

A ORDEM TRANSNACIONAL COMO FATOR DE RELATIVIZAÇÃO DA PRETENSÃO TOTALIZANTE DE PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS PELO ESTADO

*TRANSNATIONAL ORDER AS A FACTOR OF RELATIVIZATION OF THE CLAIM OF
EXCLUSIVITY OF THE PRODUCTION OF LEGAL NORMS BY THE STATE*

*EL ORDEN TRANSNACIONAL COMO FACTOR DE RELATIVIZACIÓN DE LA
PRETENSIÓN TOTALIZANTE DE PRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS POR EL
ESTADO*

Diego Sabóia e Silva¹

Cristiane Derani²

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumo: Este artigo possui por objeto analisar como a ordem transnacional possibilita ruptura com o imaginário de produção exclusivamente estatal das normas jurídicas. Como objetivos específicos, primeiro apresentam-se perspectivas sobre fontes do Direito, delimitando-se seu entendimento. Após, explica-se a temática das fontes esteado nos microssistemas jurídicos, desde noções sobre Direito, Estado, Instituição e relações Direito-História. Finalmente, discute-se a inclinação pelo pluralismo das fontes, corroborada pelas manifestações no contexto transnacional. Para testar essa hipótese de trabalho, utilizou-se, no estágio investigativo, o método de abordagem dedutivo, uma vez que se adotou, como ponto de partida, a teoria pluralística de fontes do Direito à luz da transnacionalidade jurídica. No momento da análise dos dados, recorreu-se ao método analítico. A técnica utilizada nas fases citadas foi a bibliográfica.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2019). Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense - UFF (2019). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2017). Pós-graduado, nível de especialização, em Direito Tributário, pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá - FIJ - RJ (2010). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA (2008). Professor do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão - FLF - CE (2012 -). Procurador Jurídico Efetivo do Município de Forquilha - CE (2014 -). Advogado inscrito na OAB/CE sob o nº 21.221 (2009 -). Professor das disciplinas de Hermenêutica Jurídica (com ênfase em limitações à atividade interpretativa) e Direito Constitucional (com ênfase em teoria constitucional e direitos fundamentais) da Faculdade Luciano Feijão, em Sobral/CE/Brasil. E-mail: diegosaboiaesilva@gmail.com

2 Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (1996). Estudos de doutorado (bolsa CAPES) na J.W.Goethe Universitaet, Frankfurt (1991-1993). Pós-doutorado na Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS) (bolsa FAPESP), Paris (1999). Pós-doutorado na University of Cambridge no Centre for Environment, Energy and Natural Resources Governance - CEENRG (bolsa CAPES), Cambridge, Reino Unido (2016). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (2001). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1988). Professora de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (desde 2010), em Florianópolis/SC/Brasil, e pró-reitora de pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: cristiane.derani@ufsc.br

Como resultado, a título de considerações finais, verificou-se que a percepção plural do ordenamento jurídico ainda é acanhada, mormente em países de tradição legalista, como o Brasil. No entanto, o Direito Transnacional pode romper com esse viés unilateral, legado pelo positivismo jurídico exegético, a despeito de não ser algo necessariamente benéfico, pois foi forjado sobremaneira no ideário de romper barreiras para implantação da lógica de mercado, privilegiando coisas a pessoas.

Palavras-chave: Ordem transnacional. Relativização. Produção normativa. Exclusividade. Estado.

Abstract: This article aims to analyze how the transnational order allows a shift away from the image of exclusively state production of juridical norms. As specific objectives, we begin by presenting perspectives on sources of law, delimiting the understanding of them. Next, we explain the theme of the sources, with support in the legal microsystems, from notions of Law, State, Institution, and the relations between Law and History. Finally, we discuss the inclination for the pluralistic prism of the sources, corroborated by the manifestations in the transnational context. To test this work hypothesis, the deductive approach method was used in the investigative stage, adopting the pluralistic theory of source of law as a starting point, in the light of legal transnationality. For the data analysis, the analytical method was used. The bibliographic technique used in the aforementioned phases. The result of this study was that that the pluralistic perception of the legal system is still restricted, especially in countries with a legalistic tradition, such as Brazil. However, Transnational Law can break with this unilateral bias, the inheritance of an exegetical legal positivism, even though this is not necessarily beneficial, as it was forged mainly through the ideal of breaking down barriers in order to introduce a market logic that privileges things over people.

Keywords: Transnational order. Relativization. Normative production. Exclusivity. State.

Resumen: Este artículo posee por objetivo analizar como el orden transnacional posibilita la ruptura con la imaginación de producción exclusivamente estatal de las normas jurídicas. Como objetivos específicos, primero se presentan perspectivas sobre fuentes del Derecho, se delimitan su entendimiento. Después, se explica la temática de las fuentes basadas en los microsistemas jurídicos, desde nociones sobre Derecho, Estado, Institución, y relaciones Derecho e Historia. Finalmente, se discute la inclinación por el pluralismo de las fuentes, corroborada por las manifestaciones en el contexto transnacional. Para probar esta hipótesis de trabajo se utilizó, en la etapa investigativa, el método de abordaje deductivo, ya que se adoptó como punto de partida la teoría pluralista de las fuentes jurídicas a la luz de la transnacionalidad jurídica. En el momento del análisis de los datos, se recurrió al método analítico. La técnica utilizada en las fases citadas fue la bibliográfica. Como resultado, a título de consideraciones finales, se verificó que la percepción plural del ordenamiento jurídico todavía es tímida, especialmente en los países de tradición legalista, como en Brasil. Sin embargo, el Derecho Transnacional puede romper con ese sesgo unilateral, legado por el positivismo jurídico exegético, a pesar de no ser algo necesariamente beneficioso, pues se forjó con el ideal de romper barreras para la implantación de la lógica de mercado, privilegiando cosas a las personas.

Palabras clave: Orden transnacional. Relativización. Producción normativa. Exclusividad. Estado.

INTRODUÇÃO

Como ato de prelúdio, busca-se explicitar o caminho percorrido na elaboração do artigo, desde sua gênese até seu final, com o intuito de contextualizar o leitor no assunto proposto, apresentando para tanto a inquietação propulsora com a respectiva hipótese, estribada em elementos idôneos a solver a problemática levantada, o tema e sua delimitação, assim como os objetivos geral e específicos, e a metodologia utilizada para tanto.

A temática abordada radica-se na pluralidade produtora das normas jurídicas, vislumbrando o rompimento com o paradigma da pretensão totalizadora de produção de Direito pelo Estado e o papel da ordem transnacional para a afirmação do intrincado amálgama que constitui a realidade jurídica. Dessa forma, ressaí como consectário lógico a análise do que se há de entender por fonte do Direito, pois a depender do prisma, a percepção pode ser monística ou pluralística, vale dizer, ou haverá uma única fonte ou haverá várias.

A problemática jurídica proposta foi oriunda da inquietação a respeito da legitimidade para se produzir as normas jurídicas. Assim, indagou-se: o Estado realmente detém a legitimidade exclusiva para originar as normas jurídicas? A contestação a essa pergunta deu-se em sentido negativo, qual seja, que os processos que fazem o Direito se impor com legítima força obrigatória – as fontes do Direito – não são prerrogativa apenas do Estado, mas sim concorrentes com este ou plúrimos, vez que o Estado seria apenas mais uma das fontes jurídicas existentes, reiterando a importância do Direito Transnacional para a verificação desta hipótese, muito embora não se esteja a assumir que essa manifestação jurídica – o Direito Transnacional – produzida à margem do formalismo estatal, seja algo benéfico: por vezes é deletério aos direitos fundamentais, pois guiado por um pensamento tipicamente de mercado flexibilizador de fronteiras.

Isso não significa negar a importância da lei – a fonte oriunda das manifestações estatais –, especialmente em países de tradição jurídica romano-germânica, mas descortinar a realidade subjacente à pretensão infausta da exclusividade, a saber, que a lei é apenas mais uma das fontes jurídicas existentes.

Para lograr êxito nesse desiderato, valeu-se o pesquisador, na fase de investigação propriamente dita, do método de abordagem dedutivo, vez que se adotou como ponto de partida a teoria pluralística de fontes do Direito, com o recorte epistemológico da transnacionalidade jurídica. No momento da análise dos dados, recorreu-se ao método de pesquisa analítico de cunho revisional, pois ocorreu o exame percuciente de doutrina específica com o escopo de explicar como a ordem jurídica transnacional pode ilidir a percepção do Estado monopolista de normas jurídicas. A técnica de pesquisa utilizada nas fases citadas foi a bibliográfica, pois a partir da literatura existente sobre o tema possibilitou-se a consecução dos resultados alcançados.

Sinteticamente, o objetivo geral o estudo presta-se a verificar a destacada função desempenhada pela percepção plural das fontes do Direito, noção esta estribada na ordem transnacional. De modo mais particular, tem-se por objetivos específicos, primeiramente, explicar em que consiste o pluralismo jurídico à luz do contexto transnacional; em seguida, discutir o problema da investigação, vale dizer, a relativização da pretensão totalizadora de produção do Direito pelo Estado e, por fim; proceder à verificação, refutação ou verificação parcial da hipótese inicial de trabalho, a saber, se o Direito efetivamente não deriva apenas de ordem artificial de cunho autoritário denominada Estado, mas sim do social, sendo mesmo um produto histórico, cultural, à luz da análise do Direito em âmbito de transnacionalidade.

1 PERSPECTIVAS DE FONTES DO DIREITO E SEUS DELINEAMENTOS PELO DIREITO TRANSNACIONAL

Em prisma descentralizado de produção de fontes do Direito, estas são concebidas como maneiras variadas por meio das quais o fenômeno jurídico adquire cogência, em dado contexto de tempo e espaço. Se é certo que em países de tradição jurídica Civil Law (ou de Direito legislado), a exemplo do Brasil, a fonte primordial é a lei, sob a batuta do monismo jurídico (uma única fonte produtora, a saber, o Estado), não é menos acertado que referido destaque é realidade relativamente recente, remontando ao final de século XVIII e aurora do século XIX, notadamente com o advento da Revolução Francesa, quando Napoleão Bonaparte, em seu afã imperialista, intentava – e terminou por lograr êxito – reduzir inadequadamente a complexa – e plural – experiência jurídica consuetudinária do Direito europeu (Common Law), consagrada desde o Baixo Medievo a uma realidade codificada e emanada por uma única fonte: o Estado. Para que se tenha uma noção mais exata da realidade jurídica do que passava a restar prejudicada, salutar a lição de Paolo Grossi, que segue:

Um universo, o universo jurídico, complexo e compósito, mas seguramente não um arquipélago de individualidades separadas e independentes. Temos propositalmente utilizado acima o termo “reticulado”, porque na rede o que conta são os fios que se unem, e o universo jurídico medieval, que não conhece os poderes políticos consumados – que provocam sempre rupturas e isolamentos –, mostra-se a nós como um entrecruzar de relações que nenhum poder está em condições de cortar e de que, ao contrário, qualquer poder fica de qualquer modo vinculado [...] O direito medieval expressa a globalidade, mas também a complexidade da sociedade, e a expressa – através dos usos – na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem. Este fervilhar de fatos consuetudinários exige uma tradução técnico-jurídica, uma definição e uma regulação; e serão os juristas, não o poder político a os fornecer, homens de práxis na oficina alto-medieval, práticos, mas também mestres/cientistas na maturidade do medievo tardio³.

3 GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 27-30.

Dito de outra forma, nem sempre a adoção de uma visão unilateral de produção do Direito foi aceita; ao revés, é realidade nova e artificialmente produzida. Isso porque seria já de início infausta a tarefa de fornecer perspectiva sobre o Direito que gozasse de unanimidade, em razão de ser apanágio das ciências sociais a divergência sobre como se deve compreender seu objeto de estudo, em que consiste, modos cognitivos etc. Dessa forma, não há falar-se sobre o que vem a ser o Direito, pois que cambiado o referencial adotado, diferente será o que se deve entender por Direito. É recomendável, para êxito em tal empreitada, acercar-se de acepções sobre o Direito.

Com base em Arno Dal Ri Júnior, depreende-se que há a identificação do Direito com a História, por isso mesmo possuindo aquele caráter relativo e, logo, mutável, em razão das vicissitudes que experimenta o social, de acordo com o tempo e o espaço⁴. Em última análise, o Direito se confundiria com a História na medida em que não se pode separar aquele de seu destinatário – o social –, cambiante por natureza, apanágio do próprio gênero humano, determinado pelo tempo e espaço no qual se insere, por isso mesmo atribuindo distintas perspectivas a institutos jurídicos, de forma descontínua, mas que pode, todavia, restar relativizado pela figura do “soberano”, a depender do interesse norteador do poder político.

Santi Romano, ainda sob a batuta da concepção histórica⁵ do Direito, não se limita a fornecer uma visão unilateral do Direito. Antes, contribui com ricas e sólidas reflexões sobre o fenômeno jurídico, em suas diferentes acepções. Isso pelo fato de o autor analisar o direito em sentido objetivo, subjetivo, à luz de seus elementos essenciais, dentre outras, sempre explicitando que qualquer visão dessas, isoladamente, constitui-se como insuficiente.

Analisando o Direito em sentido objetivo, o autor entende como ponto comum de suas definições ser aquele regra de conduta, até de maneira desarrazoada, atentando-se para o fato da regra (lei) não encerrar na plenitude o conceito de norma, sendo aquela apenas uma espécie desta, o que vai na contramão da visão monística⁶ de doutrinadores da envergadura de Hans Kelsen.

Ressalta, todavia, que embora essa maneira de se enxergar o direito seja míope, sendo necessário complementá-lo “com outros elementos que frequentemente não são levados em conta e que, ao contrário, parecem ser essenciais e característicos⁷”. Pedindo emprestadas as palavras do autor, mais correto seria entendê-lo como uma “realização de convivência ordenada”.

Entender dessa maneira o Direito, vale dizer, não visualizá-lo apenas como regra, mas sendo também algo decorrente das diversas manifestações da vida em sociedade, a exemplo de costumes, doutrina, jurisprudência, princípios, dentre outras, o autor amplia o conceito de norma jurídica, indo

4 DAL RI Jr., Arno. **O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 27.

5 Nesse sentido, recomenda-se a leitura de ROMANO, Santi **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 62.

6 Nesse sentido, ver KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 124.

7 ROMANO, Santi **O Ordenamento Jurídico**, p. 62.

bem ao encontro de sua percepção pluralística de direito, materializada na possibilidade de diversos ordenamentos jurídicos coexistentes em um mesmo Estado (estatutos de empresas, regimentos de igrejas, universidades, e até mesmo estatutos de ordem ilícita, a exemplo da máfia).

Sustenta também que dado ordenamento jurídico não representa apenas conjunto de normas⁸, pois que o Direito é organismo vivo, produto das múltiplas manifestações da vida em sociedade, não se restringindo a um complexo de normas emanadas de uma ficção de vocação nitidamente totalitária a que se convencionou denominar "Estado".

Maquiavel, a seu turno, concebe o Direito como sendo o instrumento idôneo a legitimar o monopólio da força, ou violência institucionalizada⁹, para utilizar outra nomenclatura, pelo Estado. Depreende-se, então, haver imbricação necessária entre essas duas realidades (Direito e Estado), uma exigência recíproca, já que a única fonte da qual emanaria o Direito seria o Estado, e este necessitaria daquele, através de sua cogência característica, para legitimar-se (ao menos uma legitimação normativa), emergindo daí a obrigatoriedade de seus mandamentos. Dessa forma, havia algo semelhante a uma força de fato dos indivíduos que, a um só tempo, limitaria o direito do Estado e restaria limitada por este. Como corolário, tem-se que o poder do Estado é um poder não de fato, mas de direito, pois que também limitado pela força dos indivíduos.

Para exemplificar, o autor estabelece uma comparação, no Capítulo XVIII, entre força e lei¹⁰: "esta constitui apanágio do homem, aquela, dos animais. As leis, entendidas como a única manifestação de direito existente, porquanto a única decorrente do Estado, retiram sua fundamentação da força". É como se o homem retirasse seu substrato legitimador, a saber, a violência institucionalizada, de algo próprio dos animais: a racionalidade se sustenta pela irracionalidade.

Nesse diapasão, sustenta que o príncipe está compelido a saber agir como um animal, devendo utilizar-se das qualidades da raposa e do leão, vez que este não sabe se defender das armadilhas, ao passo que a raposa não consegue defender-se dos lobos. Dessa forma, é necessário o príncipe ser raposa para reconhecer as armadilhas, e leão para afugentar a lobos. Todavia, à luz desta metáfora, deixa entrever que a verdadeira força do governo repousa na "raposa", em razão de sua astúcia em dissimular a violência legítima exercida pelo Estado, garantida à luz de um ordenamento jurídico.

Léon Duguit apresenta sua perspectiva de Direito como sendo um termo polissêmico, designador de duas acepções distintas, mas complementares: direito objetivo e direito subjetivo¹¹. O Direito objetivo, também conhecido pela expressão "regra de direito", designaria os valores éticos que se exigem dos indivíduos em sociedade, havidos por imprescindíveis para a sua manutenção, possuindo, por isso mesmo, caráter potestativo, mandamental. A seu turno, o Direito subjetivo seria o poder do indivíduo que integra a sociedade, no sentido de vindicar a restauração de um direito, resguardado pela regra jurídica (direito objetivo), transgredido por alguém. Nesse sentido:

8 ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**, p. 67.

9 Nesse sentido, ver MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 108.

10 MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, p. 110.

11 DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 10.

O respeito a essa ética, em determinado momento, implica, no âmbito social, a garantia de preservação do interesse comum, e, em contrapartida, sua violação acaba desencadeando uma respectiva reação da coletividade visando, de alguma forma, o responsável por tal violação¹².

Assim, o Direito subjetivo seria amparado pelo objetivo, na medida em que o titular de determinado direito fosse vilipendiado por outrem. Todavia, independentemente da acepção adotada, o Direito possuiria por fundamento maior a solidariedade orgânica, valendo-se, como se observa, da doutrina de Durkheim. Ademais, entende, assim como Santi Romano, que é perfeitamente possível um Direito que não emane do Estado, ao afirmar o que segue:

É imperiosa, nos dias de hoje, a prevalência de uma norma de direito que se imponha, rigorosamente, tanto ao Estado, detentor da força, quanto aos indivíduos desse mesmo Estado. Aliás, é bem possível comprovar a manifestação do direito num estágio anterior à criação pelo Estado, considerando mesmo a referida superioridade sobre o Estado, ao qual, na verdade, se impõe¹³.

A perspectiva de Duguit sobre o Direito, então, é plural, vez que reconhece manifestações outras do direito que não na lei. Todavia, contraditória a asserção, pois que, no Capítulo XVII da obra em comento, nega com veemência o costume e a jurisprudência como fontes do Direito.

Percebe-se, pois, que não há sentido unívoco para o que venha a ser Direito dada a vinculação ao referencial adotado. Os autores, aludidos nesse particular, são meramente exemplificativos, havendo outras acepções, portanto, aplicáveis ao tema, que não se fazem necessárias abordar, vez que não centrais na investigação. Valeu-se o pesquisador destes com o propósito meramente ilustrativo.

1.1 O DIREITO TRANSNACIONAL: NOÇÕES GERAIS

A origem do Direito transnacional¹⁴, ao menos etimologicamente, teve seu germen na obra "Transnational Law", de Philip C. Jessup, publicada na Universidade de Yale, no ano de 1956. O autor buscava abordar a problemática típica da sociedade mundial, superando a esfera individual, alcançando o *status* de uma comunidade de Estados. Nesse sentido, Cruz e Stelzer:

Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, entendia também que a expressão "Direito Internacional" estava superada e já não atendia às exigências conceituais na época. Nesse sentido, consignou que usaria o termo Direito transnacional "*para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais*". Quanto aos sujeitos, Jessup tampouco se conformou com a exclusividade dos Estados. Apesar de considerá-los protagonistas, entendia que as situações transnacionais envolvem indivíduos, empresas, organizações internacionais ou outros grupos¹⁵.

12 DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**, p. 11.

13 DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**, p. 15.

14 Nesse sentido, veja-se CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**, p. 35.

15 CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**, p. 35.

Assim, tem-se que o Direito Transnacional envolve não apenas as relações entre os Estados – cada vez menos soberanos – mas também outros agentes ativos, mesmo privados, como pessoas naturais e em especial grandes conglomerados empresariais, que expandem seu âmbito de incidência para além dos limites estatais. Nessa mesma esteira, Philip C. Jessup reforça o aspecto da pluralidade dos sujeitos que compõem o Direito Transnacional, que, reitera-se, podem ser pessoas naturais e jurídicas de Direito privado e público interno e externo. Observe-se:

As situações transnacionais, então, podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos. Por isso, um cidadão americano ou um apátrida cujo passaporte ou outro documento de viagem é recusado em uma fronteira europeia enfrenta uma situação transnacional. O mesmo acontece a uma companhia petrolífera americana negociando na Venezuela; ou ao advogado nova-iorquino que contrata um jurista francês para dar um parecer a respeito da regularização dos haveres de seu cliente na França; ou ao governo dos Estados Unidos ao negociar com a União Soviética tendo em vista a unificação da Alemanha. [...] Os conflitos e os direitos são obra do homem; e também as teorias que declaram, por exemplo, que o Direito Internacional não pode conferir direitos ou impor obrigações diretamente a um indivíduo porque (diz a Teoria) o indivíduo não é um sujeito, mas um objeto do Direito Internacional¹⁶.

Tratando especificamente das grandes empresas, não pode escapar à análise o fato de potencialmente influenciarem no próprio processo de formação de normas jurídicas legisladas, dado o vultoso poderio econômico de que dispõem, ao condicionarem a tomada de decisões dos poderes políticos, em cujo contexto de disputas decorre a lei. Como consectário, esses atores não estatais não apenas criam um ordenamento jurídico paralelo, com fontes outras que não a lei, como igualmente podem ser determinantes na formação do Direito estatal.

Cruz e Stelzer aludem à transnacionalidade e globalização enquanto fenômenos idênticos, bem como a superação da soberania no contexto do Direito transnacional. Veja-se:

A Transnacionalidade, enquanto fenômeno, não é distinta da globalização, pois nasce no seu contexto, mas com características próprias que viabilizam o surgimento dessa categoria. Não se deve descolar a transnacionalização da globalização, mas destacar características que a identificam, como a desterritorialização, a expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. Nesse âmbito, cumpre realçar o comércio mundial enquanto mote desse processo global que chega ao transpasse estatal (transnacional) [...]. Implica a releitura de diversas noções herdadas da Modernidade, especialmente a de Soberania, a saber do poder de estabelecer as normas jurídicas válidas no território nacional, em um ambiente mundializado pela proeminência do condicionante econômico-neoliberal. Isto porque, segundo Allard e Garapon:

16 JESSUP, Philip C. El Principio de Supranacionalidad. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 13-15.

“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 como visto de entrada”¹⁷.

Deste excerto, pode-se extrair as características mais marcantes da transnacionalidade. Em síntese, observa-se aproximar-se da globalização, pois originada no seio desta. Ademais, como corolário dessa afirmação, decorre o “desconhecimento” de limites territoriais, a relativização do conceito clássico de soberania, bem como traz à luz um ordenamento jurídico que coexiste com o estatal.

Sua gênese e crescimento se deram com a necessidade de se “vender” o ideário econômico em âmbito global, passando o Direito mesmo a ser encarado como mercadoria, o que é perigoso pois, uma vez que este é o único mecanismo capaz de compelir alguém a fazer ou se abster de alguma coisa de maneira lícita, caso seja influenciado pela visão mercadológica, pela ideia de maximização da riqueza, pode tornar-se mero intermédio para a consecução de lucros, relegando a sua real função, que é estar a serviço dos bens primários do ser humano (vida, liberdade, igualdade, dignidade, dentre outros), a um plano secundário. A riqueza, não se pode olvidar, é que deve ser o meio para a consecução destes, e não o fim a ser buscado.

1.2 A TRANSNACIONALIDADE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Feita a contextualização inicial do fenômeno da transnacionalidade, prudente verificar como esta repercute em *terrae brasilis*. Para tanto, serão analisadas ideias de pensadores brasileiros que desenvolvem sólidas e sérias pesquisas sobre a temática e como essas se aplicam a realidades práticas.

Nasser, ao examinar a regulação privada transnacional, alude a um “duplo processo de deslocamento: do nacional para o transnacional e do público para o privado¹⁸”. Para Cafaggi, a regulação privada transnacional pode ser entendida como:

[...] um novo corpo de regras, práticas e processos, criado primariamente por atores privados, empresas, ONGs, especialistas independentes, tais como aqueles que determinam padrões técnicos, e comunidades epistêmicas, ou exercendo poderes regulatórios autônomos ou implementando poder delegado, conferido pelo direito internacional ou pela legislação nacional¹⁹.

Nesse sentido percebe-se que a ideia do Estado como produtor exclusivo de normas jurídicas vai se debilitando, em que pese continue a ter destaque, mas cada vez mais com a sombra da ingerência de pessoas privadas. Adotando ainda a perspectiva de Nasser²⁰, a regulação privada teria

17 Vide CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**, p. 50-73.

18 NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedagogia: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 39.

19 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. **European University Institute Working Papers**, Fiesole, Itália, 2010, p. 20-21.

20 Nesse sentido vide NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedagogia: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 39.

forte apelo competitivo no âmbito das relações sociais, em contraponto ao regime jurídico intitulado *soft law*, típico da regulamentação pública internacional, de feição coordenativa. Observe-se a lição de Staffen e Polis:

Por assim dizer, a força motriz do Direito já não são mais anseios de limitação jurídica dos poderes estatais absolutos, mas a regulação de dinâmicas policêntricas atreladas diretamente com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições distribuídos tanto em espaços físicos como nos virtuais.

Nesse contexto, a capacidade de o ente estatal produzir, soberanamente, os sistemas jurídicos nacionais vem, paulatinamente, diminuindo. Isso ocorre, em grande parte, porque as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se reduzidas à constante concessão de soberania à “comunidade transnacional”²¹.

Analisando a realidade prática, tem-se que empresas transnacionais vultosas do segmento esportivo como a Nike e a Adidas, embora sediadas no exterior, contam com diversas fábricas em outros países, especialmente em países asiáticos emergentes, como Indonésia, Vietnã e mesmo na China, que está longe de ser um país periférico, mas onde há pouco apreço pelos direitos fundamentais.

Nesses países encontram-se condições – entenda-se normas jurídicas – mais favoráveis à consecução da maximização dos lucros, como mão-de-obra e tributos mais baixos que nos países onde são sediadas, além da maior flexibilidade das normas ambientais.

Perceba-se que tais empresas se beneficiam tanto das legislações mais benéficas a seus propósitos econômicos (isso quando não concorrem diretamente para a sua elaboração, dado seu poderio financeiro, idôneo a dissuadir quaisquer eventuais “entraves”), quanto também de uma desregulamentação estatal – até porque inexistente lei capaz de prever todas as situações possíveis de ocorrer, reiterar-se –, cujo vácuo se preenche com os usos e costumes do mercado, ou seja, por outra fonte do Direito, daí a pluralidade normativa.

Advirta-se que dessa forma tais empresas não violam as normas jurídicas, ao menos com esteio em uma juridicidade estrita, onde não há limites e vínculos de ordem axiológica a informar o Direito. Entretanto, pode-se verificar que na inexistência de tais limitações a um normativismo, puro a chance de se gravitar para a redução ou mesmo supressão de direitos fundamentais, principalmente direitos sociais, é iminente, o que atenta contra a própria existência digna do ser humano que, diga-se, possui contornos de norma supranacional, mas para que se efetive, há a necessidade de restrições a um Direito pautado exclusivamente na legalidade ou mesmo em outras fontes desvinculadas da dignidade da pessoa humana.

21 STAFFEN, Márcio Ricardo; POLIS, Gustavo. A Análise Econômica do Direito em sua perspectiva transnacional como meio de fomento das políticas de austeridade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, jan./abr. 2020, p. 225.

Em abono a esse posicionamento vêm Saldanha, Morais e Vieira, para os quais:

Com efeito, um sistema de participação efetiva da sociedade poderia impor limites ao risco de que o discurso sobre os bens públicos mundiais em verdade, esconda interesses meramente econômicos dos Estados ou de grupos cujos espaços e estratégias de atuação em muito suplantaram as fronteiras nacionais. Nesse sentido, Morin destaca a importância da construção de uma “civilização mundial” ou de uma “sociedade civil mundial”, por meio da participação popular, o que pressuporia uma “comoção mental”, uma tomada de consciência para lutar e controlar ações concretas²².

Ou seja, do ponto de vista estritamente normativo não haveria maiores problemas, mas a responsabilidade social e mesmo ambiental restariam seriamente comprometidas, pois são assuntos que transcendem aspectos estritamente jurídicos. No Brasil a legislação trabalhista não é tão permissiva como nos referidos exemplos asiáticos. No entanto ocorreu profunda debilidade com o advento da lei federal nº 13.467/2017, popularmente conhecida como lei da reforma trabalhista, gestada supostamente para dinamizar e facilitar as relações entre empregados e empregadores, mas que em verdade constituiu retrocesso no direito fundamental social ao trabalho.

Esses retrocessos podem ser exemplificados com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, diminuindo bastante a força das entidades representativas de classe, a equiparação em muitas situações das figuras do empregado e do empregador, o que é antinatural, vez que uma característica própria dessa relação é a subordinação, dentre outras. O objetivo dessa flexibilização é atrair investimentos privados, e, claro, as empresas transnacionais se incluem nisso. E mais uma vez: na ausência de normas expressas – entenda-se lei – os usos e costumes se apresentam para suprir as lacunas.

2 O DELINEAMENTO DAS FONTES JURÍDICAS A PARTIR DAS NOÇÕES DE DIREITO, ESTADO, INSTITUIÇÃO E RELAÇÕES ENTRE DIREITO E HISTÓRIA

O propósito deste item é delimitar o que se há de entender por fontes jurídicas. Para tanto, seu recorte epistemológico se radica nas percepções plurais de Direito, Estado, Instituição, assim como nas relações entre Direito e História. São trazidas perspectivas distintas de cada uma dessas realidades, pois o prisma de análise se altera a partir do pensador que servirá de referencial. Entretanto, tais noções, ainda que de soslaio possam parecer díspares, em realidade não se excluem reciprocamente: ao revés, se complementam. E nisso reside a importância do fornecimento desses pontos de vista distintos sobre as realidades analisadas: viabilizar uma compreensão global das estruturas nas quais o fenômeno jurídico se desenvolve, para além da mera percepção unilateral destas.

22 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, José Luís Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Internacionalização do Direito e Bens Públicos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, set-dez 2013, p. 459-460.

2.1 NOÇÕES DE DIREITO

Carl Schmitt, em sua “Teologia Política”, distingue três formas de pensamento científico-jurídico, que seriam as seguintes: as concepções normativista, decisionista e institucional. Independentemente de qual fosse adotada, não seria o fenômeno jurídico explicado de forma satisfatória pois, ao passo que os partidários da doutrina normativista vislumbram o Direito enquanto regra impessoal tendente unicamente a dar operabilidade à burocracia do Estado, a doutrina decisionista buscaria a efetivação do Direito justo da situação política conhecida mediante uma decisão pessoal, e a institucionalista se desdobra em ordenações e configurações suprapessoais, potenciais condutoras de um processo estamental carente de soberania, que faria com que o Direito Público desaparecesse. Com efeito:

O Direito é sempre Direito de uma situação. O soberano cria essa situação e a garante em sua totalidade. Ele assume o monopólio da última decisão, no qual estriba precisamente a essência da soberania do Estado, que mais que monopólio da coação ou do mando, há que ser definido juridicamente como o monopólio da decisão, no sentido geral que logo teremos a oportunidade de precisar. O caso excepcional expõe da maneira mais clara a essência da autoridade do Estado. Vemos que em tal caso a decisão se separa da norma jurídica e, se é permitido o paradoxo, a autoridade demonstra que para criar Direito não se necessita haver Direito²³.

Haveria, pois, a submissão do Direito ao Estado ante situações excepcionais, de modo que seria lícito a este suspender a aplicação daquele, e isso seria necessário para a própria manutenção da ordem jurídica. Disso resulta uma independência tal da esfera estatal para a jurídica, ao contrário da doutrina de Kelsen, de que esta pressupõe aquela, não sendo verdade o inverso. Ante o exposto, tem-se que o Direito, para Schmitt, vem carregado de historicidade, mas de menor importância, pois que existente em toda sociedade, independentemente de espaço e tempo, necessitando sempre de uma decisão política que o possibilite existir, daí sua submissão ao Estado.

O que não se pode olvidar é que o poder que o soberano possuía de relativizar o Direito se referia ao Direito formal, pois que suas ações sempre estariam atreladas ao Direito material. O poder do soberano viria, pois, da Constituição material, sujeitando-o aos limites e vínculos impostos por esta.

Kelsen, por sua vez, atribui perspectiva nitidamente estatal ao Direito, chegando mesmo essas duas realidades a se identificarem. Seria o Direito – e o Estado – uma ordem jurídica peculiar, sendo seu traço distintivo o monopólio da força legítima, sendo bastante para isso que suas normas de imputação fossem postas por quem detém o poder para tanto, desvinculado de qualquer caráter de justiça e/ou legitimidade, limite ou vínculo. Haveria, em outras palavras, uma necessária imbricação entre Direito e Estado ao ponto de se poder inferir um caráter juridicizante a imiscuir-se no do Estado, assim como um Direito marcadamente estatizado. Seria o Estado uma comunidade política identificada com a ordem normativa.

23 SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 18.

Complementando a noção de Direito – e de Estado, por consequência –, Kelsen afirma ser aquele também um conjunto de órgãos “especializados para a criação e aplicação das normas jurídicas, especialmente para a execução dos atos coativos, um grupo de indivíduos se destaca notadamente da massa dos membros do Estado ou sujeitos de Direito”²⁴.

Depreende-se que o autor admite a presença da “malfadada” noção de ideologia tanto em Estado quanto em Direito. O que ele não aceita, em qualquer hipótese, é que sua teoria pura seja ideológica, pois que:

É precisamente esta resistência anti-ideológica a que faz da teoria pura uma verdadeira Ciência do Direito, dado que toda ciência possui a tendência imanente a conhecer seu objeto, ao passo que a ideologia encobre a realidade, seja transfigurando-a para defendê-la e assegurar sua conservação, seja transfigurando-a para atacá-la, destruí-la e substituí-la por outra²⁵.

Todavia, em posição diametralmente oposta ao que defende, Kelsen admite a ideologia na teoria pura, devendo ser a mesma concebida como uma “oposição dos fatos da ordem do ser, vale dizer, tudo aquilo que não seja uma realidade determinada por lei causal ou uma descrição desta realidade”²⁶.

Dessa forma, ressaltamos demasiado claro o contorcionismo doutrinário empregado por Kelsen para defender um ponto de vista que, buscando afastar-se de ideologias, somente por estas consegue se justificar. Savigny, por sua vez, no Volume VIII de seu “Sistema de Direito Romano Atual”, ressalta que o Direito seria um produto histórico, fruto do espírito do povo (“Volksgeist”) e não de uma escolha arbitrária do legislador. Exatamente por reconhecer esse caráter histórico, cultural, do fenômeno jurídico, ressaltamos a ideia de pluralidade dos direitos positivos, pois a depender do contexto em que se desenvolvessem, distintas seriam as consequências jurídicas sobre as mesmas situações. Assim, não seria correto falar em “Direito”, mas sim em “Direito(s)”. Nesse diapasão, surge a preocupação do autor de estabelecer regras aplicáveis aos casos de antinomias potenciais entre os diversos direitos positivos, quando do julgamento de determinada relação jurídica. Veja-se:

As normas do direito devem administrar as relações jurídicas, mas quais são os limites de seu domínio? Que relações jurídicas estão sujeitas a essas regras? O sentido dessa pergunta é determinado pela natureza do direito positivo, que não é o mesmo para toda a humanidade, mas varia de acordo com os povos e com os Estados e, no interior de cada povo, emana em parte das ideias gerais e, em parte, de certas forças especiais. É essa diversidade de direitos positivos que torna tão necessária e tão importante a delimitação de seu respectivo domínio, delimitação que permite decidir sobre as colisões que podem ocorrer entre vários direitos positivos, ao julgar uma relação jurídica específica²⁷.

24 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 152.

25 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 50.

26 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 159.

27 SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 29.

Todavia, adverte que não se deve preocupar apenas com o problema das colisões, pois se deve atentar igualmente para os limites locais do domínio das regras de direito (ou seja, a que regras estão sujeitas as ditas relações jurídicas que reclamam provimento jurisdicional), e para os limites temporários desse mesmo domínio.

Essa preocupação é natural da obra em apreço, pois possui como parâmetro o direito romano, que regia povos e Estados distintos e, por isso mesmo, tendo pontos de contato com ordenamentos distintos, reclamando respostas para a problemática das colisões e dos limites já ventilados, sempre levando em consideração o contexto espaciotemporal experimentado. É relevante trazer o fato que Savigny rechaçava por completo a ideia de “código”, pois entendia que este não daria conta das complexidades da vida social. O código seria uma produção artificial e ideológica.

Em suma, tem-se que o Direito, para Savigny, deve ser entendido integralmente como produto histórico, dos costumes de um povo. Entenda-se costume como as práticas reiteradas da dada sociedade ao longo do transcurso histórico, condicionadas pelo tempo e espaço, que ocorrem de maneira lenta e gradual, sedimentando-se no seio desta, e cujos preceitos são havidos por imprescindíveis para uma convivência social minimamente harmônica. Assim, desvinculava-se de qualquer caráter formal de cunho estatal. A autoridade do Direito resultaria exclusivamente da História, e jamais de um ato volitivo isolado do Estado.

2.2 NOÇÕES DE ESTADO

A ideia de Estado, em Carl Schmitt, pressupõe necessariamente uma imbricação com a noção de soberania, sendo essa exercida por aquele que possui o poder de decidir sobre o estado de exceção, sendo este entendido como a capacidade do poder político de relativizar o Direito.

Dessa forma, por Estado pode-se compreender o monopólio da última decisão, do poder de mando, apto a suspender a ordem jurídica vigente diante de casos extremos (então a relativização do Direito formal se justificava, pois que o estado de exceção refugia ao Direito), cuja tendência seria a de regular com a máxima profundidade possível esse estado de exceção.

Para Arno Dal Ri Júnior, tem-se que a questão da pluralidade significativa dos vocábulos, em razão da descontinuidade histórica já aludida, faz com que aqueles se transfigurem, sem que haja obediência a evolução linear, dadas as diversas contradições e rupturas ideológicas influenciadas por determinado contexto histórico. Veja-se.

Mais do que continuidades, a história da cultura jurídica e também da cultura punitiva é marcada por rupturas, contradições, descontinuidades, ocasionadas por pressões e omissões de todos os gêneros, muito bem contextualizadas nas sociedades em que estavam inseridas²⁸.

28 DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus Inimigos**: A Repressão Política na História do Direito Penal, p. 28.

A noção de Estado viu seu sentido cambiando ao longo da História. Ao citar Mario Sbriccoli, o autor adverte:

A palavra “Estado” (*status*) era utilizada em relação aos detentores do poder (*status rei romanae, status regni*); mas não continha em si as características conceituais do Estado (exclusivismo, soberania plena, extensos privilégios “de império” relativamente aos particulares (jurisdição especial, irresponsabilidade civil, privilégio de execução prévia) tal como nós o entendemos²⁹.

Destaque-se que tais mudanças de perspectiva atribuídas aos vocábulos não ocorrem por força do acaso, mas sim por pressões e omissões bem “arquitetadas” no seio das sociedades respectivas. É possível, entretanto, vislumbrar na obra uma perspectiva de Estado como sendo uma ficção de cunho nitidamente autoritário, sempre pronta a reprimir com veemência quaisquer condutas que ameacem o poder de dado grupo político dominante em certo contexto histórico.

Savigny, sendo classicamente um autor ficcionista, concebe o Estado como pessoa jurídica, decorrente de um artifício/ficção, para a consecução de determinadas finalidades úteis à vida em coletividade (ou seja, por razões práticas) que os seres humanos isoladamente jamais lograriam.

Foi exatamente essa utilidade de caráter prático o fator determinante para o autor dotar de capacidade e personalidade jurídica essa realidade. Todavia, não se pode olvidar que a atribuição de personalidade jurídica à ficção Estado não a identifica com as pessoas naturais que a integram.

A doutrina de Savigny se aproxima bastante da doutrina de Carl Schmitt, no sentido que o soberano, por personificar a vontade, o “espírito” do povo, e por isso bastaria a palavra do soberano para revogar uma lei (estado de exceção). Todavia, Savigny rechaça veementemente a criação arbitrária (deturpadora, inovadora) do legislador quando este rompe com o que já está consolidado historicamente/consuetudinariamente, senso este um traço diferenciador importante entre os Friederich Carl von Savigny e Carl Schmitt.

2.3 NOÇÕES DE INSTITUIÇÃO

Carl Schmitt, sendo um institucionalista, rompe com qualquer ideal de representatividade de cunho contratualista. Instituição, na obra em apreço, se confunde com as instâncias de decisão, que para o autor seriam a Igreja e o Estado, autônomos entre si, mas com grandes pontos de contato, bastando se lembrar que “Todos os conceitos centrais da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”³⁰. Exatamente por isso, não sem razão o autor afirma, com estribo em Robert Hepp, que já não mais havia um Estado inteiramente político nem uma Teologia puramente teológica. Veja-se:

29 DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus Inimigos**: A Repressão Política na História do Direito Penal, p. 26.

30 SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 37.

Quando um cristão piedoso que não entende muito de Teologia vê o dedo de Deus em acontecimentos da atualidade política e reconhece a ação da Providência, isto não é, na opinião de Peterson, Teologia Política, pois não possui relevância para a Teologia Dogmática. Na verdade, não houve nenhum povo cristão que não tenha feito neste sentido “Teologia Política”, que não haja exaltado aos paladinos de Cristo e aos protetores de sua Igreja, venerando-os inclusive como santos. Uma Igreja não é formada apenas por teólogos³¹.

Dessa forma, compreende-se que tanto Estado quanto Igreja são instituições, na medida em que congregam pessoas em torno de propósitos comuns, com base em uma hierarquia, com notáveis relações de interdependência. Instituições, pois, *lato sensu*, podem ser entendidas como as leis fundamentais de uma sociedade política. Vale dizer, são situações que adquirem sentimento de obrigatoriedade tal para uma sociedade, que devem receber a tutela do Direito para sua restauração em caso de transgressão. São determinadas situações havidas por imprescindíveis para a vida em sociedade.

Todavia, o sentido impresso por Kelsen às instituições se encontra despido de carga axiológica, não encerrando os valores havidos por essenciais para uma sociedade, e que, portanto, merecem a proteção do Direito. Antes, são apenas as impressões jurídicas sobre determinadas situações que os legitimados a produzir o Direito, que advém do Estado, possuem, tendo como apanágio o uso da força.

Analisando sistematicamente a obra em apreço de Arno Dal Ri Júnior, depreende-se que entende o autor não decorrer o Direito apenas da manifestação estatal, pois que aquele antecederia a esta abstração, que é relativamente recente (cerca de quinhentos anos); a “instituição”, esta sim, seria a primeira manifestação do Direito. Aqui, rompendo com a concepção institucionalista de Maurice Hauriou, a “instituição” seria o próprio Direito, aproximando-se sobremaneira da doutrina de Santi Romano. Ambos, Direito e “instituição”, corresponderiam a um fenômeno homogêneo.

A “instituição” não seria fonte (entendida esta como um processo em torno do qual as normas jurídicas se efetivam com legítima força obrigatória) do Direito, mas o Direito em si. Depreende-se, ainda na esteira de Santi Romano, que a “necessidade”, esta sim, seria a fonte do Direito, ao passo que a “instituição” seria a própria organização social. Quanto a esse particular, é salutar a visão de Carl Schmitt acerca das possibilidades e elementos do *ius gentium* não relacionados com o Estado:

O direito das gentes interestatal do *jus publicum europaeum* é apenas uma das muitas possibilidades do direito das gentes em termos da história do direito. Ele também contém, em sua própria realidade, fortes elementos não estatais. Interestatal, portanto, não significa de modo nenhum que cada sujeito do direito das gentes esteja isolado no seio desse tipo de ordem. Ao contrário. O caráter interestatal só é compreensível a partir de uma ordem espacial conglobante, que é portadora dos próprios Estados³².

31 SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p.101.

32 SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do *jus publicum europaeum***. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 225-226.

Percebe-se, portanto, que Schmitt concebia o processo de produção do Direito como algo plural, para além do meramente estatal, abrindo possibilidades para fontes como os costumes e a jurisprudência em um contexto de globalização.

Quanto a Savigny, o autor, sob a batuta do condicionamento histórico do fenômeno jurídico, tem que o Direito é forjado a partir dos costumes de dada sociedade, em determinado contexto histórico. Quando esses costumes e seu disciplinamento adquirem o nível de uma exigibilidade garantida, surgiria o Direito.

Dessa forma, a organização da proteção a determinados valores, como a propriedade, os vínculos obrigacionais, as questões sucessórias e a família, por exemplo, seriam modalidades de instituições/institutos jurídicos, oriundos da necessidade da coletividade, sujeitos à evolução (perspectivas distintas do mesmo instituto), devendo ser concebidos, entende-se, como as verdadeiras fontes do Direito. Disso se depreende que o autor mais se filiava à realidade, sendo de somenos importância o formalismo, o que o aproxima de Santi Romano. Nesse sentido a lição de Savigny:

Um segundo tipo de regras se refere à *existência dos direitos*, isto é, o reconhecimento de uma instituição jurídica em geral que se deve sempre supor, antes que possa falar da relação com um indivíduo, ou da transformação de uma instituição jurídica numa relação jurídica. Essa segunda espécie de regras se divide ela própria em duas classes, cuja extensão difere, mas cuja essência é a mesma e que, por conseguinte, essas regras se situam absolutamente na mesma linha quanto ao objeto da presente pesquisa. Algumas dessas regras se referem à existência ou à não existência de uma instituição jurídica. Seguem alguns exemplos: a escravidão romana, a servidão da gleba germânica, o dízimo existente em um país, instituições depois abolidas por nova lei, declaradas impossíveis e privadas assim da proteção do Direito³³.

Donde se conclui que as instituições jurídicas decorrem das manifestações sociais, ao tutelarem determinado valor, passando-o pelas naturais vicissitudes históricas, com a possibilidade de uma coexistência ordenamental, vale dizer, vários ordenamentos formais e informais cogentes dentro de uma realidade interna ou externa.

2.4 RELAÇÕES ENTRE DIREITO E HISTÓRIA

Schmitt, ao vincular as noções de Igreja e Estado, e somente com o apoio deste podendo o Direito emergir, tem que as perspectivas atribuídas ao fenômeno jurídico necessariamente se vinculam ao fator histórico, sendo aquele fruto das vicissitudes experimentadas no espaço e no tempo. Observe-se.

33 SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII**, p. 298-299.

Desta perspectiva concreta, nem uma só esfera de ação social se manteria “ílesa” através da vida histórica. Os efeitos diretos e indiretos, buscados ou supervenientes, são contínuos. Se aplicarmos este argumento ao nosso problema, devemos reconhecer que ninguém pode ser tão ingênuo para pensar que uma decisão religiosa não tenha tido implicações políticas e vice-versa³⁴.

Ainda sob a batuta da pureza do Direito, ponto arquimédico da construção doutrinária kelseniana, tem-se que o Direito Positivo consistia em um saber independente de toda a experiência, se possível fosse. Nesse sentido, é meridiana a lição de Arnaldo Vasconcelos:

Tudo ponderado, poder-se-ia ter a redução das hipóteses de pureza a duas situações ideais genéricas, a saber: o puro caracterizado como aquilo que está fora da História, ou como aquilo que não está misturado com elementos de diferentes ídoles, assim configurando a chamada substância simples. Tendo sido o purismo jurídico qualificado, pelo próprio Kelsen, como uma construção radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico, ao mesmo tempo que ciência empírica, em contraposição à metafísica, haveria de descartar-se, desde logo, a primeira hipótese de ocorrência de pureza, por logicamente inconcebível³⁵.

Haveria, portanto, para Kelsen, um alheamento das realidades jurídica – enquanto ciência – e histórica, onde o Direito, sendo empírico e realista, se situaria fora da História, o que configura flagrante antinomia, vez que todos os objetos reais (naturais e sociais), em razão de suas dimensões espaciotemporais, são dotados de historicidade, parecendo desconhecer as doutrinas de Grotius e Savigny. As relações estabelecidas entre Direito e História, para Savigny, são bastante nítidas, pois ao identificar o processo de formação do Direito como oriundo da historicidade, apanágio do social, o autor deixa entrever que o Direito desvincula-se de qualquer construção abstrata, formal, desenvolvida pelo Estado. Eis aqui, portanto, delineados os contornos e as diferentes perspectivas sobre ideias centrais para se compreender a pluralidade das fontes do Direito.

3 A INCLINAÇÃO PELA PERSPECTIVA PLURALÍSTICA DAS FONTES DO DIREITO, CORROBORADA PELO DIREITO TRANSNACIONAL

Após o cotejo de diferentes pensadores com distintas percepções sobre aspectos essenciais ao Direito e suas fontes, não resta outra alternativa ao pesquisador quando da análise do tema em questão a não ser se inclinar pelo pluralismo das fontes jurídicas, ao conceber o Direito como constituído de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos coexistentes, com esteio no fenômeno transnacional, vez que este se manifesta através de fontes as mais plurais, e não apenas a lei.

34 SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII**, p. 165.

35 VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, P. 114.

Em uma perspectiva histórica, vislumbra-se a materialização de uma doutrina que deve servir como objeto de imperativa análise para os cientistas jurídicos, notadamente aos que se dedicam à teoria geral do direito, em razão das balizas fixadas em pontos centrais do direito enquanto ciência, a saber, a concepção plural do direito, ao se manifestar pelos mais diversos ordenamentos coexistentes, tanto no plano interno quanto no plano internacional; a meridiana lição acerca de como se deve entender uma “instituição”; a distinção entre norma jurídica e regra jurídica, na qual essa constitui apenas uma espécie daquela, que é gênero, disso resultando uma visão distinta da monista, que concebia a Ciência do Direito apenas sob a perspectiva de ato volitivo do Estado.

A inclinação verifica-se notadamente em razão, reitere-se, das variadas fontes do Direito Transnacional. Apenas a título exemplificativo, toma-se por base o Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁶, que em seu art. 38 preceitua:

Artigo 38.

1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a. As convenções (TRATADOS) internacionais, quer gerais (PROTOCOLO DE KIOTO), quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;(TRATADOS)
 - b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como direito;(COSTUMES, CONSUETUDINÁRIO)
 - c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas (QUEM É CIVILIZADA);
 - d. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

- regras de direito: tratados, costumes e princípios gerais de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et Bono se as partes assim convierem.

Perceba-se que, a despeito de muitas dessas normas não carregarem em si o elemento sanção institucionalizada oriunda de entidade central irradiadora de Direito (o Estado) – o que por si só também não seria suficiente para garantir sua efetividade –, estas gravitam necessariamente para a órbita da cogência, em razão de elementos sancionatórios outros, específicos em cada modalidade normativa, de caracteres plurais, típicas de um Direito além fronteiras, como o Transnacional, materializando a coexistência ordenamental.

Dessa forma, percebe-se com bastante nitidez que não apenas o Direito interno – o brasileiro

36 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em 09 dez. 2019.)

– “confessa” a incompletude da lei, *v.g.*, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁷. O fenômeno transcende as fronteiras nacionais, consagrando o costume internacional e os princípios gerais de direito, bem como a utilização da equidade, idônea a abrandar os rigores legalistas, potencialmente desapegados da exigência de justiça, pelo social. Com isso, retoma-se a hipótese inicial de trabalho, a saber, o acerto da noção plúrima dos processos que fazem o Direito se impor com legítima força obrigatória, estribado no Direito Transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim, em tom sintetizador, tem-se que ao longo do presente estudo buscou-se analisar como a ordem jurídica transnacional contribuiu para uma concepção pluralística de fontes do Direito; vale dizer, em que medida ajudou a romper com a ideia de exclusividade de produção normativa por parte do Estado. Para tanto, foram analisados aspectos reputados pelo pesquisador como centrais à verificação do objetivo geral supracitado, quais sejam, o pluralismo jurídico a partir da noção do Direito Transnacional, e o conseqüente temperamento do monismo jurídico. Dessa forma, tais delineamentos proporcionaram a pavimentação do caminho para os resultados que a partir de agora se expõem.

A primeira conclusão a que se chegou foi a de que as fontes do Direito se referem aos processos pelos quais determinada conduta se impõe com cogência, imperatividade, independentemente de emanar ou não de um poder central constituído – o Estado – até em função de esta realidade de organização social ser algo relativamente recente no transcurso histórico.

Já a segunda consequência possibilitada pela pesquisa foi a de que a porosidade fronteira estatal, trazida à luz sobremaneira pelo Direito Transnacional, denunciou a insuficiência de um arcabouço jurídico que resultasse unicamente de um centro irradiador de poder, dada a falibilidade deste para solver os intrincados problemas que do social derivam.

Em outros termos, as normas jurídicas decorrem também do Estado, e não apenas dele, pois os costumes, os tratados, os princípios gerais de Direito, assim como a jurisprudência, no âmbito da cooperação jurisdicional internacional, desempenham função destacada na produção de efeitos jurídicos das relações que transcendem os limites – naturais ou fictícios – do Estado, o que ressalta o caráter social do Direito, sendo mesmo um produto histórico.

Entretanto, não se pode conceber a ordem jurídica transnacional, com todos os atores nela envolvidos, como algo necessariamente dotado de “boas intenções”, no sentido de democratizar o processo de produção do Direito. Isso porque as noveis fontes, ao menos em alguma medida,

37 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. “Art. 4º-Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 09 dez. 2019.

podem ter como móbil a implantação de uma ideologia de mercado a guiar as relações jurídicas, relegando os direitos fundamentais a um plano periférico.

Vale dizer: se por um lado o Direito Transnacional ajudou a desvelar o caráter plural das fontes jurídicas, por outro não se pode descuidar do fato que destas, ao menos em potencial, podem decorrer efeitos nefastos, em especial em países periféricos, nos quais os interesses mercadológicos suplantariam a própria dignidade da pessoa humana; e com uma constatação que se reveste de contornos ainda mais perversos: a relativização desse que é um fundamento da República Federativa do Brasil estaria legitimada pela juridicidade.

Embora não haja um destinatário específico, estritamente falando, este trabalho é mais afeto às pessoas que se interessam pelo Direito Internacional e pela Teoria do Direito e seu alcance, embora necessite continuar a ser desenvolvido, assim como todo e qualquer escrito acadêmico, que em realidade nunca se quedará pronto, dada a necessidade de contínua evolução, é diretamente ligado à percepção plural do Direito, especificamente em seu processo de criação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Decreto nº 19.481, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, DF, 22 out. 1945.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Alterado pela lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010). Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, DF, 04 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. **European University Institute Working Papers**, Fiesole, Itália, 2010, p. 1-40.

CRUZ, Paulo Márcio (Org.); STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus Inimigos: A Repressão Política na História do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

_____. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

JESSUP, Philip C. **El Principio de Supranacionalidad**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

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

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, José Luís Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Internacionalização do Direito e Bens Públicos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, set-dez 2013, p. 454-473.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual. Vol. VIII**. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 225-226.

STAFFEN, Márcio Ricardo; POLIS, Gustavo. A Análise Econômica do Direito em sua perspectiva transnacional como meio de fomento das políticas de austeridade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, jan./abr. 2020, p. 222-237.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Recebido em: 13/12/2019

Aprovado em: 25/03/2021

