

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia
Private international law and transnational law: between unification and anarchy

André De Carvalho Ramos

Sumário

CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	3
Gustavo Ferreira Ribeiro, Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi	
EDITORIAL	22
Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
IMPROVING THE EFFECTIVENESS OF LEGAL ARRANGEMENTS TO PROTECT BIODIVERSITY: AUSTRALIA AND BRAZIL	25
Paul Martin, Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DOS ELEMENTOS DA BIODIVERSIDADE COM BASE NO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
Augusto César Leite de Resende	
O REGIME INTERNACIONAL DO CLIMA E A PROTEÇÃO AOS “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”: QUAIS DESAFIOS DA COP 21?	53
Ana Carolina Barbosa Pereira Matos e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne	
A ANÁLISE DO MECANISMO REDD+ COM VISTAS À MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E À PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA FLORESTAL	76
Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira	
ECOLABELS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SUA CONSISTÊNCIA COM A DISCIPLINA DOS PPM’S E PROVISÕES DOS ACORDOS GATT E TBT	94
Cristiane Derani e Arthur Rodrigues Dalmarco	
ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS: DESAFIOS Y PERSPECTIVAS EN URUGUAY A PARTIR DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA	115
Alina Celi	

LE RÉGIME INTERNATIONAL DE L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES AU PRISME DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU PROTOCOLE DE NAGOYA	131
Rodolpho Zahluth Bastos, Otávio Canto, Karine Galy e Isabelle Vestris	
KILLING THE GREEN GOOSE: LEGAL LIMITS TO DEVELOP AND SELL BIODIVERSITY GOODS	146
José Augusto Fontoura Costa e Liziane Paixão Silva Oliveira	
VÍNCULO SUBSTANCIAL E AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA: CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DOS NAVIOS COM REGISTROS ABERTOS	160
Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva e André de Paiva Toledo	
ANÁLISE DE CONTRATOS PÚBLICOS SOCIOAMBIENTAIS NO CENÁRIO PORTUGUÊS DE CRISE ECONÔMICA	179
Alice Rocha da Silva e Matheus Passos Silva	
A ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RAZÕES POR TRÁS DA SUA CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO	219
Paulo Henrique Faria Nunes	
O USO DE EXPERTS EM CONTROVÉRSIAS AMBIENTAIS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	245
Lucas Carlos Lima	
OS VIESES DA BIODIVERSIDADE APRESENTADOS PELO CASO DO PARQUE EÓLICO DE BALD HILLS	261
Natália Zampieri e Mariana Cabral	
MINING CBD	275
Claire Lajaunie e Pierre Mazzega	
BIOTECNOLOGIA MODERNA, DIREITO E O PENSAMENTO ABISSAL.....	292
Reichardt, F.V., Garavello, M. E. P. E., Molina, S.M.G. e Ballester, M. V. R.	
COMMUNITY CORE VALUES COMO PARÂMETRO DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE PROJETO ATIVIDADE DE ALTA COMPLEXIDADE AMBIENTAL.....	314
Michelle Lucas Cardoso Balbino	

DISCUSSÕES BIOTECNOLÓGICAS QUANTO AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO ÂMBITO DA OMC: DO CONTENCIOSO AO ACORDO DE VONTADES ENTRE ARGENTINA E UNIÃO EUROPEIA	345
Gustavo Paschoal Oliveira	
O TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT E SEUS POTENCIAIS IMPACTOS PARA A REGULAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ÂMBITO TRANSNACIONAL.....	375
Mariana Yante Barrêto Pereira	
AS ÁREAS PROTEGIDAS TRANSFRONTEIRIÇAS: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DE UM USO GEOPOLÍTICO DO DIREITO DA BIODIVERSIDADE.....	391
Rabah Belaidi	
O QUE O CASO ESTADOS UNIDOS vs. TEXAS NOS DIRÁ SOBRE O DIREITO DE IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS?	409
Danielle Anne Pamplona	
CLÓVIS BEVILÁQUA E A JUSTIÇA INTERNACIONAL: ENTRE O SIM E O NÃO A RUI BARBOSA.....	422
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo	
POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ANÁLISE DO ARTIGO 84, VIII C/C PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	444
Luciano Monti Favaro e Héctor Valverde Santana	
DIGNITY, UBUNTU, HUMANITY AND AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS (AWS) DEBATE: AN AFRICAN PERSPECTIVE	460
Thompson Chengeta	
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO TRANSNACIONAL: ENTRE A UNIFICAÇÃO E A ANARQUIA.....	503
André De Carvalho Ramos	
A ILUSÓRIA AUSÊNCIA DO TERMO DÉPEÇAGE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS	522
Gustavo Ferreira Ribeiro	

O EFEITO DIRETO DAS DIRETIVAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	535
Lucas Fonseca e Melo e José Levi Mello do Amaral Júnior	
DA APLICABILIDADE DO BULK FACTORING AOS GRUPOS DE SOCIEDADES	565
Daniel Amin Ferraz e Leonardo Arêba Pinto	
A QUESTÃO HERMENÊUTICA NO DIREITO DAS GENTES	580
Inocência Mártires Coelho	

Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia

Private international law and transnational law: between unification and anarchy

André De Carvalho Ramos**

RESUMO

O presente artigo objetiva delinear as relações do Direito Transnacional com o Direito Internacional Privado contemporâneo, detectando dois modos de interação entre as respectivas normas, denominados neste artigo como abordagem de unificação e abordagem anárquica, que geram relações de cooperação e conflito. Para tanto, serão estudados dois feixes de normas transnacionais, a nova *lex mercatoria* e a *lex digitalis*, como exemplos de cada uma de tais abordagens, mostrando os limites e restrições estabelecidos pelo Direito Internacional Privado e seus valores contemporâneos. Conclui-se pugnando que a autonomia da vontade, elemento informador do Direito Transnacional, deve ser interpretada em conjunto com os demais direitos dos envolvidos nos fatos transfronteiriços, impondo condicionantes e respeito aos valores que o Direito Internacional Privado da atualidade alberga.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Direito Transnacional. Lex Mercatoria. Lex Digitalis. Autonomia da Vontade. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article outlines the relationship of Transnational Law and the contemporary Private International Law, recognizing two ways of this interaction that can generate cooperation or conflict, namely, the unifying approach and the anarchical approach. In this sense, in order to show the limits and restrictions that current state of Private International Law imposes to Transnational law, the emergence of two thematic transnational norms (*lex mercatoria* and *lex digitalis*) are examined. To conclude, the article focus on the interpretation of the freedom of choice, important element of Transnational Law, bearing in mind that it should be analyzed in light of the other rights involved in transnational facts and the values of contemporary Private International Law.

Keywords: Private International Law. Transnational Law. *Lex Mercatoria*. *Lex Digitalis*. Freedom of choice. Human Rights.

* Recebido em 28/07/2016
Aprovado em 27/08/2016

** Professor de Direito Internacional Privado e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da USP. E-mail: carvalhoramos@usp.br.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado (DIPr) visa à gestão da diversidade normativa e jurisdicional regulatória dos fatos transnacionais, que são aqueles eventos sociais com vínculos (os elementos de estraneidade) com dois ou mais ordenamentos jurídicos.

Por sua vez, o termo “Direito Transnacional” é utilizado especialmente para designar a origem não estáocêntrica de determinado conjunto de normas ou decisões. Assim, o “direito transnacional” não seria nem nacional, nem internacional, mas fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados, sendo caracterizado (i) por ser composto por normas de origem não estatal, (ii) voltadas a eventos transfronteiriços, e (iii) por contar com a anuência dos Estados, quer por meio do reconhecimento da autonomia da vontade ou mesmo da execução de laudos arbitrais.¹

Os órgãos de produção dessas normas transnacionais podem ser privados, como a Câmara de Comércio Internacional, ou internacionais, como a UNIDROIT (Unificação do Direito Privado, que é uma organização internacional). 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 transfronteiriços².

A proliferação do Direito Transnacional consagra, assim, a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico global, com normas oriundas dos Estados e, também, de agentes privados.³

As relações entre o Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional são próximas e intensas, pois, grosso modo, ambos regulam fatos sociais que escapam às fronteiras dos Estados. Por isso, o presente artigo

objetiva traçar as formas de influência do Direito Transnacional no Direito Internacional Privado contemporâneo e, simultaneamente, expor os limites e controles implementados pelo próprio DIPr diante do Direito Transnacional.

Demonstraremos a existência de dois modelos de relação entre o Direito Transnacional e o DIPr: (i) o “modelo da unificação”, pelo qual o Direito Transnacional pugna pelo tratamento homogêneo e hegemônico do fato transfronteiriço, buscando a unidade de tratamento; e (ii) o “modelo da anarquia”, pelo qual o Direito Transnacional estimula a fragmentação da regulação e o choque de decisões, buscando, justamente, a ausência de unidade de tratamento.

Apesar das distinções óbvias entre cada modelo, o seu substrato comum será analisado, *i.e.*, a afirmação de determinado grau de autonomia das normas transnacionais, que as imunizaria dos controles estatais em uma era de globalização. Por isso, veremos que a adoção de um dos dois modelos não elimina atritos e discussões sobre limites às normas transnacionais, gerando, também, debate sobre a autonomia ou subordinação do Direito Transnacional ao DIPr.

Como forma de demonstrar a prática desses dois modelos de relação entre o DIPr e o Direito Transnacional, abordaremos duas categorias de normas transnacionais que geram debate interpretativo nos tribunais brasileiros, a saber: (i) a nova *lex mercatoria* e os limites da autonomia da vontade; e, em seguida, (ii) a *lex digitalis*, com foco nos limites da jurisdição e da produção probatória em casos envolvendo a internet.

2. OS OBJETIVOS E VALORES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ACESSO À JUSTIÇA, IGUALDADE E TOLERÂNCIA

O objetivo do Direito Internacional Privado (DIPr) 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.⁴ Esse objetivo nunca foi de-

1 CALLIESS, Graf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 469-484, p. 476. CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

2 COTTERREL, Roger. What is transnational law. *Law & Social Inquiry*, v. 37, Issue 2, p. 500-524, p. 501.

3 FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004. Ver também VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009.

4 Para Strenger, o Direito Internacional Privado é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou in-

envolvido de modo neutro, sendo, sempre, orientado por valores dominantes pelos Estados que produziram normas (internas ou internacionais) sobre a disciplina.

Inicialmente, com a consolidação do DIPr no século XIX, os valores dominantes eram a previsibilidade e a segurança jurídica, típicos de uma fase na qual o capitalismo liberal consagrou a igualdade meramente formal entre os indivíduos. Assim, a escolha da lei e da jurisdição pouco consideravam o resultado atingido, salvo se houvesse violação de ordem pública ou outro fator impeditivo da aplicação da lei ou decisão estrangeiras⁵.

No século XX, o DIPr assumiu, também, outros valores, como: (i) o respeito à igualdade; (ii) o acesso à justiça; e (iii) a tolerância à diversidade. Esses valores foram introjetados no DIPr, também, pela ascensão da proteção internacional dos direitos humanos. De fato, seria incompatível com as normas imperativas de proteção de direitos humanos, a existência de um Direito Internacional Privado mecânico, que escolhesse uma lei ou aplicasse uma decisão judicial estrangeiras, sem qualquer análise do seu impacto sobre os direitos essenciais dos indivíduos.

O valor da igualdade impõe uma dimensão social do DIPr, exigindo a análise do impacto real da escolha da lei e da jurisdição especialmente sobre os vulneráveis, o que impede que o DIPr seja um vetor para tratamentos assimétricos e para o desrespeito à justiça material nos casos concretos.⁶

Por seu turno, o valor de acesso à justiça é indispensável para que o DIPr leve em consideração a importância da escolha da jurisdição e da cooperação jurídica internacional, dois segmentos tradicionais da disciplina. Por exemplo, o uso excessivo da cláusula de ordem pública, que impeça a cooperação jurídica internacional, pode representar denegação de justiça àquele que necessita da cooperação para a proteção de seus direitos.

O valor de tolerância à diversidade representa, tam-

bém, a essência do DIPr, uma vez que a possibilidade de uso de direito estrangeiro e implementação de decisões judiciais de outro Estado caracterizam a disciplina. Caso simplesmente o direito local repelisse o direito estrangeiro (xenofobia jurídica), não existiria o DIPr. O desafio do DIPr, então, é zelar pelo respeito à diversidade, aceitando aplicar, de modo direto ou indireto, o Direito estrangeiro, fundado no respeito aos direitos de todos os envolvidos.

Nesse contexto, entre os direitos dos envolvidos nos fatos tranfronteiriços, há o respeito à liberdade e à autonomia, que são os vetores fundadores do Direito Transnacional: afinal, com base na liberdade de agir, os entes privados estabeleceram regras de condutas e sistemas de solução de controvérsias para as condutas transnacionais.

Contudo, conforme visto, a liberdade e autonomia da vontade não estão sozinhas no cenário da proteção dos direitos e da dignidade humana, o que demanda o estudo das prevalências e compressões entre a liberdade de agir e os demais direitos protegidos de terceiros.

Por isso, estudaremos abaixo duas temáticas típicas de uso de fontes transnacionais calcadas na autonomia da vontade (a nova *lex mercatoria* e a *lex digitalis*), mostrando os limites de sua utilização na era do DIPr impregnado por valores e pelo vínculo à gramática dos direitos humanos.⁷

3. O DIREITO TRANSNACIONAL E OS DOIS MODOS DE INTERAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O termo “Direito Transnacional” admite diferentes concepções. Inicialmente, para Philip Jessup, ainda nos anos 50 do século passado, esse termo englobaria

terlocais. STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.77.

5 RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 1, p. 423-446, 2015.

6 Sobre a dimensão social do DIPr ver, BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 239, p. 9-116, 1993; BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 341, p. 9-526, 2009.

7 Sobre os direitos humanos e o vínculo do DIPr à proteção da pessoa humana, ver JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03-20. Ver também MARQUES, Cláudia Lima. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market.” In: ARROYO, Diego P. Fernández; Marques, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011, p. 363-389.

o conjunto de normas (nacionais, internacionais e de outras fontes, especialmente de atores privados) que regula ações ou acontecimentos que transcendessem as fronteiras nacionais.⁸

Contudo, especialmente após a adoção de políticas públicas de desenvolvimento econômico intervencionistas e estatizantes em vários Estados na busca de alternativas à subordinação econômica, o termo passou a designar a produção de normas e, ainda, a criação de sistemas de solução de controvérsias de matriz *não estatal*, em geral de feição privada. Essa “natureza privada” do Direito Transnacional tinha como objetivo óbvio a busca de autonomia dos agentes econômicos privados diante de políticas (e regras) nacionais que lhes fossem desfavoráveis.

A dificuldade de obtenção dessa autonomia é notória, uma vez que o Direito Transnacional, no limite (por exemplo, na existência de controvérsia entre os agentes privados), deve ser respeitado e implementado pelo Direito estatal.⁹ Por isso, deve-se superar o debate entre a separação e a dependência, uma vez que os próprios gestores privados da produção do Direito Transnacional não desejam a sua segregação plena em relação ao Direito estatal, mas sim um espaço de maior respeito à autonomia dos agentes privados. Nessa segunda visão, o Direito Transnacional necessita da anuência do Estado (por leis nacionais ou tratados) para ter força vinculante e ainda deve respeito às restrições e limites eventualmente impostos, como veremos neste artigo.¹⁰

Assim, com o abandono da ideia de uma autonomia radical, o termo “Direito Transnacional” passou a englobar, também, os esforços de produção de normas não vinculantes no próprio plano internacional, fruto da ação de organizações internacionais, tais como “leis modelo”, “guias de conduta” e “princípios ou regras gerais”, que inspirariam os agentes privados e os próprios Estados.

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

9 Como símbolo da crítica à autonomia dessas normas produzidas pelos agentes privados, ver SYMEONIDES, S. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the *lex mercatoria* that isn't. FESTSCHRIFT, Für K. Kerameus. Athens/Brussels: Sakkoulas-Bruylant Press, 2009. p. 1397-1423.

10 Expressando a visão moderada, pela qual o Direito Transnacional não deseja autonomia plena, ver CUNIBERTI, Giles. The merchant who would not be king: unreasoned fears about private lawmaking. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. (Ed.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 141-155.

O novo Direito Transnacional não deseja, então, a ruptura com o Direito Estatal, mas somente a sua persuasão para a 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.

Nessa linha, é possível identificar dois modos de interação ou abordagens pelas quais o Direito Transnacional busca reger os fatos transfronteiriços e, com isso, interagir com o Direito Internacional Privado.

A primeira abordagem é a “abordagem da unificação”, pela qual o Direito Transnacional assume a tarefa de uniformizar o tratamento das condutas transfronteiriças, gerando segurança jurídica aos envolvidos. O grande exemplo dessa abordagem é a chamada *nova 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.

A abordagem de unificação é bem recepcionada pelo Direito Internacional Privado, pois cumpre uma de suas missões, qual seja a de assegurar a liberdade e a segurança jurídica aos envolvidos nos fatos transfronteiriços. Desse modo, percebe-se uma relação de cooperação entre o DIPr e o Direito Transnacional, que se reflete, inclusive, na atividade de organizações internacionais voltadas à produção de normas internacionais de Direito Internacional Privado, que adotam tratados internacionais valorizando a autonomia da vontade e a arbitragem comercial internacional.

A cooperação entre as disciplinas gerou avanços para o DIPr. O Direito Transnacional acelerou a *subsancionalização* do Direito Internacional Privado, fenômeno que consiste na existência de regras materiais que regem diretamente os fatos transnacionais, em contraposição aos métodos indiretos tradicionais, de mera remissão à lei de regência. Além disso, o Direito Transnacional estimulou a *processualização* do DIPr, sendo parte importante de sua contribuição a existência de meios não estatais de solução de controvérsia, como a arbitragem, que exigem, após, o *enforcement*.

Ainda, a abordagem de unificação incrementou o processo de uso ampliado da *autonomia da vontade* como fator de regulação e decisão de conflitos, levando-a a temas não contratuais ou comerciais.¹¹ Nadia de Araujo,

11 Sobre a ampliação do uso da autonomia da vontade, ver PI-

por exemplo, aponta a importância do uso da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado das Famílias por meio dos acordos privados, salientando a interpretação que reconheça a autonomia dos pais para firmar tais entendimentos no âmbito do Direito de Família transnacional.¹²

Contudo, essa relação de cooperação não elimina atritos e imposição de limites: o Direito Internacional Privado alberga outros valores, que vão além da liberdade de agir e que devem ser ponderados no regramento dos fatos transfronteiriços, tais como a igualdade material, o acesso à justiça e o devido processo legal.

Por outro lado, a segunda abordagem (ou modo de interação) possível da relação entre Direito Transnacional e Direito Internacional Privado é a anarquia¹³. Nessa abordagem, o Direito Transnacional, inicialmente, pugna pela aplicação dos instrumentos tradicionais do Direito Internacional Privado, como o uso das regras de conexão para a escolha da lei, ou ainda das regras de fixação da jurisdição e cooperação jurídica internacional. Porém, esse uso não é feito com o intuito de preservar dos valores do DIPr, mas, ao contrário, visa contornar sua incidência, gerando um neoterritorialismo no trato de fatos transnacionais, com o uso das fronteiras políticas dos Estados para impulsionar a autonomia dos agentes econômicos privados e rechaçar qualquer forma de regulação.

O exemplo mais evidente do Direito Transnacional anárquico é retratado no campo da ordenação jurídica da internet, cujo ambiente virtual é cenário óbvio de fatos transfronteiriços. Em vez de unificação, os agentes econômicos privados mais ativos nesse espaço buscam apoiar-se em criações voluntárias de elementos de conexão ou fixação de jurisdição justamente para escapar à regulação nacional.

Na abordagem anárquica, os agentes econômicos privados almejam autonomia *sem* que sejam criadas regras próprias de regulação, utilizando-se, ao seu favor, dos institutos tradicionais do DIPr. Como o ambiente virtual é flexível ao extremo, basta a manipulação dos elementos de conexão ou de fixação de jurisdição (por exemplo, decidindo armazenar os dados coletados em um Estado em outro, de acordo com a proteção dos interesses das corporações empresariais da internet) para que suas atividades escapem à qualquer política de imposição de valores do DIPr.

A abordagem anárquica gera, portanto, uma relação de conflito do Direito Transnacional com o Direito Internacional Privado, que reage à manipulação de seus institutos, impondo limites e restrições a partir dos valores aqui já expostos, especialmente o do acesso à justiça. Nessa linha, o Direito Transnacional anárquico, ao estimular uma interpretação mecânica e falsamente neutra da escolha da lei, da determinação de jurisdição e da cooperação jurídica internacional acaba por reforçar, como reação, a consagração da gramática dos direitos como instrumento de interpretação dos institutos do Direito Internacional Privado.

Essas relações de cooperação e conflito entre o Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional demonstram a complexidade do regramento dos fatos transfronteiriços, que conta com regras domésticas, internacionais estrito senso e, ainda, transnacionais, o que exige do intérprete a busca do “diálogo das fontes”, de modo a compreender as hipóteses de harmonia e dissenso.

Para Marques, o “diálogo das fontes” (expressão cunhada por Erik Jayme¹⁴) consiste na aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes normativas plúrimas, que possuem campos convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.¹⁵ Por isso, o diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) faz nascer o novo direito.¹⁶ Na construção, então, do novo

CONE, Paolo. Les Méthodes de Coordination entre Ordres juridiques en Droit international privé - Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 276, p. 9-288, 1999. p. 183.

12 ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela. T. O Reconhecimento e Execução de Acordos Privados em Disputas Familiares Internacionais em Debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 108-121, 2014.

13 Usando o termo de Pollicino e Bassini, que o utilizam para debater a regulação na internet. POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 jul. 2016.

14 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 251, p. 9-267, 1995. p. 259.

15 MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 19-20.

16 MARQUES, Cláudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik*

Direito Internacional Privado da era contemporânea, as duas abordagens do Direito Transnacional (unificação e anarquia) devem ser levadas em consideração para que os fatos transnacionais possam ser regulados à luz dos direitos de todos os envolvidos, mesmo que isso acabe acarretando na imposição de limites e restrições.

Veremos, abaixo, dois exemplos dessas abordagens de unificação e de anarquia (a nova *lex mercatoria* e a *lex digitalis*), com os respectivos limites e restrições impostos pelo Direito Internacional Privado contemporâneo.

4. A NOVA LEX MERCATORIA E A AUTONOMIA DA VONTADE

4.1. A ascensão da nova *lex mercatoria*

A nova *lex mercatoria* consiste no conjunto de regras e instâncias de solução de controvérsias produzidas e geridas, em geral, por entes privados. Originalmente, a *lex mercatoria* consistia em normas e estruturas de regulação de contratos e temas de circulação de mercadorias, criadas por comerciantes marítimos e terrestres na Baixa Idade Média e parte da Idade Moderna europeia.¹⁷ Em um momento de busca de segurança jurídica e ausência de um poder estatal centralizado, a *lex mercatoria* medieval era formada pelos estatutos das corporações, costumes mercantis e decisões das jurisdições mercantis.¹⁸

Já na segunda metade do século XX, a doutrina adota o conceito de nova *lex mercatoria* para simbolizar a importância da prática dos negócios internacionais e da jurisprudência arbitral comercial para reger os negócios internacionais, justamente em um momento de crescente antagonismo entre Estados intervencionistas e capital estrangeiro (com nacionalizações de bens e busca de exploração estatal dos recursos naturais desses países).

Em 1964, Goldman publicou artigo denominado “Fronteira do direito e Lex Mercatoria”, no qual apontou a existência de normas produzidas por entes privados com vocação global apta a regular contratos internacionais, bem como a função de solução de conflitos entre agentes econômicos dos tribunais arbitrais privados, reforçando a força vinculante das normas previstas nesses contratos internacionais, desvinculadas de qualquer Direito estatal.¹⁹ Buscavam os agentes privados um ambiente negocial imune aos controles estatais, com regras e órgãos próprios de solução de controvérsias.

A nova *lex mercatoria* retoma o desejo de afastar o Estado (e suas políticas públicas de intervenção) das relações privadas, privilegiando os atores econômicos que podem influenciar tanto a edição das regras quanto das decisões arbitrais.²⁰

Esse direito uniforme desvinculado do Estado incide, especialmente, nos fatos com elementos de transnacionalidade, o que traz a nova *lex mercatoria* para a órbita do objeto do DIPr (gestão normativa e jurisdicional do fato transnacional). O método da nova *lex mercatoria* é próprio e consiste na prevalência das normas adotadas ou indicadas pelas partes nos contratos internacionais e na autoridade dos precedentes adotados por tribunais arbitrais internacionais. Com isso, os agentes econômicos privados evitam a incidência de lei nacional ou ainda da jurisdição estatal, que podem desfavorecê-los.

O cenário de globalização do final do século XX também favoreceu o protagonismo dos mercados, que buscaram regulamentação uniforme dos fluxos comerciais internacionais, com foco nos contratos de vendas internacionais, operações de crédito e transporte internacional.²¹ Após a onda neoliberal do final do século XX e início do século XXI, a nova *lex mercatoria* ganhou impulso, também, por fornecer segurança jurídica na regência de fatos transnacionais complexos, que, por envolverem diversos potenciais ordenamentos jurídicos, poderiam levar a intrincados (e demorados) debates de DIPr para que fosse definida a lei aplicável e

Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

17 COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 6, p. 4783-4810, 2013. p. 4786.

18 STRENGER, Irineu. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, n. 2, p. 207-355, 1991. Ver também HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

19 GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. 1964. p. 171.

20 ARNAUD, André-Jean; ALMEIDA, José Gabriel Assis de; CAROCCIA, Francesca. “Lex Mercatoria” In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290.

21 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 109.

acertada a jurisdição para a solução do litígio.

As fontes produtoras da nova *lex mercatoria* são plúreas, a saber: (i) a padronização de contratos internacionais e condições gerais de contratação, realizada por órgãos privados, como a Câmara Internacional de Comércio, situada em Paris (CCI); (ii) as regras e códigos de orientação (*guidelines*) editadas por associações profissionais; (iii) os princípios do comércio internacional, editados, por exemplo, pela UNIDROIT - Unificação do Direito Privado; e ainda, (iv) os precedentes arbitrais, que podem servir de orientação para a interpretação futura dessas regras e usos comerciais internacionais.²²

No Brasil, a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/97, alterada pela Lei n. 13.129/2015) prevê, expressamente, que poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.²³ Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos (i) princípios gerais de direito, (ii) nos usos e costumes e (iii) nas regras internacionais de comércio (art. 2º, §§ 1º e 2º). Assim, a nova *lex mercatoria* pode ser utilizada, desde que não viole a ordem pública.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (1994, ainda não ratificada pelo Brasil) dispõe, em seu artigo 10, que as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, podem incidir regeer os contratos internacionais com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

Em 2013, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que é conhecida como CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods), elaborada em 1980 no seio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law) e em vigor desde 1988. A autono-

mia da vontade foi expressamente prevista no artigo 6º da CISG, o qual prevê que as partes em um contrato podem excluir a aplicação da Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos. Quanto à interpretação, o art. 7º exige que se leve em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. As questões referentes às matérias reguladas pela CISG que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Vê-se que a nova *lex mercatoria* consagra a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, valorizando o poder que as partes de um negócio jurídico têm de regular o conteúdo das relações nele inseridas. Para Luigi Ferri, essa autonomia privada consiste no poder, atribuído pelo ordenamento, de criação de normas jurídicas pelos próprios particulares²⁴. Assim, a autonomia da vontade é a autorregulamentação dos interesses particulares, mas só é legítima se realizada de acordo com os requisitos e condições exigidas pelo Direito. Assim, o poder privado não é absoluto, sendo limitado pelas normas jurídicas postas²⁵.

No caso dos fatos transnacionais, a autonomia da vontade deriva das normas do DIPr, sendo, então, um poder derivado (e assim, limitado) das normas nacionais ou internacionais da disciplina. Os limites da autonomia da vontade no campo das obrigações no DIPr envolvem o debate sobre a liberdade e igualdade formais das partes em contraponto à intervenção do Estado para combater as assimetrias reais de poder entre os agentes privados.

Além da permissão, pelo Estado - mediante lei ou tratado - do uso da autonomia da vontade, há, ainda, um segundo obstáculo, qual seja, o uso da gramática de direitos, que pode servir para comprimir a liberdade em favor de outros direitos, como o devido processo legal, igualdade etc.

A adoção ou não da *lex voluntatis* em determinado caso implica a tomada de posição — pelo DIPr, à luz dos valores nele defendidos - sobre esses dois pontos em debate.

22 MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Fontes do direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 63-64.

23 Sobre a Lei de Arbitragem brasileira, conferir CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: Ltr, 1997.

24 FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 259.

25 BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

4.2. Os limites: a autonomia da vontade e os demais direitos envolvidos em um fato transnacional

Um dos limites ao uso da *lex mercatoria* e sua robusta autonomia da vontade em contratos internacionais tem fundamento legal no Brasil. O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe que “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Para parte expressiva da doutrina brasileira, tal dispositivo é norma imperativa, uma vez que a determinação da lei aplicável é matéria que contém opção de Estado impossível de ser derogada pela vontade dos particulares. Seria, então, norma de ordem pública interna, que não pode ser afastada pela vontade das partes.²⁶

Dolinger, em estudo sobre essa posição doutrinária brasileira, critica-a, adotando a visão de Valladão, para quem a reforma de 1942 da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil — LICC (eliminando-se a expressão “*salvo estipulação em contrário*”) não impediria o respeito à autonomia da vontade na escolha da lei para reger um contrato. Para Dolinger, “o artigo 9º da LICC [hoje LINDB] não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*”.²⁷ Digno de nota é o repúdio de Dolinger à eventual utilização do conceito de ordem pública como óbice à escolha da lei pelas partes, uma vez que cercear a autonomia da vontade das partes com fundamento na ordem pública seria antecipar um problema, que só existirá - eventualmente - no momento da execução do contrato, onde a ordem pública de um país pode impedir que uma lei de outro país (escolhida livremente pelas partes) possa ser aplicada por ser incompatível com o sistema jurídico da jurisdição.²⁸

26 Nessa linha, posicionam-se, entre outros: RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 63. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53. BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 48.

27 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte especial: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 458.

28 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Especial: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 466-467.

De modo incisivo, posiciona-se Nadia de Araújo sustentando que “*a tendência mundial do princípio da autonomia da vontade não encontrou eco na nossa legislação. É preciso modificar a LICC [hoje LINDB] para adotá-la*”.²⁹ Atualmente, há em trâmite projeto de lei que altera o art. 9º, no bojo da atualização do Código de Defesa do Consumidor (Projeto nº 3.514/2015)³⁰, dispondo que “art. 9º - A. O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes reger-se-á pela lei escolhida pelas partes, devendo esta escolha referir-se à totalidade do contrato e ser efetuada mediante acordo expresso entre as partes”.

Para Nadia de Araújo, esse projeto de lei incorpora uma série de regras de *soft law* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, os *Princípios sobre a lei aplicável aos contratos internacionais da Conferência da Haia* (“Princípios da Haia”)³¹, o que demonstra a influência do Direito Transnacional para persuadir os legisladores a transpor os limites impostos pelo Direito interno.

Contudo, mesmo que haja autorização legal clara a favor da autonomia da vontade, há outro limite ao seu uso que vem a ser a existência de outros direitos essenciais que podem vir a ser violados.

Inicialmente, a autonomia da vontade relaciona-se com a proteção de direitos humanos, uma vez que é reflexo do respeito ao livre-arbítrio e à tomada de decisão do indivíduo sobre a condução de sua vida. Esse respeito à autonomia individual vincula-se à dignidade humana, bem como com a liberdade, igualdade e privacidade.³² Em uma sociedade de indivíduos livres e iguais, não cabe ao Estado ferir a autonomia da condução da vida privada de um indivíduo.

Entretanto, há limites à autonomia individual, que se relacionam com o dever de proteção do Estado (dimensão objetiva dos direitos humanos) mesmo contra

29 Grifo nosso, não constante do original. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 388.

30 Ver o teor do projeto aprovado no Senado Federal e o trâmite atual na Câmara dos Deputados em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

31 ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho. *Questões controversas de Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 307.

32 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 11.

a vontade do titular, o que implica reconhecer à indisponibilidade como parte do regime jurídico dos direitos humanos.³³

Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência no Direito Internacional Privado inseriam os casos de limitação da liberdade do titular de um direito na cláusula geral de “violação da ordem pública”, da “moral” e “bons costumes”. Dolinger e Tiburcio definem ordem pública como sendo “o reflexo da filosofia sociopolítica-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído”³⁴.

Dolinger apresenta a “ordem pública” como um “anjo da guarda do sistema jurídico de determinada sociedade. Sua aplicação varia de acordo com os graus de intensidade em que os princípios fundamentais do sistema venham a ser feridos”.³⁵ Para Valladão, a ordem pública contempla os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação.³⁶

Ora, a essencialidade dos direitos humanos habilita-os a serem considerados parte integrante dos valores protegidos pela ordem pública do DIPr no Brasil. Conforme Abade, a proteção de direitos humanos está entre os valores essenciais defendidos pelo Estado do foro ao invocar a cláusula de ordem pública.³⁷ Nesse sentido, há uma impregnação jusfundamentalista do conceito de ordem pública. Nessa linha, os novos artigos 216-F e 216-P do Regimento Interno do STJ estabelecem que não será concedido *exequatur* à carta rogatória ou não será homologada sentença estrangeira que ofender (i) a soberania nacional, (ii) a dignidade da pessoa humana

“e/ou” (iii) a ordem pública, o que reforça a importância da proteção de direitos humanos na cooperação jurídica internacional (parte integrante do DIPr).

Resta, então, uma espada de Dâmocles sobre a autonomia da vontade, porque qualquer interessado pode posteriormente alegar a indisponibilidade dos direitos humanos e defender a ofensa à ordem pública para impedir a aplicação direta ou indireta da nova *lex mercatoria*.

Como exemplo, cite-se o caso da “sentença arbitral estrangeira sem fundamentação”. Há debates no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a (im)possibilidade de homologação desse tipo de sentença arbitral, por ofensa ao devido processo legal incrustado na ampla definição de ordem pública, mesmo se fosse de conhecimento prévio do impugnante o modo de proceder da Corte arbitral³⁸. Nesse tema, o STJ tem precedentes nos quais aceita a homologação caso haja “fundamentação concisa” inserida na sentença arbitral estrangeira³⁹. Já na Sentença Estrangeira Contestada nº 5.692, o STJ apontou que “[...] a motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do *decisum*.”⁴⁰ Este último precedente insinua o respeito às leis do local da realização do ato, no caso as leis estrangeiras.

Assim, cabe enfrentar a seguinte indagação no tocante ao uso da gramática dos direitos humanos para comprimir a autonomia da vontade: qual deve ser o parâmetro de interpretação do conteúdo desses direitos? Há três respostas possíveis: (i) o parâmetro ou modelo da *lex fori*; (ii) o da *lex causae*; e o (iii) universalista ou da interpretação internacionalista.

O parâmetro da *lex fori* consiste em aferir o conteúdo e a delimitação dos direitos envolvidos de acordo com a visão de direitos humanos do Estado do foro. Essa opção é a mais acessível ao intérprete e tem ainda a seu favor o

33 Sobre a indisponibilidade dos direitos humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 234.

34 Continuam os autores afirmando que “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. [...] Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*: parte geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 442.

35 DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979. p. 41

36 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977. p. 496.

37 ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.104.

38 Na doutrina, conferir o estudo de PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 203-232, jan./mar. 2006. Ver, ainda, o parecer de Nadia de Araujo a respeito do tema. ARAUJO, Nadia de. Parecer. Questões sobre a Motivação de Laudo Arbitral Estrangeiro e Sua Homologação no Brasil: SE 5692/US. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 21, n. 45, p. 18-56, 2015.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEC nº760/EUA, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, Data do Julgamento: 19/06/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 28/08/2006.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEC nº 5.692/EUA, Relator Min. Ari Pagendler, Corte Especial, Data do Julgamento: 20/08/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/09/2014.

seu uso tradicional quanto ao conteúdo da cláusula de “ordem pública”. Porém, há o evidente risco de xenofobia e chauvinismo jurídico, que pode ameaçar a tolerância e a diversidade que o DIPr almeja, levando a um esdrúxulo “Direito Internacional Privado narcísico”.

O parâmetro da *lex causae* consiste na aceitação da formatação da dignidade humana e dos consequentes direitos humanos de acordo com a concepção do Estado estrangeiro do qual o direito ou a sentença estrangeira emanam. Há, de um lado, grande confiança no ordenamento estrangeiro, que pode advir da existência consolidada do regime democrático maduro naquele Estado. Contudo, mesmo Estados democráticos podem desrespeitar direitos ou podem passar por momentos de histeria e pânico. Essa “cegueira deliberada” do Estado do foro pode prejudicar, em um caso concreto, determinado direito (por exemplo, o devido processo legal) em nome do respeito à autonomia da vontade, tal qual delineada no Estado estrangeiro.

Por fim, há o parâmetro *universalista* ou da interpretação internacionalista, que busca medir a ponderação e o conteúdo de direitos protegidos de acordo com parâmetros internacionais, aferidos de precedentes de órgãos internacionais de direitos humanos. Esse parâmetro é o que mais se aproxima da essência de tolerância e diversidade do Direito Internacional Privado, atendendo simultaneamente ao próprio desenho contemporâneo da proteção de direitos humanos, que não é mais localista e, sim, internacional.⁴¹

Com o uso da gramática universalista dos direitos humanos, há conciliação entre a autonomia da vontade (que é ancorada, também, na liberdade) e os demais direitos envolvidos na aplicação do DIPr.

5. A LEX DIGITALIS, A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO DO ESTADO

5.1. Aspectos gerais da regulação da internet

A internet representa um ambiente global de inserção, manutenção e transmissão instantânea de informa-

ções, sendo palco para a realização de transações comerciais e não comerciais que não está limitado pelos Estados, oferecendo oportunidades para que as pessoas, independentemente de fronteiras políticas e barreiras das mais diversas origens, tenham acesso a bens e serviços, bem como à transmissão de ideias e representações sobre os mais variados temas.

O caráter mundial da internet acabou por revolucionar o mercado de consumo, que se tornou global. Atualmente, com *apenas um click*, é possível adquirir um produto fabricado do outro lado do mundo. Ao permitir interações instantâneas e ilimitadas ao redor do globo, a rede de computadores revolucionou a temática das marcas registradas, demandando a organização dos domínios da internet, de modo a criar identificações individuais e únicas, ao mesmo tempo que universais⁴².

Algumas das marcantes características do contexto globalizado contemporâneo, nomeadamente, a fluidez das fronteiras estatais e a hipermobilidade da sociedade são evidenciadas na rede mundial de computadores, cuja regulação representa óbvio desafio aos Estados isoladamente considerados ou mesmo ao próprio Direito Internacional, dada a diversidade de interesses entre os Estados que a utilizam e gerem.

Diferentemente do que ocorreu na temática do comércio internacional (a nova *lex mercatoria*), o Direito Transnacional na internet adotou aquilo que Pollicino e Bassini denominam de abordagem anárquica (*anarchic approach*)⁴³, composta por dois elementos: (i) existência de normas esparsas de regulação criadas por ente privado, que abordam pequena parcela dos temas possíveis de serem regrados; (ii) confiança na liberdade de atuação gerada pelo vácuo oriundo da insolúvel disputa entre jurisdições e regras domésticas, o que redundaria em ausência de regulação nacional. Assim, para a grande maioria dos temas, os agentes privados contam com a ineficácia da regulação estatal no ambiente da internet, o que imunizaria suas atividades da intervenção do Estado e de suas políticas públicas.

42 BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005. p. 1823-1824.

43 POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 jul. 2016.

41 Sobre esses três parâmetros (ou modelos), ver RAMOS, André de Carvalho. Dignidade humana como obstáculo à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, v. 249, p. 31-55, 2015.

O primeiro elemento dessa abordagem anárquica consiste na atuação da Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - ICANN), que foi criada nos Estados Unidos (berço tecnológico da internet), sendo entidade regulatória privada, com o poder de organizar e gerir os nomes e domínios da internet.

Apesar de ter sido criada com personalidade jurídica de entidade sem fins lucrativos de acordo com as leis do estado da Califórnia, a ICANN objetiva o estabelecimento de regras para o uso da internet não somente para os americanos, mas, dada a necessidade de uniformização nos domínios *online*, pretensamente para toda a comunidade global. Nesse sentido, a ICANN apresenta-se como órgão mundial responsável pela “*manutenção da estabilidade operacional da Internet, à promoção da concorrência, a obter uma ampla representação das comunidades globais congregadas na Internet*”⁴⁴.

A ICANN realiza a gestão dos principais elementos que garantem o funcionamento da internet, sendo responsável por estabelecer regras para coordenar as atribuições de protocolo e recursos de números (sistemas de endereçamento, mais conhecidos como endereços IP), além do gerenciamento de zonas raiz (atribuição de domínio, como “com” e “gov”; e os códigos de países, como “.br” e “.uk”). Tal órgão determina os identificadores únicos, ou seja, controla os elementos técnicos que dão segurança e estabilidade para que um usuário encontre um endereço desejado na internet⁴⁵.

Ainda, a ICANN possui uma política de solução de disputas no âmbito dos domínios (UDPR – sigla em inglês), nos casos de pedidos de cancelamento de registro, indenizações e banimento por uso de domínio violando marcas registradas (também conhecido, em inglês, como *cybersquatting*)⁴⁶. Em face disso, fica evidente que as regras e decisões da ICANN têm implicações em diversas áreas, tais como, comércio eletrônico, proprieda-

de intelectual, privacidade, proibição de conteúdo ilícito e prevenção de delitos⁴⁷.

Diante do poder regulamentar da ICANN sobre os domínios na internet, o qual se coloca, inclusive, acima dos Estados, surgiu a discussão sobre a existência de um direito transnacional da internet, ou seja, uma ordem legal autônoma, que normatiza as relações jurídicas entre atores privados e públicos, que transcendem as fronteiras. É a chamada *lex digitalis*⁴⁸.

O caso *GlobalSantaFe* exemplifica a complexidade na relação entre a *lex digitalis* e as leis internas dos Estados. No início dos anos 2000, as empresas Global Marine Inc. e Santa Fe International Corp. fundiram-se na GlobalSantaFe Corp. e, conseqüentemente, pleitearam, perante a VeriSign (uma das entidades de registro autorizadas pela ICANN nos Estados Unidos), a utilização do domínio GlobalSantaFe.com para representar a empresa na internet. Porém, tão logo foi anunciada a fusão, o cidadão sul-coreano Jongsun Park registrou o referido domínio na Hangang (também entidade de registro autorizada pela ICANN, na Coreia do Sul)⁴⁹.

A colisão de direitos e o conflito entre as ordens jurídicas é evidente. A empresa recorreu ao *anticybersquatting consumer protection act* americano perante tribunal do distrito de Virgínia, o qual decidiu pela transferência do domínio à empresa. Park, por sua vez, foi à corte distrital de Seul e conseguiu ordem impedindo a transferência do referido domínio. A empresa, então, retornou à corte americana, a qual, dada a indisponibilidade da Hangang em descumprir a decisão coreana, determinou o cancelamento do referido domínio.

O segundo elemento do conteúdo da *lex digitalis* e caracterizador da abordagem anárquica da matéria consiste na existência de pluralidade de jurisdições e de leis

44 ICANN. *The global Internet community working together to promote the stability and integrity of the Internet*. Disponível em: <<http://archive.icann.org/tr/english.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

45 Para mais informações sobre a ICANN, ver <https://www.icann.org/pt/system/files/files/iana-functions-18dec15-pt.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

46 TUORI, Kaarlo. The Law's Farewell to the Nation State?. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 19, p. 295-327, 2008. Especificamente sobre a solução de disputas na internet e seus métodos alternativos, ver PERRITT JUNIOR, Henry H. Dispute Resolution in cyberspace: Demand for new forms of ADR. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, v. 15, p. 675-703, 2000.

47 No caso brasileiro, destaque para o Grupo de Combate aos crimes cibernéticos do Ministério Público Federal, que tem atuado no combate aos crimes de racismo e de divulgação de pornografia infantil realizados na internet, bem como na tutela dos interesses difusos e coletivos relacionados ao ambiente online. Mais informações disponíveis no site: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos>. Acesso em: 14 jul. 2016.

48 Sobre a relação entre a ICANN e o direito transnacional, ver também, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 206-213.

49 Para mais detalhes do caso GlobalSantaFe.com, ver BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005. p. 1823-1829.

de regência sobre a matéria.

A característica de acessibilidade global da internet gera debates sobre qual é a jurisdição nacional apta a conhecer de litígios, bem como estimula discussões sobre as diferentes leis nacionais de regência e, ainda, suscita dúvidas sobre se um Estado deve cumprir ordem estrangeira de controle da internet em seu território (por exemplo, suspensão de um site, cujo funcionamento é ilícito no Estado requerente). Nessa hipótese, os agentes privados utilizam sua autonomia para efetuar o *forum shopping*, buscando o Estado mais protetivo (para armazenar dados, localizar seus provedores, hospedar seus sítios etc.) aproveitando-se da irradiação mundial do espaço virtual.

Dentre as proposições possíveis para a coexistência entre essas normas de múltiplos níveis, Teubner sugere que a *lex digitalis* adquira um caráter similar ao da *substantive law approach* de Direito Internacional Privado, mesclando elementos das ordens jurídicas envolvidas⁵⁰.

Até que isso ocorra, há conflitos entre as ordens jurídicas, impondo o DIPr limites ao Direito Transnacional de regulação autônoma da *internet*. Esses conflitos, em geral, correspondem a choques de direitos, como se viu no caso GlobalSantafe (direitos de propriedade colidentes) e se vê, atualmente, nos diversos litígios envolvendo condutas realizadas pela internet, focando tanto a (ausência) de jurisdição do Estado quanto aos limites territoriais dos poderes judiciais (fixada a jurisdição).

5.2. Internet, jurisdição e a obtenção de dados armazenados no exterior na era dos direitos humanos

Os agentes privados aproveitaram-se da (i) ausência de regulação internacional da internet e ainda da (ii) irradiação mundial do espaço virtual para afastar controles estatais desfavoráveis às estratégias corporativas de crescimento e otimização de lucros. Essa abordagem anárquica gerou reações dos Estados, com a imposição de limites no caso de ofensa a direitos albergados pelo DIPr.

50 TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society. In: YOUNG, Margaret A. (Ed). *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 38.

O caso Yahoo! v. Licra⁵¹ foi um dos mais célebres a demonstrar a possibilidade de choque de jurisdições. Na França, foi proposta ação judicial por parte de associação contra o racismo e antissemitismo para proibir a renomada empresa de provedora de serviços de internet de abrigar sites que vendiam itens de peças nazistas para colecionadores, uma vez que tal prática é ilícito criminal na França. Já, nos Estados Unidos, a Yahoo! processou a associação francesa, objetivando impedir eventual reconhecimento e execução da decisão francesa, sob a alegação que a ordem judicial francesa violava a liberdade de expressão garantida pela Constituição norte-americana (Primeira Emenda).

No Brasil, um caso famoso a respeito do uso de ordens nacionais para coibir divulgação de vídeos na internet ocorreu em relação à proibição judicial de divulgação de vídeo envolvendo apresentadora de televisão e seu namorado, na praia de Cádiz (Espanha) Esse caso redundou no bloqueio (por ordem judicial) de todo o acesso brasileiro a *site* mundialmente popular de exibição de vídeos (e não só o vídeo da cena envolvendo a apresentadora), uma vez que o citado vídeo lá era inserido.⁵²

Nesse cenário, é importante fixar dois pontos essenciais para entendermos a relação do Direito Internacional Privado e a anarquia proposital da internet: (i) qual é a jurisdição adequada para os litígios envolvendo a internet?; (ii) as ordens judiciais nacionais podem abranger grupos econômicos globais ou devem lançar mão da cooperação jurídica internacional?

Quanto à fixação da jurisdição, o Brasil possui importante precedente do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, no qual foi estabelecida a jurisdição brasileira em relação à violação a direito de imagem pela colocação de fotos sem autorização em site espanhol. O Min. Relator, Luis Felipe Salomão reconheceu justamente a inovação da *lex digitalis*, que leva à alteração de conceitos jurídicos até então sedimentados, como exemplo liberdade e espaço territorial, que refletem diretamente na aplicação do direito.

51 Ver *La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme v. Yahoo! Inc.*, Tribunal de Grande Instance de Paris, julgamento de 22 de maio de 2000.

52 Conferir o caso em ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempo da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283-319.

Decidiu o Relator que os indivíduos afetados pelas informações contidas em sítios eletrônicos ou por relações mantidas no ambiente virtual possuem o direito de acesso à justiça para combater violações a direitos, devendo ser reconhecida a jurisdição do domicílio dos usuários (no caso, o domicílio era no Brasil), pois este seria o local em que os danos poderiam ser sentidos com maior intensidade. O voto ainda sugeriu a prevalência do valor da efetividade dos direitos, sustentando que “[...] Não sendo assim, poder-se-ia colher a sensação incômoda de que a internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo seria permitido sem que daqueles atos adviessem responsabilidades”.⁵³

A posição do Superior Tribunal de Justiça é paradigmática, pois revela o desconforto do Estado diante da porosidade das fronteiras trazida pela internet. A reação, vista no precedente do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, consistiu em tornar fluida a definição de jurisdição internacional cível concorrente, prevista no Código de Processo Civil. Nessa linha, o art. 21 do novo CPC determina que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; (iii) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. A leitura do novo art. 21 demonstra que não houve substancial alteração do disposto no revogado art. 88 do CPC de 1973, utilizado no precedente citado. Com isso, concluiu o Relator no sentido de que, na internet, o dano ocorre no em qualquer lugar do *acesso* ao site (“fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”) e, assim, obviamente o Brasil teria jurisdição para o caso.⁵⁴

Quanto aos limites aos poderes judiciais na produção probatória, há diversos precedentes no Poder Judiciário brasileiro em que se discute o direito à privacidade em conflito com direitos difusos à segurança e acesso à justiça, nos quais há resistência de empresas de atuação na internet em fornecer, por ordem judicial, dados de

usuários que serviriam na defesa de direitos de outros indivíduos ou da coletividade (direito difuso à segurança em casos criminais).

É comum que as empresas que atuam na internet busquem armazenar dados em países que contam com legislação favorável, mas mantêm subsidiárias em outros, para a venda de serviços e obtenção de lucros relacionados com hospedagem de conteúdos, correio eletrônico e busca de sites.

Por exemplo, determinada empresa oferta serviço de correio eletrônico gratuito, conta com a expansão desse serviço para aferir lucros com atividades vinculadas no Brasil (venda de anúncios etc.), mas armazena as comunicações trocadas no Brasil (e entre domiciliados no país) em outro Estado, dificultando o acesso por parte de interessados (inclusive autoridades públicas) na defesa de direitos. A recusa em fornecer tais dados seria amparada no cumprimento das leis do Estado estrangeiro, sendo indisfarçável o desejo de oferecer aos usuários o “valor adicional de defesa da privacidade”, atraindo ou mantendo clientes em um mercado extremamente competitivo como o de serviços na internet.

Além disso, o controle dos dados é, em si, um instrumento de ganho, pois permite melhor identificar as necessidades e o perfil dos consumidores. A proteção de dados dos usuários e a recusa em fornecê-los – mesmo diante de ordens judiciais nacionais – é uma vantagem e diferencial competitivo, sendo assim, uma estratégia empresarial para manutenção de clientela e lucros.⁵⁵

Como parte dessa estratégia empresarial, é correto o uso de planejamento corporativo, com a separação de funções dentro do mesmo grupo econômico, criando-se pessoas jurídicas distintas: uma pessoa jurídica nacional (gestora interna, para realizar a venda dos serviços e obtenção de lucros) e uma pessoa jurídica estrangeira, situada em Estado com legislação protetiva,

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11/05/2010; Data da Publicação/Fonte: *DJe* 07/02/2011.

54 Conferir em Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11 de maio de 2010; Data da Publicação/Fonte: *DJe* 07 de fevereiro 2011. Saliente-se que o Min. Aldir Passarinho Filho acompanhou o voto do Ministro Luis Felipe Salomão exclusivamente pela circunstância de o domicílio da parte ser no Brasil e afastou o fundamento de que é o local de onde se fez o acesso ao site da internet que firma a jurisdição internacional cível brasileira.

55 Para Sombra, “O súbito redimensionamento do interesse pela proteção dos dados pessoais e da privacidade tem uma origem clara: o desenvolvimento vertiginoso da economia compartilhada. Na sociedade da informação, marcada pelos processos de disrupção, convergência e digitalização, cada indivíduo pode ser considerado um centro de produção de riquezas e os seus dados representam uma valiosa commodity. Dominar a arte da análise, do tratamento e do armazenamento de dados pode significar um diferencial competitivo para qualquer empresa do setor produtivo e de consumo”. SOMBRA, Thiago Luís. *Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na Internet*. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protacao-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

encarregada de armazenar os dados. Caso a lei doméstica (ou ordens judiciais) exija informações para amparar direitos violados, usa-se, como escudo, a impossibilidade da pessoa jurídica nacional responder por atos da pessoa jurídica estrangeira, pugnando-se, também, pelo cumprimento da ordem judicial pela via da cooperação jurídica internacional (mais morosa e sujeita aos condicionantes dos tratados, inclusive a previsão de recusa por cláusula de ordem pública).

Essa atuação de resistência é facilitada pela fluidez da internet e da *lex digitalis*, que permite - com velocidade - a transferência e ocultação de dados em um ambiente regulatório fraco, no qual inexistente tratado internacional geral que faça as ponderações entre, de um lado, a autonomia da vontade e o racional desejo de lucro das grandes corporações (em geral de países desenvolvidos) e, de outro, o acesso à justiça e promoção de direitos (individuais ou difusos, no caso do combate à criminalidade).

No Brasil, já há precedentes combatendo tais estratégias empresariais. No tocante à artificial separação de pessoas jurídicas, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/10) estabelece, em seu parágrafo único do art. 11, o princípio domiciliar: ao estabelecer filial, agência ou estabelecimento no Brasil, a sociedade estrangeira adquire o domicílio aqui e passa a ser regida pela lei brasileira, no tocante aos atos aqui realizados.

Essa opção da LINDB é importante para impedir que determinada subsidiária de empresa estrangeira possa descumprir a lei brasileira, por atos aqui realizados, alegando, por exemplo, obediência à lei estrangeira que rege a atuação da empresa-matriz.⁵⁶ Por sua vez, o parágrafo único do art. 21 do novo Código de Processo Civil (CPC) também considera domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça estendeu a jurisdição brasileira para admitir o julgamento de processo contra filial brasileira aqui domiciliada por ato no exterior realizado por empresa estrangeira distinta, mas pertencente ao *mesmo grupo econômico*, uma vez que houve o uso em proveito próprio da notoriedade da marca co-

mum (chamado “Caso Panasonic”).⁵⁷

Quanto à tese da indispensabilidade do uso dos canais diplomáticos ou convencionais, como determinado tratado de assistência jurídica, para a obtenção de dados que estariam armazenados em Estado estrangeiro em um mundo que já conhece o *armazenamento na nuvem*, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de que a ordem brasileira pode ser cumprida, em território brasileiro, pois não há impossibilidade técnica. Pelo contrário, o voto da Relatora do caso, Ministra Laurita Vaz, expressamente menciona que nenhum obstáculo material havia para que se viabilizasse o cumprimento de ordem judicial brasileira.

Além disso, a informação buscada – o teor das mensagens do investigado – não guardava nenhum vínculo com o Estado estrangeiro (o investigado era brasileiro e o teor das conversas, com destinatário também brasileira, tratavam de crimes nacionais), “a não ser pelo fato de, por questões estratégico-empresariais, estarem armazenadas nos Estados Unidos”⁵⁸. Ou seja, não se trata de se invocar a *lex diligentiae* e os limites da *lex fori* para reger a produção probatória (obtenção de dados) no exterior⁵⁹: teria havido uma artificial construção do vínculo (armazenamento dos dados) no Estado estrangeiro, em nome da estratégia empresarial daquele grupo econômico, o que, conforme a Teoria Geral do Direito Internacional Privado, concretiza a fraude à lei.

Caso vingasse a tese da necessidade do uso de canais diplomáticos ou convencionais para a obtenção da prova, desconsiderando seu armazenamento virtual e aceitando-se a ficção de que tais dados deveriam ser efetivamente produzidos no exterior (tal qual uma oitiva de testemunha), nada impediria que esses grupos econômicos armazenassem todos seus dados em um *paraíso cibernético*, solapando de vez os direitos das vítimas das ações cometidas no ambiente virtual (direito de acesso

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 63.981, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 11 de abril de 2000, DJ 20/11/2000, p. 296.

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Inquérito n.º 784 - DF, Questão de Ordem, Corte Especial, Relatora Min. Laurita Vaz, julgamento de 7 de abril de 2013. Continua a Relatora, afirmando que “Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção”.

59 RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 684-703, 2015.

56 Sobre o artigo 11 da LINDB, conferir em RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

à justiça, direito à privacidade, direito difuso à segurança etc.). Tais grupos econômicos seriam, então, os senhores da definição da lei aplicável à produção probatória no exterior por meio da mera instalação de um servidor em Estado estrangeiro.

Esse último precedente do STJ evidencia o limite imposto pelo Direito Internacional Privado aos entes privados, que vem a ser a vedação da manipulação das regras de conexão e dos princípios da disciplina, como o *lex loci regit actum*, visando suprimir direitos de terceiros. A autonomia da vontade, novamente, encontra limites na gramática de direitos.

Por fim, após esses precedentes, foi editada a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) que, seguindo a mesma linha dos julgados citados, determinou, em seu artigo 11, que, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que, pelo menos, *um desses atos* ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Além disso, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 11 previu que o disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações desde que, *pelo menos, um dos terminais* esteja localizado no Brasil. Assim, segue-se o disposto no art. 21, III do novo CPC, que fixa a jurisdição brasileira para os casos em que o fundamento da ação seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, na linha do que também foi decidido no Recurso Especial n. 1.168.547⁶⁰.

Já o parágrafo segundo do art. 11 da Lei 12.965/14, em clara ressonância do litígio Yahoo! vs. Licra visto acima, dispõe que o *caput* do citado artigo incide mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que (i) oferete *serviço ao público brasileiro* ou (ii) pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil⁶¹.

A oferta de “*serviço ao público brasileiro*” significa, no ambiente virtual, que seja acessível ao usuário da internet no Brasil.

Conseqüentemente, a sociedade estrangeira que, voluntariamente, criar subsidiária no Brasil deve estar ciente da necessidade do cumprimento da lei brasileira, que permite ordens judiciais de quebra de sigilo de dados (mesmo que armazenados no exterior por decisão gerencial da sociedade privada em questão), desde que a empresa oferete serviço ao público brasileiro ou, pelo menos, uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Assim, a *lex digitalis* e sua abordagem anárquica na escolha da lei, na determinação de jurisdição e na cooperação jurídica internacional, encontram forte resistência do DIPr baseado na gramática de direitos. Fica neste trabalho o exemplo da reação do DIPr ao uso da autonomia da vontade para impor a manipulação de regras de conexão e de fixação de jurisdição de modo a privilegiar a liberdade dos agentes econômicos e vulnerar direitos dos demais envolvidos. A autonomia da *lex digitalis*, até então ancorada na fragilidade das regulações nacionais e na imensa flexibilidade da internet, choca-se com os valores do DIPr contemporâneo, exigindo a sua subordinação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o Direito Transnacional e o Direito Internacional Privado (DIPr) é intensa, a partir da constatação da importância da autonomia da vontade para o DIPr do século XXI, tanto na seara da escolha da norma, quanto da determinação da jurisdição e da cooperação jurídica internacional.

No crescimento do número de temas regulados pelo Direito Transnacional (formando a *lex mercatoria*, a *lex digitalis*, a *lex sportiva* etc.), nota-se a ausência de uniformidade de abordagem diante dos fatos transfronteiriços: oscila-se entre a unificação, com a busca da unifor-

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11 de maio de 2010. *DJe* 07 de fevereiro de 2011.

61 Vide art. 11 da Lei do Marco Civil da Internet: Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que, pelo menos, um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção

dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1o O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2o O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferete serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

mização e unidade de tratamento, contando com apoio do Direito Internacional Privado e a anarquia, na qual a globalização e porosidade das fronteiras políticas formam janela de oportunidade para determinados agentes econômicos buscarem autonomia plena.

Foram geradas, então, relações de cooperação e conflito entre o Direito Transnacional e o Direito Internacional Privado, com diferentes cenários de tensão impostos pela emergência de limites criados pelo DIPr no seu contemporâneo vínculo com a gramática de direitos. A autonomia da vontade não está isolada e o DIPr tem que proteger a igualdade, o acesso à justiça, a privacidade, entre outros direitos que podem se chocar com a liberdade dos agentes econômicos privados.

Em relação aos dois campos de profícuo crescimento do Direito Transnacional (*lex mercatoria* e *lex digitalis*) estudados, foi observada a resistência do DIPr em se deixar substituir por um Direito Transnacional autônomo e sem limites. Ao contrário, ao mesmo tempo em que reconhece e valoriza a autonomia da vontade (*alma mater* do Direito Transnacional), o DIPr zela por direitos diversos que impõem limites, gerando tensões e, conseqüentemente, subordinação das normas transnacionais aos valores adotados pelo DIPr.

Esse *Direito Internacional Privado de valores*, informado pelos direitos humanos, é fator chave para compreensão do papel futuro das novas regulações do Direito Transnacional na globalização do século XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho. *Questões controvertidas de Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 289-309.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela. T. O Reconhecimento e Execução de Acordos Privados em Disputas Familiares Internacionais em Debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro*

de Direito Internacional, v. 2, p. 108-121, 2014.

ARNAUD, André-Jean; ALMEIDA, José Gabriel Assis de; CAROCCIA, Francesca. "Lex Mercatoria" In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 289-293.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 42-66.

BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 239, p. 9-116, 1993.

BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 341, p. 9-526, 2009.

CALLIESS, Galf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 469-484.

CALLIESS, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: Ltr, 1997.

COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 6, p. 4783-4810, 2013.

COTTERREL, Roger. What is transnational law. *Law & Social Inquiry*, v. 37, Issue 2, p. 500-524.

- CUNIBERTI, Giles. The merchant who would not be king: unreasoned fears about private lawmaking. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. (Ed.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 141-155.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte Especial: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.
- GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, 1964.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 251, p. 9-267, 1995.
- JAYME, Erik. Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 282, p. 09-40, 2000.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo Direito Internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20.
- JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- LALIVE, Pierre. *Ordre public transnational et arbitrage international*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 599-611.
- MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffolli. Fontes do direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 57-68.
- MARQUES, Claudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15-25.
- MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.
- MARQUES, Cláudia Lima. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market”. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389.
- MUIR WATT, Horatia. Aspects économiques du droit international privé - Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, p. 29-383, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 203-232, jan./mar. 2006.
- PERRITT JUNIOR, Henry H. Dispute Resolution in cyberspace: Demand for new forms of ADR. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, v. 15, p. 675-703, 2000.
- PICONE, Paolo. Les Méthodes de Coordination entre Ordres juridiques en Droit international privé - Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 276, p. 9-288, 1999.
- POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jul. 2016.

- RAMOS, André de Carvalho. Dignidade humana como obstáculo à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, v. 249, p. 31-55, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 42, p. 89-113, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 1, p. 423-446, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 684-703, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de Ordens Jurídicas: a Relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 19-65.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283-319.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- SOMBRA, Thiago Luís. *Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na Internet*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protECAo-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- STRENGER, Irineu. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, n. 2, p. 207-355, 1991.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SYMEONIDES, S. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the *lex mercatoria* that isn't. In: FESTSCHRIFT, Für K. Kerameus. Athens/Brussels: Sakkoulas-Bruylant Press, 2009. p. 1397-1423.
- TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society. In: YOUNG, Margaret A. (Ed). *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 23-54.
- TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.
- TUORI, Kaarlo. The Law's Farewell to the Nation State?. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 19, p. 295-327, 2008.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977.
- VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.