

TEORIA DO DIREITO SEM FRONTEIRAS: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO COMO PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL*

JURISPRUDENCE WITHOUT CONFINES: PRIVATE INTERNATIONAL LAW AS GLOBAL LEGAL PLURALISM

Horatia Muir Watt**

RESUMO: Este artigo surge do discurso de abertura proferido pela Professora Muir Watt na conferência anual do CJICL em 8 de abril de 2016. Em seu artigo, ela considera se o direito internacional privado pode oferecer conhecimentos específicos sobre importantes questões que desafiem a teoria jurídica contemporânea. Especificamente, ela analisa se o pluralismo jurídico pode abranger o direito internacional privado para criar uma teoria do direito além-fronteiras. Ela argumenta que a teoria do direito internacional privado pode contribuir com princípios, infundir interações normativas híbridas e garantir a responsabilidade no relacionamento entre a direito global e a justiça global.

ABSTRACT: This article arises from Professor Muir Watt's keynote address to the CJICL annual conference on 8th April 2016. In her article, she considers whether private international law can offer specific insights into important issues that challenge contemporary legal theory. Specifically, she analyses whether legal pluralism can encompass private international law to craft a jurisprudence beyond borders. She argues that conflict of laws theory can contribute principles, infuse hybrid normative interactions and ensure accountability in the relationship between global law and global justice.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Teoria jurídica. Pluralismo jurídico. Teoria do Direito. Conflito de leis.

KEYWORDS: Private international law. Legal theory. Legal pluralism. Jurisprudence. Conflict of laws.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Entra o pluralismo; saem os conflitos. 3 Voltam os conflitos... bem, mais ou menos. 4 O que pluralismo significa nesse contexto. 5 Pós-escrito: direito internacional privado no modo pluralista, na prática. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças radicais provocadas pela globalização no âmbito do cenário normativo além do Estado-nação¹, acerca das quais esta conferência fornece tantas ilustrações excelentes, convidam-nos a refletir sobre se o direito internacional privado como uma disciplina² ou um 'estilo intelectual'³ possui conhecimentos específicos para contribuir com algumas das questões

* Artigo originalmente publicado na língua inglesa no *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 5, i. 3, Cheltenham, 2016, p. 308-403. Traduzido para o português pela doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos (PPGDir./UFRGS).

** Professora de Direito Internacional Privado e Direito Comparado na *Sciences Po*, e Co-Diretora do programa dos Estudos em Governança Global no *Master's Degree in Economic Law*, em Paris, na França. Doutora em Direito Internacional Privado pela *University of Panthéon-Assas Paris*. Contato: horatia.muirwatt@sciencespo.fr

¹ Globalização é entendida aqui como a extensão específica de tempo e espaço que coincide com a modernidade tardia, Anthony Giddens: GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991, p. 64; o advento da 'sociedade de risco'; ver, em geral, Ulrich Beck: BECK, Ulrich. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Flammarion, 2008; economia neoliberal global (que será questionada a seguir); o paradoxal 'retorno da ciência', ver, em geral: POMPER, Philip e SHAW, David Gary (Orgs.). *The Return of Science, Evolution, History, and Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002; em um período de descrença crescente nos valores da modernidade; e, com particular relevância para o direito internacional (público e privado), a "liquidação" da soberania, ver de forma geral: BAUMAN, Zygmunt. *L'identité*. Paris: L'Herne, 2010.

² O que é a disciplina jurídica? Ver, em geral: AUDREN, Frédéric Audren; BARBOU DES PLACES, Ségolène. *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*. Paris: L.G.D.J., 2018.

³ MICHAELS, Ralf. *Globalisation and Law: Law Beyond the State*. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013, p. 287; Ver, em geral: KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1.

mais significativas que desafiam a teoria jurídica contemporânea.⁴ Se existe um paradigma jurídico global emergente,⁵ isto é, uma consciência jurídica⁶ que englobe os modos de fundamentação e uma estrutura conceitual, este requer uma revisão dos conceitos segundo os quais são entendidos os (modernos) fundamentos e características do direito. Ele também demanda uma reconsideração dos valores que constituem o horizonte normativo do direito; requer um ajustamento das ferramentas metodológicas e epistemológicas com as quais se compreende a complexidade social; e justifica a renovação dos termos do debate sobre legitimidade da autoridade política. O desafio para o direito acadêmico é claramente relevante. Pode-se argumentar que os dias da teoria analítica do direito estão contados; caminhos mais esperançosos são abertos por tentativas interdisciplinares a partir de várias direções: estudos de soberania sob uma perspectiva literária ou religiosa;⁷ pluralismo jurídico global a partir de uma perspectiva sociológica;⁸ e uma crítica à virada quantitativa contemporânea que usa indicadores como substitutos para o direito comparado.⁹

⁴ Ver o direito internacional (público e privado) como um ponto de vista privilegiado a partir do qual é possível ver as questões teóricas jurídicas não é novo. Ver, em geral, por exemplo: BATIFOLL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz 1956; QUADRI, Rolando. *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 80. La Haye, 1952; mas o advogado internacional moderno 'rejeitou a teoria', como Martti Koskiennemi supõe? Ver: KOSKIENNEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 187; Hoje, o periódico *Transnational Legal Theory* publica as contribuições de direito internacional privado para a teoria jurídica. Ver, em geral, HERBERG, Martin. *Global Governance and Conflict of Laws from a Foucauldian Perspective: The Power / Knowledge Nexus Revisited. Transnational Legal Theory*, 2 (2). Abingdon: Taylor & Francis, 2011, p. 243-269; e MUIR WATT, Horatia. *Private International Law beyond the Schism. Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428; Ver, em geral, MUIR WATT, Horatia. *La globalization et le droit international privé*. In: HEUZÉ, Vincent et all (Eds.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015.

⁵ FRYDMAN, Benoît. *Comment penser le droit global? Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit no 2012/01*. Disponível em: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr>. Acesso em: 10 July 2020; MICHAELS, Ralf. *Globalisation and Law: Law Beyond the State*. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013, p. 287; Ver, em geral: KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. *Foreword. Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁶ Ver, em geral: KENNEDY, Duncan. *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

⁷ Ver, em geral: MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013.

⁸ Ver, em geral: TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 213 p; BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012..

⁹ Ver, em geral: DAVIS, Kevin et all. (Eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Quantifications and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012; FRYDMAN, Benoît; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant 2014.

À primeira vista, não parece que o direito internacional privado – com todo o seu horizonte além do Estado e seus instrumentos jurídicos complexo – tenha qualquer relevância nesse âmbito. Este foi recentemente desacreditado por Neil Walker como uma ‘forma paroquial de manutenção de fronteiras’ entre as várias ‘abordagens coordenadas laterais’ ao direito global¹⁰. Entretanto, neste ponto, convém refletir sobre uma recente declaração contundente de Gunter Teubner, que, em acentuado contraste, eleva o direito internacional privado a um nível meta-constitucional:

Em uma sociedade mundial sem ápice nem centro, resta apenas uma maneira de lidar com os conflitos inter-constitucionais – uma resolução de conflito estritamente heterárquica. Isso não ocorre apenas por causa da ausência de poder centralizado, que poderia ser combatido por esforços políticos intensificados, mas está conectado com estruturas profundas na sociedade que Max Weber chamou de ‘politeísmo’ da modernidade. Mesmo proponentes comprometidos com a ‘unidade da constituição’ são forçados a concordar que a unidade da constituição do Estado-nação está agora se movendo em direção a um ‘choque de constituições civis’, em direção a racionalidades mutuamente conflitantes a serem neutralizadas por um novo direito internacional privado.¹¹

Será que o direito internacional privado pode se encaixar nessa ambiciosa vertente do pluralismo jurídico, na elaboração de uma ‘teoria do direito além-fronteiras’?¹² Esta é a pergunta que este artigo tenta responder. O artigo inicia rastreando a ascensão do pluralismo como uma estrutura explicativa e normativa (I). Procura, então, entender por que o direito internacional poderia estar passando por um ressurgimento nesse contexto (II). Finalmente, conclui tentando definir o que significa pluralismo quando traduzido para o vocabulário do direito internacional privado (III), e fornecendo um exemplo tomado da prática judicial (IV).

2 ENTRA O PLURALISMO; SAEM OS CONFLITOS

Indiscutivelmente, a globalização, ou seu (quarto?)¹³ avatar contemporâneo, está infringindo uma crise de identidade no direito internacional privado.¹⁴ Uma das razões para isso

¹⁰ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 152. Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

¹² Ver, em geral: BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹³ Para os três primeiros, ver, em geral: KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

¹⁴ Entendida como uma crise da modernidade, estende-se à instituição do direito em geral. No entanto, ao mesmo tempo, o direito, em particular o direito internacional (público e privado), está longe de ser irrelevante ou ausente do cenário global. Por um lado, os processos que impulsionam a economia global, desde os mercados de



é que ela mostra a ligação entre os métodos jurídicos elaborados para lidar com normas conflitantes e o enquadramento das origens, das funções e dos objetos do direito em um determinado paradigma jurídico. Em outras palavras, os modos de raciocínio jurídico diante de normas conflitantes e reivindicações de autoridade refletem várias concepções e expectativas sobre o que é o direito e o que ele faz, de ele onde vem, e os tipos de problemas com os quais lida. As mudanças que afetam essas suposições e representações sobre o mundo também afetam formas estabelecidas de conhecimento jurídico; sondá-las é um ‘método perigoso’.¹⁵

Tradicionalmente – isto é, no decorrer do século passado e sob a influência do pensamento jurídico clássico em direito internacional¹⁶ – o ordenamento de questões normativas concorrentes fora de qualquer sistema doméstico em particular era almejado pelo direito internacional (público ou privado). Entendia-se tanto fornecer um esquema geral de inteligibilidade através do qual se entendessem outras esferas sociais, quanto disponibilizar ferramentas operacionais para definir autoridade, alocar responsabilidades e orientar a conduta de atores públicos e privados. No entanto, o surgimento de formas de autoridade concorrentes e difusas (pós-Westfalianas) desafia o direito nessas funções de ordenação.¹⁷ No despertar dos deslocamentos de poder dos atores públicos para os atores não-Estatais¹⁸, lutas pela legitimidade ocorrem entre sistemas jurídicos vinculados aos Estados ou por eles aprovados, e

66

commodities e financeiros até as cadeias de abastecimento globais, estão ou incorporados nas ordens jurídicas nacionais ou no direito internacional público econômico. Isso explica por que novas reivindicações (questionadas a seguir) à autoridade transnacional privada são todas feitas em termos especificamente jurídicos, mesmo que ocorram fora dos limites de qualquer sistema institucional de apoio. Simetricamente, a contestação das desigualdades e injustiças globais, seja na forma de violações dos direitos humanos, preocupações ambientais, desigualdade de gênero ou precariedade no local de trabalho, todas usam sintaxe legal. Além dos fóruns judiciais ou quase judiciais (nacionais e internacionais, públicos ou privados), o potencial emancipatório da linguagem do direito é usado em instituições (como a Organização Internacional do Trabalho e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e por ativistas, em nome da sociedade civil, para que o direito apareça como crucial dentro dos diversos projetos políticos empreendidos com vistas à reconstrução de uma sociedade global mais justa. Os direitos humanos como ‘última utopia’ serão melhor analisados abaixo. Ver, em geral: MOYN, Samuel Moyn. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, MA: Harvard University Presse, 2010.

¹⁵ ‘Método perigoso’ (como Jung descreveu a psicanálise) é tópico do projeto de pesquisa Direito Internacional Privado como Governança Global (PILAGG). Ver: PILAGG Public International Law as Global Governance. Disponível em: <<http://blogs.sciences-po.fr/pilagg>> Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁶ ‘Pensamento jurídico clássico’ é um paradigma identificado no direito doméstico dos EUA. Ver, em geral: KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick, MD: Beard Books, 1975, mas sua influência se estendeu por toda a linha (cobrindo todos os sistemas ocidentais e no direito internacional).

¹⁷ Ver, em geral: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. 448 p.

¹⁸ COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. 448 p; Para um estudo exaustivo sobre Para um estudo exaustivo de empresas multinacionais como reguladoras, ver: BECKERS, Anna. *Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes*. DPhil Thesis, Maastricht: Maastricht University, 2014.

outras fontes não identificadas. Além disso, a soberania, conceito fundamental da ordem jurídica internacional e doméstica, aparece invertida ou subvertida, investindo em atores privados, ou significando obrigações com a comunidade internacional, ao invés de supremacia.¹⁹ É difícil entender o que ‘direito’ significa nesse ambiente, pois sua estrutura e sua sintaxe existentes supõem, implicitamente, um horizonte confinado ao Estado-nação (seja dentro do Estado-nação, ou nas interações entre Estados-nação). De uma perspectiva teórica, portanto, é necessário um novo esquema conceitual para seriamente considerar – legitimar, desafiar ou governar – novas, difusas e desordenadas expressões de poder e normatividade; especificamente, aquelas relativas aos atores ‘não autorizados’ da modernidade recente²⁰ que não se encaixam necessariamente nas formas tradicionais de conhecimento jurídico.

No entanto, a crise que afeta o direito internacional privado parece ser mais aguda do que os menores terremotos sofridos pelas disciplinas jurídicas vizinhas. O direito internacional público se adaptou à chegada maciça dos titulares não-Estatais de direitos, transformando-se em um sistema de bem-estar abrangente e explorando seu próprio relacionamento com a justiça global.²¹ O direito comparado deixou para trás suas classificações estáticas das famílias jurídicas para unir forças com a antropologia dos transplantes jurídicos²² ou para contribuir para a estética dos espaços globais²³. Além disso, enquanto a teoria do direito analítica perde sua relevância fora da ordem jurídica do Estado-nação, várias escolas de pluralismo jurídico se comprometeram a ‘desfronteirizar’ a teoria do direito²⁴, de modo a lidarem com os possíveis fundamentos da autoridade jurídica para além das fronteiras do Estado.²⁵ O constitucionalismo

67

¹⁹ Sobre a inversão da soberania, ver, em geral: BATELSON, Jens Bartelson. *Sovereignty as Symbolic Form*. Abingdon: Routledge, 2014.

²⁰ BECK, Ulrich; BONB, Wolfgang (Eds.). *Die Modernisierung der Moderne*. Berlim: Suhrkamp, 2001, p. 40-41; Ver, em geral: BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1992.

²¹ Ver, em geral: JOUANNET, Emmanuelle. *The Liberal-Welfarist Law of Nations*. Cambridge: CUP, 2014, 328 p. Além disso, o direito internacional público, na maré de gerencialismo e fragmentação, é agora cada vez mais confrontado com conflitos articulados como conflitos de jurisdição e lei aplicável, entre os quais autoridades e regimes privados ou híbridos agora ocupam um lugar significativo. Está progressivamente assumindo a problemática tradicional do direito internacional privado: ver em geral: MUIR WATT, Horatia. *Private International Law beyond the Schism*. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: T & F, 2011, p. 347-428.

²² Ver, em geral: PREUß, Ulrich K. *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*. In: FRANKENBERG, Günter (Ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

²³ Ver, em geral: MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013..

²⁴ BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

²⁵ Ver, em geral: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, com várias contribuições pluralistas de Paul Berman, Nico

global, cosmopolita ou social²⁶ e, menos provavelmente, o direito administrativo global,²⁷ são o resultado de uma mudança semelhante envolvendo uma reforma radical das premissas disciplinares centrais. Assim, pode-se argumentar que os complexos conflitos normativos de nossa era global se tornaram uma nova e empolgante disciplina, teórica e empírica, baseada em uma série de ideias altamente diversas a partir das quais o direito internacional privado, desgastado e limitado, é paradoxalmente excluído.

Essa nova literatura teórica jurídica é agora conscientemente global; ela é, também, em seus *avatares* mais plausíveis,²⁸ amplamente pluralista. Como Paul Berman salienta:

Já se passaram aproximadamente 20 anos desde que os estudiosos começaram a impulsionar os conhecimentos do pluralismo jurídico para a arena transnacional e internacional. Durante essas duas décadas, um rico corpo de trabalho estabeleceu o pluralismo como uma estrutura descritiva e normativa útil para a compreensão de um mundo de autoridades sobrepostas, tanto estatais quanto não estatais. De fato, tem havido uma verdadeira explosão de trabalhos acadêmicos sobre pluralismo jurídico, *soft law*, constitucionalismo global, as relações entre autoridades e a fragmentação e reforço das fronteiras territoriais.²⁹

As afirmações de autoridade concorrentes, que sejam plurais e transnacionais, são apontadas como a característica emblemática de nosso mundo complexo, enquanto o problema definidor do pensamento jurídico contemporâneo repousa nas interações entre tradições jurídicas, esferas sociais, valores culturais, direitos e identidades, epistemologias ou visões de mundo. Várias respostas vêm na forma de uma busca por consenso (em torno dos valores constitucionais), na promoção de novas utopias (a busca pela justiça global), na celebração da diversidade como concorrência (direito e economia), na elaboração de metodologias destinadas a mediar ou coordenar (teoria dos sistemas), ou nas definições renovadas de autoridade e legitimidade (estudos socio-legais).

Krisch and Nicole Roughan. O debate centra-se na própria natureza do direito (se houver), nos fundamentos da legitimidade do direito (mitológico ou não) e na relação entre a autoridade legal e política.

²⁶ Ver, em geral: KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2). Bloomington: Indiana University Press, 2013, p. 605-628; para 'constitucionalismo social' inspirado na teoria dos sistemas de Luhmann, ver TEUBNER, OUP University Press, 2011, discutido em detalhes abaixo.

²⁷ Ver, em geral: KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Law & Contemporary Problems, v. 68. Durham: Duke University, 2005, p. 15-62.

²⁸ Ver: BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 151-188.

²⁹ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 151-188. Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

À primeira vista, o direito internacional privado pareceria se encaixar muito bem entre essas linhas pluralistas de pensamento. De fato, em seu impressionante panorama das teorias do direito global, Neil Walker classifica juntos o direito internacional privado e o pluralismo jurídico, como modelos de uma ‘abordagem lateralmente coordenada’.³⁰ De dentro da disciplina do direito internacional privado, isso dificilmente é surpreendente. As ligações entre o pluralismo e os conflitos são certamente antigas; uma definição influente do direito internacional privado vê sua função como gerenciamento do pluralismo horizontal,³¹ enquanto o trabalho de Santi Romano se tornou uma controversa referência para doutrinas unilateralistas.³² Dessas duas disciplinas relacionadas, no entanto, a última, com suas conotações constitucionais contemporâneas, sua linhagem comparativa e sua conexão com as preocupações sociais transnacionais, entra em cena. O direito internacional privado, há muito tempo um campo intelectual próspero,³³ sai de cena. Por que, então, seu status diminuiu a ponto de ser reduzido a uma ‘forma paroquial de manutenção de fronteiras’³⁴ enquanto os vários tipos de pluralismo jurídico florescem? Descritivamente, “o pluralismo jurídico global é hoje reconhecido como uma realidade enraizada na ordem jurídica internacional e transnacional”.³⁵ Normativamente, ou como projeto teórico, ele talvez seja a via mais promissora para abordar questões de teoria do direito contemporâneas dissociadas da ordem jurídica doméstica.

Uma explicação pode ser que o direito internacional privado se perdeu dentro de sua própria órbita. Isto não significa negar a existência de uma atividade florescente de elaboração de regras internacionais privadas em todo o mundo; de fato, a codificação parece nunca ter sido tão popular.³⁶ Mas isso não ajuda a dissipar a impressão de que o espírito da teoria do direito está em outro lugar e que pode não haver mais motivo, possivelmente além da força do *lobby* profissional,³⁷ a sustentar a sobrevivência do direito internacional privado a todo custo, a menos

³⁰ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, v. 3.4.1.2.

³¹ Ver, em geral: FRANCESKAKIS, Phocion. *La théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

³² Ver, em geral: ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975.

³³ Ver, em geral: MICHAELS, Ralf. After the Revolution—Decline and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, p. 11-30.

³⁴ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

³⁵ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 151.

³⁶ Ver o panorama da codificação: SYMEONIDES, Symeon C. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 458 p.

³⁷ Ver, em geral: OGUS, Anthony. The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(3). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 419-434.



que seja um subdepartamento do direito dos contratos internacionalizado, um complemento técnico para questões de mercado intra-União Europeia, um auxiliar da arbitragem comercial internacional ou uma ferramenta amplamente estratégica para *forum-shoppers* transfronteiriços? Questões jurídicas que surgem em conexão com colisões transfronteiriças de direitos e de normas parecem pertencer à alçada de outros princípios mais recentes, mais dominantes ou mais políticos, como o federalismo (ou livre circulação na União Europeia) ou os direitos humanos, os quais varrem as técnicas e os métodos internacionais privados para o grande mar de proporcionalidade.³⁸ Além disso, muitos litígios econômicos transnacionais de maior notoriedade são compostos por questões de direito contratual doméstico sobre autonomia das partes. Em outros campos, notadamente no estatuto pessoal e nas relações familiares, ou é suficiente a ideia de reconhecimento,³⁹ ou as regras de conflito são derrubadas sob a pressão da ordem pública. Talvez, então, a disciplina adormecida (fera ou bela?⁴⁰) deva ser deixada em repouso, como um vestígio da era pré-global.

Uma consideração adicional é que a disciplina do direito internacional privado perdeu a guinada à qual estava bem colocada para dar,⁴¹ e que poderia tê-la investido tanto como rainha das novas grandes questões da teoria do direito em um mundo de normas em conflito, quanto como provedora dos instrumentos metodológicos que compõem o novo paradigma jurídico além das fronteiras do Estado.⁴² Ela poderia ter inspirado uma perspectiva de autoridade, nascida de uma experiência multissecular, com a qual se poderia abordar expressões

70

³⁸ Sobre a difusão da proporcionalidade e seu significado, ver em geral: KENNEDY, Duncan. *A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*. DESAUTELS-STEIN, Justin; Christopher TOMLINS, Christopher. *Part III - Structures of the Legal Contemporary*. Cambridge: CUP, 2017, p. 365-385; Isso não quer dizer, entretanto, que a proporcionalidade em si tenha um conteúdo uniforme nesses contextos: ver, em geral, MARZAL YETANO, Antonio. *La Dynamique du Principe de Proportionnalité*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2014.

³⁹ Sobre o reconhecimento tanto como elemento de diálogo, quanto como um direito internacional privado problemático, ver, em geral: MUIR WATT, Horatia. *Fundamental Rights and Recognition in Private International Law*. *European Journal of Human Rights*, 3. Bruxelas: Larcier, 2013, p. 409; O conceito de reconhecimento nas primeiras obras filosóficas sociais de Hegel (sobre "luta pelo reconhecimento": *kampf um anerkennung*) é reinterpretado por HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Polity Press, 1996; Da mesma forma, a teoria hegeliana de Charles Taylor inspira seu próprio trabalho sobre o reconhecimento dentro de uma sociedade multicultural. TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979; TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Princeton University Press, 1994.

⁴⁰ Nota da tradutora: no original, a autora utiliza a seguinte construção "sleeping beauty (dog or beauty?)", fazendo referência à expressão da língua inglesa "to let sleeping dogs lie", que significa deixar tudo como está.

⁴¹ Este ponto foi desenvolvido mais extensivamente em outro artigo. Ver: MUIR WATT, Horatia. *Private International Law beyond the Schism*. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: T & F, 2011. p. 347-428.

⁴² Ver, em geral: MICHAELS, Ralf. *Globalisation and Law: Law Beyond the State*. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart 2013. p. 287-373.

desconhecidas de soberania ou novas afirmações de jurisdição. Desse modo, ela poderia ter proporcionado uma melhor compreensão de nosso mundo pluralista, no qual normas não-Estatais concorrentes devem encontrar seu lugar entre formas mais semelhantes a leis. Poderia ter liderado a posição crítica do império informal,⁴³ povoado por atores corporativos multinacionais, cadeias de valor transfronteiriças e mercados sem fronteiras, que são o próprio material do direito (internacional) privado. Pode-se dizer que o problema, então, é mais profundo do que a mera irrelevância. Suas deficiências, ou pior, seus lados mais sombrios, pelos quais já foi criticado por seu papel na moderna atividade imperial, podem ser a própria causa do grande imbróglio além do Estado em que o próprio direito está perdendo lugar para alternativas, visões de mundo mais críveis.

3 VOLTAM OS CONFLITOS... BEM, MAIS OU MENOS

Em cada um desses pontos, vocabulários disciplinares alternativos entraram em cena e deslocaram o direito internacional privado com ‘declarações’ mais empolgantes⁴⁴ como ‘mudanças de estado’ contemporâneas.⁴⁵ Sem renovação teórica, a antes reverenciada disciplina conceitual já não apresenta uma visão de mundo com a qual entender o caos global – um ponto em que a promessa do pluralismo jurídico é muito mais ambiciosa. Quaisquer que sejam as razões que levaram ao seu atual eclipse, no entanto, justificaram sua rejeição pelas pesquisas atuais, e apesar da riqueza de sua história e potencial, a disciplina provavelmente não está, ou não está mais, fazendo as perguntas certas, propondo os métodos apropriados, ou usando uma epistemologia adequada. No entanto, paradoxalmente, no exato momento em que parece deslocada por vocabulários concorrentes, um exame mais detalhado mostra que ela é investida de uma nova relevância. O pensamento pluralista ‘colou’ nos conflitos. Em muitos aspectos, as ideias do novo pensamento global têm conotações de reinvenção da roda – de um modo mais rico e interdisciplinar.

O constitucionalismo global é enquadrado como fornecedor dos modos de interação entre sistemas normativos sobrepostos. A ciência política exige "normas de interface".⁴⁶ O

⁴³Ver, em geral: KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*. University of Toronto Law Journal, v. 61, n. 1. Toronto: University of Toronto Press, 2011, p. 1-36.

⁴⁴ WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 148-77.

⁴⁵ BRETT, Annabel S. *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⁴⁶ KRISCH, Nico. *The Structure of Postnational Authority*. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.



problema central apontado pelo pluralismo jurídico contemporâneo é enquadrado em termos de normas concorrentes e reivindicações de autoridade, enquanto as soluções propostas para sua acomodação mútua assumem a forma de deferência, coordenação ou síntese, e competição. A diversidade assim descrita, os termos definidos, os métodos utilizados, os valores envolvidos são todos amplamente familiares à história do direito internacional privado, em uma época ou outra. A disciplina surgiu da concorrência de diferentes reivindicações de autoridade (religiosa e secular; independência política); teve que enfrentar tradições heterogêneas de legislar (costumes escritos e orais; sistemas formais e informais); colocou em oposição o que é geralmente conhecido como ‘justiça dos conflitos’⁴⁷ e aspirações alternativas como eficiência econômica; atuou de diversas maneiras em direitos individuais ou sistemas legais; incluiu Estados não reconhecidos e povos indígenas; esteve entre o direito público e o direito privado; experimentou regras substantivas, princípios de deferência ou subsidiariedade; ficou dividida entre o apego à neutralidade e a busca de valores; oscilou entre a construção de comunidade e os ditames da soberania; forneceu o espaço emblemático para explorar as virtudes das regras e padrões, segurança e flexibilidade; e explorou os limites da tolerância e ainda oscila a partir da fé no universalismo para a resignação diante das irreduzíveis interpretações culturais.

Não surpreende, portanto, que a metodologia jurídica internacional privada – ainda que substancialmente revisitada – tenha atraído nova atenção, a ponto de ser apontada como o único conteúdo plausível do ‘constitucionalismo social global’.⁴⁸ Como reconhece Paul Berman, “estas doutrinas (de direito internacional privado) tornam-se uma maneira central de navegar pelas interações, usando princípios que navegam entre o formalismo jurídico e a praticidade política”.⁴⁹ A esse respeito, o direito internacional privado contém um arsenal sofisticado de princípios metodológicos que certamente se encaixam na ideia pluralista de coordenação; é desnecessário desenvolvê-lo em detalhes aqui. A escolha da lei aplicável e os padrões de todos os tipos, diversas ‘abordagens’, teorias de aplicação incidental, reenvio e, com uma pitada de imaginação, subsidiariedade, deferência e poliarquia deliberativa, são apenas algumas das

⁴⁷ Ver, por exemplo, Jeune apresentando o direito internacional não como uma disciplina desprovida de valores substantivos, mas como um poderoso catalisador para a justiça multi-Estadual. JUENGER, Friedrich K. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Leiden: Brill, 2001.

⁴⁸ TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2011.

⁴⁹ O outro lado desse movimento é a nova proeminência do constitucionalismo: “Se [...] vemos o constitucionalismo como estabelecendo as regras básicas para a interação entre as autoridades relativas, o constitucionalismo se torna mais importante do que nunca”. BERMAN, Paul Schiff. *The Evolution of Global Legal Pluralism*. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.



técnicas à sua disposição, com as quais pode oferecer o mapa de navegação que falta ao pluralismo jurídico. Pode-se argumentar que o direito internacional privado teria sido capaz de "estabelecer as regras básicas para a interação entre autoridades",⁵⁰ com um pequeno empurrão. Nem precisa ser rejeitado como mero instrumento inteligente. Ele possui uma rica teoria que envolve de direitos (transitórios ou não), leis (incluindo o status de direito estrangeiro), cortesia, soberania, coordenação ou tolerância. Recentemente, ele apareceu como um repositório sofisticado para a interdisciplinaridade,⁵¹ fornecendo um arcabouço discursivo que estrutura o pensamento,⁵² uma epistemologia de sistemas complexos ou um novo impulso para a governança global.⁵³

Como ciência,⁵⁴ então, o retorno do direito internacional privado mostra-se possível. Ele aparece como um sério candidato a ocupar uma função significativa de governança no 'espaço jurídico global' definido como além do alcance e fora dos limites da soberania do Estado ou de instituições endossadas pelo Estado. Afinal, há muito tempo que sua linha de atividades faz sentido nas interações que ultrapassam as fronteiras do Estado e recaem nas lacunas existentes entre a soberania nacional e o direito internacional público. Ao mesmo tempo, no entanto, a complacência seria amplamente descabida. A suspensão intelectual contemporânea do direito internacional privado certamente garante um modesto desvio das várias vertentes prósperas da teoria do direito global. De fato, ele pode ter muito a aprender com outros vocabulários disciplinares, seja sobre a definição de conflitos ou seus modos de resolução, e isso pode levar a uma reformulação radical de seus próprios problemas centrais. De fato, se encontros entre normas heterogêneas ou expressões de diversos tipos de autoridade informal são centrais para a compreensão da paisagem normativa além dos confins da soberania do Estado, os esquemas tradicionais de inteligibilidade subjacentes ao direito internacional privado precisam levar em consideração várias dimensões adicionais da complexidade global. Se ele o

⁵⁰ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.

⁵¹ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁵² Ver, em geral: MUIR WATT, Horatia. New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? In: VAN HOECKE, Mark (Ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart, 2004, p. 271.

⁵³ Ver, em geral: MUIR WATT, Horatia; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 400 p.

⁵⁴ Sobre o (paradoxal) 'retorno da ciência', ver, em geral: POMPER, Philip; SHAW, David Gary (Orgs.). *The Return of Science: Evolution, History, and Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002, por um período de descrença crescente nos valores da modernidade.

fizer e conseguir enfrentar esse desafio, poderá emergir consideravelmente esclarecido pela teoria do direito global. O contrário também é verdade, no entanto.

4 O QUE PLURALISMO SIGNIFICA NESSE CONTEXTO

Pluralismo pode significar muitas coisas, como Brian Tamanaha destacou.⁵⁵ Ele tem sido usado, e sem dúvida ainda pode ser, para justificar a predominância da lei colonial sobre os indígenas⁵⁶, tanto quanto poderia ser utilizado no sentido contrário, para perturbar as tendências globais para suavizar a diferença cultural (local).⁵⁷ No nosso contexto específico, o pluralismo é entendido como distinto do liberalismo, exatamente da mesma maneira que pode ser diferenciado do bilateralismo (ou 'multilateralismo') e conectado ao unilateralismo ou às teorias neo-estatutárias, dentro do direito internacional privado. Da mesma forma, como um modo de relacionamento com outras ordens jurídicas autônomas, pode ser diferenciado, no direito internacional público, do monismo ou de visões hierárquicas da ordem jurídica mundial.⁵⁸ Novamente, no contexto do direito comparado, rejeita uma presunção de similaridade em oposição a uma valorização da diferença.⁵⁹ O que é necessário, então, é algo no caminho de um esforço colaborativo, interdisciplinar. Várias questões ou escolhas espinhosas enfrentam tanto o direito internacional privado quanto o pluralismo jurídico quando reivindicam relevância fora de contextos inter-nacionais ou infra-Estatais, respectivamente. É necessário explorar as maneiras pelas quais os primeiros podem obter e contribuir com as ideias mais recentes dos últimos. A anatomia do 'conflito' precisa ser revisada, a fim de mudar a perspectiva a partir da qual perguntas de teoria jurídica são feitas.

Esse exercício leva às seguintes percepções: o uso de uma análise de direito internacional privado dentro de uma estrutura pluralista leva os conflitos ao plano central⁶⁰ em

⁵⁵ Ver, em geral: TAMANAHA, Brian Z. Introduction: A Bifurcated Theory of Law in Hybrid Societies. In: KÖTTER, Matthias et al (Eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Palgrave MacMillan, 2015.

⁵⁶ Ver, em geral: ASSIER-ANDRIEU, Louis. Penser le temps culturel du droit: Le destin du concept de coutume en anthropologie. *L'Homme. Revue française d'anthropologie*, n. 160. Paris: Éditions de l'EHESS, 2001, p. 67-90; BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁵⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto*. Bari: Laterza, 2013. 171 p.

⁵⁸ Ver, em geral: BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁵⁹ Ver, em geral: LEGRAND, Pierre. Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, v. 1. London: Wildy, p. 13-40.

⁶⁰ BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksimilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 166.



qualquer tentativa de compreender o que a lei ‘é’ em nosso ‘mundo de luta’ contemporâneo.⁶¹ Ele destaca as maneiras pelas quais a lei sempre surge de disputados interesses e sempre pode ser interpretada de várias maneiras. Ele não procura se ‘adaptar’ à norma estrangeira em seu próprio esquema, mas aceita a outra norma, ainda que diferente (contanto que o limiar de tolerância não seja ultrapassado: veja abaixo), e trabalha para garantir a comunicação, ao invés da assimilação. É aqui que pluralismo difere de bilateralismo, hierarquia e liberalismo. Da mesma forma, permite outras reivindicações à autoridade legislativa em seus próprios termos. Em outras palavras, aceita que, quando é aberto espaço para a aplicação de leis estrangeiras, a localização da autoridade fica na outra norma.⁶² O pluralismo, portanto, acolhe a norma estrangeira, mas não decide em seu lugar quando e como se aplica. Isso não exclui dispositivos projetados para melhor atravessar inevitáveis lacunas ou sobreposições, como os desenvolvidos por doutrinas neo-estatutárias (efetividade, expectativas legítimas, retorno ao foro, ou outros).⁶³ Ele se esforça para uma coordenação ‘leve’ com base que cada sistema autônomo é pelo menos cognitivamente aberto à potencial ‘relevância’ dos outros.⁶⁴ A busca por coordenação pode ser o único princípio meta-constitucional global aceitável, como Teubner argumenta.⁶⁵

75

O pluralismo não exclui, no entanto, a operação de um mecanismo de exclusão quando o limiar de tolerância é ultrapassado. Esse ponto foi calorosamente debatido,⁶⁶ como se o pluralismo demandasse uma tolerância do intolerável, mas as versões de direito internacional privado da teoria pluralista demonstram que o recurso à exceção da ordem pública como último recurso *ex post* é perfeitamente concebível nesse contexto; ela pode até ser a própria condição para o pluralismo funcionar. O pluralismo aceita os ‘híbridos’ como inevitáveis. Nenhuma instituição ou reivindicação estrangeira terá efeito exterior, em outro foro, exatamente como foi

⁶¹ KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. New York: Princeton University Press, 2016.

⁶² BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.

⁶³ Nestes bem conhecidos aspectos dos das correntes estatutárias ver: BUREAU, Dominique; MUIR WATTT, Horatia. *Droit international privé*. 3 ed. Paris: PUF, 2014, p. 333 e ss.

⁶⁴ ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975. 174 p.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2011; Nesse sentido: ROUGHAN, Nicole. From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016; DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil 2013.

⁶⁶ Ver, em geral: GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013, p. 783-800; em resposta, BERMAN, Paul Schiff. How Legal Pluralism Is and Is Not Distinct from Liberalism: A Response to Alexis Galán and Dennis Patterson. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013, p. 801-08.

estruturada inicialmente. O monismo, o bilateralismo, as visões hierárquicas do direito internacional e o direito comparado baseado em semelhanças projetam, em certa medida, a ideia contrária: o direito estrangeiro é introduzido e feito para se adaptar como está. Mas a hipótese do direito internacional privado é exatamente o contrário: uma norma estrangeira é sempre transformada por meio de interpretação ou combinação com as regras processuais do foro, e assim por diante.⁶⁷ O pluralismo também poderia ganhar ao frequentar o direito internacional privado, incorporando seu modo intelectual (ou ‘estilo’), que foi muito bem identificado como ‘como se’.⁶⁸ Em outras palavras, antes que qualquer decisão definitiva possa ser tomada sobre aplicabilidade e articulação de diversas normas, o resultado deve ser testado. Isso se adapta bem à inevitável avaliação da proporcionalidade do resultado final, que por si só é um dispositivo pluralista.⁶⁹ Tomar emprestado do pluralismo poderia ajudar a resolver o dilema da legitimidade que é cada vez mais preocupante no direito internacional privado, devido ao aumento ou maior visibilidade da autoridade não-Estatal e das formas heterogêneas de legislar. Estes não são ‘direito’ no paradigma tradicional de direito internacional privado; estão fora dos limites, por assim dizer, em razão de um julgamento *ex ante* sobre a legitimidade. Mas, sob uma abordagem pluralista, as questões de legitimidade são tratadas *ex post*: não há julgamentos *a priori* que serviriam para excluir certas reivindicações (como a lei não-Estatal).

76

5 PÓS-ESCRITO: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO MODO PLURALISTA, NA PRÁTICA

Talvez não seja surpreendente que a prática não tenha esperado que a teoria a alcançasse para de fazer um movimento igualmente aventureiro. Ela já teve que enfrentar demandas, valores, interesses, ideais e normas conflitantes, que aparecem além das atribuições da do direito do Estado, em esferas variadas e com diversas participações e dinâmicas complexas. Ela é naturalmente menos livre do que a teoria do direito para romper com os vocabulários convencionais para reagir adequadamente.

⁶⁷ No caso *Kiobel* na Court of Appeals for the Second Circuit (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 621 F. 3d 111 (2nd Cir. 2010)), a situação do direito internacional deu origem a um debate que poderia ser enquadrado exatamente nesses termos; ver: MUIR WATT, Horatia. Les Enjeux de l’Affaire *Kiobel*: Le Chaînon Manquant dans la Mise en Œuvre de la Responsabilité des Entreprises Multinationales en Droit International Public et Privé. In: *Comité Français de Droit International Privé. Années 2010–2012*. Paris: Pedone, 2013, p. 233.

⁶⁸ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke Law, 2008, p. 1-18.

⁶⁹ KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick: Beard Books, 1975. 273 p.

Um exemplo particularmente ousado, que ao mesmo tempo reconhece os conflitos entre a expansão dos regimes autônomos e propõe uma resposta igualmente pluralista em termos de análise, pode ser encontrado em um caso recente de escravidão infantil em tribunal federal dos EUA envolvendo fazendas de cacau na Costa do Marfim. Apropriadamente, como ilustração de um problema que é emblematicamente global, diz respeito ao funcionamento das cadeias de valor e mercados de commodities mundiais, que são indiscutivelmente as receitas mais potentes para externalidades destrutivas no ambiente social e ecológico global hoje. O Tribunal (*US Court of Appeals for the 9th Circuit*) se refere (para fins jurisdicionais, nos termos do *Alien Tort Statute*) à alavancagem econômica exercida por uma determinada marca no mercado mundial de commodities, a partir da qual extrai inferências legais. Assim, em *Doe v. Nestle USA, Inc.*,⁷⁰ o Tribunal afirma:

[...] os réus tinham controle suficiente sobre o mercado de cacau da Costa do Marfim para que pudessem interromper ou limitar o uso de trabalho escravo infantil por seus fornecedores. Os réus não usaram seu controle para impedir o uso da escravidão infantil, mas, em vez disso, ofereceram apoio que o facilitou. Visto juntamente com a alegação de que os réus se beneficiaram do uso de escravidão infantil, a falha dos réus em impedir ou limitar a escravidão infantil apoia a inferência de que eles pretendiam manter esse sistema em vigor. Os réus dispunham de meios para impedir ou limitar o uso da escravidão infantil e, se quisessem acabar com o trabalho escravo, poderiam ter aproveitado a sua influência no mercado do cacau para detê-lo [...] os réus participaram de esforços de lobby concebidos derrotar a legislação federal que exigiria que importadores e fabricantes de chocolate certificassem e rotulassem seu chocolate como ‘livre de escravo’. Como alternativa à legislação proposta, os réus, juntamente com outros da indústria do chocolate, apoiaram um mecanismo voluntário por meio do qual os a indústria do chocolate se policiaria.⁷¹

77

Notavelmente, nenhuma das ferramentas tradicionais do paradigma jurídico moderno faz parte do raciocínio jurídico usado pelo Tribunal. Território, soberania ou os requisitos da política externa são o foco tradicional da abordagem mais familiar do direito (internacional privado) para a governança da conduta corporativa no exterior. Aqui, por outro lado, é reconhecido o poder, ou a alavancagem, de atores privados no mercado, por meio de suas marcas, assim como sua capacidade de se envolver em captura regulatória por meio do *lobby* e do triunfo da auto-regulação. A resposta jurídica pode ser entendida em termos da

⁷⁰ 766 F. 3d 1013 (9th Cir. 2014).

⁷¹ 766 F. 3d 1025 (9th Cir. 2014). Tradução livre do texto original citado pela autora, feita pela tradutora.

responsabilidade social, do *touchdown* jurisdicional,⁷² do acesso da vítima à justiça (ao invés de jurisdição territorial, contrato, forma corporativa, mercado) e de um horizonte político em que a busca do lucro ou da eficiência do mercado é balanceada com outros valores.

O que o Tribunal está claramente tentando fazer, dentro dos limites formais de uma determinação de jurisdição, é levar a pressão do sistema jurídico a um ponto (em vários vocabulários, um ‘hub’, elo mais fraco ou ‘ponto de pressão’, ou um ponto de ‘*touchdown* jurisdicional’) em uma cadeia de produção global. Além disso, a passagem citada chama a atenção para outros fenômenos normativos que envolvem poder privado, auto-regulação, pressão de reputação e certificação de conformidade com padrões morais.

Esses são entendimentos eminentemente pluralistas do poder de legislar. Eles também remetem ao corpo de conhecimento que inicialmente surgiu em um contexto pré-moderno de autoridades plurais, territórios inexplorados, e fronteiras indeterminadas entre as esferas pública e privada. É por isso que, como uma conclusão a essas breves observações, nós podemos esperar que uma teoria aprimorada do direito internacional privado tenha o potencial de servir ao cerne problemático do direito global e sua relação com a justiça global, contribuindo com princípios com os quais governar a autoridade não-Estatal; infundir interações normativas híbridas com ideias de tolerância e acomodação mútua; e garantir a responsabilização nos processos globais de tomada de decisão por meio de deliberação,⁷³ contestação,⁷⁴ e reconhecimento.⁷⁵

78

REFERÊNCIAS

ASSIER-ANDRIEU, Louis. Penser le temps culturel du droit: Le destin du concept de coutume en anthropologie. *L'Homme*, n. 160. Paris: Éditions de l'EHESS, 2001, p. 67-90.

AUDREN, Frédéric Audren; BARBOU DES PLACES, Ségolène. *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*. Paris: L.G.D.J., 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *L'identité*. Paris: L'Herne, 2010.

⁷² Ver, em geral: WAI, Robert. Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, 40(2). New York: Columbia Law School, 2002, p. 209-274.

⁷³ Ver, em geral: SCOTT, Craig; WAI, Robert. Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational “Private” Litigation. In: JOERGES, Christian et al (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

⁷⁴ Ver, em geral: BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflict of laws. In: MUIR WATT, Horatia; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014 (Capítulo 13).

⁷⁵ MUIR WATT, Horatia. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428.

- BATELSON, Jens Bartelson. *Sovereignty as Symbolic Form*. Abingdon: Routledge, 2014.
- BATIFOLL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz 1956.
- BECK, Ulrich. *La société du risque*. Paris: Flammarion, 2008.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1992.
- BECK, Ulrich; BONB, Wolfgang (Eds.). *Die Modernisierung der Moderne*. Berlin: Suhrkamp, 2001.
- BECKERS, Anna. Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes. DPhil Thesis. Maastricht: Maastricht University, 2014.
- BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BERMAN, Paul Schiff. How Legal Pluralism Is and Is Not Distinct from Liberalism. *Int. J. of Const. Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013. p. 801–08.
- BERMAN, Paul Schiff. The Evolution of Global Legal Pluralism. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 151-188.
- BODEN, Didier. *L'ordre public: limite et condition de la tolerance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thesis Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2002.
- BOMHOFF, Jacco. The Constitution of the Conflict of laws. In: MUIR WATT, Horatia; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014 (Capítulo 13).
- BRETT, Annabel S. *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- BUREAU, D; MUIR WATT, H. *Droit international privé*. 3 ed. Paris: PUF, 2014.
- COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- DAVIS, Kevin et all. (Eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Quantifications and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil 2013.

GALÁN, Alexis; PATTERSON, Dennis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3). Oxford: OUP, 2013. p. 783-800.

HERBERG, Martin. Global Governance and Conflict of Laws from a Foucauldian Perspective: The Power / Knowledge Nexus Revisited. *Transnational Legal Theory*, 2 (2). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 243-269.

FRANCESCAKIS, Phocion. *La théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

FRYDMAN, Benoît. *Comment penser le droit global? Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit no 2012/01*. Disponível em: <https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FRYDMAN, Benoît; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant 2014.

GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Polity Press, 1996.

JUENGER, Friedrich K. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Leiden: Brill, 2001.

KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. New York: Princeton University Press, 2016.

KENNEDY, D. A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; Christopher TOMLINS, Christopher. *Part III - Structures of the Legal Contemporary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 365-385.

KENNEDY, D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 19-73.

KENNEDY, D. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Frederick: Beard Books, 1975.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68. Durham: Duke University, 2005, p. 15-62.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. Foreword. *Law & Contemporary Problems*, v. 71, n. 3. Duke: Duke Law, 2008. p. 1-18.

- KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1. Toronto: University of Toronto, 2011. p. 1-36.
- KOSKIENNEI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- KRISCH, Nico. The Structure of Postnational Authority. In: COTTERRELL, R; DEL MAR, M (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2). Bloomington: Indiana University Press, 2013, p. 605-628.
- LEGRAND, Pierre. Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, v. 1. London: W & S, p. 13-40.
- JOUANNET, Emmanuelle. *The Liberal-Welfarist Law of Nations: A History of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MICHAELS, Ralf. After the Revolution-Divide and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009. p. 11-30.
- MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law Beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Eds.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford: Hart, 2013. p. 287-373.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013.
- MOYN, Samuel Moyn. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: HUP, 2010.
- MUIR WATT, Horatia. Fundamental Rights and Recognition in Private International Law. *European Journal of Human Rights*, 3. Bruxelas: Larcier, 2013. p. 411-434.
- MUIR WATT, Horatia. La globalization et le droit international privé. In: HEUZÉ, Vincent et all (Eds.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015.
- MUIR WATT, Horatia. New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? In: VAN HOECKE, Mark (Ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart, 2004. p. 271-284
- MUIR WATT, Horatia. Private International Law beyond the Schism. *Transnational Legal Theory*, 2 (3). Abingdon: Taylor & Francis, 2011. p. 347-428.
- MUIR WATT, Horatia. Les Enjeux de l’Affaire Kiobel: Le Chaînon Manquant dans la Mise en Œuvre de la Responsabilité des Entreprises Multinationales en Droit International Public et Privé. In: *Comité Français de Droit International Privé, 2010–2012*. Paris: Pedone, 2013.
- MUIR WATT, Horatia; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

OGUS, Anthony. The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(3). Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 419-434.

POMPER, Philip e SHAW, David Gary (Orgs.). The Return of Science, Evolution, History, and Theory. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

PREUß, Ulrich K. Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture. In: FRANKENBERG, Günter (Ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. *Recueil des Cours*, t. 80. La Haye: Académie de Droit International de la Haye, 1952.

ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975.

ROUGHAN, Nicole. From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide. In: COTTERRELL, Roger; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

SCOTT, Craig; WAI, Robert. Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational “Private” Litigation. In: JOERGES, Christian et al (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

SYMEONIDES, Symeon C. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TAMANAH, Brian Z. Introduction: A Bifurcated Theory of Law in Hybrid Societies. In: KÖTTER, Matthias et al (Eds.). *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*. London: Palgrave MacMillan, 2015.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Princeton University Press, 1994. 192 p.

WAI, Robert. Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, 40(2). New York: Columbia Law School, 2002. p. 209-274

WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

