como ex-colônia da Inglaterra, os Estados Unidos herdaram o sistema legal da *Common Law*, com fortes raízes no Direito dos Casos e precedentes e no Direito dos Estatutos, mas, com forte influência dos Direitos Espanhol-Mexicano, Italiano, Francês e Holandês.[935] Em razão disto, os Estados Unidos da América nasceram com uma Constituição Federal escrita e com um dos Estados Federados, o Estado da Louisiana, adotando o Sistema de Direito da família da *Civil Law.*

[935] VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados, p. 187.

Entretanto, há que se deixar claro, que a Constituição norte-americana não possui a finalidade de resolver litígios, esta função continua sendo o papel da Suprema Corte e dos demais tribunais Estaduais, através dos *precedents*. Em razão disto, a *Common Law* trazida da Inglaterra teve que se adaptar as mudanças necessárias realizadas pelo Direito norte-americano, a fim de garantir que os Estados Unidos não adotassem plenamente à *Civil Law* com base do Sistema de Direito local.

Obviamente, hoje, o Direito norte-americano convive harmoniosamente com o *stare decisis* e o *statute law*. A regra, em relação à aplicação do precedente (*doctrine of stare decisis*), tal como aplicado no Direito Inglês, teve que ser flexibilizada nos Estados Unidos muito em razão da estrutura federal americana; ou seja, o *stare decisis* americano flexibilizou as regras do precedente da *Common Law* (Direito Inglês puro), a fim de evitar conflito entre o Direito aplicado nos Estados federados americanos com aquele aplicado pela Suprema Corte do país.

E, é em decorrência da flexibilização ante a conjunção de fatores que originaram o que se conhece hoje como Sistema de Direito da *Common Law* norte-americano, ser possível afirmar que, apesar dos juízes não serem os únicos a ter influência no tipo de sistema legal que os Estados Unidos vêm adotando, isso não impede que os juízes exerçam um grau de protagonismo entre os poderes estatais muito maior do que seus pares Civilistas ou mesmo dos pares ingleses. A razão para tanto, decorre do fato que os juízes norte-americanos possuem um grau de influência política, ante os demais poderes estatais, face a possibilidade de serem chamados ou eleitos para outros cargos públicos, tanto no legislativo quanto no executivo; bem como, um grau de influência jurídica decorrente da decisão em casos judiciais a ele levado, face a forma como a *Common Law* norte-americana passou a adotar os *case* laws, os *restatements of law*, a *stare decisis* dentre outros institutos jurídicos que foram adaptados a realizada jurídica dos Estados Unidos da América.

Disto resulta que, a *Common Law* praticada nos Estados Unidos, hoje, poderia conseguir enfrentar batalhas e encontrar soluções judiciais para problemas referentes às matérias transnacionais inalcançáveis para outros países pertencentes somente à *Common Law* ou a *Civil Law*; assim, se conseguisse, no plano doméstico, recepcionar decisões proferidas pelas cortes internacionais como forma de fazer

precedente internacional e, equilibrar, em um só Sistema de Direito dois mundos jurídicos que originalmente eram completamente diferentes, poder-se-ia estar diante de uma eficácia para o Direito Transnacional, tendo em vista que conteria o melhor de dois mundos jurídicos.

Consequência lógica, então, seria dizer que em decorrência da utilização do Direito Inglês no mundo – seja ele Ocidental ou Oriental – o fenômeno da transnacionalização sofreu gritante influência do Direito aplicado inicialmente na Inglaterra. E, mais, não fosse o Direito Inglês, utilizador de uma unidade jurisdicional exarada através dos *precedents*, o Processo Transnacional, como um todo, não teria o terreno fértil para expandir-se no Direito.

Neste sentido, talvez a maior contribuição que o Direito Inglês tenha fornecido aos demais Sistemas de Direito e a própria transnacionalização seja a visão jurídica que possui de questões que versam sobre matérias de Direito Privado e Direito Público. Especial contribuição recai no Direito Privado na parte comercial, tendo em vista a importância dos sujeitos transnacionais voltados para a área comercial na Inglaterra. Os ingleses sempre foram grandes comerciantes, fato que os levou a achar soluções junto à *Lex Mercatoria*, da qual foram um dos povos precursores.

Presentemente, o principal impulso no sentido de uma transnacionalização plena e eficaz do Direito, seria a aproximação de sistemas jurídicos, em especial da *Civil Law* e *Common Law,* visto a existência de inúmeras iniciativas a fim de levar a cabo à harmonização e à unificação internacional do Direito Privado aplicado nestes dois sistemas, sejam, por exemplo, através das diretivas exaradas pela União Europeia seja dentro das Nações Unidas, ou mesmo através da Organização Mundial do Comércio. Em especial, dentro das Nações Unidas existem instrumentos que tentam harmonizar e aproximar o Direito Privado à nível internacional, tais como a UNCITRAL e os UNIDROIT.

Já, em âmbito regional, na seara dos movimentos de integração econômica regional, tem-se a União Europeia, a qual através do Direito da União Europeia, tenta estender a integração, em especial do Direito Privado, para todos os países.

Então, a necessidade de harmonização e, quiçá, uniformização das regras, em especial em matéria de Direito Privado, não somente para os países que adotam o sistema jurídico da *Common Law,* mas, também, para aqueles da *Civil Law*, ganhou extrema relevância em razão dos processos de integração transnacional, exarados através da integração econômica regional, tal como ocorreu na União Europeia, sendo essa o exemplo perfeito a ser utilizado, tendo em vista ser a mesma produto de uma visão inicialmente econômica de alguns países Europeus, mas que a tornou precursora de um novo Direito – o Direito da União Europeia.

O mundo mudou, as distâncias diminuíram, a internet ganhou espaço (quase toda a população mundial está na rede), o fluxo de pessoas entre os países aumentou consideravelmente nas últimas décadas e o comércio mundial tornou-se o propulsor da economia global. Nenhuma dessas premissas é desconhecida da sociedade e dos governantes de Estados; a sociedade mundial atual tem exata ciência do poder que tem e exerce sobre os Estados e organismos inter e supra estatais, vide o plebiscito que aprovou a retirada da Inglaterra da União Europeia, fato que gerou o chamado *Brexit*. O mundo, então, tornou-se mais dinâmico trazendo consigo criações (União Europeia) e reinvenções (*Lex Mercatoria*) excepcionais a fim de suprir as lacunas deixadas pela governança estatal tradicional.

Entretanto, há que se ressaltar que não somente no Direito Privado a harmonização de Direito produziria um grande benefício, mas, também produziria uma maior integração transfronteiriça de atores transnacionais capazes de superar diversas outras barreiras; porém, a harmonização de Direitos como um todo deverá passar por um plano internacional que tenha como norte a preservação do pluralismo jurídico e de Direitos. Isto porque, não está somente em jogo a harmonização e uniformização de Direitos inerentes à *Common Law* e a *Civil Law*, mas o que se quer é a possibilidade de miscigenação destes para a formação de um Direito que atenda a necessidade de novos atores transnacionais, que decorrem, na maioria das vezes, do mercado comercial mundial.

A tendência de negar que parte ou talvez grande parte dos regulamentos transnacionais transformem-se em produto de Direito, deriva de suposições profundamente enraizadas sobre a natureza do próprio Direito, por exemplo, ele pode

ser criado ou controlado apenas por instituições e órgãos do Estado; que é essencialmente regulação pública e não privada; que visa (mesmo que às vezes sem sucesso) alcançar clareza e constância relativa na forma de regras fixas, não de padrões flexíveis; que é uma forma suprema de regulação, dominando outros regimes regulatórios; isso é abrangente em seu campo social; e, isso consiste em demandas imperativas ou permissões especificadas, não em entendimentos negociados. Cada uma dessas suposições sobre o Direito é contestada pelo desenvolvimento da regulamentação transnacional, na medida em que esse regulamento é agora frequentemente rotulado de " Direito ", visto como legalmente importante ou cada vez mais integrado ao Direito nacional ou internacional.

Portanto, o papel do Direito Inglês é de extrema importância, não somente para a transnacionalização em si, mas para a expansão dos mercados globais comerciais, visto que os ingleses sempre dominaram a técnica de transpor fronteiras adaptando-se as regras e espalhando a forma de ver o Direito a quem quer que fosse.

A transposição de fronteiras por parte dos atores internacionais, em especial os de cunho comercial, fez com que organizações internacionais criassem instrumentos capazes de regular o *modus operandi* de funcionamento organizacional daqueles. Entretanto, por mais que o regramento organizacional do comércio internacional – utilizando em específico esta área do Direito, mas deixando claro que poderia ser utilizada qualquer outra – esteja ocorrendo, problemas decorrentes às normativas nacionais podem complicar e, muitas vezes, inviabilizar, a manutenção de relações comerciais entre diferentes atores transnacionais.

E, na medida que os Estados nacionais dificultam, seja através da ineficácia da aplicação da justiça ou mesmo de acesso à justiça ou mesmo com decisões estapafúrdias, a resolução de conflitos decorrentes das relações existentes entre as mais diferentes matizes de atores transnacionais, o *precedent* judicial transnacional surge como uma solução para dar agilidade, tranquilidade e a certeza necessária para a manutenção dos relacionamentos estabelecidos a nível supranacional.

Neste sentido, a importância dos *precedents* em si, está na formação de decisões judiciais universais/transnacionais, versando sobre os mais variados temas e nuances, tendo em vista que os *precedents* constituem-se fonte de grande importância não somente para a *Common Law*, mas de igual forma para os países pertencentes a *Civil Law*; assim, a possibilidade de utilização de precedentes judiciais estrangeiros por parte de outros Tribunais, nacionais e internacionais, e que tais sirvam de fundamento as referidas decisões, são de importância vital para ter-se a possibilidade de formação de uma verdadeira comunidade global.

Esse novo paradigma do Direito passa, então, seguindo na mesma linha de raciocínio, pela utilização e validação de *precedents* transnacionais, por parte dos Tribunais e Cortes de Justiça nacionais e internacionais, transformando o papel do judiciário em protagonista de tais reformulações.

Ademais, é importante sempre ressaltar, que não há como não incluir no conceito de Direito Transnacional a figura do Estado, visto que para existir um Direito Transnacional plenamente operante, necessário faz-se a anuência dos Estados, seja através do reconhecimento da existência e autonomia da vontade daquele ou mesmo para que ocorra a implementação dentro do Estado das decisões proferidas a nível transnacional. Outra questão é que o Direito Transnacional traz consigo nuances e soluções em relação ao Direito internacional público, visto que as consequências trazidas pelo Direito Transnacional para o mundo jurídico, acarreta mudança de paradigmas tanto nas questões de Direito internacional público quanto de internacional privado.

Por tais situações, a possibilidade de adpatação e flexibilização, bem como de flutuação por parte do Direito Transnacional em questões públicas e privadas, ou mesmo internas e internacionais, deixa-o com uma melhor comunicação/dialógo, incluindo aqui o “dialogo judicial”, com a *Common Law.* E, com a utilização por parte dos atores transnacionais do Direito Transnacional no cenário mundial, os operadores do Direito além de terem que adaptar-se a esta nova fórmula jurídica, também terão que estar aptos a atuar e instrumentalizar este novo Direito.

Claro que, as consequências para aqueles que operam com o Direito serão tremensas, tendo em vista que terão que ir suprimindo, na medida da utilização do Direito Transnacional, as lacunas que vierem a existir. Situar o Juiz, então, nesse processo como um cooperador da Justiça exigirá uma inversão das concepções atuais e da estrutura cooperatória. O juiz dinâmico, mais administrador de situações conflituosas do que a voz que proclama o Direito, tem, também, a responsabilidade ética potencializada em relação aos outros profissionais jurídicos.

Os operadores do Direito, de um modo geral, deverão enfrentar o processo transnacionalizante atentos a cada fato da realidade, e conscientes da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, sendo que serão chamados a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas, a cooperar com a realização concreta do justo. Se não dispuserem de talento para descobrirem-se protagonistas de uma nova cena jurídica deve ser-lhe propiciada a habilitação para enfrentar o desafio.

E, esses juristas transnacionais também deverão ser chamados, se já não o estão, à solucionar controvérsias através de mecanismos de solução de disputas transnacionais no seio da comunidade internacional ou mesmo internamente em seus ordenamentos jurídicos nacionais, acentuando a nova postura que o jurista transnacional deve manter, alicerçada na realidade das normas existentes, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sob este novo cenário, a harmonização de sistemas jurídicos, muito em decorrência da flexibilidade do Direito Inglês, bem como da evolução trazida pela Globalização e, posteriormente, pela transnacionalização do mundo jurídico e político, mudou a ideia tradicional da sociedade internacional quanto a não poder utilizar, para solução de conflitos, questões/*precedents* internacionais em matéria de discussão e diálogo nacional.

Apresenta-se, então, hoje, para a sociedade internacional, bem como para os atores transnacionais, a possibilidade de buscar as instâncias judiciárias nacionais e internacionais para resolução de conflitos. Entretanto, essas instâncias judiciárias

nacionais e internacionais não poderão se eximir da criação de instrumentos/tribunais transnacionais, como pressuposto essencial e universal para a efetivação de Direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que o acesso à justiça, por si só, já é um Direito de toda a sociedade internacional.

Neste sentido, a crescente e concisa procura dos judiciários nacionais pelos atores transnacionais com intuito de dirimir questões ou lides ligadas à economia e às políticas transnacionais, assim como o aumento da quantidade de decisões ou questões de Direito estrangeiro sendo conclamadas a integrar o léxico jurídico nacional, como forma de ministrar o Direito em questões eminentemente nacionais, coloca em destaque o Direito Transnacional e o Protagonismo Judicial.

Ademais, não é possível esquecer que, hoje em dia, há variações das formas de aplicação do Direito Transnacional pelos diversos ordenamentos nacionais, exigindo maior investigação sobre a natureza e o papel da *Common Law* e do Protagonismo Judicial no mundo transnacionalizado. Entretanto, não somente a via nacional e as Cortes internacionais devem ser fóruns de diálogo e discussão para os conflitos transnacionais. Há que se criar locais de discussão e diálogos transnacionais capazes de discutir, analisar e julgar os referidos conflitos, assim como restou consolidado junto ao Direito Comunitário, hoje, Direito da União, quanto ao Tribunal de Luxemburgo e o Tribunal de Estrasburgo.

O papel dos Tribunais e a importância dos juízes no dizer o Direito é de suma importância, pois apesar das tentativas de formação de um Estado Mundial ou mesmo de uma Constituição Global, para garantir de forma universal os Direitos fundamentais da sociedade internacional, tudo passa, indiscutivelmente, pela validade e eficácia de um Estado e de um Direito Transnacionalizado, por uma harmonização e, consequente, miscigenação dos sistemas jurídicos, para, ao final, buscar-se a recomposição dos fundamentos do próprio Direito.

E, o Protagonismo Judicial, celebrado por alguns e odiado por outros, colocou em evidência o papel dos Tribunais e dos juízes no momento de dizer e aplicar o Direito. Apesar de controverso, o Protagonismo Judicial iniciou sendo uma proteção às normas constitucionais no Direito norte-americano, galgando para os demais

países do globo, passando a ser discutido, transnacionalmente, como uma solução para os conflitos que fazem parte do cotidiano dos atores transnacionais.

Apesar da conotação, por vezes, negativa com que o Protagonismo Judicial é percebido pelos juristas ao redor do mundo, a realidade é que o Poder Judiciário tem se reinventado lentamente ao longo do último século, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito, seja na esfera nacional ou internacional. Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes de um mundo dinâmico e em crescente evolução, colocam à prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados, em dar a melhor solução para a *quaestio juris.* Sendo que, muitas vezes, a dinâmica estatal impede uma aplicação equânime do Direito por parte dos juízes que, em consonância com decisões proferidas por outras Cortes ou Tribunais de diferentes Estados, fazem com que as partes se tornem insatisfeitas com a decisão tomada.

Por isso, o Protagonismo Judicial, na forma mais pura, nascido no berço da *Common Law* norte-americana, pode ser uma das vias, neste momento da história, a ser utilizada pelo Poder Judiciário, para possibilitar aos juízes o reescrever do Direito, enfrentando as pesadas engrenagens do Estado, pretensamente Pós-moderno, e, porque não, dos Direitos nacionais, na tentativa de aplicação de um Direito Transnacional, voltado para as necessidades atuais e futuras da sociedade internacional.

Ressaltando, que o Protagonismo Judicial, na origem, é decorrente de uma atuação e interferência na esfera política por parte dos juízes. Porém, a par desta interferência extra judicial, um protagonismo dos juízes nas bases do Poder Judiciário, tanto em nível nacional quanto à nível internacional, pode ser um dos mecanismos para resolver conflitos transnacionais, dentro do Direito Transnacional, fazendo surgir um novo instituto que seria chamado de Protagonismo Judicial Transnacional ou mesmo de Construção Judicial Transnacional.

Não podendo ser esquecido, que hoje não existem, ainda, mecanismos, instrumentos, com a finalidade de dar eficácia ao Direito Transnacional, ou seja, não

se tem ainda uma “Liga das Nações” (a qual deu eficácia ao Direito internacional) para o Direito Transnacional. Entretanto, os avanços a nível de estudos e tentativas práticas para alcançar a validade e eficácia do Direito Transnacional evoluem a “passos largos”, não se olvidando, para tanto, a necessidade de uma refundação dos fundamentos do Direito para alcançar-se o objetivo almejado.

Sem dúvida, a evolução e reformulação de Direitos, passará por uma atuação proativa dos Tribunais locais e internacionais, no sentido de dar validade aos mecanismos e instrumentos que serão utilizados pelos atores transnacionais para chegar ao objetivo desejado, que é a criação de fóruns e espaços que propiciem ao Direito Transnacional a inserção do mesmo nos planos da validade e da eficácia jurídica. Assim, a importância de um Protagonismo Judicial chamado de Transnacional, atuante, através do diálogo entre Tribunais/Cortes, sejam eles nacionais ou internacionais, ou mesmo a ligação entre os dois, é imprescindível para esse processo de reformulação do Direito como um todo.

Até, porque, a união destes dois assuntos – Protagonismo Judicial e o diálogo entre os Tribunais - poderá ser uma das soluções aventadas para que o Direito Transnacional alcance o fim a que se propõe. E, mesmo as decisões transjudiciais poderiam trazer um conforto maior aos atores transnacionais quanto à aplicação do Direito Transnacional no cenário mundial se este último já estivesse implementado, de forma eficaz, uma vez que as Cortes e Tribunais internacionais e supranacionais, muitas vezes não conseguem realizar uma comunicação eficiente entre eles, não conseguindo solver questões ditas transnacionais de forma eficaz e segura as partes envolvidas no conflito. Porém, como ainda não há instrumentos capazes de dar eficácia ao Direito Transnacional, as decisões transjudiciais fazem esse papel a nível nacional, internacional e supranacional.

Assim, o cenário atual pode ser alterado para locais de discussões específicas, ou mesmo, pode ser expandido para um Protagonismo Judicial Transnacional em que os atores transnacionais utilizem com maior propriedade, certeza e segurança jurídica, os ordenamentos jurídicos nacionais ou mesmo as Cortes Internacionais ? A resposta só pode ser uma, sim, há a necessidade de melhor trabalhar os elementos centrais, tais como as fontes desse novo Direito, qual seja, o

Transnacional, bem como trabalhar o Direito Transnacional como um verdadeiro Direito, andando “par e passo” com os Direitos nacional e internacional.

Neste sentido, as Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, através da teoria do controle de convencionalidade e da doutrina da margem de apreciação nacional, respectivamente, são exemplos da possibilidade de uma maior abrangência das chamadas “pontes de transição”, no sentido de um aprimoramento de um diálogo, desta vez, jurisdicional entre Direito nacional e internacional. Claro que, tais Cortes não têm, em suas decisões, o grau de validade e eficácia produzido pelo Tribunal de Luxemburgo (um dos maiores instrumentos, hoje, de produção de Direito transnacional) junto aos países que compõem a União Europeia, mas são um passo bem interessante para galgar esses objetivos.

Desta forma, quando se pensa em um Direito Transnacional, em razão da inexistência de uma constituição ou um juízo universal, tem-se que o diálogo entre os tribunais, através de decisões transjudiciais ou mesmo da utilização pelas cortes nacionais de precedentes estrangeiros, ou mesmo de um diálogo entre jurisdições, deve ser imperativo.

Entretanto, para que o Direito Transnacional tenha esse imperativo, ou seja, a validade e eficácia plenas, há que se ter uma recomposição dos fundamentos do Direito, iniciando-se com uma reformulação das fontes, bem como um aprimoramento conceitual de princípios e normas até então vigentes.

Neste sentido, o caminho para um Direito Transnacional pleno é árduo, mas como os juristas mundiais dizem “é fértil” e necessário para suprir as demandas dos atores transnacionais, dando-lhes a certeza necessária de que os conflitos trazidos para os fóruns judiciais sejam solucionados de forma linear com a mesma linha de fundamentos jurídicos, sejam eles julgados em Cortes de cunho internacional, nacional, supranacional ou transnacional.

Então, a implementação do Direito Transnacional passa, sem sombra de dúvidas, pela recomposição dos fundamentos do próprio Direito dentro dos sistemas jurídicos, em especial dos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*. A

referida máxima dá-se pelo fato da inexistência universal de fóruns jurídicos transnacionais capazes de dar eficácia e validade ao Direito Transnacional.

E, em razão disto, o Direito Transnacional deverá ser estruturado a partir de certos princípios e fontes, sem dúvida jurídicos, mas de caráter universal, utilizando-se dos ensinamentos de flexibilização do Direito ministrado pela *Common Law* (Direito Inglês), o qual segue um padrão de inserção jurídica nas demais culturas mundiais, eis que nascido nos idos da expansão territorial da Inglaterra, na era das colonizações ao redor do mundo.

Por certo é que o Direito Transnacional passou a existir a partir do momento que surgiu a necessidade de regular conflitos jurídicos ocorridos além das fronteiras nacionais, as quais também não se encaixavam na seara internacional. Todavia, apesar de existir, o Direito Transnacional, visto como um Direito além fronteiras (nacionais e internacionais), ainda não é plenamente válido e, muito menos, eficaz, como o são os Direitos nacional e internacional (excepcionando-se a questão referente a validade e eficácia produzido pelo Tribunal de Luxemburgo e pelo Tribunal de Estrasburgo aos países membros da União Europeia).

E, a forma de tornar o Direito Transnacional válido e eficaz é a remodelação ou recomposição das fontes já existentes que compõem tanto o Direito nacional quanto o Direito internacional dos Estados, inserindo-as, assim, *latu sensu* no rol das fontes adotadas pelos Estados pertencentes aos sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law,* a fim de poder impactar a sociedade jurídica mundial como um todo.

Ademais, as mudanças de paradigma trazidas pela harmonização de fontes nos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*, decorreu do fato da Globalização não ter dado espaço a que nada nem ninguém ficasse no mesmo lugar; porém, também determinou a conectividade de todos e em todos os sentidos.

E, a maior proximidade entre os sistemas (*Civil Law* e *Common Law*) e, a consequente, miscigenação destes, deu-se em maior grau na esfera do Poder Judiciário, momento em que esse passou a suprir, através da Jurisprudência/Precedente, as lacunas deixadas pelas chamadas fontes tradicionais dentro do próprio Sistema de Direito, seja ele interno ou internacional. Neste sentido,

tem-se que a aproximação, aqui descrita, é maior por parte da *Civil Law* à *Common Law*, apesar dos avanços dos *acts* e *statutes* no segundo, uma vez que o precedente em si, através da *stare decisis, ratio decidendi* e *case law,* que formam a doutrina do precedente, é de cunho, origem, eminentemente Commonlista e, não, Civilista.

Tal situação facilitou um olhar mais aprofundado nas bases dos Sistemas de Direito, em especial, para dentro das fontes do Direito Inglês, a fim de que a harmonização e a aproximação das fontes que compõem os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* pudessem fazer com que as mesmas, ao se miscigenarem, fornecessem o embasamento legal à construção das estruturas do Direito Transnacional. E, a doutrina do precedente, em decorrência desta miscigenação trouxe uma melhor compreensão daquilo que deve ser a recomposição das estruturas do Direito, para que o Direito Transnacional não somente exista, mas torne-se válido e eficaz à nível mundial.

Neste sentido, tem-se que algumas correntes de pensamento privilegiam o precedente por ele ter se desenvolvimento de forma prática, conduzindo a um novo esquema conceitual em que o juiz passa, através da produção de sentenças que poderão vir a gerar precedentes, a ter mais importância em detrimento do legislador.

A doutrina do precedente e, por consequência, a analogia como um mecanismo/instrumento necessário para a utilização da Doutrina do precedente, são de extrema importância para o Direito Transnacional, uma vez que quando a situação conflituosa oferece alguma analogia com uma categoria de situações sobre a qual o legislador se pronunciou, o juiz sempre pode escolher entre o raciocínio *a pari* e o raciocínio *a contrario*, ou seja, ou a analogia é suficiente para que a nova situação seja regida pela disposição legislativa cuja hipótese não a visa explicitamente, ou a diferença é a tal ponto significativa que o juiz afasta dela a aplicação.[936]

Assim, nos países da família de Direito da *Common Law,* quase sempre os precedentes andam de “mãos dadas” com a analogia, seguidos muito de perto pelo fator Jurisprudência dentro da família de Direito da *Civil Law,* e é exatamente por essa razão que a compreensão conjunta destes dois institutos (precedente e analogia) é

[936] RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, p. 156.

importante para o Direito Transnacional, uma vez que quase nunca os casos são completamente idênticos, sendo que é o tribunal, que hoje detém o caso a ser julgado, quem deverá decidir se aplica ou não o precedente anterior de forma analógica, verificando quais são as diferenças e semelhanças e quais são as mais importantes.

A partir da composição inicial do rol de fontes que deverão compor o Direito Transnacional é possível afirmar a existência de uma nova estrutura jurídica no mundo, uma estrutura que se apresenta de forma trinária ante a colocação do Direito Transnacional ao lado dos Direitos nacional e internacional.

Assim, mesmo a depender da doutrina, da teoria e sistema a que os doutrinadores jurídicos se filiam, o certo é que há, hoje, um sistema trinário, ou seja, um novo eixo no Direito, aqui chamado trinário, que engloba os Direitos nacional, internacional e Transnacional, e deve ser analisado à luz das teorias monista e dualista, na perspectiva da inserção do Direito Transnacional no mundo jurídico mundial.

Nesta nova estruturação do Direito interno, internacional e transnacional, não se pode esquecer da inserção do Direito da União (Direito este utilizado pelos países componentes da União Europeia). Isto porque, o Direito da União, é um Direito autônomo, decorrente de fonte primária do Direito internacional (tratados internacionais), bem como da intersecção dos Direitos nacional e internacional.

O que importa dizer que, até o momento em que o mundo jurídico se apercebeu da existência de um Direito Transnacional, o Direito da União era o Direito que fazia “sombra” junto a antiga estrutura do Direito, qual seja, interno e internacional. Todavia, com o surgimento e incorporação ao mundo jurídico do Direito Transnacional e à estrutura e concepção de Direito, o Direito da União deixou de ser a “sombra”, para ser uma espécie de subsistema ao Direito Transnacional.

Importante ressaltar que, não há como descartar, quiçá em futuro não tão distante, a incorporação do Direito da União como um dos ramos do Direito Transnacional, tudo em decorrência das similitudes existente entre eles, tanto na questão de formação (autonomia e ligação entre os Direitos interno e internacional) quanto em esferas específicas, como por exemplo nas áreas comercial e humanas.

Por essa razão, necessário se faz o estudo do Direito Transnacional sob a ótica das teorias monista e dualista, visto que dentro das suas concepções e conceituações, por mais antagônicas que possam parecer (e o são), estão inseridas as bases dos sistemas jurídicos nacionais dos países pertencentes às famílias de Direito existentes no mundo, incluindo a *Common Law* e a *Civil Law*, fazendo com que a inserção e assimilação do Direito internacional no Direito nacional seja o menos traumático possível para o sistema jurídico do país adotante de uma ou de outra teoria.

Então, com o surgimento do Direito Transnacional, que veio a suprir os vazios jurídicos deixadas por uma maior conectividade e conexões dos Estados, em nível mundial, não somente no mundo jurídico, mas nos demais setores da sociedade, política, econômica, cultural, social, ambiental, entre outras, fez-se necessário a inclusão do mesmo às teorias monista e dualista. Em razão disto, o Direito Transnacional trouxe com ele a necessidade de um novo paradigma jurídico para suprir as lacunas deixadas pelos Direitos hoje existentes.

E, é nesse cenário, interno e internacional, que surge o novo Direito, o Transnacional; entretanto, como foi incansavelmente posto na presente Tese, há a necessidade de instrumentalizá-lo, a fim de torná-lo plenamente válido para que possa produzir a eficácia necessária ao mundo jurídico Pós-moderno, conexo e conectado. Porém, para que ocorra a referida efetivação é preciso que o Direito interno e o internacional estejam em sintonia, ou, porque não antagonizando esse novo Direito - o Transnacional.

Nesse sentido, as duas doutrinas – monista e dualista, tecnicamente contrárias uma da outra, lecionam sobre a comunicabilidade entre dois Direitos – interno e internacional, devendo, por essa razão, o Direito Transnacional ser posicionado dentro das doutrinas monista e dualista. Ressalta-se, todavia, que não há a necessidade de criação de um novo sistema neste momento, mas, necessário sem dúvida, é a inserção do Direito Transnacional na explicação, compreensão e aprendizagem das teorias monista e dualista aos olhos dos operadores jurídicos mundiais, a fim de que estes sejam os primeiros passos no sentido da eficácia e, por consequência, da reformulação do Direito e da sociedade Pós-moderna.

E, por maiores que sejam as diferenças entre o Direito interno e o internacional, hoje, especialmente a teoria apregoada por Kelsen (monista), em razão da efetividade e da coercividade que possui deveria ser estendida para abranger igualitariamente o Direito Transnacional, a fim de que a teoria monista pudesse passar a ser discutida em relação ao Direito internacional, transnacional e interno, através de um eixo trinário de Direito, uma estrutura que contenha novas concepções e fundamentos, exigidos por um Direito Pós-moderno.

Então, este novo eixo trinário de Direito, melhor se adequaria em um monismo vinculado à escola moderada, onde houvesse uma equiparação entre os Direitos em questão – internacional, transnacional e interno, haja vista o Direito Transnacional agir como elo/ponte entre os Direitos nacional e internacional.

Deste modo, a aceitação de um Direito Transnacional viria ao encontro das necessidades da sociedade jurídica mundial, tendo em vista que muitos dos conflitos jurídicos que devem ser regulamentados e efetivados juridicamente, surgidos após a metade do século XX, encontram-se em um “limbo jurídico” de difícil regularização. Isto leva à discussão, já manifestada ao longo da presente Tese, em relação a importância do diálogo entre os tribunais, da questão das decisões transjudiciais e dos demais temas levantados neste trabalho, tudo em decorrência da inexistência de fóruns ou espaço, como queiram chamar, para discussão e decisão sobre matéria puramente transnacional.

Por certo que, o Direito Transnacional rompeu com o *habitat* natural do Direito nacional – um território delimitado por fronteiras, dentro das quais vivem determinados cidadãos – e modificou os rumos do Direito internacional. Assim, há que se ter uma mudança em relação aos velhos dogmas e paradigmas destes dois Direitos rumo a uma conjuntura mais pluralista e comunitária, a qual poderá vir a ser absorvida pelo próprio Direito Transnacional.

A construção de uma nova ordem global, em decorrência do reconhecimento do Direito Transnacional “lado a lado” e andando “par e passo” com os Direitos nacional e internacional, formando um eixo trinário de Direitos, terá que passar por uma mudança senão de concepções, mas, também uma remodelação dos

próprios fundamentos do Direito. Isto porque, o Direito Transnacional, fruto da Globalização, está obrigando os Estados a se autorregulamentar para além das fronteiras do próprio Estado, bem como está obrigando o Direito internacional a abrir e construir espaço para discussão de questões transnacionais.

Pode-se dizer, então, que o Direito Transnacional, não importando se decorrente de um Sistema Civilista ou Commoloista, uma vez nascido da interconexão entre a economia, sociedade e política dos diferentes Estados nacionais, não pode mais ser visto somente como uma simples abertura de fronteiras e geração de espaço mundial comum, mas, sim, como uma nova forma de ser do Direito, envolvendo os mais diferentes setores, atingidos pela internacionalização dos Direitos, em especial na área dos Direitos humanos.

E, outra consequência, igualmente analisada nesta Tese, e que vem produzindo efeitos relevante ao Direito é o Protagonismo Judicial, uma vez que o Poder Judiciário, quando amplia a possibilidade de aplicação do Direito, seja em âmbito nacional ou internacional, poderá vir a criar mecanismos quase que administrativos para ministrar a justiça, alargando o limite dos poderes a ele inerente e necessários para a construção de mecanismos e instrumentos jurídicos de aplicação do Direito Transnacional.

Um Direito Transnacional inserido e reconhecido pela sociedade jurídica internacional, instrumentalizado e com mecanismos próprios de discussão, terá que ser uma possibilidade real e iminente, uma vez que somente assim será possível preencher as lacunas trazidas pela nova ordem global, ante um mundo planificado pela Globalização. Além disto, a efetividade do Direito Transnacional somente será capaz de desempenhar o papel a ele determinado, se tiver o auxílio de todos, tanto dos velhos como dos novos atores, nacionais e internacionais, a fim de tomar assento na recomposição dos fundamentos do Direito Contemporâneo.

Portanto, da análise da presente Tese chega-se a algumas conclusões finais. A primeira é que já ocorreu, na prática, uma reformulação do objeto de estudo da ciência do Direito, visto que o Direito deve ser visto como um eixo trinário e não mais binário, envolvendo o Direito nacional, internacional e transnacional. E, essa

reformulação somente ocorreu na prática, pois na teoria os doutrinadores ainda não colocaram o Direito Transnacional como um Direito a ladear o nacional e o internacional, por mais que a nova *Lex Mercatoria* e o Direito da União já sejam os paradigmas desta reformulação.

A segunda conclusão que se chega através desta Tese, é que o método de análise do Direito deve dar conta de como se reestruturam as fontes, através de uma recomposição do sistema de fontes do Direito, reformulando o papel do Juiz aplicador do Direito, em especial. Por essa razão, o Protagonismo Judicial em um mundo jurídico composto por um eixo trinário é essencial para que ocorra a validação do método de aplicação das novas fontes do Direito.

E, finalmente, a terceira conclusão que se chega através desta Tese, é que a função da ciência jurídica tem que ser uma função que não somente descreva as mudanças do mundo jurídico, mas, também, que prescreva essas mudanças como deve ser o fenômeno da transnacionalização, evitando a ocorrência de dúvidas em relação a aplicação do Direito Transnacional.

Enfim, a ciência jurídica tem que chegar a uma reformulação do objeto do estudo Direito – como um tripé: Direito nacional, internacional e Transnacional -, uma remodelação de seu objeto – através de uma recomposição do sistema de fontes -, assim como, um repensar da sua função – descritiva e prescritiva – para, finalmente, voltar a ter um equilíbrio do Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Ed. Elefante, 2017.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia e transconstitucionalismo**: "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. **Revista Direito GV,** [S.l.], v. 12, n. 3, p. 748-775, set. 2016.

AGUILÓ REGLA, Josep. ***Fuentes del Derecho***, coord. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel *in:* ***Conceptos Básicos del Derecho***. Madrid: Marcial Pons, 2015.

AHMED, Akbar S.; DONNAN, Hastings. **Islam, Globalization and Postmodernity**. New York: Routledge, 1994.

ALBROW, Martin. **The Global Age**. Stanford: Stanford University Press, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. **Os Juízes na Mundialização**: A Nova Revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título Original: *Les Juges Dans la Mundialisation*.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 18ª Edição Revista, edição digital, 2018.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional**: aspectos fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Lex editora, 2006.

ANJOS, Alberico Teixeira dos. **Direito africano ou direitos africanos?**, Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 37, p. 129–153, jul./dez., 2009.

ARON, Raymond. **Paz e Guerra entre as Nações***.* São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2002.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. São Paulo: Renovar, 1999.

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; BERTOLINI, Adriana Rossas; CUNHA, Jânio Pereira. **Ativismo Judicial e promoção da cidadania: desafios para a efetivação dos direitos sociais constitucionais.** Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, n.º 1, 2016, p. 270-293.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: otra forma de pensar el Derecho. Madrid. Editorial Pasos Perdidos S.L, 2013.

AURÉLIO, Diogo Pires. **A vontade de sistema**: estudos sobre filosofia e política. Lisboa: Cosmos, 1998.

BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **O Direito Transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrista**: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *In*: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 13, nº 3, 2016, p. 145-158.

BARROZO, Rebecca Paradellas; FERREIRA, Marrielle Maia Alves. **O ativismo jurídico transnacional**: conceitos e abordagem teórica. Porto Velho: Revista Saberes da Amazônia, vol. 03, nº. 07, Jul-Dez 2018, p. 216-240.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral:** A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Globalização**: As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Zahar, 2005. Título Original: *Wasted Lives (Modernity and Outcasts)*.

_____. LEONCINI, Thomas**. Nascidos em tempos Líquidos**. Tradução de Joana Angélica D'Avila Melo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *Título Original: Nati Liquidi (Trasformazioni nel terzo millenio)*.

_____. **Capitalismo parasitário.** Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título Original: *Capitalismo parassitaro*.

_____. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. Título Original: *Strangers a tour door*.

_____. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título Original: *Liquid Modernity*.

_____. **Retrotopia.** Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro. Zahar, 2017. Título Original: *Retrotopia*.

_____. **A Sociedade Individualizada**: Vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Título Original: *The Individualized Society*.

_____. LYON, David. **Vigilância líquida.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Urich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ªed. São Paulo: Editora 34, 2011. Tradução original: *Risikogesellschaft*.

_____. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A Metamorfose do Mundo**: Novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Título Original: *The Metamorphosis of the World*.

BERGGRUEN, Nicolas. GARDELS, Nathan. ***Gobernaza inteligente para el siglo XXI****: Una vía intermedia entre occidente y oriente*. Traducción de Frederico Corriente Basús y Miquel Izquierdo Ramon. Madrid: Taurus, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. ***From International Law to Law and Globalization***. Artigo. *Columbia Journal of Transnational Law – Law and Globlization.* Berman Print Version.Doc, 03/05/2005. p. 485-556.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, n.º 57, Dez. 2008, p. 131-159

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O Positivismo Jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Igualdade e Liberdade**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Ediouro,1997.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1 SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Processo Civil e Globalização:** Notas de uma Primeira Reflexão. *In:* SUNSFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro**: uma primeira aproximação. *In:* **Revista de Processo**, vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 167/186.

BURSZTYN, Marcel. **Ciência, Ética e Sustentabilidade: Desafios ao novo século.** São Paulo. Cortez Editora,2001.

BUL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução, Sérgio Bath. 1ª ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa oficial do Estado de São Paulo,2002. Título Original: *The Anarchical Society*.

CALVES, Gwénaële. ***Droit et politique:*** *une victoire du modèle américain ?, Le droit français s´américanise-t-il ? Revue des Deux Mondes*, vol. 6, junho de 2000.

CAMARA FILHO. José Sette. **Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito Internacional.** Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 1, 1949, p. 77-113.

CAMARENA GONZÁLEZ, Rodrigo. ***Equilibrio Glocal***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPITANT, Henri. ***Les grands arrêts de la jurisprudence civil****.* 7. ed. Paris: Dalloz, 1976.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Harold Koh e a Ideia de um Processo Normativo Transnacional.** *In:* **Revista Direito GV**. V. 3, nº 1, jan-jun 2007, p. 261-272.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

CARVALHO, Evandro Menezes de. **Organização Mundial do Comércio**: Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Olavo. **Aristóteles em Nova Perspectiva:** Introdução à teoria dos Quatro Discursos. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?** O papel da Corte Constitucional nas omissões constitucionais – uma análise comparativa. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 16, n.º 7, p. 79-95, Jan/Abr.2017.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem econômica mundial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. ***Derecho Global.*** *Por una Historia Verosímil de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2014.

COHN, Margit; KREMNITZER, Mordechai. ***Judicial Activism:*** *A Multidimensional Model*. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2005/6, electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=942476.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 10ª Ed., 2015.

COTTERRELL, Roger. ***Sociological Jurisprudence:*** *Juristic Thought and Social Inquiry*. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylors & Francis Group, 2018.

_____. ***The Role of the Jurist:*** *Reflections around Radbruch*. Ratio Juris, Oxford, vol. 26, nº 4, December 2013, p. 510-522.

CORDEIRO, Douglas Alexander. **A *Lex Mercatoria* e as novas tendências de Codificação do Direito do Comércio Internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008.

CORNET, Teresita Saracho; KLOR, Adriana Dreyzin. **Derecho Internacional Privado** – Una visión actualizada de las fuentes. Córdoba: Advocatus, 2003.

COSTA VIEIRA, Andreia. ***Civil Law* e *Common Law***: os dois grandes sistemas legais comparados**.** Porto Alegra: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

CRETELLA NETO, José. **Empresa Transnacional e Direito Internacional** – Exame do tema à luz da Globalização. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. ***The Scientific Study of Judicial Activism***. Minnesota Law Review, 15/06/2007, p. 1752/1784.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direto Constitucional**. 2ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2003.

_____. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2003.

_____. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí, SC. Univali, 2014.

_____. **Soberania e superação do Estado Constitucional moderno.** Novos Estudos Jurídicos, Vol. 11 - n. 1 - p. 41-62 / jan-jun, 2006.

_____. **Transnacionalização, Sustentabilidade e o Novo Paradigma do Direito no Século XXI**. Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. ISSN: 9788569568032, 2016, http://www.fmp.edu.br

_____; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.** *In:* **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n.º1, jan/jun. 2010, p. 159-176.

_____; BODNAR, Zenildo. **A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado.** Novos Estudos Jurídicos, [S.I.], v. 21, n.3, p. 1332-1351, set-dez, 2016.

_____. BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 3(1): 75-83 janeiro-junho, 2011.

_____. . BODNAR, Zenildo. **A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, nº 2, p. 111-132, jul/dez.2011.

_____. BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Livro Eletrônico, ISBN 978-85-7696-094-2, Itajaí: UNIVALI, 2012.

_____. ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e Argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeira. Editora Lumen Juris, 2006.

_____. STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba. Juruá, 2009, p. 55-72.

_____. REAL FERRER, Gabriel. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 2 (2): 96-111 julho-dezembro, 2010.

_____. REAL FERRER, Gabriel. **Direito Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência: Florianópolis, n.º 71, p. 239-278, dez. 2015.

_____. DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio. **Direito, Transnacionalidade e Sustentabilidade Empática**. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, v. 2, n.º 49, p.29-45, maio/ago. 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano.** São Paulo: RT, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Direito Processual Civil Canadense**. Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, v. 106/107, p.391-405, jan/dez. 2011/2012.

CULVER, Keith C.; GIUDICE, Michael. ***Legality´s Borders*** – *an essay in General Jurisprudence.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2007.

DANELI, Jardel Anibal Casanova. **A Proteção aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano e o Controle de Convencionalidade**. Dissertação de Mestrado: Braga, 2017. págs. 112.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 5ª ed., 2014.

DESANTES REAL, Manuel. ***El Fuero Y El Huevo***. 19 de maio de 2020.

DIAS, Bruno Smolarek; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O Processo Legal Transnacional e o papel dos Direitos Humanos na Comunidade Internacional**. *In:* **Novos Estudos Jurídicos**, nej.v 21, n.º 1, ISSN eletrônico 2175-0491, 2016, p. 121-149.

DINIZ, G.F.C., **A Internacionalização dos Direitos Face à tensão entre as Liberdades Individuais e as Diversidades Culturais e Religiosas**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 77-95.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: a nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Título original: *Taking Rights Seriously*.

_____. **O império do direito**. Tradução, Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes-selo Martins, 2014. Título original: *Law's Empire*.

EDWARDS, Martin. ***Dismissal Law:*** *a practical guide for management*. Londres: British Library, 1991.

FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. **Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito.** Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, nº 1, 1º quadrimestre de 2014, disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional**. *In:* _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibánes, et al. Madrid: Trotta, 2008. p 25-41.

_____. **La esfera de lo indecidible y la división de los poderes**. *In:* _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibánes, et al. Madrid: Trotta, 2008. p 102-109.

_____. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução de: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La Sovranità nel Mondo Moderno*.

_____. ***Derechos y Garantías:*** *La Ley del Más Débil.* Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Por que uma Constituição da Terra?** Sociedade Científica do Direito: I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Palestra proferida em 26/06/2020.

FERRY, Luc. **O Homem Deus ou o sentido da vida.** Tradução de Jorge Bastos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Difel, 2007. Título original: *L'homme-Dieu*.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 1995.

GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: El mundo visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2004.

GARAPON, Antonie. **Bem Julgar:** Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *In:* **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v.10, p. 417-450, jul./dez.2005.

GARCIA, Marcos Leite; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do novo constitucionalismo democrático latino-americano e da Unasul para os direitos fundamentais**: os direitos ambientais como demandas

transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. Novos Estudos Jurídicos. [S.I.], v. 19, n. 3, p. 959-993, nov.2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole o que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, Título original: *Runaway World*.

_____. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba:** reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio (Org). **O Direito Contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia:** Edição Comemorativa 10 anos do Convênio de Dupla Titulação entre Univali e a Unipg. Perugia: Unipg, 2016. p. 8-31.

_____. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos:** diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.

_____. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001. Tradução de Raul Fiker. Título original: *The Consequences os Modernity*.

_____. **Capitalismo e Moderna Teoria Social**. Tradução de Maria do Carmo Cary. 8ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2001.Título Original: *Capitalism and Modern Social Theory*.

_____. **Este turbulento e poderoso continente**: Que futuro para a Europa? Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

GHIRARDI, José Garcez. **O Inglês como Idioma da Globalização.** *In:* SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GLENN, H. Patrick. ***Transnational Common Laws***. *In*: **Fordham International Law Journal,** volume 29, 2005, *article* 2, p. 457-471.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contratos Internacionais e a escolha do Direito aplicável**: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA). Curitiba: Edição do Autor, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004.

GOÉS, Guilherme Sandoval. **Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista.** *In:* BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.113-150.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ***Conceptos Básicos del Derecho***. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** Tradução de: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Qu´est-ce que la démocratie?*

_____. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **A ordem Econômica na Constituição de 1988.** 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito***.* 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GUTHRIE, W.K.C. **Os Filósofos Gregos** – de Tales a Aristóteles. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p.34-35. MARIA II, José. *Paníngua, flisht-ia dei Pensamiento Jurídico*. Madrid: Universidade Conplutense – Faculdad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado nacional tem um futuro?** *In:* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. Tradução de: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p.127-190. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie*.

_____. **A Constelação Pós-Nacional**: Ensaios Políticos. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: Politische Essays*.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2007. Título original: *The Concept of Law.*

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HENDERSON, Thelton. ***Social Change, Judicial Activism, and the Public Interest Lawyer***. The Social Responsibility of Lawyers – Journal of Law & Policy, 2003, volume 12, p. 33/45.

HENNETTE, Stéphanie; PIKETTY, Thomas; SACRISTE, Guillaume; VAUCHEZ, Antoine. **Por uma Europa Democrática**. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca Ltda., Tradução de André Telles, 2017. Título Original: *Pour un traité de démocratisation de l´Europe*.

HOBSBAWM, Eric**. Globalização, Democracia e Terrorismo.** Tradução José Viegas. São Paulo. Companhia das Letras,2007. Título Original: *Globalization, democracy and terrorism*.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos. Uma história**. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2007. Título original: *Inventing human rights – A history.*

HUNTINGTON. Samuel P. **O choque de civilizações**: e a recomposição da ordem mundial. Tradução de MHC. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 1997. Título original: *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*.

HURREL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global.** n.46. São Paulo: Lua Nova, 1999.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

IGLESIAS VILA, Marisa. ***The Procedural Rationality Control as a Form of Deference ?*** *Procedure and Contents in Recent Case Law of the ECtHR.* Artigo científico apresentado no IVR World Congress 2019, Lucerna 2019, ps. 26.

INTERNCIONAL CHAMBER OF COMERCE – ICC, Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>, Acesso em 02 de Maio de 2020.

JASPERS, Karl. **Os Mestres da Humanidade**: Sócrates, Buda, Confúcio, Jesus. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Edições 70, 2018. Título Original: *Die Massgebenden Menschen*.

JERÓNIMO. Patricia. **Lições do Direito Comparado.** 1ª ed. Braga: Elsa Uminho, 2015.

JESSUP, Philip C. ***Transnational Law.*** Connecticut/Yale: University Press, 1959.

JUVIN, Hervé; LIPOVETESKY, Gilles. ***El ocidente globalizado****: Un debate sobre la cultura planetária*. Tradução de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial ANAGRAMA, 2011.

KARNAL, Leandro. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. DE MORAIS, Marcus Vinicius**. História dos Estados Unidos**- das origens do século XXI. Ed. 1ª. São Paulo. Contexto, 2007.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. ***Globalization of arbitral procedure***. **Hein Online**, v.36, *Vand. J. Transnational Law 1313*, London, v. 1, nº 36, p. 1323, 2003.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. ***Activists Beyond Borders****: Advocacy networks in international politics*. Ithaca e London: Cornell University Press, 1ª ed., 2014.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Humberto; LOSANO, Mario G. (Org.). **Directo Intencional e Estado Soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. ***¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*** México: Fontamara S.A, 13ª ed., 2009. Título original: *W´as ist die reine Rechtslebre?*

_____. ***Peace Through Law***. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*.

_____. ***Contribuciones a La Teoría Pura Del Derecho***. México: Distribuciones Fontamara S.A., 5ª ed., 2008.

KIRBY, Michael. ***Transnational Judicial Dialogue, Internationalization of Law and Australian Judges****.* Melbourne: Journal of International Law, vol. 09, 2008.

KLOR, Adriana Dreyzin de. **El Protocolo de Olivos,** presentado en el **"Fórum Brasil-Europa"**. Florianópolis: organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, 22-24 de noviembre de 2002.

KOH, Harold Hongju. ***Why Transnational Law Matters***. *In*: **Faculty Scholarship Series**, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 1793, 1-1-2006, p. 745-753.

_____. ***Transnational Legal Process*****.** *In:* **Faculty Scholarship Series**, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2096, 1-1-1996, p. 181-207.

_____. ***A World Transformed***. *In:* **Faculty Scholarship Series**, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2095, 1-1-1995, p. ix-xiii.

_____. ***Transnational Public Law Litigation*****.** *In:* **Faculty Scholarship Series**, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 2076, 1-1-1991, p. 2347-2402.

_____. ***The Globalization of Freedom***, 26 Yale J. Int'l L. (2001). Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/3

LAPORTA, Francisco J.. ***Globalización e Imperio de la Ley****. Algunas Dudas Westfalianas*. In: ***Anales de La Càtedra Francisco Suárez***, 39 (2005), p. 243-265.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e *Déficits* Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

LEGRAND, Pierre. ***Le droit compare****.* Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

LE GOFF, Jacques. **A Civilização do ocidente Medieval**. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1995. V.I.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVAGGI, Abelardo. ***Manual de Historia Del Derecho Argentino***. 2.ed. Buenos Aires: Editora Depalma, 1998.

LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. **A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: uma análise a partir de casos contra o Brasil. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 10, n.º 2, 2013, p. 237-248.

LIMA. Newton de Oliveira. **A Supraconstitucionalidade Internacionalista de Kelsen em uma Perspectiva Crítica**. Pensando – Revista de Filosofia. Vol. 9, n.º 18, 2018, p. 154-162.

LINS RIBEIRO, Gustavo. ***La condición de la transnacionalidad***. Tradução Jaime Cayceda. Universidad de Brasília. Número 14, p. 74-113, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. **Metamorfoses da Cultura Liberal**: ética, mídia e empresa. Porto Alegre: Editora Sulina, 2004.

_____. **El Occidente globalizado**: um debate sobre la cultura planetária**.** Barcelona. Editorial Anagrama, 2011.

LIUKKUNEN, Ulla. ***Lex Mercatoria in International Arbitration***. *In: Normative Pluralism and International Law*. Cambridge: University Press. 2013.

LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução: Marcela Varejão. 1ª ed. São Paulo, 2007. Título Original: *I grandi sistemi giuridici: introducione ai diritti europei ed extraeuropei*.

LOUIS, Jean-Victor. **A Ordem Jurídica Comunitária.** 5.ed. Bruzelas: Comissão Europeia-Perspectivas Europeias, 1995. Op. cit. ISAAC G., "*Droit Communautaire general*". Paris: Masson, 1983.

LOURENÇO, Lúcio Augusto Pimentel. **Teoria Pura do Direito (segundo o pensamento de Hans Kelsen)**. JURISMAT – Portimão, n.º 10, 2017, p. 49-70.

LÖWY, Michel. **O que é ecossocialismo?** São Paulo: Cortez, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Poder.** Introducción de Dário Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995.

LUPATELLI JR., Alfredo. **Mercosul**: O Direito Empresarial e os Efeitos da Globalização. Revista de Direito Internacional e Econômico, São Paulo: Editora Síntese, ano II, n. 5, 2003.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015.

LYOTARD. Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2019. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. Título original: *La Condition Postmoderne*.

MADEIRA, João Bruno Farias; MARÓN, Manuel Fondevila. **A Integração entre o Direito interno e o Direito Internacional à luz da Teoria da Constituição**: revisitando as perspectivas monista e dualista do conflito de normas internacionais. Curitiba: Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2, n. 2, jul/dez. 2016, p. 61-83.

MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MAGNOLI, Demétrio. **Globalização**: Estado Nacional e Espaço Mundial. 9. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAHBUBANI, Kishore. **A queda do ocidente?** Uma provocação. Lisboa. Editora Bertrand, 2018.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli** – notas preliminares. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 37, n.º 145, jan./mar. 2000, p. 41-46.

MANGE, Flávia Foz. **As Características do Direito Transnacional como Metodologia:** Análise sob o enfoque dos Aspectos Processuais da Arbitragem. *In:* **Revista de Direito Internacional – *Brazilian Journal of International Law***. Volume 13, n.º 3, ISSN 2237-1036, 2016, p. 125-144.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz

Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

MARSHALL, William P. ***Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism***. University of Colorado Law Review, Public Law and Legal Theory Research Paper, n.º 02-8, 2002

MARTINS-COSTA, Judith. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico***.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 680:47-58.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes**: regras, analogias, princípios. São Paulo: Revista Direito GV, Jul-Dez 2012, p. 587-624.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem.** 4 ed. São Paulo: Cultrix, 1974.

MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico nacional.** Publicação XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB, Direito Internacional dos Direitos Humanos III, págs. 281-295.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MERRYMAN, John Henry. ***La tradición jurídica romano-canónica***. México: Fondo de Cultura Econômica, 1971.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. ***The Civil Law Tradition****: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America.* Stanford: Fourth edition, 2018.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional**. *In:* **Revista CEJ.** Brasília, n. 27, 2004.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editoria Atlas, 28ª Edição, 2012.

MORÉ, João Batista da Cunha Ocampo. **Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais no Brasil**. Edição Eletrônica, 2013, CEJUR/TJSC https://www.tjsc.jus.br/web/academia-judicial/e-books

MORESO, José Juan; VALENTINI, Chiara. ***Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium****: in the Region of Middle Axioms*. Artigo científico apresentado no IVR World Congress 2019, Lucerna 2019, p. 1-46.

MORGENTHAU, Hans J. **A Política entre as nações**: A luta pelo poder e pela paz. Tradução, Oswaldo Biato. Brasília. Editora Universidade de Brasília: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2003. Título Original: *Politics among Nations: the Struggle for Power and Peace*.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. São Paulo: Bertrand: 2013.

_____. **Introdução ao Pensamento Complexo***.* 4.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

_____; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade***.* 2.ed. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MORRALL, John B. **Aristóteles***.* Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

MORRISON, Alan B. ***The Right and Wrong Kinds of Judicial Activism***. *American Constitution Society for Law and Policy*, may 2010.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional.** Um estudo sobre a *Soft Law.* São Paulo: Editora Atlas S.A., 2ª ed, 2006.

NEGISHI, Yota. ***The subsidiarity principle´s role in allocating competences between human rights courts and States Parties****: the hybrid model of centralized and diffused conventionality control of domestic law. In*: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela (org.). ***Ius constitutionale commune* na América Latina**, v. III. Curitiba: Juruá, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018.

NOVAKOVIC, Marko. ***Common Law and Civil Law today****: convergence and divergence.* Delaware: Vernon Press, 2019.

NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. ***La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes***, coords. GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo I.** Mundo Jurídico. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br

OLIVEIRA, Odete Maria de. **A era da globalização e a emergente cidadania mundial**. *In.* DAL RI JÚNIOR; OLIVEIRA, (Org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais regionais – globais.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

OST, François. **Contar a lei.** As Fontes do Imaginário Jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. Título original: *Raconter la loi – Aux sources de láimaginaire juridique.*

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PATTERSON, Dennis. ***Transnational lawmaking*****.** *Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking, Edward Elgar,* pgs. 56-65, 2016.

PECES-BARBA, Gregorio. ***La diacronia del fundamento y del concepto de los Derechos:*** *el tempo de la historia*. *In:* _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. ***Problemas generales*****.** *In:* _____. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudiciais e transjudicionalismo**: sobre a linguagem irônica no direito internacional. Revista de Direito Internacional, Brasilia, v.9, n.4, p. 169-199, 2012.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. ***La enseñanza del Derecho en Estados Unidos***. Revistas Doxa – Teoría del Derecho. Universidad de Alicante. N. 12, 1992. ISSN 0214-8876, pp. 41-93

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O Direito Transnacional como disciplina em cursos jurídicos.** *In:* **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n.º 1, p. 11-28, ISSN: 2317-2622, 2018

PIIPARINEN, Touko. ***Exploring the Methodology of Normative Pluralism in the Global Age.*** *In*: *Normative Pluralism and International Law. Exploring Global Governance*. Cambridge: University Press. 2013, p. 35-63.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 13.ª Ed., 2012.

_____. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. p. 67-93.

PROVIN, Alan Felipe; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **O Diálogo entre as Cortes.** Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 21, p. 111-125, doi:https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.05.

RADBRUCH, Gustav. ***Lo spirito del diritto inglese*****.** 1ª ed. Milano. Giuffré, 1962.

RAMALHO MARQUES NETO. Agostinho. DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. RAMOS FILHO, Wilson. ALVES CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo. FACHM, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba. EDIBEJ, 1996.

RAMOS, André De Carvalho. **Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional**: entre a unificação e a anarquia. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n.º 2, 2016, p. 504-520.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado:** Teoria e Prática. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIECHMANN, Jorge. REYES GONZÁLEZ, Luiz. HERRERO, Yayo. MADARRÁN, Carmen. ***Qué hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de una crisis mayor que la económica****: la ecológica*. Madrid: Ediciones Akal, 2012.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes***.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. Tradução de Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books do Brasil Editora ltda, 2016. Título original *The zero Marginal Cost Society*.

_____. ***La civilización empática****: la carrera hacia una consciencia global en un mundo en crisis*. 1ª ed. Barcelona: Paidós, 2010.

ROCHA, Dinir Salvador Rios da. **Contrato de Empréstimo Internacional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

RODA, Arménio Alberto Rodrigues da. **A teoria monista do Direito internacional como fator de resolução de conflito entre o princípio da soberania do estado e o fenômeno do Constitucionalismo global.** XXVII – Encontro Nacional do Conpedi Salvador – BA, Direito Internacional II, 2018, p. 213-232.

RÓDENAS, Ángeles. ***Los intersticios del derecho****: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

_____. ***The Architecture of Law about Defeaters and Rules of Prevalence***. Artigo científico apresentado no IVR World Congress 2019, Lucerna 2019, p. 14.

ROSA, Alexandre de Morais da. **Direito Transnacional, Soberania e o discurso da *Law and Economics***. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73-96.

ROSA, Halmut. ***Alienación y aceleración****: hacía una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*. Tradução, revisão e notas de Estefania Dávila e Maya Aguiluz Ibargüen. Madrid: Katz, 2016.

ROSSEAU, Jean Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens.** Tradução de Eduardo de Brandão. 1ª edição. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017. Título original: *Discurs sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernest-Otto**. Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo. Imprensa Oficial do Estado, 2000. Título Original: *Governance without government*.

ROUGHAN, Nicole. ***Authorithies*** – *Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

RUDOLFO. Rafael Nunes Pires. **Ativismo Judicial e o Meio Ambiente Equilibrado**. *In:* Sustentabilidade: Um Olhar Multidimensional e Contemporâneo. Org. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Charles Alexandre Souza Armada. Itajaí: Univali, 2018, p. 109/129.

RUIZ MANERO, Juan. ***Sistema Jurídico****: Lagunas Y Antinomias. In*: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Org.). ***Conceptos Básicos del Derecho***. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 47-80.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÁNCHES RUBIO, David; PAIXÃO SILVA OLIVEIRA, Liziane; HELFEMSTELLER COELHO, Carla Jeane. **Teorias críticas e direitos humanos**: contra o sofrimento e a injustiça social. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2016.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Ativismo jurídico transnacional e o Estado**: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. 2007, vol.4, n.7, pp.26-57. ISSN 1983-3342. https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema do Direito Atual**. Ijuí: Editora Unijuí. v.3, 2004.

SCHAUER, Frederick. ***Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?***. Georgia State University Law Review, Vol. 24, Issue.2 winter 2007, article 6, p. 381-401.

SCHOLTEN, Miroslava; BRENNINKMEIJER, Alex. ***Controlling EU Agencies.*** *The Rule of Law in a Multi-jurisdictional Legal Order*. Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2020.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais.** Barueri: Manole, 2004. p.174.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SEQUEIRA, João Elbio; SILVA, Maria Dolores. **O Ativismo Judicial Transnacional e a "Transnational Advocacy Network" na Construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte**. Universidade Federal de Pernambuco: Revista Política Hoje – 1ª Edição, vol. 23, n.º 2, 2014, p. 177-201.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

SERRES, Michel. **Tempo de crises**. Tradução de Maria João Madeira. Rio de Janeiro: Guerra e Paz Editores S.A, 2019. Título original: *Temps de Crises*.

SHAW, Malcolm. **Direito Internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHIVA, Vandana. ***Earth Democracy: Justice, Sustainability and Peace***. 1ª ed. Berkeley, California: North Atlantic Books, 2005.

SIERRA SOROCKINAS, David. ***Un análisis sobre la formación del Precedente***, coords., GASCÓN ABELLÁN, Marina; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. *In:* ***La construcción del precedente en el Civil Law***. Barcelona: Atelier, 2020.

SILVA, Karine de Souza. **A consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no contexto da transnacionalidade**. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 97-122.

SLAPPER, Garry; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 10ª ed., 2010. Título original: *English legal system*.

SLAUGHTER, Anne-Marie. ***A Global Community of Courts***. HeinOnline - *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, number 1, winter 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. ***Descolonizar el saber, reinventar el poder***. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión universitária. Universidad de la República, 2010.

_____. **De las dualidades a las ecologías.** La paz**:** Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.

_____. GRAVITO, César A. Rodriguez. ***El derecho y la globalización desde abajo: Hacia uma legalildad cosmopolita.*** Editores. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina – Rubí (Barcelona): Anthropos; México: UAM Cuajimalpa, 2007.

_____. MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA, 2009.

_____. **Pneumatóforo**: Escritos Políticos 1981-2018. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

_____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

_____. **Se Deus fosse um Activista dos Direitos Humanos**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

SOUZA, Jessé. **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*** – Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUMMERS, Robert S.; ATIYAH, P.S. ***Form and Substance in Anglo American Law****: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*. New York: Oxford University, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. ***Beyond Judicial Minimalism***. University of Chicago Law School, Vol. 43, 2007-2008, p. 825-842.

STELZER, Joana. **União Européia e Supranacionalidade** - Desafio ou Realidade? Curitiba: Juruá, 2004.

STEVENS, Katharina. ***Reasoning by Precedent –*** *between rules and analogies*. Cambridge University Press. Legal Theory, 24 (2018), 216-254, p. 216.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado.** 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.125.

TAEKEMA, Sanne. ***How to Be a Transnational Jurist****: Reflections on Cotterrell´s*. Ratio Juris. Vol. 32, n.º 4, December 2019, p. 509-520.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da autuação do judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

TEDESCO, Thomaz Fiterman. **A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2019. págs. 247.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global.** ARA Editores E.I.R.L. Lima. 2005.

_____. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional.** *In:* **Revista Impulso**, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução de Joana A. D´Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 215 p. Título original: *Les ennemis intimes de la démocratie.*

TORELLY, Marcelo. **Do Direito Internacional à Governança Global**: mudanças estruturais do espaço transnacional. São Paulo: Revista do Direito Brasileiro, v.15, n.º 6, set./dez. 2016, p. 20-46.

YOUNG, Ernest A. ***Judicial Activism and Conservative Politics***. University of Colorado Law Review, volume 73, number 4, 2002.

VALE FILHO, Germano Gonzaga Lima do. **O problema da Justiça numa visão autopoiética do Direito***.* Jus Navigandi, Teresina, 2.ed., n.26, set. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=27>. Acesso em: Jan. 2006.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. São Paulo: USP, 2012.

_____. **O fim do Império Cognitivo.** Coimbra: Editora Almedina, 2018.

VAROUFAKIS, Yanis. **O Minotauro Global**: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global. Tradução de Marcela Werneck. 1ª ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. Título original: *The Global Minotaur*.

VEIGA, José Eli. **Desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34. 2013.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia.** São Paulo: Manole, 2003.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral. volume 1. 4ª ed. São Paulo. Almedina, 2018.

VIDIGAL, Erick. **A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e sua aplicação no Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 171-193, Brasília. abr./jun. 2010.

VIEIRA, Andréia Costa. ***Civil Law* e *Common Law***: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VIERA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**: o projeto da Direito GV. Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 261, set/dez 2012, p. 375-407.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Luciane Klein. VEDOVATO, Luís Renato. **A relação entre direito interno e direito internacional**. Revista de la Secretária del Tribunal Permanente de Revisión. RSTPR, vol. 3, n.º6, Asunción, Aug. 2015, p. 1-11.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VITALE, Ermanno. ***Defenderse del poder*.** Por uma resistência constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2012.

VOZMEDIANO, Jesus. ***El hombre insostenible*.** Sevilla: Universidad de Sevilla, 2012.

WALKER, Neil. ***The Jurist in a Global Age*.** Research Paper Series, University of Edinburgh – School of Law, n.º 2015/13.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILLIAMS III, Frank V. ***Reinventing the Courts****: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts*. *Campbell Law Review,* 591, vol. 29, Issue 3, Article 6, Primavera de 2007.

WINTER, Luis Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezim. **A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes**: desenvolvimento nacional à luz da ordem econômica constitucional. Caderno do Programa de Pós-graduação, volume 11, n.º 1, 2016, p. 170-187.

WLOCH, Fabrício. **A Metamorfose da União Europeia em Estado Universal de Hans Kelsen**: proposta de soberania compartilhada, federalismo cooperativo e transnacionalidade cultural. Florianópolis: CEJUR, 2020.

ZAGREBELSKY. Gustavo. **A crucificação e a democracia.** Tradução de Monica de Sanctis Viana. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ZIZEK, Slavoj. ***Primero como tragedia, despois como farsa***. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **Eles não sabem o que fazem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1992.

_____. ***El sublime objeto de la ideología*****.** 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

_____. **Vivendo no fim dos tempos**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2012. Título original: *Living in the end times*.

_____. ***The Ticklish Subject****: The Absent Centre of Political Ontology*. London: Verso, 2008.

_____. **A coragem do desespero**: crônicas de um ano em que agimos perigosamente. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2017. Título Original: *The Courage of Hopelessness: Chronicles of a Year of Acting Dengerously*.

_____. ***The Fragile Absolute****: Or Why is the Christian Legacy Worth Fighting for?* London: Verso, 2008.

_____. **Como derrotar Trump e Outros ensaios**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2018.