



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

EDUARDO BUENO RODRIGUES

**A GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO TRANSNACIONAL E A
EXTRATERRITORIALIDADE DAS NORMAS:
A ATUAÇÃO DOS ATORES DE MERCADO**

Londrina
2022

EDUARDO BUENO RODRIGUES

**A GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO TRANSNACIONAL E A
EXTRATERRITORIALIDADE DAS NORMAS:
A ATUAÇÃO DOS ATORES DE MERCADO**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Profa. Tânia Lobo Muniz

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Rodrigues, Eduardo Bueno.

A globalização, regulação transnacional e a extraterritorialidade das normas : a atuação dos atores de mercado / Eduardo Bueno Rodrigues. - Londrina, 2022.
111 f.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Spciais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.
Inclui bibliografia.

1. Direito Internacional - Tese. 2. extraterritorialidade - Tese. 3. negócios jurídicos - Tese. 4. proteção de dados - Tese. I. Muniz, Tânia Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

EDUARDO BUENO RODRIGUES

**A GLOBALIZAÇÃO, REGULAÇÃO TRANSNACIONAL E A
EXTRATERRITORIALIDADE DAS NORMAS:
A ATUAÇÃO DOS ATORES DE MERCADO**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Orientadora Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Patrícia Ayub da Costa
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Wagner Menezes
Universidade de São Paulo - USP

Londrina, 20 de dezembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Bruna Faria, minha parceira para todos os momentos da vida. A presente pesquisa foi realizada quase que integralmente durante um período de isolamento, incerteza e desafios para o mundo, mas dividir estes dois anos do mestrado com a Bruna fez com que tudo fosse mais amável, divertido e inesquecível, mesmo nos momentos mais cansativos que a pesquisa e a pandemia acarretaram. Não somente isso, a Bruna é, necessariamente, coautora desta pesquisa e todas as outras que foram publicadas até então, seja de forma direta, quando na pesquisa e escrita ativa; ou de forma indireta, resultante de nossos debates e deliberações. Obrigado por tudo que passamos juntos, você me inspira em cada segundo ao seu lado.

Agradeço também à todas as pessoas que nos ajudaram durante esses dois anos, especialmente durante os momentos de sobrecarga do mestrado. Aos meus pais, Rosana e Edson, que nos apoiaram, mesmo quando tiveram que manter a distância. À minha mãe, sou grato não só pelo apoio financeiro durante esse período, mas também pela diligência e segurança durante a pandemia, nós nos mantemos em cidades diferentes, porém saudáveis e nos comunicando quase todos os dias, muito obrigado por todo o apoio. Ao meu pai, que durante esse período nos ajudou com mesas para o nosso escritório, frutas e vegetais frescos e se manteve saudável durante a pandemia. Aos pais da Bruna, Adeildo e Mauriceia, que também nos apoiaram muito durante o mestrado e a pandemia com frutas e outras comidas quando não tínhamos tempo para mais nada. Aos amigos que ofereceram companhia, mesmo que nos comunicando majoritariamente pela Internet.

Agradeço as professoras e professores que fizeram este caminho acadêmico possível, especialmente as professoras Tânia Lobo Muniz, pela orientação e apoio; Patrícia Ayub da Costa, que ofereceu as bases para chegar até aqui; e Juliana Nakayama, pelo suporte ao longo da graduação que permitiu o ingresso no mestrado. E, também, aos professores do Mestrado em Direito Negocial pelos ensinamentos e bibliografias. A pesquisa é um trabalho conjunto e cada um de vocês foi essencial na formação do conhecimento.

**If you're certain, you're certainly wrong,
because nothing deserves certainty. –
Bertrand Russel**

RESUMO

RODRIGUES, Eduardo Bueno. **A globalização, regulação transnacional e a extraterritorialidade das normas**: a atuação dos atores de mercado. 2022. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

O tema da pesquisa são normas nacionais que utilizam de atores econômicos privados inseridos na dinâmica da globalização econômica para alcançar efeitos extraterritoriais. A expansão unilateral da tutela estatal para além da jurisdição do regulador impacta os negócios jurídicos transnacionais e o Direito nos países onde atuam, gerando harmonização legislativa em resposta aos fatores econômicos. Questiona se essas normas extraterritoriais são válidas e eficazes para a harmonização legislativa. Tem como hipótese que a criação de normas extraterritoriais é uma ferramenta válida e eficaz para a harmonização legislativa. O objetivo geral é: demonstrar que a criação de normas extraterritoriais é uma ferramenta válida e eficaz para a harmonização legislativa. A pesquisa adota a concepção de globalização de Sassen, em que processos globais se estruturam nos nacionais; e de José Eduardo Faria sobre a globalização econômica, em que a soberania estatal se torna relativizada diante de uma co-dependência de mercados transnacionais. Isso permite a formação das normas extraterritoriais baseadas nos atores de mercado, surgidas com as leis antitruste dos EUA com fulcro na Teoria do Impacto Territorial. Adota uma abordagem de divisão espacial destas normas, assumindo uma característica de *lex mercatoria* quando fora do território. Sustenta a validade da *lex mercatoria* em Teubner e Luhmann, de sistema jurídico autorreprodutivo, visando a resolução de conflitos baseada no binômio legal/ilegal. Encerra com a análise do Efeito Bruxelas, hegemonia legislativa da União Europeia com base em normas extraterritoriais apoiadas em cinco requisitos: tamanho do mercado; capacidade regulatória; padrões rigorosos; destinatários inelásticos; e não-divisibilidade. Verifica-se, ao final, três casos exemplificativos dentro da proteção de dados: um de sucesso na harmonização legislativa; um de inoperabilidade do comércio; e um de conflito entre normas extraterritoriais. Conclui que as normas extraterritoriais são ferramentas válidas e eficazes para a harmonização legislativa, sustentando-se na característica espacial dual e no pluralismo jurídico, mas que agregam novos desafios para o Direito Internacional. A pesquisa se insere no Mestrado em Direito Negocial, na linha sobre Estado Contemporâneo: Relações empresariais e Relações Internacionais ao abordar normas necessariamente vinculadas aos negócios jurídicos transnacionalizados pela atuação das empresas; e se insere no projeto de pesquisa da orientadora Dra. Tânia Lobo Muniz, abordando estas normas como um mecanismo para a pacificação social e segurança jurídica em um mundo de transformações globais, uma vez que as normas extraterritoriais se apresentam, simultaneamente, como um sintoma dos desafios da globalização e um possível instrumento de efetivação de direitos quando o Direito nacional e o Direito Internacional vinculativo se ausentam. A expectativa é que a pesquisa contribua para uma compreensão das normas extraterritoriais inseridas nos negócios jurídicos transnacionais em uma compreensão atualizada. O estudo é teórico com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: normas de efeito extraterritorial; direito transnacional; negócios jurídicos; direito internacional.

ABSTRACT

RODRIGUES, Eduardo Bueno. **Globalizations, transnational regulation, and the extraterritoriality of norms: the operation of market actors.** 2022. 108 p. Dissertation (Master's in Business Law) – State University of Londrina, Londrina, 2022.

The subject of the research is national norms that use private economic actors inserted in the dynamics of economic globalization to achieve extraterritorial effects. The unilateral expansion of state protection beyond its jurisdiction impacts transnational legal businesses and the law of the countries where these businesses reach, thus affecting legislative harmonization in response to economic factors. It questions whether these extraterritorial norms are valid and effective for legislative harmonization. The hypothesis is that the creation of extraterritorial norms is a valid and effective tool for legislative harmonization. The general objective is to demonstrate that the creation of extraterritorial norms is a valid and effective tool for legislative harmonization. The research adopts Sassen's concept of globalization, in which global processes structure themselves into the national; and José Eduardo Faria's approach to economic globalization, in which state sovereignty becomes relativized due to a co-dependence of transnational markets. These allows for the formation of the extraterritorial norms based on private market actors, which emerged within the US antitrust laws and the Territorial Impact Theory. It adopts a spatial division approach to these norms, taking on a characteristic of *lex mercatoria* when outside of the territory. It sustains the validity of *lex mercatoria* under Teubner and Luhmann, of a self-reproducing legal system, aiming at the resolution of conflicts based on the legal/illegal binomial. It concludes with the analysis of the Brussels Effect, the legislative hegemony of the European Union based on extraterritorial norms supported by five factors: market size; regulatory capacity; rigorous standards; inelastic markets; and non-divisibility. In the end, three examples within data protection are exemplified: a case of successful legislative harmonization; a case of international trade inoperability; and a case of conflict between extraterritorial norms. It concludes that rules of extraterritorial effect are valid and effective tools for legislative harmonization, supported by its dual spatial characteristic and legal pluralism, but that it adds new challenges for International Law. The research is a part of the Masters Program in Business Law, in the subdivision of "Contemporary State: Business and International Relations", as it addresses norms necessarily linked to legal business transnationalized by corporations; and it is inserted in the research project of the supervisor Dr. Tânia Lobo Muniz, addressing these norms as a instrument for social pacification and legal security in a world of global transformations, since the extraterritorial norms present themselves simultaneously as a symptom of the challenges of globalization and a possible instrument for the expansion of rights when national law and binding international law are absent. The expectation is that the research will contribute to an understanding of the extraterritorial norms, inserted in transnational legal business in an updated understanding. The study is theoretical with bibliographic and documental research.

Key words: extraterritorial norms; transnational law; negotiation law; international law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Taxa máxima do imposto de renda marginal, 1979 a 2017.....	30
--	----

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – O tamanho da população mundial durante os últimos 12 mil anos	19
Gráfico 2 – Dias de greve por mil empregados (1971-2007)	24
Gráfico 3 – Taxa máxima do imposto de renda marginal, 1900 a 2017.....	30
Gráfico 4 – Quatro Crises do Capitalismo Democrático nos EUA (1970-2010).....	32

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Países da OECD: Taxas Médias de Crescimento.....	25
Tabela 2 – Crescimento Econômico Europeu, 1890-1992 (crescimento anual médio)	25

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CCPA	<i>California Consumer Privacy Act</i>
CLOUD Act	<i>Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act</i>
COPPA	<i>Children's Online Privacy Protection Act</i>
COVID-19	<i>Coronavirus Disease 2019</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPRA	<i>California Privacy Rights Act</i>
ECPA	<i>Electronic Communications Privacy Act</i>
EO	<i>Executive Order</i>
EUA	<i>Estados Unidos da América</i>
FISA	<i>Foreign Intelligence Surveillance</i>
FMI	<i>Fundo Monetário Internacional</i>
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
HIPAA	<i>Health Insurance Portability and Accountability Act</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
LGPD	<i>Lei Geral de Proteção de Dados</i>
NSA	<i>National Security Agency</i>
OMC	<i>Organização Mundial do Comércio</i>
OMS	<i>Organização Mundial da Saúde</i>
ONG	<i>Organização Não-Governamental</i>
ONU	<i>Organização das Nações Unidas</i>
OTAN	<i>Organização do Tratado do Atlântico Norte</i>
PIB	<i>Produto Interno Bruto</i>
SARS	<i>Síndrome Respiratória Aguda Grave</i>
SCA	<i>Stored Communications Act</i>
SoX	<i>Sarbanes-Oxley Act</i>
UE	<i>União Europeia</i>
USA Patriot	<i>Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	2GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O PROCESSO DE TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS ONDE SE INSEREM AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL	15
2.1	O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: LIBERALIZAÇÃO ECONÔMICA E ATORES ECONÔMICOS TRANSNACIONAIS.....	15
2.2	CRISE DE SOBERANIA E DO PARADIGMA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL.....	22
2.3	O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL E DIFICULDADE DE OPERAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS	36
3	AS BASES HISTÓRICAS E LEGAIS DAS NORMAS DE EFEITOS EXTRATERRITORIAIS	46
3.1	O QUE SÃO NORMAS DE EFEITOS EXTRATERRITORIAIS?	46
3.2	CLASSIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAIS.....	51
3.3	AS BASES HISTÓRICAS DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL: LEIS ANTITRUSTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	57
4	AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL NA CONTEMPORANEIDADE: LEX MERCATORIA, SOFT LAW E O EFEITO BRUXELAS	73
4.1	O EFEITO BRUXELAS: O FUNCIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL COMO REGULADOR UNILATERAL TRANSNACIONAL	73
4.2	HARMONIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET	83
4.3	INOPERABILIDADE DOS MERCADOS NA INCOMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL DE REGULAÇÃO DA INTERNET	90
5	CONCLUSÃO	98

REFERÊNCIAS	102
--------------------------	-----

1 INTRODUÇÃO

Os novos paradigmas da sociedade contemporânea representam um desafio para o Direito nacional e Internacional na pacificação social e resolução de conflitos. A dinâmica da liberalização dos mercados globais e os processos de interconectividade de atores no ambiente transnacional criam desafios para a efetividade do Direito nacional e, no momento, para a operabilidade do Direito Internacional.

As normas de efeito extraterritorial apresentam-se como um sintoma e uma solução paliativa para a efetivação de alguns direitos, que possam vincular-se aos negócios jurídicos transnacionais. Normas criadas unilateralmente por um Estado ou bloco regional, com alcance além do território de sua jurisdição, utilizando de atores de mercado para efetivamente exportar normas, principalmente vinculadas à princípios de Direito Internacional, para regiões e países menos regulados.

É diante destas normas de efeito extraterritorial vinculadas aos atores de mercado que se centra o tema da pesquisa, abordando aspectos sociológicos e jurídicos do Direito Internacional contemporâneo e suas novas configurações diante da transnacionalidade das relações interpessoais e negociais.

Assim, as normas de efeito extraterritorial vinculadas aos atores de mercado são analisadas, questionando seus fundamentos, validade, legitimidade e efetividade. Tem como hipótese que as normas de efeito extraterritorial são ferramentas válidas e eficazes para a harmonização legislativa, incluídas dentro dos limites principiológicos do Direito Internacional cogente. Para isso, divide a pesquisa em três capítulos, representando os objetivos específicos.

O primeiro capítulo aborda o fenômeno da intensificação da globalização econômica, estabelecendo os conflitos, desafios e o contexto histórico de relativização da soberania estatal, crescimento expressivo de atores de mercado transnacionais e dificuldade na efetivação e criação de direitos no âmbito do Direito Internacional vinculativo que podem viabilizar as normas de efeito extraterritorial trabalhadas.

O segundo capítulo busca descrever as normas de efeito extraterritorial vinculadas aos atores de mercado, abordando seu desenvolvimento histórico e seus debates de jurisdição, legitimidade e validade.

O terceiro capítulo busca compreender o impacto das normas de

efeito extraterritorial vinculadas aos atores de mercado na atual conjuntura, dialogando com novas perspectivas para o Direito Internacional e transnacional, abordando o tema pela ótica da *soft law* e da *lex mercatoria* e acrescentando exemplos de sucessos e desafios do fenômeno estudado.

A pesquisa se insere no Mestrado em Direito Negocial e na linha de pesquisa sobre Estado Contemporâneo: Relações empresariais e Relações Internacionais na medida em que aborda normas necessariamente vinculadas aos negócios jurídicos transnacionalizados pela atuação das empresas e justifica-se na necessidade de buscar a pacificação social e a resolução de conflitos em um contexto de incertezas jurídicas diante dos processos de interconectividade e transnacionalidade da globalização, adotando o fenômeno das normas de efeito extraterritorial como uma das possibilidades em crescimento, ainda que temporárias, para a manutenção de alguns direitos uma vez que promove harmonização legislativa e, conseqüentemente, segurança jurídica no ambiente transnacional. Assim, também, inserindo-se no projeto de pesquisa sobre “Perspectivas do direito internacional contemporâneo: (in) certezas – um mundo em transformação e os desafios para a pacificação social e a segurança jurídica” da prof. Dra. Tânia Lobo Muniz.

Tem como expectativa que o estudo contribua para uma melhor e atualizada compreensão das normas de efeito extraterritorial em sua característica contemporânea quando inseridas nos negócios jurídicos transnacionais. O estudo é teórico e utiliza do método dedutivo, com uso de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O PROCESSO DE TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS ONDE SE INSEREM AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL

O avanço das normas de efeitos extraterritoriais, especialmente aquelas vinculadas aos agentes de mercado é, simultaneamente, um sintoma e uma resposta à nova dinâmica da globalização econômica, intensificada com a abertura dos mercados internacionais e na transnacionalização das relações pessoais e negociais permitidas pelo avanço de tecnologias de comunicação e transporte. Diante deste novo contexto, é fundamental que se compreendam os conceitos e os paradigmas que levam ao uso e a possibilidade da aplicação extraterritorial de normas nacionais por agentes de mercado, isto é, o avanço da globalização econômica, a erosão da soberania estatal clássica e a transnacionalização das relações.

Nisto observa-se o processo de intensificação da globalização por uma perspectiva de liberalização econômica dos mercados globais a partir da segunda metade do século XX; o conseqüente avanço da relevância das empresas transnacionais – levando à uma relativização da soberania estatal na adoção de políticas públicas na medida em que os processos regulatórios se sujeitam aos interesses privados em uma competição pelo mercado mais vantajoso; a integração do indivíduo nas relações transnacionais criando complexidade na efetivação de direitos em nível global; e a dificuldade de operação das instituições internacionais e o do Direito Internacional em meio à esta integração global.

2.1 O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: LIBERALIZAÇÃO ECONÔMICA E ATORES ECONÔMICOS TRANSNACIONAIS

A globalização em si não é um fenômeno novo, uma vez que seus aspectos conceituais podem ser verificados desde a antiguidade, com autores defendendo a sua existência como vinculada ao próprio fenômeno do comércio e da exportação, com suas origens já no século III a.C. com evidências de exportação de produtos pela Índia para portos no golfo persa e no Mar Vermelho (FRANK, 1998, p. 88). Ao longo da história, a Estrada de Seda conectou vários países da Europa à Ásia, impulsionando o comércio global e, posteriormente, quando foi bloqueada pelo

Império Otomano, as grandes navegações permitiram que o comércio global conseguisse fluir ainda mais longe (BLAYDES, PAIK, 2022, p. 5).

André Gunder Frank (1998, p. 38, tradução nossa) destaca que o escopo da globalização é uma limitação da nossa linguagem, levando a crença de que tal processo só passou a existir durante o século XX:

Nossa própria linguagem e suas categorias refletem e, por sua vez, orientam mal nosso pensamento quando nos levam a supor que as partes vieram primeiro e depois apenas combinadas para fazer um todo: exemplos são nossa sociedade, meu país, a palavra alemã *Nationaloekonomie*, ou as relações internacionais com ou sem comércio internacional. Todos eles soam como se vivêssemos há muito tempo - e alguns de nós ainda gostariam de viver - em algumas "unidades" sociais, políticas e econômicas que tiveram alguma suposta existência imaculada desde a (sua) Criação. Não é simplesmente verdade que elas só se inter-relacionaram mais tarde ou mesmo agora.¹

É diante deste desafio terminológico, comum a diversos outros conceitos aqui trabalhados, que se deve fazer uma distinção clara sobre cada um dos termos utilizados. No caso da globalização, o que se abordará é a globalização moderna da sociedade pós-revolução industrial, já identificada em Karl Marx (2010, p. 43) em 1848:

Impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo terrestre. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte. Pela exploração do mercado mundial, a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países. Para desespero dos reacionários, ela roubou da indústria sua base nacional. As velhas industriais nacionais foram destruídas e continuam a ser destruídas diariamente. São suplantadas por novas indústrias, cuja introdução se torna uma questão vital para todas as nações civilizadas – indústrias que não empregam matérias-primas nacionais, mas sim matérias-primas vindas das regiões mais distantes, e cujos produtos se consomem não somente no próprio país, mas em todas as partes do mundo. Ao invés das antigas necessidades, satisfeitas pelos produtos nacionais, surgem novas demandas, que reclamam para sua satisfação os produtos das regiões mais longínquas e de climas os mais diversos. No lugar do antigo isolamento de regiões e nações autossuficientes, desenvolvem-se um intercâmbio universal e uma

¹Original: "Our very language and its categories reflect and in turn misguide our thinking when they lead us to suppose that the parts came first and then only combined to make a whole: examples are our society, my country, the German word *Nationaloekonomie*, or international relations with our without international trade. They all sound as though we long lived – and some of us would still like to live – in some social, political, economic 'units' which have had some allegedly pristine existence ever since (their) Creation. It is simply not true that they only became interrelated later or even now".

universal interdependência das nações. E isto se refere tanto à produção material como à produção intelectual. As criações intelectuais de uma nação tornam-se patrimônio comum. A estreiteza e a unilateralidade nacionais tornam-se cada vez mais impossíveis; das numerosas literaturas nacionais e locais nasce uma literatura universal.

Assim, o termo globalização passa, primeiramente, por uma perspectiva econômica clássica, como a interdependência entre Estados inseridos em uma lógica de mercados globais, em que as relações financeiras e econômicas ultrapassam o mero espaço nacional. Tal espaço nacional, na figura do Estado, por sua vez, torna-se cada vez mais impossibilitado de isolar-se².

Rouanet (2002, p. 237) compreende a globalização a partir do paradigma da modernidade, que, em sua visão, se refere aos comportamentos, modos de vida e formas de organização social que emergiram a partir do século XVII na Europa e que passam por um processo de internacionalização. Para o autor, a globalização nada mais é que a modernidade internacionalizada (ROUANET, 2002, p. 240).

O autor entende que a modernidade, e, portanto, a globalização, devem ser analisados por uma perspectiva econômica, cultural e política caracterizada tanto por sua eficiência, quanto pela autonomia individual que possibilita aos indivíduos. O autor explica:

Nessa perspectiva, a modernidade econômica passa a significar a capacidade de obter pelo trabalho os bens e serviços necessários ao próprio bem-estar, num sistema social que exclua a exploração da injustiça institucionalizada. A modernidade política significa a capacidade plena de exercer a cidadania, num estado de direito que assegure a vigência integral da democracia e dos direitos humanos. A modernidade cultural significa o livre uso da razão, sem tutelas de qualquer natureza - *sapere aude* kantiano – num contexto institucional que garanta a todos o direito à produção cultural e o direito de acesso à cultura. (ROUANET, 2002, p. 238)

Rouanet também defende que desde a internacionalização da

²Tentativas de se isolar diante de uma economia, cada vez mais globalizada, ocorreu até antes do estabelecimento do capitalismo moderno em vários impérios ao longo da história. A China, por exemplo, durante as dinastias Ming e Qing buscaram restringir o comércio marítimo para deter piratas e influência estrangeira considerada nociva a cultura chinesa hegemônica. Na época, permitiram o comércio apenas entre representantes autorizados pelo governo, também tributavam de forma excessiva mercadorias estrangeiras, o que empobreceu várias cidades litorâneas chinesas, causando rebeliões e aumento da pirataria e mercado negro (VON GLAHN, 1996, p. 216).

modernidade, o seu estudo não pode partir do Estado ou países e sociedade específicas, sendo a globalização, em sua visão, resultado da interferência direta da burguesia na busca constante por mercados novos, matéria prima, processos de produção mais eficientes etc. Para isso, é fundamental que as barreiras e fronteiras estatais se relativizem frente ao capital (ROUANET, 2002, p. 239).

Saskia Sassen entende a globalização como um fenômeno constituída por duas dinâmicas, uma explicitamente global e uma implicitamente global, inserida no território dos Estados. Na dinâmica explicitamente global, criam-se as instituições internacionais e os atores que atuam originalmente neste âmbito, em formações “inovadoras e auto-evidentes”, isto é, são organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização das Nações Unidas, os mercados financeiros globais.

Na dinâmica implicitamente global, os processos ocorrem no interior dos territórios nacionais, porém incluem relações transfronteiriças que conectam atores diversos em suas respectivas localidades, incluindo, por exemplo. Essa dinâmica implicitamente global é onde se inserem os negócios jurídicos, bem como as normas de efeito extraterritorial.³ Para Sassen, a globalização e suas múltiplas facetas deixa de lado o protagonismo do Estado na dualidade entre o nacional e o global, estruturando o global dentro do nacional. O conceito acomoda-se especialmente bem no tema das normas de efeitos extraterritoriais, oferecendo uma

³*One involves the formation of explicitly global institutions and processes, such as the World Trade Organization (WTO), global financial markets, the new cosmopolitanism, and the International War Crimes Tribunals. The practices and organizational forms through which such dynamics operate constitute what is typically thought of as global. Although they are partly enacted at the national scale, they are to a large extent novel and self-evidently global formations. The second set of dynamics involves processes that do not necessarily scale at the global level as such yet, I argue, are part of globalization. These processes take place deep inside territories and institutional domains that have been constructed largely in national terms in much of the world, though by no means in all of it. Although localized in national – indeed, in subnational – settings, these processes are part of globalization in that they involve transboundary networks and entities connecting multiple local or “national” processes and actors, or the recurrence of particular issues or dynamics in a growing number of countries or localities. Among these entities and processes I include, for instance, cross-border networks of activists engaged in specific localized struggles with an explicit or implicit global agenda, as is the case with many human rights and environmental organizations; particular aspects of the work of states – for example, the implementation of certain monetary and fiscal policies in a growing number of countries, often with enormous pressure from the International Monetary Fund (IMF) and the United States, because those policies are critical to the constitution of global financial markets; and the fact that national courts are now using international instruments – whether human rights, international environmental standards, or WTO regulations – to address issues where before they would have used national instruments. I also include more elusive emergent conditions, such as forms of politics and imaginaries that are focused on localized issues and struggles shared by other localities around the world, with all participants increasingly aware of this situation; I call these noncosmopolitan globalities”.*

explicação sociológica mais próxima dos novos contextos transnacionais contemporâneos. (SASSEN, 2007, p. 5-6)

Assim, é sobre a segunda dinâmica de Sassen que se sustenta o conceito de globalização adotado, ou seja, processos transnacionais de interconectividade entre atores de múltiplas localidades (SASSEN, 2007, p. 6). Esta interconectividade de atores é bem ilustrada pela análise da intensificação da globalização econômica moderna a partir da segunda metade do século XX, que ressignifica o papel do Estado e do Direito Internacional contemporâneo.

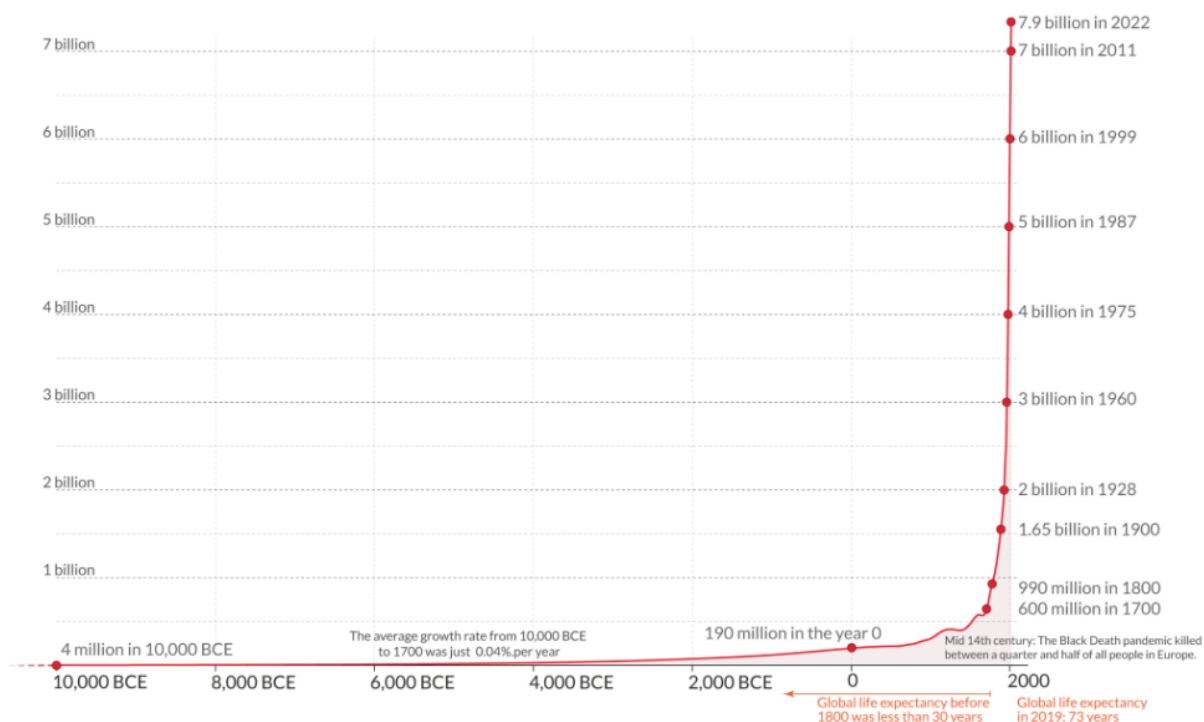
Habermas (2001, p. 58) explica que apesar da globalização ter sido benéfica para a humanidade, ainda trouxe desafios econômicos, sociais e culturais que precisam ser resolvidos. Para o autor, o processo de globalização começa no século XIX com a Revolução Francesa que, oficialmente, destrói o paradigma político da época respaldado nos privilégios da aristocracia e da monarquia e estabelece a burguesia como os *de facto* condutores do capitalismo econômico, fundamentado no *laissez faire* e na igualdade formal (ROPPO, 2006, p. 36).⁴

Além disso, ele comenta que houve um “extenso” século XIX (1789-1914) que foi sucedido por um “breve” século XX (1914-1989)”. Em sua visão, o século XX, é marcado pelo “a) o desenvolvimento demográfico, b) a mudança estrutural do trabalho e c) o curriculum dos progressos científicos-tecnológicos” (HABERMAS, 2001, p. 53) e da transformação do Estado Interventor na primeira e segunda guerra mundial para um Estado Regulador na perspectiva do Estado Social de Direito (FARIA, 2004, p. 114).

Habermas (2001, p. 54) narra que ao longo dos últimos dois séculos houve imenso progresso científico, especificamente na medicina e a partir da Revolução Industrial, que ajudou a alongar o ciclo de vida da humanidade. No entanto, isto causou uma explosão populacional que continua crescendo, como observado pelo Gráfico 1.

Gráfico 1 – O tamanho da população mundial durante os últimos 12 mil anos

⁴É neste tempo histórico que surge a autonomia de vontade como princípio clássico de todos os negócios jurídicos existentes, seja patrimonial, seja extrapatrimonial (ROPPO, 2006).



Fonte: ROSER, RITCHIE, ORTIZ-OSPINA (2013)

Estima-se que até 2100 existirão entre 9 e 13.2 bilhões de pessoas no mundo (GERLAND et. al., 2014, p. 2). No entanto, alguns países, a exemplo do Japão, passam por um envelhecimento, com uma alta proporção de idosos em comparação a taxa de natalidade que não chega a dois – número mínimo para repor ambos os genitores na força de trabalho. Estima-se que até 2030, o Japão terá um em três pessoas com mais de 65 anos (WALIA, 2019, on-line), o que implica em uma redução de crescimento econômico em 0.8% por ano se não houver aumento na taxa de natalidade (FMI, 2020, on-line).

Paralelamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) explica que 99% da população mundial respira ar insalubre, resultado da queima de combustíveis fósseis, sendo que sete milhões de pessoas por ano, em média, morrem prematuramente por doenças relacionadas a poluição do ar. Ademais, um mundo cada vez mais aquecido significa que mosquitos podem transmitir mais rapidamente doenças, e eventos climáticos extremos podem causar a perda de biodiversidade, degradação da terra e a escassez de água – transformando milhões de pessoas em refugiados ambientais⁵ (OMS, 2022, on-line).

Embora o progresso científico tenha beneficiado a humanidade com

⁵Para Guerra (2018, p. 191), refugiados ambientais, são “indivíduos forçados a migrar devido a desastres ambientais ocasionados por causas naturais ou interferência antrópica”.

o aumento da produtividade marginal e a expectativa de vida humana, a globalização econômica trouxe diversos desafios que impactarão a sobrevivência humana (OMS, 2022, on-line). O Diretor General da OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus afirma que “A crise climática é uma crise de saúde: as mesmas escolhas insustentáveis que estão matando nosso planeta estão matando pessoas [...]”⁶ (OMS, 2022, on-line, tradução nossa).

Ele complementa: “Necessitamos de soluções transformadoras para tirar o mundo de seu vício em combustíveis fósseis, para reimaginar economias e sociedades focadas no bem-estar, e para salvaguardar a saúde do planeta da qual depende a saúde humana”⁷ (OMS, 2022, on-line, tradução nossa). Para enfrentar os desafios modernos, é necessário enfrentar a crise de soberania dos Estados, reformar e/ou criar instituições locais e internacionais para reforçar e proteger direitos individuais e coletivos e repensar o papel do Direito Internacional na contemporaneidade.

Habermas (2001, p. 55) explica que desde a Revolução Industrial do século XVIII houve um “aumento de produtividade do trabalho”, tendo em vista que a maior parte da população, que até a Idade Média trabalhava na agricultura, passou “para o setor secundário da indústria de bens de consumo, e, posteriormente para o setor terciário do comércio, transporte e serviços”.

O final do século XIX e século XX preconiza o “setor quaternário do trabalho baseado no saber” e “depende da afluência de novas informações e, em última análise, de pesquisa e inovação” (HABERMAS, 2001, p. 55).

Habermas (2001, p. 56) traz à tona vários questionamentos éticos relacionados a evolução tecnológica, considerando que o século XX foi marcado pela bomba atômica e seu subsequente lançamento em Hiroshima e Nagasaki, criação da Internet na década de 60 pelo Departamento de Defesa dos EUA e pela humanidade alcançar o espaço e pisar na lua em 1969, além de criar mecanismos de manipulação genética na agricultura e medicina.

Os desafios expostos por Habermas representam a situação concreta de integração dos conflitos e interesses coletivos em um âmbito não mais de

⁶Citação sem tradução: “*The climate crisis is a health crisis: the same unsustainable choices that are killing our planet are killing people [...]*”.

⁷Citação sem tradução: “*We need transformative solutions to wean the world off its addiction to fossil fuels, to reimagine economies and societies focused on well-being, and to safeguard the health of the planet on which human health depends*”.

nacionalidade, mas de humanidade, em que uma visão não cosmopolita na manutenção de direitos e na pacificação social representa uma atuação irracional em detrimento da própria sobrevivência humana.

Em suma, e em termos econômicos e diante dos avanços tecnológicos, a distância entre pessoas se encurtou – o que ajudou a internacionalizar os negócios, atualmente em busca do maior lucro e sob a diretriz da produtividade marginal como aponta Streeck (2012, p. 37).

Neste processo de globalização, a cadeia produtiva de bens e serviços se internacionalizou e com isso os preços diminuíram, o desenvolvimento tecnológico tornou-se mais rápido e a competitividade aumentou, beneficiando consumidores. Com automóveis, aviões, navios e trens em grande quantidade; e meios de comunicação como a internet, telefone, e todas as facilidades da era moderna; a globalização econômica prosperou e com isso, alguns atores internacionais, especificamente corporações transnacionais e instituições financeiras, conseguiram imenso poder econômico e expressiva influência política (DUPAS, 2005). Esta, por sua vez, é aplicada aos aparelhos estatais, influenciando legislações, financiando campanhas políticas e exercendo pressão nos mais diversos setores públicos nacionais. Com isso o Estado Social, instaurado a partir da Segunda Guerra Mundial, entrou em crise e, conseqüentemente, a própria noção de soberania nacional precisou ser readequada (STREECK, 2012, p. 37).

2.2 CRISE DE SOBERANIA E DO PARADIGMA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O próprio Direito Nacional dos Estados baseado no princípio de soberania e da autodeterminação⁸ dos povos se modificaram na contemporaneidade. O Estado nacional, como se conhece atualmente, nasce no século XIX com a expansão da democracia como um sistema político viável (HABERMAS, 2001, p. 69), mas a soberania, como princípio, nasceu no século XVII quando países europeus, em especial os espanhóis e franceses, consolidavam poder e domínio econômico com o comércio marítimo.

A palavra soberania aparece em instrumentos normativos, pela

⁸A Constituição Federal de 1988 elenca a soberania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em seu artigo primeiro, inciso I, e estabelece em seu artigo quarto, inciso III, a autodeterminação dos povos como um princípio para as relações internacionais envolvendo o Brasil.

primeira vez, nos tratados de Munster e Osnabruck⁹ em 1648, com o objetivo de reconhecer que os Estados-signatários não devem interferir nos assuntos políticos do outro (VARELLA, 2019, p. 315). Na doutrina, a palavra surgiu com o francês Jean Bodin, que em “Os seis livros da República”, tentou distinguir o poder do papa do poder do príncipe, sendo que este, em detrimento daquele, é o único capaz de ter soberania (poder absoluto) para decidir internamente e externamente os assuntos de Estado (BODIN, 1967, p. 39-40).

Neste contexto, a palavra soberania surge originalmente para reduzir o poder papal, laicizando o Estado e sedimentando a autoridade do príncipe como rei divino, escolhido por deus para governar o seu reino. Na visão de Bodin, as decisões e leis que regulam o Estado e as instituições só podem ser frutos do monarca e não das autoridades religiosas. O rei é vinculado apenas as suas leis, advindas diretamente de Deus (BODIN, 1967, p. 29-33).

O princípio da autodeterminação dos povos, por sua vez, surge com os contratualistas, mais especificamente com Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Ambos afirmam que a soberania origina de um pacto entre o rei e seu povo e somente através dele é que o soberano consegue governar (VARELLA, 2019, p. 318-319).

Frisa-se que eram proponentes do contrato social, que, em sua essência, representa a transferência de poder dos sujeitos ao soberano, conferindo obrigações e direitos aos celebrantes. Ademais, acreditam que o contrato social é o único mecanismo viável para preservar a liberdade individual dentro de uma dada comunidade (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2021).

Pouco tempo depois da criação da moderna noção de Estado soberano, nasceu o Estado administrativo ao longo do século XVIII, cujo surgimento foi necessário para uma economia baseada na circulação de mercadorias e serviços e na proteção à propriedade privada. Ao longo do século XIX, sedimentou-se o Estado Nacional e na segunda metade do século XX, o Estado Social, atualmente em crise (HABERMAS, 2001, p. 69).

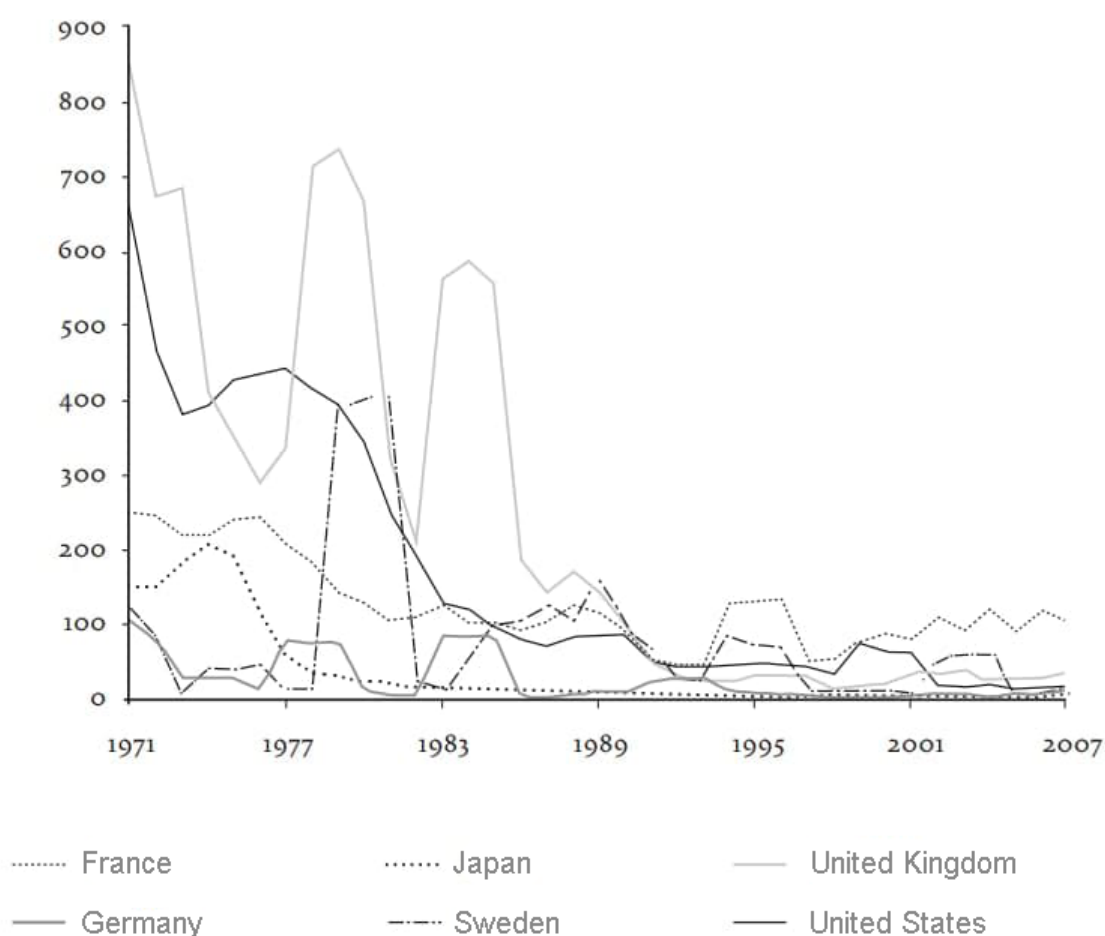
O Estado Nacional surgiu como mecanismo para sedimentar uma

⁹O Tratado de Munster foi firmado em 30 de janeiro de 1648, entre Espanha e Holanda e visou declarar paz entre católicos e protestantes. O Tratado de Osnabruck foi um tratado complementar assinado em 24 de outubro de 1648 entre França, Suécia e os reinos alemães. Ambos tratados formam a chamada Paz de Vestefália.

identidade nacional mediante a unificação de grupos sociais e pessoas com relativo grau de afinidade cultural, territorial e linguística. Diante desta união surgiram vários conflitos bélicos ao longo do século XIX, alguns resultando em massacres, devido ao alto grau de identidade nacional misturado a filosofias de superioridade racial (HABERMAS, 2001, p. 69).

O Estado Social se firmou após as duas guerras mundiais, durando até o final da guerra fria. Com o término desta, o Estado Social enfraqueceu junto com os direitos sociais e sindicatos – situação que representou o fim do “breve” século XX de Habermas (HABERMAS, 2001, p. 64). Para demonstrar esta tendencia, o Gráfico 2 retrata que, entre 1971 e 2007, houve uma gradativa redução das greves nas principais economias do mundo (v.g. Japão, Alemanha, França, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos da América):

Gráfico 2 – Dias de greve por mil empregados (1971-2007)



Fonte: Steck (2012, p. 44).

Habermas (2001, p. 64) afirma que o ano de 1945 marca um “ponto de virada – uma virada para o melhor” tendo em vista que, diante das guerras mundiais com implicações desastrosas para a humanidade, os governos dos Estados Europeus e, em menor grau, Norte Americano adotaram uma “política econômica inteligente, baseada na estabilidade interna e, com níveis de crescimento relativamente altos”.

O período (1945 – 1970) marcado por taxas elevadas no crescimento econômico, aumento do poder regulatório do Estado e criação, proteção e financiamento de direitos sociais, foi rapidamente substituído por estagnação no crescimento econômico e crise no Estado Social, conforme demonstra a Tabela 1 abaixo.

Tabela 1 – Países da OECD: Taxas Médias de Crescimento

	1950-60	1960-70	1970-80	1980-85
Bélgica	2.9	4.9	3.2	0.7
Canadá	3.9	5.0	4.0	2.4
Dinamarca	3.3	4.8	2.3	2.4
França	4.4	5.6	3.6	1.1
Alemanha Ocidental	7.6	4.8	2.9	1.3
Itália	5.9	5.7	3.0	0.8
Japão	n.a.	11.0	4.9	3.8
Holanda	4.9	5.1	3.4	0.7
Noruega	3.5	5.0	4.6	3.3
Suécia	3.3	4.4	1.9	2.0
Suíça	5.1	4.6	1.2	1.2
Reino Unido	2.6	2.8	1.9	2.0
Estados Unidos	3.2	4.0	3.0	2.5

Fonte: Faria (2004, p. 112, grifo do autor)

A Tabela 2, por sua vez, faz um recorte mais específico na Europa, entre os anos 1890-1992, cujo objetivo é demonstrar que, em um período de 102 anos (1890-1992), as maiores taxas de crescimento econômico ocorreram imediatamente após as duas guerras mundiais, sob os moldes do Keynesianismo econômico.

Tabela 2 – Crescimento Econômico Europeu, 1890-1992 (crescimento anual médio).

Period	Real GDP (1)	Population (2)	Real GDP per capita (3)	Real GDP per person-hour (4)
1890–1992	2.5	0.6	1.9	2.6 ^a
1890–1913	2.6	0.8	1.7	1.6
1913–50	1.4	0.5	1.0	1.9
1950–73	4.6	0.7	3.8	4.7
1973–92	2.0	0.3	1.7	2.7 ^b

Fonte: Crafts e Toniolo (2002, p. 2, grifo nosso)

Ao longo dos anos, o Estado foi sendo construído e adquirindo novas dimensões, entretanto, a questão de sua soberania, antes utilizada para distinguir o poder jurisdicional dos reis soberanos da autoridade papal, foi sendo gradualmente moldada e relativizada frente aos acontecimentos históricos e mudanças sociais na sociedade ocidental.

No “breve século XX”, o poder estatal foi colocado em dúvida, pois de um modelo de Estado fundamentado nas teorias clássicas de relações internacionais e Direito Internacional Clássico, transformou-se, com o final das duas guerras mundiais, em um Estado iminentemente regulador, cujo *modus operandi* fundamentava-se na valoração dos direitos sociais com base em programas e políticas públicas financiadas com dinheiro público (FARIA, 2004). A este modelo de Estado se nomeou Estado keynesiano, Estado intervencionista, Estado de Bem-Estar Social ou, simplesmente, Estado Social.

Entre 1945 e 1989, o modelo de Estado Social imperou, sob o poder hegemônico dos Estados Unidos da América (EUA), baseando-se em valores democráticos, na valorização do trabalho e da livre iniciativa. Entretanto, com a globalização econômica, tornou-se progressivamente insustentável manter o modelo econômico Keynesiano, pois agravava a inflação e a dívida pública daqueles que lhe implementaram (STREECK, 2012).

Diante da complexidade político-social em que existem vários atores econômicos em uma atuação transnacionalizada, o poder regulatório do Estado entrou em crise e foi mitigado, tanto por normas de Organizações Internacionais, quanto por pressões de agências reguladoras, empresas transnacionais, instituições financeiras internacionais etc. Nesta situação, José Eduardo Faria (2004, p. 117) afirma: “o que se passa a verificar, então, é uma progressiva inefetividade política,

administrativa, normativa, operacional e até organizacional do Estado keynesiano ou intervencionista.

Em 1989, a queda do Muro de Berlim representou a vitória do capitalismo, democracia e neoliberalismo promovido pelo ocidente e o início de uma nova era de consumismo, endividamento e expansão desenfreada da globalização econômica (STREECK, 2012). O mercado, antes dividido entre países do cone comunista e capitalista, se unificou e com isso o capital conseguiu se deslocar pelo mundo sem quaisquer barreiras artificialmente construídas pelos Estados. Diante desse contexto, surgiu a seguinte questão: como conciliar os interesses do mercado com os interesses sociais de um Estado?

Os neoliberais, nas palavras de Habermas (2001, p. 67), acreditam que a resposta resulta, necessariamente, em um jogo ganha-perde, “no qual os grandes objetivos econômicos inevitáveis podem ser alcançados à custa dos objetivos sociais e políticos”. Eles entendem que a única função do Estado é “melhorar a capacidade competitiva internacional das suas “posições” trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal”. Neste contexto, não importa se as políticas de interesse econômico prejudicam a “coesão social e que põem a prova a estabilidade democrática da sociedade” (HABERMAS, 2001, p. 67).

Com a mesma questão em mente, Streeck afirma que o capitalismo e a democracia possuem princípios conflitantes, o da produtividade marginal e o outro baseado na garantia de direitos e necessidades sociais. Enquanto o primeiro opera “com aquilo que é exposto como uma vantagem por um “livre jogo das forças de mercado”, o segundo “se baseia em necessidades ou direitos sociais, tal como estabelecidos por escolhas coletivas em contextos democráticos” (STREECK, 2012, p. 37). Em sua visão, o capitalismo democrático tenta conciliar ambos os princípios, contudo, por ambos serem conflitantes um, geralmente, prevalece sobre o outro.

Existem também duas teorias econômicas para explicar o fenômeno da crise econômica: a teoria econômica clássica e a teoria de economia política. A primeira entende que a crise econômica, fruto de inflação, déficits públicos e/ou dívida privada e pública excessiva, é causada pela interferência política na economia e que as distorções de mercado só ocorrem por causa de interferência estatal; a segunda compreende que as crises surgem do conflito entre políticas democráticas e

interesses mercadológicos, ou seja, entre os dois princípios mencionados¹⁰. Streek (2012, p. 36-38) é adepto da segunda teoria, porque acredita que a crise do Estado Social Democrático se traduz na disputa entre valores democráticos e interesse privados.

Antes de analisar, especificamente o capitalismo e o Estado Democrático de Direito pela perspectiva de Streeck, é importante compreender que o capitalismo não depende da democracia para funcionar. Como Isaiah Berlin pontua, atos de violência, crueldade, escravização, apesar de injustos, aumentam a liberdade do indivíduo disposto a cometê-los. Ele também reconhece que “não há nenhuma conexão necessária entre a liberdade individual e a norma democrática” (BERLIN, 1981, p. 142), portanto, a liberdade econômica consegue sobreviver em Estados não Democráticos.

Neste sentido, os valores democráticos e o capitalismo podem causar choques que resultam em crises econômicas, devido aos seus princípios conflitantes. Se um governo escolher priorizar um, em detrimento do outro, depois de um período haverá cobrança pelos atores prejudicados, podendo ser ou atores econômicos (v.g. instituições financeiras, indivíduos, agência de crédito, empresas etc.) ou grupos sociais (v.g. movimento sem teto, idosos, pessoas com deficiências, desempregados etc.) (STREECK, 2012, p. 37). No âmbito do Estado Social, isto não é diferente.

A luz dos dois princípios mencionados, Streeck narra que houve quatro acontecimentos decisivos que pôs fim ao Estado Social: i) inflação na década de 1960 e 1970, ii) dívida pública na década de 1970-1990, iii) dívida privada entre 1990-2010 e iv) a crise de 2008. Se o Estado do Bem-estar Social ocorreu mediante um compromisso entre trabalhadores e o Estado após as duas segundas guerras mundiais em um contexto de crescimento econômico alto, a inflação foi causada pela redução do crescimento econômico mundial e tentativa de manutenção dos direitos sociais por meio de diversos programas sociais.

José Eduardo Faria comenta que programas sociais não oferecem legitimidade para um governo, mas quando este tenta reduzi-los, a sua legitimidade se decompõe. Em casos em que o Estado está em crise fiscal, os programas sociais

¹⁰Na visão da teoria econômica predominante a crise é exceção, enquanto a estabilidade é regra. O contrário é verdadeiro para a teoria de economia política que acredita que, por causa da incompatibilidade dos princípios da produtividade marginal e da necessidade de garantir direitos sociais, a disputa entre ambos causará crises, enquanto a estabilidade ocorrerá em momentos raros de trégua.

acabam agravando ainda mais o estresse financeiro no orçamento público, podendo causar inflação e dívida pública elevada. Em suas palavras:

[...] a partir do momento em que o orçamento social é ampliado, cada programa de bem-estar consolidado passa a ser considerado direito inexoravelmente adquirido por seus destinatários. Este é o motivo pelo qual sua continuação pouco acrescenta à legitimidade do Estado, enquanto a sua eventual redução, revogação ou supressão, como tentativa de desviar para o mercado os gastos considerados excessivos, constituiria uma inevitável forma de perda de legitimidade. (FARIA, 2004, p. 120)

No contexto de estagnação econômica na década 1960, vários governos utilizaram da inflação como instrumento para conciliar o pleno emprego com os interesses do mercado, uma vez que tinham receio de perder seus eleitores se implementassem medidas de austeridade. Streeck (2012, p. 41) atenta que “a inflação atinge primordialmente credores e detentores de ativos financeiros, segmentos que em geral não incluem trabalhadores, ou ao menos não incluíam nos anos 1960 e 1970”.

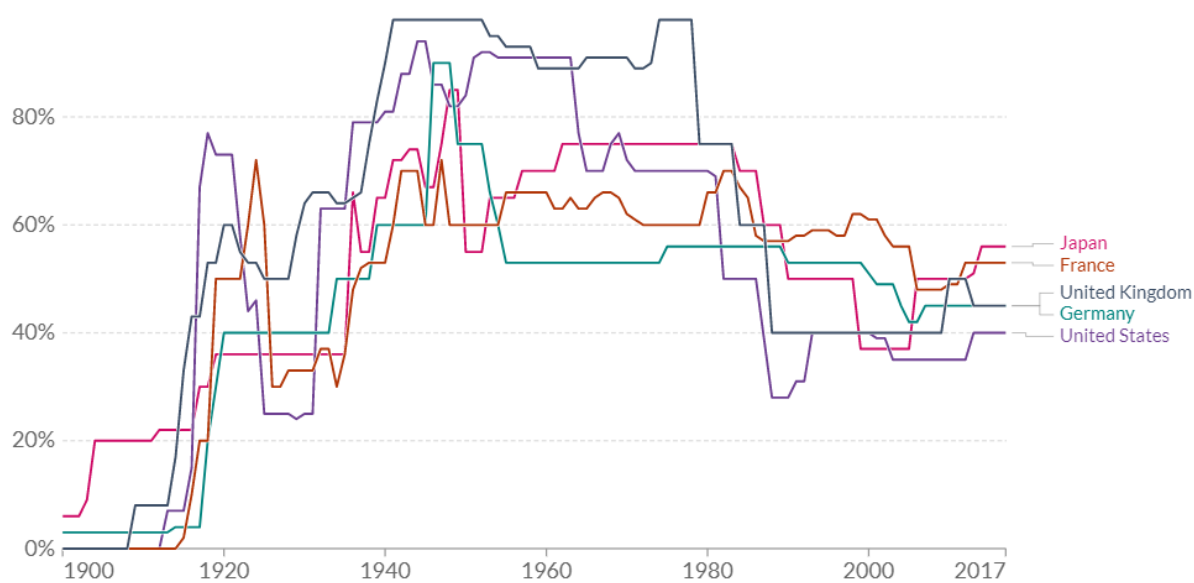
Assim, a inflação pode ser percebida como um conflito entre classes sociais, pois atinge mais os credores e detentores do poder econômico do que os trabalhadores – por isso pode ser interpretada como o resultado da inexistência de um critério unificador para a justiça social em uma economia mista. No entanto, a inflação pode afetar a classe média e os mais pobres da sociedade se deixada descontrolada por muito tempo (STREECK, 2012, p. 41).

Para controlar a inflação na década de 1970, o presidente norte-americano Jimmy Carter aumentou as taxas de juros e adotou diretrizes desinflacionárias agressivas. Isto se provou uma medida impopular porque causou uma onda de desemprego – situação que lhe fez perder a reeleição. Na década de 1980, Ronald Reagan e Margareth Thatcher continuaram com a política de redução dos níveis de inflação e buscaram, além de desregulamentar o setor financeiro, enfraquecer os sindicatos – conduta que provocou, ao longo das décadas seguintes, uma diminuição no número total de greves no mundo, como visto no Gráfico 2 (STREECK, 2012, p. 42-43).

Sobre este período histórico, Streeck (2012, p. 43) comenta que “a era neoliberal teve início com o abandono, pelos governos anglo-americanos, das lições do capitalismo democrático do pós-guerra, que sustentavam que o desemprego

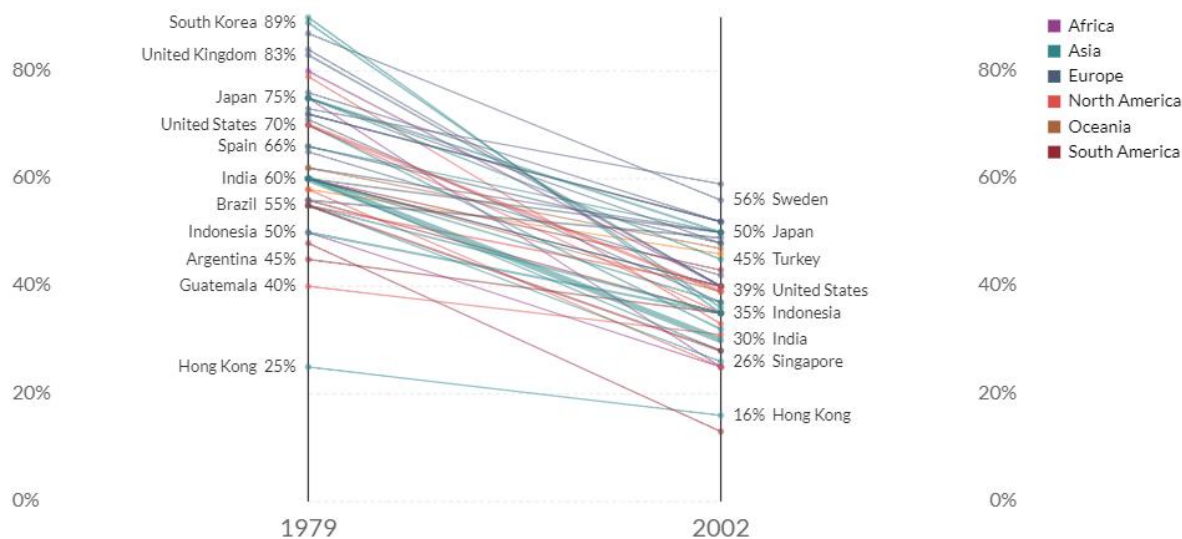
solaparia o apoio político não só ao governo da vez, mas também ao próprio capitalismo democrático”. Além disso, as alíquotas marginais máximas de tributação de renda dos mais ricos diminuíram a partir da década de 80, e atualmente se encontram nos níveis da década de 1920, como vistos pelo Gráfico 3 e Figura 1.

Gráfico 3 – Taxa máxima do imposto de renda marginal, 1900 a 2017



Fonte: ORTIZ-OSPINA; ROSER (2022).

Figura 1 – Taxa máxima do imposto de renda marginal, 1979 a 2017



Fonte: ORTIZ-OSPINA; ROSER (2022).

Ainda assim, a redução da inflação e a diminuição nos impostos não foram suficientes para resolver os problemas econômicos, pois constatou-se que à medida que diminuía, as dívidas públicas aumentavam, as moedas enfraqueciam e

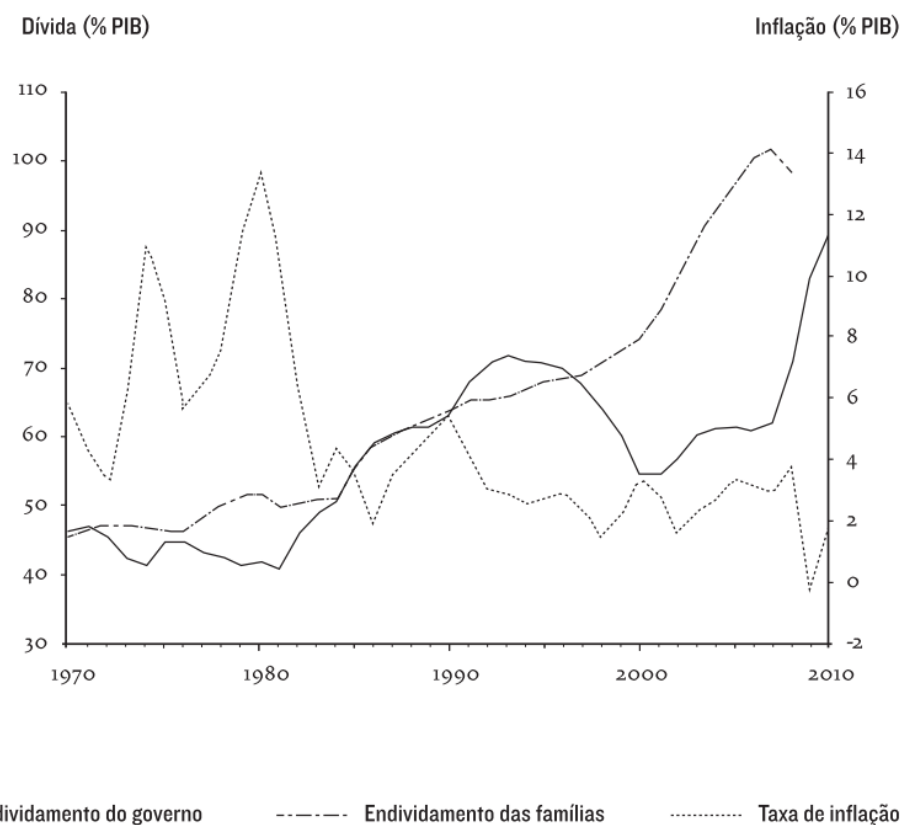
a taxa de desemprego ficava cada ano maior. Para diminuir a dívida pública, os Estados começaram a emprestar dinheiro e aumentar o número de títulos públicos disponíveis no mercado (STREECK, 2012, p. 43).

Os credores beneficiaram-se dos títulos públicos por serem investimentos considerados seguros e com a diminuição das taxas de inflação, os seus capitais ficaram imunes a desvalorização cambial. Em contrapartida, a maior parte da população, que vende a sua força de trabalho para subsistência, viu-se vulnerável diante da liberalização econômica e da intensificação da globalização econômica, pois os seus sindicatos ficaram mais fracos ou inexistentes, houve congelamento de gastos e um alto nível de desemprego, especialmente, em países industrializados devido a globalização econômica e as transformações tecnológicas tornaram os meios de produção mais eficientes e menos dependente da interferência humana (STREECK, 2012, p. 45).

A terceira fase de Streeck é caracterizada pelo começo do processo de endividamento das famílias norte-americanas, conhecido como “Keynesianismo Privado”¹¹. Este termo é representativo de uma política econômica do presidente norte-americano Bill Clinton que apesar de querer reformas incisivas e estruturais em setores específicos, como a educação e saúde, perdeu a maioria no congresso norte-americano. Visando a reeleição, ele passou o ônus dos gastos públicos em direitos sociais para a população norte-americana. Simultaneamente, implementou várias medidas de austeridade e, como resultado, os EUA conseguiram um superávit orçamentário pela primeira vez após décadas de déficit (STREECK, 2012, p. 46).

O gráfico abaixo demonstra as fases de inflação, endividamento público e endividamento privado. Nota-se que a curva da inflação diminuiu na década de 80, ao mesmo tempo que o endividamento do governo aumentou. Com as políticas de Bill Clinton a partir da década de 90, o endividamento público diminuiu, mas os das famílias quase que dobraram de 60% em 1990 para, aproximadamente, 100% em 2007 (STREECK, 2012, p. 49).

¹¹O Keynesianismo Privado só foi possível graças a uma onda de desregulação financeira na década de 70. O presidente Bill Clinton, tendo consciência disso, abaixou os juros para que os indivíduos consumissem altos níveis de bens e serviços mediante endividamento pessoal do consumidor. Esta nova era de endividamento privado enriqueceu, grandiosamente, credores e instituições financeiras, mas também possibilitou que alguns consumidores, antes excluídos da sociedade, como a população com descendência africana norte-americana, conseguissem acesso a moradias e outros bens essenciais.

Gráfico 4 – Quatro Crises do Capitalismo Democrático nos EUA (1970-2010)

Fonte: OECD Economic Outlook Database n. 87 (2010, p. 49)

A última fase do capitalismo democrático é representada pela crise de 2008, fruto das políticas de desregulação financeira iniciadas na década de 1970 e do Keynesianismo Privado. Por causa desta política econômica, houve uma forte onda especulativa nas bolsas de valores, maior demanda por imóveis, pois os critérios para concessão de crédito eram baixos, além de facilidade para financiar a educação, saúde e consumo por meio do endividamento privado nos EUA (STREECK, 2012, p. 47).

Ao contrário da era de austeridade, a era de endividamento privado era caracterizada por altas taxas de emprego, juros baixos, e estabilidade econômica (STREECK, 2012, p. 47). Pelos direitos sociais serem custeados pela própria população, em 2008, a bolha especulativa estourou, devido a desregulamentação do sistema financeiro que permitiu a compra e venda de títulos de alto risco de bancos que aceitavam emprestar dinheiro para compra de imóveis, sem investigar se existiam condições reais do indivíduo quitar a sua hipoteca (FARIA, 2017). Para resolver a crise de 2008, “os Estados, mais ou menos voluntariamente, assumiram a responsabilidade por uma significativa parcela da nova dívida originalmente gerada no setor privado, de

modo a tranquilizar os credores privados” (STREECK, 2012, p. 50).

Atualmente, Streeck (2012, p. 54) explica que “nenhum governo pode governar sem prestar devida atenção às obrigações e constrangimentos internacionais, inclusive aqueles dos mercados financeiros que forçam os Estados nacionais a impor sacrifícios à sua população”. Para o autor, quem mais influencia a produção de regras na era da globalização é o setor privado, especificamente o mercado financeiro, pois exercem expressivo poder econômico sobre os Estados. Por exemplo, as agências de classificação de risco ameaçam Estados que buscam endividamento no rebaixamento das notas de seus títulos.

Na visão de Streeck (2012, p. 54), não há como governar contemporaneamente sem a aprovação do setor privado. Isso ocorre devido a intensificação da globalização na década de 1990, quando houve um intercruzamento entre duas economias. José Eduardo Faria (2004, p. 112) explica:

Uma é do pós-guerra, caracterizado pelo planejamento estatal, pela intervenção intergovernamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é da economia globalizada, que se firma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela “financeirização do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho.

Dupas explica que empresas transnacionais exercem influência dentro dos Estados nacionais por meio da “opção sair”, o que significa que se determinada empresa entender que as legislações locais dificultam as suas operações produtivas, elas podem relocar as suas indústrias para outro país onde as legislações (v.g. tributária, laboral, ambiental etc.) são mais favoráveis as suas atividades econômicas (DUPAS, 2004). Em outras palavras, há uma corrida do capital para o Estado com a regulação mais precária. Dupas entende que esta lógica enfraquece a soberania dos Estados, em suas palavras:

As estratégias autônomas do capital visam minimizar a autonomia dos Estados-nação. Seus objetivos são atingidos por meio de três

movimentos de fusão: do capital com o Direito, do capital com o Estado, e da racionalidade econômica com a identidade pessoal. As estratégias de autossuficiência do capital se confundem com a experiência mundial da neoliberalização do Direito. Elas são incompatíveis com o intervencionismo estatal. A opção-saída faz instaurar uma brutal concorrência entre os Estados e confere aos atores da economia mundial o poder de excluir, deixando de investir nos países que se comportam mal. As estratégias principais são as seguintes: controle do espaço transnacional; controle da inovação por meio da ciência e tecnologia; incentivo a especialização e à terceirização para minimizar os custos globais; editar o direito transnacional a submeter as coletividades às suas decisões estratégicas [...]. É a combinação da globalização com o controle da ciência e da tecnologia que torna possível o avanço do poder das corporações globais relativamente aos Estados (DUPAS, 2004, p. 154; 160).

Na era da globalização, não se surpreende que uma grande parcela da sociedade se sinta desamparada, resultando na eleição de políticos extremistas de esquerda e de direita, que alteram normas e afetam políticas públicas que podem prejudicar simultaneamente interesses individuais, coletivos e econômicos. Um estudo da *Pew Research Center*, publicado em 2020, analisando as percepções de alguns grupos sobre a globalização nos Estados Unidos e Reino Unido concluiu que, apesar das pessoas não saberem definir a globalização, elas compreendem os seus efeitos, que em sua maioria deixam com a sensação de serem “deixados para trás” ou de “varridos”:

Os grupos de foco confirmam que a história de ser "deixado para trás" continua sendo comum tanto nos EUA como no Reino Unido. Os participantes destacaram as formas como as forças da globalização os deixaram vulneráveis, fechando indústrias, levando as pessoas a abandonar as suas casas e prejudicando-as economicamente. Mas as conversas em grupo também revelam uma narrativa de terem sido "varridos" pela globalização. Aqueles que são varridos pela experiência do deslocamento por causa das forças globais – investimentos e criação de novos empregos substituem o trabalho tradicional, inflam os preços dos imóveis e deslocam algumas pessoas de suas casas e comunidades. Histórias de ter sido deixado para trás e varrido levam a sentimentos de alienação e perda.¹² (SILVER et. al.; 2020, on-line, tradução nossa):

¹²Citação sem tradução: “*The focus groups confirm that the story of being “left behind” remains common in both the U.S. and UK. Participants highlighted the ways in which the forces of globalization left them rudderless, closing industries, leading people to abandon their homes and harming them economically. But the group conversations also reveal a narrative of being “swept up” by globalization. Those who are swept up experience dislocation because of too much attention from global forces – investment and new job creation supplant traditional work, inflate real estate prices and displace some people from their*

Quando questionados sobre “o que é globalização?”, as respostas dos participantes dividem-se em cinco categorias traçadas pelos autores do estudo: economia e comércio; comunidade; avanços tecnológicos; imigração e cultura; balanço de poder. Quando os participantes explicavam a globalização pela perspectiva da economia e comércio, alguns temas eram frequentes: como perda de indústrias locais e pequenas empresas; proliferação de acordos comerciais; empresas multinacionais; compras pela internet e cadeias de fornecimento globais, terceirização, livre comércio e desigualdade social (SILVER et. al.; 2020, on-line).

Sobre a comunidade, eles citavam maior conscientização de eventos globais, cidadania global, homogeneidade e tecnologia permitindo comunicação entre vários países. Está última também pertence a categoria de avanço tecnológico, junto com as redes sociais e a automação. A quarta categoria, imigração e cultura, tem especial preocupação dos participantes, que culpam os imigrantes pela falta de trabalhos, a cultura se diluindo e a necessidade de se aprender com outros países. Sobre o balanço de poder, há consequências na percepção das políticas internacionais, como a de que a China é um competidor de práticas comerciais desleais, e que há uma ultrapassagem dos limites do poder. Também citam a competição, o Brexit, a União Europeia e a perda de importância internacional de um único Estado (SILVER et. al.; 2020, on-line).

Além disso, tanto os grupos que se sentem abandonados, quanto aqueles que se sentem varridos pela globalização, acreditam que houve um aumento de pressão econômica, crimes, concentração de riqueza e diminuição da importância da comunidade. Por causa do processo de *gentrificação*¹³ de bairros periféricos, muitos se viram forçados a encerrar os seus contratos de locação ou vender as suas casas diante do aumento do custo de vida. Os autores concluem que a globalização causou “sentimentos profundos de perda e alienação, tanto a nível local como nacional”¹⁴ (SILVER et. al.; 2020, on-line, tradução nossa).

Em suma, a intensificação da globalização econômica traz a

homes and communities. Stories of being left behind and swept up both lead to feelings of alienation and loss.”

¹³Gentrificação ocorre em lugares onde existem moradias economicamente mais acessíveis, geralmente, em áreas urbanas. O processo de gentrificação resulta em reformas a área local, podendo causar a valorização econômica da região. Isto pode afastar moradores antigos, tendo em vista que a sua renda pode não ser compatível com o aumento dos custos de moradia necessários para se manter na área gentrificada.

¹⁴Citação sem tradução “*globalization have engendered profound feelings of loss and alienation at both a local and national level*”.

percepção de interoperabilidade do Estado e de um abandono do indivíduo diante dos interesses privados, exacerbado pela prática do Keynesianismo privado e da fuga do capital para mercados menos regulados. Diante do contexto narrado, o próximo tópico analisará o papel do direito internacional contemporâneo em vista da dificuldade dos Estados em combater os problemas causados pela globalização.

2.3 O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL E DIFICULDADE DE OPERAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS

Como narrado no capítulo anterior, com a economia globalizada a atuação do Estado e do Direito no domínio econômico se inverte, saindo do Estado keynesiano de intervenção governamental e regulação dos mercados para uma progressiva desregulação, privatização e uma conseqüente crise de governabilidade (FARIA, 2004, p. 117). Sobre isto, José Eduardo Faria explica:

Exponenciada pela 'ingovernabilidade sistêmica' do Estado regulatório ou intervencionista, a ausência dessa internalização e desse respeito está na essência da inefetividade de suas leis, de suas engrenagens jurídicas, de seus mecanismos processuais e de suas estruturas judiciais. (FARIA, 2004, p. 126)

Neste processo, o avanço das tecnologias de comunicação modifica e fragmenta as cadeias produtivas em âmbito internacional (DUPAS, 2011, p. 22). Surgem empresas multinacionais que utilizam da tecnologia para instaurar um sistema de produção em rede, facilmente móvel e exponencialmente expressivas.

Na dinâmica dos mercados globais e no enfraquecimento do poder econômico estatal, as empresas não competem para adentrar os Estados, mas os Estados competem pelas empresas. As empresas deslocam sua produção facilmente para países com menos regulação, mão de obra mais barata, menos impostos, menos direitos sociais ou mesmo recursos naturais abundantes (FERRAJOLI, 2007, p. 5).

Países, geralmente periféricos, aceitam as imposições do mercado na ausência de poder de barganha diante da disparidade do processo tecnológico que prejudica a competitividade na economia globalizada (DUPAS, 2011, p. 22-24). Como explica Gilberto Dupas sobre a fragmentação e na relação entre os países desenvolvidos e os países periféricos:

Para tanto, dadas as possibilidades de ampla fragmentação geográfica das cadeias produtivas permitidas pela tecnologia da informação, é possível utilizar os grandes bolsões de mão de obra barata existentes nos países da periferia sem ter que arcar com suas infinitas demandas de *welfare* e a sua capacidade de gerar tensões sociais nos países centrais, caso estes tivessem que absorvê-las em seu território. (DUPAS, 2011, p. 22)

Não somente isto, o fato das cadeias de produção em rede, o consumo e mesmo as relações interpessoais ultrapassarem fronteiras instantaneamente no uso das novas tecnologias acrescenta um fator maior de complexidade na efetividade da tutela de direitos de seus cidadãos. Uma vez que as relações envolvem múltiplos territórios, múltiplas nacionalidades e múltiplos direitos, o Estado tem alcance prejudicado, exigindo uma cooperação ampla de outros Estados.

As empresas multinacionais, por sua vez, ao assumirem uma cadeia de produção em rede e buscando maior eficiência de suas atividades, padronizam-se internamente, produzindo suas próprias regras de impacto global na atuação da empresa transnacional (FARIA, 2004, p. 141-142).

O Estado nacional, frente a estes desafios da globalização e as políticas econômicas do neoliberalismo, passa por uma erosão de seu poder regulatório, ou uma crise na soberania estatal. Há, assim, um vazio do direito público em favor de regras estabelecidas pelo mercado e por organizações internacionais vinculadas ao mercado como a OMC e o FMI. Como explica Ferrajoli:

O principal efeito da crise do Estado no plano internacional tem sido de fato um vazio de direito público, ou seja, a falta de regras, de limites e de vínculos que garantam a paz e os direitos humanos diante dos novos poderes transnacionais, tanto públicos quanto privados, que destronaram os velhos poderes estatais ou que perderam o seu papel de governo e de controle. Penso inclusive que a mesma globalização da economia pode ser identificada, no plano jurídico, com esse vazio de direito público internacional adequado para regular os grandes poderes econômicos transnacionais: não, deve-se notar, um vazio de direito, que não pode nunca existir, mas um vazio de direito público, inevitavelmente preenchido por uma plenitude de direito privado, quer dizer, de um direito de produção contratual que substitui as formas tradicionais da lei e que reflete, comumente, a lei do mais forte. (FERRAJOLI, 2007, p. 6)

Ainda que enfrentando erosão da soberania clássica, endividamento estatal, desregulamentação do mercado, competitividade global e a diluição de

direitos sociais, a relação em rede atinge, também, os Estados – que passam a ser interdependentes diante de instituições financeiras internacionais e organizações internacionais (STREECK, 2012, p. 54) ou mesmo desafios ambientais e sociais como as crises humanitárias das décadas de 2010 e 2020.

Neste contexto, o Direito Internacional Clássico é insuficiente para explicar as complexidades das relações envolvendo novos atores internacionais, pois reconhece apenas os Estados e Organizações Internacionais como sujeitos do Direito Internacional. O Direito Internacional Contemporâneo, por sua via, reconhece a importância do ator internacional (v.g. ONG's, empresas transnacionais, instituições financeiras etc.) como participante das relações jurídicas, econômicas, políticas e sociais no campo internacional (VARELLA, 2019, p. 26).

Apesar deste progresso, o Direito Internacional Contemporâneo ainda precisa enfrentar desafios na área de governança global, junto com os novos atores internacionais, para que as suas normas alcancem efetividade plena, especialmente em áreas de interesse público, como Direitos humanos, Direitos ambiental etc. A cooperação entre Estados, Organizações Internacionais, empresas transnacionais etc., nesta nova era contemporânea de interconexão e globalização econômica, se demonstra extremamente necessário para corrigir as dissimetrias de poder e externalidades negativas decorrentes da produção econômica em massa.

Um dos maiores desafios enfrentados pelo Direito Internacional contemporaneamente foi a pandemia causada pela Covid-19. A Organização Mundial da Saúde aprovou o Regulamento Sanitário Internacional em 2005, cujo propósito é prevenir o intercâmbio internacional de doenças diante do movimento diário de pessoas pelo globo (OMS, 2005, p. 8). O documento vem de uma longa tradição de Regulações sobre a Saúde, a primeira sendo as Regulações Sanitárias Internacionais de 1969, que regulava seis doenças passíveis de quarentena, mas sofreu emendas para regular apenas três: cólera, febre amarela e peste (OMS, 2022, on-line).

Com a Epidemia de SARS-COV-2¹⁵ que aconteceu entre 2002 e 2004, identificada pela primeira vez em Foshan, Cantão, China em 16 de novembro de 2002 (CHINESE LAW AND GOVERNAMENT, 2003, p. 12) a OMS atualizou o Regulamento Sanitário Internacional em 2005 para abarcar “qualquer doença” visando coordenar uma vigilância internacional, para que cada Estado consiga enfrentar a

¹⁵Sigla para Síndrome Respiratória Aguda Grave.

transmissão de forma pontual, desta forma, evitando a sua propagação global (OMS, 2022, on-line).

De forma sintética, os principais pontos temáticos do Regulamento Sanitário Internacional de 2005 são:

(a) um escopo não limitado a qualquer doença ou forma específica de transmissão, mas abrangendo "doença ou condição médica, independentemente da origem ou fonte, que apresente ou possa apresentar danos significativos aos seres humanos"; (b) obrigações dos Estados Partes de desenvolver certas capacidades essenciais mínimas de saúde pública; (c) obrigações dos Estados Partes de notificar a OMS sobre eventos que possam constituir uma emergência de saúde pública de interesse internacional, de acordo com critérios definidos; (d) disposições que autorizem a OMS a levar em consideração relatórios não oficiais de eventos de saúde pública e a obter verificação dos Estados Partes a respeito de tais eventos; (e) procedimentos para a determinação pelo Diretor-Geral de uma "emergência de saúde pública de interesse internacional" e emissão de recomendações temporárias correspondentes, após levar em consideração os pontos de vista de um Comitê de Emergência; (f) proteção dos direitos humanos de pessoas e viajantes; e (g) estabelecimento de Pontos Focais Nacionais do RSI e Pontos de Contato do RSI da OMS para comunicações urgentes entre os Estados Partes e a OMS.¹⁶ (OMS, 2005, p. 5-6, tradução nossa).

Desde sua adoção, o documento foi aplicado seis vezes desde 2005 para enfrentar pólio, Zika, Influenza H1N1, Ebola (na África Ocidental e depois na Congo), e, mais recentemente, COVID-19. Sobre esta última, Gostin, Habibi e Meierm (2020, p. 4) entendem que o Regulamento Sanitário Internacional foi insuficiente para conduzir respostas e ações coordenadas e adequadas para o enfrentamento da doença pelos Estados e a própria OMS. Em um primeiro momento, os autores relatam que apesar de ser responsabilidade do Estado noticiar a doença, a China (primeiro Estado com contato com a doença), que teve o seu primeiro caso relatado em 31 de dezembro de 2019, dificultou o acesso às informações sobre a sua potência. Nas

¹⁶Citação sem tradução: "(a) a scope not limited to any specific disease or manner of transmission, but covering "illness or medical condition, irrespective of origin or source, that presents or could present significant harm to humans"; (b) State Party obligations to develop certain minimum core public health capacities; (c) obligations on States Parties to notify WHO of events that may constitute a public health emergency of international concern according to defined criteria; (d) provisions authorizing WHO to take into consideration unofficial reports of public health events and to obtain verification from States Parties concerning such events; (e) procedures for the determination by the Director-General of a "public health emergency of international concern" and issuance of corresponding temporary recommendations, after taking into account the views of an Emergency Committee; (f) protection of the human rights of persons and travellers; and (g) the establishment of National IHR Focal Points and WHO IHR Contact Points for urgent communications between States Parties and WHO."

palavras dos autores:

As autoridades chinesas reprimiram os trabalhadores da saúde, cientistas e a sociedade civil no início de dezembro de 2019 - impedindo-os de compartilhar preocupações sobre um novo coronavírus em Wuhan. [...] Permanecem questões legítimas sobre o que as autoridades chinesas sabiam, quando souberam, e se notificaram a OMS de forma "oportuna, precisa e suficientemente detalhada" de acordo com o IHR16 - ou se, como no caso da SARS, a resposta foi impedida pela política de informação da governança autocrática, deixando a OMS com informações insuficientes para declarar prontamente um PHEIC.¹⁷ (GOSTIN; HABIBI; MEIERM, 2020, p. 4, tradução nossa).

Os autores apontam que esta conduta é comum entre Estados (GOSTIN; HABIBI; MEIERM, 2020, p. 4), por isso o artigo 5.4 do Regulamento Sanitário Internacional permite que a OMS considere informações "não oficiais", ou seja, coletado por organismos não-governamentais (OMS, 2005, p. 18). Além disso, as ramificações políticas e econômicas associadas com uma declaração de uma emergência de saúde pública de interesse internacional dificultaram que a OMS reagisse prontamente, mesmo após a notificação da China sobre a doença (GOSTIN; HABIBI; MEIERM, 2020, p. 6). Demorou cerca de um mês para que a OMS declarasse a COVID-19 como uma emergência de saúde pública de interesse internacional – o que ocorreu em 30 de janeiro de 2020 (OMS, 2020, on-line).

Embora o Regulamento estabeleça em seu artigo 42 que a implementação de medidas de saúde deve estar de acordo com as suas normas e iniciadas e completadas sem atraso de forma transparente e não discriminatória e que devem se pautar em princípios científicos, evidências científicas disponíveis e orientações da OMS, os Estados reagiram de forma desproporcional no combate à doença, utilizando-a como pretexto para violar direitos individuais e normas democráticas na visão de Gostin, Habibi e Meierm (2020, p. 6). Eles explicam:

Após a declaração PHEIC, os Estados responderam com restrições esmagadoras ao tráfego internacional, aos direitos individuais e ao comércio global - com essas restrições nacionalistas tomadas em contravenção direta às recomendações da OMS. [...]. Embora os

¹⁷Citação sem tradução: "*Chinese authorities repressed health workers, scientists, and civil society in early December 2019 – keeping them from sharing concerns about a novel coronavirus in Wuhan. [...] Legitimate questions remain as to what Chinese authorities knew, when they learned it, and whether they notified WHO in a "timely, accurate and sufficiently detailed" manner in accordance with the IHR16 – or whether, as with SARS, the response was impeded by the information politics of autocratic governance, leaving WHO with insufficient information to promptly declare a PHEIC*".

Estados tenham anteriormente desconsiderado as recomendações da OMS, erguendo restrições de viagem e comércio, a escala da ação violenta do Estado tem sido de grande fôlego - incluindo proibições de viagem, suspensões de vôo, restrições de visto e fechamento de fronteiras - cortando as interações dentro e entre países. Os governos rapidamente instituíram ordens internas de permanência em casa, fecharam negócios, proibiram reuniões públicas e até mesmo ergueram cordões sanitários (áreas vigiadas onde os indivíduos não podem entrar de férias). (A OMS elogiou os primeiros esforços de contenção da China como "ambiciosos, ágeis e agressivos", mas, desde então, tem temperado seu entusiasmo por tais restrições às liberdades individuais). Mesmo quando as evidências apontam cada vez mais para a necessidade de testes generalizados, rastreamento de contatos e distanciamento físico, com governança transparente e participação pública no processo decisório de saúde, os governos estão usando cada vez mais esses estados de emergência como pretexto para abusos generalizados dos direitos humanos e ataques subversivos a governança democrática.¹⁸ (GOSTIN; HABIBI; MEIERM, 2020, p. 7, tradução nossa).

Para Gostin, Habibi e Meierm (2020, p. 6), esta situação alimentou o nacionalismo, dificultando a coordenação entre Estados, a OMS e outras agências de saúde para o enfrentamento da doença. Paralelamente, alguns governos (v.g. Brasil, Estados Unidos entre outros) promoveram tratamentos ineficazes contra a doença, fomentando desinformação conforme interesses políticos (BELAND et. al., 2021). Atualmente, como não há um mecanismo de cumprimento de normas da OMS apesar do Regulamento Sanitário Internacional vincular todos os Estados-membros da OMS, a organização possui atuação limitada no combate coordenado de doenças em nível global, uma vez que as suas recomendações dependerão dos Estados que são os principais tomadores de decisões na área de saúde pública.

De acordo com Ferrajoli (2007, p. 8), a Organização para a Alimentação e Agricultura, a Organização Mundial da Saúde e outros organismos ou

¹⁸Citação sem tradução: "Following the PHEIC declaration, states have responded with overwhelming restrictions on international traffic, individual rights, and global commerce – with these nationalist restrictions taken in direct contravention of WHO recommendations. [...]. Although states have previously disregarded WHO recommendations by erecting travel and trade restrictions, the sheer scale of violative state action has been breathtaking—including travel bans, flight suspensions, visa restrictions, and border closures—shutting down interactions within and between countries. Governments rapidly instituted domestic Stay-at-Home orders, closed businesses, banned public gatherings, and even erected cordon sanitaires (guarded areas where individuals may not enter or leave). (WHO praised China's early containment efforts as "ambitious, agile and aggressive," yet it has since tempered its enthusiasm for such restrictions on individual liberties.) Even as evidence increasingly points to the need for widespread testing, contact tracing, and physical distancing, with transparent governance and public participation in health decision-making, governments are increasingly using such states of emergency as pretext for widespread abuses of human rights and subversive attacks on democratic governance".

agências da ONU são consideradas instituições do tipo universal que buscam garantir os fins da esfera pública em nível global, como a paz, segurança e tutela dos bens e direitos fundamentais. Em contrapartida, a OTAN, Organização Mundial do Comércio (OMC) e o G8 são “sujeitos que hoje operam no cenário internacional sem legitimidade democrática nem vínculos constitucionais” e representam “a espessa rede dos poderes econômicos transacionais” (FERRAJOLI, 2007, p. 6).

Para Ferrajoli (2007, p. 6), a crise do Estado no plano internacional deriva de um vazio de Direito público e uma abundância de direito privado, criados por estas organizações com interesses privados. Ele contempla:

Penso inclusive que a mesma globalização da economia pode ser identificada, no plano jurídico, com esse vazio de direito público internacional adequado para regular os grandes poderes econômicos transacionais: não, deve-se notar, um vazio de direito, que não pode nunca existir, mas um vazio de direito público, inevitavelmente preenchido por uma plenitude de direito privado, quer dizer, de um direito de produção contratual que substitui as formas tradicionais da lei e que reflete, comumente, a lei do mais forte. (FERRAJOLI, 2007, p. 6-7)

Em seu entendimento, organismos de direito privado são incapazes de garantir, por sua própria natureza, fins públicos, tendo em vista que a sua principal finalidade é promover os interesses do mercado. Ele acredita que a sociedade global está mais frágil e interdependente por causa da globalização econômica e que o vazio do direito público é insustentável a longo prazo, sendo que a ausência de uma esfera pública mundial causou “o crescimento exponencial da desigualdade signo de um novo racismo que ignora a miséria, a fome, as doenças e a morte de milhões de seres humanos sem valor” (FERRAJOLI, 2007, p. 9-10). O autor complementa:

Os homens são certamente, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época, graças às inúmeras cartas, Constituições e declarações de direitos. Porém são também incomparavelmente mais desiguais na prática. O “tempo dos direitos”, para utilizar a expressão de Norberto Bobbio, é também o tempo de sua massiva violação e da mais profunda e intolerável desigualdade. (FERRAJOLI, 2007, p. 10)

Ele explica que a solução para esta crise de Direito público e soberania dos Estados seria a criação de instituições internacionais de garantia, e conceder a ONU “um tendencioso monopólio da força” (FERRAJOLI, 2007, p. 13), uma vez que as Organizações Internacionais com fins públicos precisam de maior

autonomia institucional e mecanismos de sanção para que tornarem mais eficientes em suas funções. O autor, também, afirma a necessidade de criação de um poder supraestatal de imposição tributária para financiar as instituições de garantia (FERRAJOLI, 2007, p. 12-13).

Ferrajoli entende que a crise do Estado é uma crise de Direito Público, entretanto, atualmente, as instituições que identifica como de caráter privado também estão passando por crises sistêmicas resultantes da globalização. A Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, ainda está travada em sua nona rodada comercial, conhecida como Rodada Doha, desde 2001. Além disso, o seu Órgão de Apelação está paralisado, desde 2020, por falta de consenso entre os países-membros, o que pode prejudicar todo o seu sistema de solução de controvérsias (OMC, 2022, on-line).

Desta forma, atores alinhados a interesses privados não estão imunes aos efeitos adversos da globalização econômica, especialmente, no século XXI em que se tem exacerbado crises nos processos democráticos em conjunto com crises de alterações climáticas - que podem prejudicar a longo prazo os lucros de entes privados e o PIB¹⁹ mundial. Dados do *Swiss Re Institute* (2022, on-line) estimam que, até 2050, a crise climática pode reduzir o PIB global em 18% se nenhuma ação mitigadora for tomada; 11-14% se algumas ações mitigadoras forem tomadas; e 4% se as metas do Acordo de Paris forem atingidas.

Diante destes desafios da globalização econômica, é fundamental investigar formas de governança que possibilitam respondê-los eficientemente, assim garantindo e ampliando de forma mais extensa a proteção à direitos humanos e a pacificação social global. Na visão de Rouanet (2002, p. 241), a globalização prejudica a autonomia política, econômica e cultural e que as “democracias nacionais revelaram-se incompetentes para realizar os valores da autonomia”. Para o autor, a autonomia diante da globalização só conseguiria florescer se houvesse a instalação de uma democracia mundial, dirigidas aos indivíduos e não as nações ou culturas específicas (ROUANET, 2002, p. 244). Em suas palavras, a democracia mundial só conseguiria aumentar a autonomia a partir da seguinte estrutura:

Ela seria composta de uma sociedade civil, onde funcionariam instituições como igrejas, sindicatos, associações de artistas e

¹⁹Sigla para Produto Interno Bruto.

intelectuais, organizações não-governamentais em geral. Contaria, também com uma sociedade política, cuja constituição teria no pórtico os princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (e documentos equivalentes) e descreveria os diferentes órgãos: um Parlamento bicameral, com uma assembleia dos povos, cujos membros seriam escolhidos por eleição direta, e outra em que eles seriam indicados pelos Estados nacionais, um executivo capaz de aplicar essas leis, de fazer uso legítimo da força sempre que necessário, e de submeter a algum tipo de regulamentação as relações econômicas internacionais, e um tribunal capaz de julgar violações dos direitos humanos e das demais normas estabelecidas pelo parlamento (ROUANET, 2002, p. 244).²⁰

Outros autores, como Dupas, analisam o cosmopolitismo como possível solução. Ele explica que um ser cosmopolita possuiria “duas lealdades”, pois pertenceria simultaneamente ao cosmos e a polis (DUPAS, 2004 p. 228). O autor elenca alguns princípios fundamentais ao cosmopolitismo:

O cosmopolitismo depende de alguns princípios que se parecem com valores cristãos clássicos. Os seres humanos devem ser considerados iguais em essência. O indivíduo – e não qualquer outro tipo de associação, como o Estado – deve ser o objeto da preocupação moral máxima. Além disso, todos os indivíduos devem se reconhecer como iguais; e suas demandas serem arbitradas de forma imparcial e com acesso igualitário, baseadas em regras de ampla aceitação legitimadas em princípios razoavelmente aceitos por todos, como é o caso típico do atendimento de urgência diante de recursos limitados, em que o caso mais grave tem prioridade. Alguns desses princípios cosmopolitas estão contidos nas perspectivas que vem sendo amadurecidas e desenvolvidas na ONU, como dissemos, especialmente quanto aos direitos humanos. Raramente, porém, eles se traduzem em políticas efetivas. Os Estados nacionais continuam dominantes. Além disso, eles continuam sendo os pilares fundamentais das principais instituições internacionais, frequentemente moldadas de acordo com o interesse dos Estados mais poderosos. (DUPAS, 2004 p. 230).

Para que estes princípios consigam ser efetivados, o autor comenta que é necessário desenvolver instituições democráticas para abordar

²⁰ “Cria-se com isso, pela primeira vez, um quadro político-jurídico para a plena implementação dos valores da autonomia. A autonomia econômica seria facilitada por uma supervisão internacional dos fluxos de comércio e de investimento, que permitisse aos Estados e aos indivíduos orientarem sua ação segundo parâmetros previsíveis, e por esquemas eficazes de redistribuição internacional de renda. A autonomia política se fortaleceria na medida em que todos os indivíduos se tornassem participantes ativos, pelo voto, de processos decisórios de alcance global, em vez de serem vítimas ou espectadores de decisões tomadas a sua revelia, nos grandes centros de poder. Enfim, a autonomia cultural será favorecida por uma ordem internacional que intensifique o intercâmbio de artistas e intelectuais, que ponha ao alcance de todos os bens culturais produzidos em todos os países do mundo, relativizando assim o monopólio de fato exercido pela indústria cultural dos países hegemônicos.” (ROUANET, 2002, p. 244)

problemas globais, por isso ele defende a necessidade de reformar a ONU para torná-la mais incisiva e eficiente (DUPAS, 2004 p. 230). Este nível de supranacionalidade, no entanto, permanece distante.

Diante da inoperabilidade de instituições estatais e do Direito Internacional clássico na manutenção de direitos e realização da pacificação social, alternativas imediatas ao cosmopolitismo da democracia global podem ser observadas em mecanismos mais flexíveis, já estabelecidos e que acompanham o dinamismo da globalização econômica, ainda que com alcance limitado. Dentre estes está o *soft law*.

Em diálogo com o *soft law*, se aborda as normas de efeitos extraterritoriais que partem da regulação unilateral por um único Estado ou bloco regional e que geram efeitos externos na medida em que utilizam dos agentes de mercado, assim conciliando o privado ao público. Neste sentido, o tópico seguinte adentra as normas de efeitos extraterritoriais como uma alternativa para a pacificação social em um mundo de intensificada globalização econômica.

3 AS BASES HISTÓRICAS E LEGAIS DAS NORMAS DE EFEITOS EXTRATERRITORIAIS

A transnacionalização das relações negociais e interpessoais apresenta um desafio para a concretização do Direito em seu aspecto clássico. Diante do avanço da globalização econômica, erode-se a fronteira territorial da qual se limita a exclusividade do Estado na tutela de direitos. O que se observa é, em suma, uma ineficácia dos institutos tradicionais que não se agregam suficientemente à nova dinâmica global, como analisado no capítulo anterior.

Por outro lado, os mecanismos do Direito Internacional, legítimos para atuação no escopo das relações transnacionais tem sua eficácia restrita diante da pluralidade de atores e interesses de grupos políticos variados em um mundo complexo, de forma que tratados internacionais e até mesmo organizações internacionais, como a OMC e a ONU não conseguem alcançar o consenso.

Diante disso, o que esta pesquisa se propõe a analisar é o fenômeno das normas de efeitos extraterritoriais, essencialmente uma resposta do Estado às mudanças trazidas pela globalização, regulando majoritária ou totalmente, em razão da sua natureza, as relações negociais transnacionais.

O presente capítulo inicia a discussão sobre as normas de efeitos extraterritoriais, delimitando seu conceito, diferenciando-o de outros institutos e estabelecendo o atual estado da arte de tal fenômeno.

3.1 O QUE SÃO NORMAS DE EFEITOS EXTRATERRITORIAIS?

O termo “extraterritorialidade” em si, tem suas origens na imunidade dos agentes diplomáticos em território estrangeiro, de forma que apesar do agente diplomático não estar fisicamente em seu território de origem, fica sujeito as leis e determinações deste como se lá estivesse.

É possível observar as origens históricas deste instituto sob o estudo do conceito clássico do pluralismo legal. Kristoffer Cassel discorre em obra sobre a extraterritorialidade na China sobre a competência pessoal, em que a competência recaia sempre sobre a pessoa, especialmente utilizada até o século XIX. Nesta, o que definia a lei aplicável para um determinado sujeito era sua nacionalidade de origem. Essencialmente, todas as normas tinham efeitos extraterritoriais em razão da própria

extraterritorialidade do indivíduo. Nas palavras de Cassel (2012, p. 9, tradução nossa):

Um corolário do pluralismo jurídico é a inclinação da ordem jurídica para governar pessoas e não territórios, muitas vezes chamada "jurisdição pessoal", que é o princípio central de todos os regimes extraterritoriais. [...] A jurisdição pessoal tem prevalecido em muitas ordens jurídicas pré-modernas e muitas vezes coexistiu com formas de jurisdição territorial. Nas formações estatais pré-modernas, que não reclamavam ou não podiam exercer jurisdição territorial exclusiva, a jurisdição pessoal era mais problemática quando o requerente e o requerido num determinado processo pertenciam a duas jurisdições diferentes, os chamados casos mistos. Nesses casos, as autoridades competentes tinham de negociar regras para decidir que agência ou agências deveriam assumir a jurisdição e que órgão de direito deveria determinar o resultado do caso. A fim de evitar a ocorrência de demasiados casos mistos, as autoridades implementaram muitas vezes sistemas de segregação residencial.²¹

Cassel (2012, p. 9) acrescenta alguns exemplos de continuação da competência pessoal na contemporaneidade, como no campo do Direito de Família ou de algumas comunidades imigrantes na Europa. Varella destaca que a atuação extraterritorial do Estado se divide nas competências territoriais, restritas à antigas colônias com autonomia parcial e ocupações militares coletivas; e nas competências pessoais, como explica:

O exercício das competências pessoais ocorre quando o Estado se relaciona juridicamente com seus nacionais que se encontram no território de outros Estados. Um exemplo seria a atribuição de nacionalidade, por jus sanguinis. Outro exemplo é a oferta de serviços públicos aos seus nacionais que se encontram no exterior. (VARELLA, 2018, p. 250)

A jurisdição pessoal serve como um excelente ponto de encontro com as normas de efeito extraterritorial em seu recorte trabalhado, uma vez que se aplicam as normas de um território além das fronteiras físicas, como se o objeto ou agente jurisdicionado estivesse dentro do território, seja no momento anterior ao ato, seja

²¹Original: *One corollary of legal pluralism is the inclination of the legal order to rule over persons rather than territories, often called "personal jurisdiction," which is the governing principle of all extraterritorial régimes. [...] Personal jurisdiction has prevailed in many premodern legal orders and often coexisted with forms of territorial jurisdiction. In premodern state formations, which did not claim or were unable to exercise exclusive territorial jurisdiction, personal jurisdiction was most problematic when the plaintiff and the defendant in a given lawsuit belonged to two different jurisdictions, so-called mixed cases. In such cases, the competent authorities had to negotiate rules to decide which agency or agencies should assume jurisdiction and what body of law should determine the outcome of the case. In order to prevent too many mixed cases from occurring, the authorities often implemented systems of residential segregation.*

durante ou posterior ao ato em categorias que serão analisadas no tópico seguinte.

As normas de efeito extraterritorial avançam no conceito da extraterritorialidade e baseiam-se contemporaneamente na aplicação extraterritorial de leis nacionais, como discutidas por José Carlos Magalhães (1985, p. 157), um dos pilares do presente estudo, que já em 1985 destaca tal atividade como o “mais significativo esforço”, para a tutela de empresas multinacionais. Trata-se de uma atividade jurisdicional, seja ela com origem na própria norma, seja na atuação do judiciário, que ultrapassa os limites de competência territorial de um Estado.

Marcelo Varella identifica a expansão das normas de efeito extraterritorial, seguindo os mesmos paradigmas elencados anteriormente de resposta à dinâmica da globalização econômica, conceituando de forma concreta a atuação dos Estados nas normas de efeitos extraterritoriais:

Estados mais fortes podem impor a criação de determinadas normas em Estados deles dependentes ou o cumprimento de normas nacionais suas em territórios de outros Estados, seja pela pressão direta, com eventuais retaliações, seja por meios contratuais, com o uso de instrumentos privados para vincular cadeias produtivas, seja pelas possibilidades geradas com a integração dos sistemas financeiros globais. (VARELLA, 2013, p. 141)

Em sua concepção tradicional, trata-se do “exercício de jurisdição pelo Estado sobre atividades ocorrendo fora de suas fronteiras”²² (CHARLESWORTH; SENZ, 2001, p. 4, tradução nossa)²³, concepção colocada em contraponto por Svantersson na premissa de que as normas de efeito extraterritorial são uma consequência da regulação territorial em um contexto de transnacionalidade (SVANTERSSON, 2015, p. 226), aspecto que será abordado nos tópicos seguintes.

Embora as normas de efeitos extraterritoriais tenham um exponencial crescimento no contexto de composição deste estudo, isto é, 2022, o fato é que o conceito não é novo, sendo abarcado especialmente pelo Direito Penal e reconhecido no Direito Internacional, ainda que em uma acepção clássica, com nuances que

²²Original: *The term ‘extraterritoriality’ is generally understood to refer to the exercise of jurisdiction by a state over activities occurring outside its borders.*

²³*“The traditional international legal use of the term ‘extraterritorial legislation’ covers two different types of laws: legislation that regulates the conduct of nationals abroad, and laws that apply to conduct by non-nationals outside the territory of the legislating county”* (CHARLESWORTH; SENZ, 2001, p.4). Citação traduzida em português: “A tradicional utilização jurídica internacional do termo “legislação extraterritorial” abrange dois tipos diferentes de leis: a legislação que regula a conduta dos nacionais no estrangeiro e as leis que se aplicam à conduta de não nacionais fora do território do condado legislador”.

podem ser diferenciados do contexto atual.

A extraterritorialidade é especialmente empregada no direito clássico na subárea do Direito Penal em intersecção com o Direito Internacional, sendo inclusive prescrito no Código Penal brasileiro como exceções ao princípio geral da territorialidade, dividido em tópico próprio de “extraterritorialidade” a partir do Art. 7º do Código Penal Brasileiro de 1940, em que se prevê que “ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro” crimes contra a vida e liberdade do Presidente da República; contra patrimônio ou fé pública do Estado brasileiro; contra a administração pública; genocídio em qual o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; que por tratado ou convenção o Brasil se obrigou a reprimir; os praticados por brasileiros; e os praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras que não tenham sido já julgados (BRASIL, 1940). Além dos crimes de tortura, previstos na Lei nº 9.455 de 1997.

Sobre a extraterritorialidade no Código Penal, Luiz Regis Prado (2015, p. 170) divide tais disposições em duas categorias:

a) Extraterritorialidade incondicionada: aplica-se a lei brasileira sem nenhuma condicionante (art. 7.º, 1, CP), ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro (art. 7.º, § 1.º, CP), com fundamento nos princípios de defesa (art. 7.º, I, a, b e c, CP) e da universalidade (art. 7.º, I, d, CP); e b) extraterritorialidade condicionada: aplica-se a lei brasileira quando satisfeitos os requisitos que se seguem: 1) “nos casos do inciso I o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro (art. 7.º, § 1.º, CP); 2) nos casos do inciso II, a aplicação da lei penal brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segunda a lei mais favorável” (art. 7.º, II, a, CP), com base nos princípios da justiça universal (art. 7.º, II, a, CP), da personalidade (art. 7.º, II, b, CP), da bandeira (art. 7.º, II, c, CP) e da defesa (art. 7.º, § 3.º, CP).

A extraterritorialidade trabalhada aqui é conhecida do Direito Internacional, sujeita à princípios do uso comum, ou do “*jus cogens*”, reconhecidos pelo Direito Interno com razoável uniformidade, como explica Magalhães (1985, p. 164). A legitimidade das normas de efeito extraterritoriais é trabalhada inicialmente por este autor, em termos essenciais para a compreensão do objeto de estudo em debate, como explica:

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais. (MAGALHÃES, 1985, p. 163)

Em suma, o que se busca analisar neste estudo vai além da extraterritorialidade decorrente da competência pessoal, como observada no Direito Penal ou no Direito de Família, adentrando na edição de normas especificamente designadas para alcance extraterritorial por atores vinculados ao mercado. Isto é, agregam-se aqui os conceitos ante expostos para compreensão do paradigma atual das normas de efeitos extraterritoriais, ainda que os outros aspectos da extraterritorialidade continuem a existir e a submeter-se ao *jus cogens* e à cooperação internacional. Ou seja, o contexto da intensificação da globalização, em que o global se estrutura dentro do nacional, também alcança a própria produção da norma, em uma nova relação transnormativa, em que o sistema normativo interno se internacionaliza, como explica Wagner Menezes (2005, p. 205):

Assim, neste contexto, as normas são criadas, pensadas e distribuídas fluindo e ultrapassando fronteiras não só geográficas, mas também jurídicas, filosóficas e sociológicas, criando e desenvolvendo um mesmo espaço global normativo, de produção e aplicação das normas jurídicas nas mais variadas identidades culturais.

Define-se as normas de efeitos extraterritoriais, neste cenário, como mecanismos legislativos ou judiciários que visam a modificação do comportamento de ferramentas e de atores de mercado nacionais ou estrangeiros de forma que estes mantenham a aplicação privada da regulação ainda que fora dos limites territoriais de competência do Estado.

Magalhães divide a aplicação extraterritorial de normas nacionais em princípios que suportam os diferentes tipos de aplicação: o princípio da nacionalidade; o princípio da segurança nacional; o princípio da universalidade; o princípio da personalidade passiva; e os princípios da territorialidade subjetiva e objetiva. Este último é o que sustenta majoritariamente a aplicação das normas de efeito extraterritorial no contexto dos negócios jurídicos transnacionais.

3.2 CLASSIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAIS

Diante de sua natureza jurisdicional de atuação do Estado fora de sua competência territorial, a questão *prima facie* acerca das normas de efeito extraterritoriais é a discussão acerca da legitimidade frente a soberania estatal, consagrada como um princípio primordial do Direito Internacional. Como trabalhado no primeiro capítulo, a soberania estatal passa por novos paradigmas diante da transnacionalização das relações pessoais e negociais, assim como pela já consolidada compreensão de limitação pelo próprio Direito Internacional. Ainda assim, as normas de efeito extraterritorial encontram barreiras frente ao princípio, tornando-se objeto de múltiplas pesquisas e doutrinas no contexto jurídico e da ciência política.

A jurisdição territorial detém de um aspecto basilar para a própria constituição do Estado, “intimamente ligada os mesmos fatores que condicionaram o nascimento do Estado” (MAGALHÃES, 1985, p. 162).

Kelsen (1938, p. 43) analisa a soberania sob a ótica de uma ordem-superior, que configura os aspectos de validade das normas inferiores, isto é, estas devem estar de acordo com a norma superior para serem validas. Embora discuta sobre se esta ordem-superior seria o Direito Internacional ou o Direito Nacional, mutuamente exclusivos, evidencia a limitação de validade das normas pelo espaço, tempo e quanto às pessoas.

Destas três limitações, o espaço e as pessoas são especialmente relevantes. Sobre a limitação do espaço, isto é, o território, é esta delimitação que determina o escopo da validade das normas dentro de um Estado, permitindo a coexistência de “estados soberanos” sem que existam constantes conflitos, não de forma local por si só, mas na consequência sanção da norma:

Esta limitação refere-se bem mais à realização da consequência –, sanção e processo preliminar da sanção (intimação administrativa, sentença) –, do que à realização da condição (delito, acto jurídico). O delito pode ser cometido em qualquer lugar; o processo de repressão só pode ser instaurado no interior das fronteiras, nos limites do território do Estado *stricto sensu*. (KELSEN, 1938, p. 60-61)

Kelsen identifica as exceções desta territorialidade, como os atos praticados em embarcações nacionais, atos diplomáticos e atos decorrentes de convenções com outro Estado, coexistindo dentro de um território, múltiplos direitos,

ou seja:

Seria, portanto, falso, afirmar que no território de um Estado, só um direito é válido –, o seu próprio direito; porque, na proporção em que, nesse território, um Estado estrangeiro pode praticar certos actos, o direito dêsse outro Estado é também válido. Não existe, em direito, um << princípio da impenetrabilidade >> do Estado, em virtude do qual dois Estados não poderiam coexistir no mesmo lugar. Este princípio é extraído do dogma da soberania e de uma hipóstase do Estado. (KELSEN, 1938, p. 61)

A limitação quanto as pessoas é a qual decorre a extraterritorialidade do corpo diplomático de um país (KELSEN, 1938, p. 64) e as discussões acerca da competência pessoal descritas nos tópicos anteriores. Tem-se, então, que uma vez produzidas perante a norma-superior e aplicada dentro destas limitações de validade, fariam de determinada norma válida, porém no caso das normas de efeitos extraterritoriais do recorte trabalho, entende-se que encontrariam uma limitação à realização da consequência, impossibilitando o binômio prescrição – consequência da norma jurídica. Tal premissa é colocada em debate diante da dinâmica das normas de efeito extraterritoriais baseadas em atores do mercado, que será abordada em capítulos posteriores.

Ainda considerando a competência extraterritorial básica, explicada no tópico anterior na figura da competência pessoal e territorial e aprofundada na discussão de Kelsen, Varella destaca que tal exercício depende, em respeito à soberania estatal sob seu território, de consentimento e cooperação do Estado destinatário, tendo o plano da eficácia limitada, ainda que a norma ou sentença seja produzida com todos os pressupostos de existência e validade:

A extraterritorialidade dos atos é *a priori* proibida pelo direito internacional. Um Estado não pode fazer uma lei para regular atos que ocorram em outros Estados. Também não pode obrigar seus nacionais que estejam em território estrangeiro a cumprirem suas próprias normas. A eficácia dependerá sempre do consentimento do outro Estado.

[...]

O mesmo ocorre quando um Estado precisa prender alguém ou realizar uma atividade de investigação no território de outro Estado. Tais atividades apenas serão lícitas quando efetuadas em cooperação. Nesse sentido, os Estados estabelecem tratados de extradição. (VARELLA, 2018, p. 249-250)

Varella (2018, p. 250) atenta que tal cooperação é frágil e flexível na

vida prática, ao ponto que a Corte Europeia de Direito Humanos admitiu responsabilidade internacional do Estado por atos cometidos no exterior.

Adentrando mais especificamente na aplicação extraterritorial de normas nacionais em seu contexto atual, José Carlos Magalhães, ainda que reconheça a natureza permeável das fronteiras diante da globalização econômica, entende a jurisdição territorial como uma premissa básica da distribuição de competências no mundo, assim,

Se a competência para legislar na ordem internacional é concorrente entre todos os Estados, na ordem interna é universalmente aceito que o Estado detém exclusividade de jurisdição. Qualquer invasão dentro dessa área só é admitida por expresse consentimento do Estado ou pelo acatamento de norma internacional reconhecida por esse mesmo Estado (MAGALHÃES, 1985, p. 161).

Apesar disso, em razão das complexidades trazidas pela expansão dos mercados transnacionais e a crescente transnacionalização das relações pessoais e negociais, situações de conflito de competência, em elevada complexidade, começam a surgir (MAGALHÃES, 1985, p. 163). Neste sentido, Magalhães (1985, p. 164) estabelece justificativas utilizadas pelo Estado na atuação extraterritorial, princípios decorrentes da prática comum:

Alguns desses princípios são aceitos quase que universalmente como o da jurisdição sobre nacionais (nacionalidade), o da universalidade e o da territorialidade objetiva, ou ainda o da segurança do Estado. Outros, como o da personalidade passiva, já não gozam de tanto prestígio, prestando-se de controvérsias.

O primeiro destes princípios é o da nacionalidade, ou seja, a competência pessoal, paradigma da aplicação do Direito pré-século XIX e que sobrevive no Direito contemporâneo embora mais limitado. É deste princípio que parte a legitimidade da aplicação do Direito Penal, ao Estado exercer jurisdição sobre seus nacionais no exterior, no momento em que estes retornem para o território.

O escopo e a previsão no Direito brasileiro deste princípio são trabalhados no tópico anterior, em que se delimita o que são as normas de efeitos extraterritoriais. O desafio deste princípio, no entanto, comporta-se na nacionalidade de pessoas jurídicas, em razão da multiplicidade de critérios formais existentes para estabelecer a nacionalidade da pessoa jurídica, além da disparidade da vinculação

real da empresa a uma determinada sociedade, ainda mais relevante com o avanço das empresas multinacionais (MAGALHÃES, 1985, p. 165).

O segundo princípio é da segurança nacional, compreendido nas razões de Estado para proteção de sua própria soberania e integridade e credibilidade. Tais situações estão dispostas também na extraterritorialidade do Código Penal, a exemplo daqueles do art. 7º, I, b e c, como bem explica Magalhães (1985, p. 165):

De acordo com o princípio da segurança nacional, é lícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança interna ou externa, contra quaisquer pessoas, nacionais ou estrangeiros, ainda que os atos tenham sido praticados no exterior e lá concebidos. A jurisdição do Estado afetado se estende extraterritorialmente para alcançar tais atos, sob a condição de que os mesmos não tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado onde foi praticado.

Essa jurisdição também se aplica quando a moeda, crédito, símbolos públicos, selos, enfim, documentos e papeis que envolvem a credibilidade do Estado forem objeto de falsificação ou contrafacção

O terceiro princípio é o da universalidade e tem seu fundamento no *jus cogens* do Direito Internacional. Trata-se da colaboração recíproca de Estados para reprimir, por exemplo, crimes contra a humanidade, que seriam comuns e universais a todos os Estados na própria natureza de direitos humanos basilares (MAGALHÃES, 1985, p. 166). Tal princípio tem o suporte evidente do Direito Internacional e dos seus mecanismos de cooperação internacional tradicionais, de forma que as controvérsias acerca do tema giram em torno do conflito de leis no espaço em relação à gradação de penas e da extradição.

O quarto princípio é o da personalidade passiva, já adentrando aspectos cruciais para a compreensão das normas de efeitos extraterritoriais que utilizam de atores de mercado, discussão que será retomada nos próximos tópicos. O princípio da personalidade passiva implica na aplicação extraterritorial das normas nacionais quando o evento ocorrido tenha como participantes passivos sujeitos de nacionalidade do Estado, ainda que o evento tenha ocorrido fora do território e tenha como agentes ativos não-nacionais (MAGALHÃES, 1985, p. 167). Isto é, diferente do princípio da personalidade ativa, utilizado anteriormente para explicar a extraterritorialidade das missões diplomáticas, sustenta-se aqui na pessoa da vítima. Tal condição é um dos pilares do que será analisado no Efeito Bruxelas em tópico

subsequente.

O princípio da personalidade passiva fora apreciado pelo Direito Internacional e discutido por Magalhães no caso *Lotus*, envolvendo a colisão de navio francês com navio turco, que resultou na morte de 8 tripulantes do navio turco. No caso, a Corte Permanente de Justiça Internacional entendeu pela aplicação do princípio da territorialidade objetiva, analisado a seguir, ainda assim, um dos argumentos utilizados para aplicação da competência turca sobre o julgamento do caso foi o fato das vítimas serem tripulantes turcos. (MAGALHÃES, 1985, p. 169)

O quinto e sexto princípio são o da territorialidade objetiva e subjetiva, nestas, diferente dos princípios anteriores, o que se intenciona alterar é a amplitude do conceito de territorialidade e uma relação de causa e efeito com o ato, ou seja, ainda que o fato tenha se iniciado ou se consumado em território estrangeiro, uma de suas fases ou seus efeitos foram causados virtualmente no território nacional, ou seja, há um nexó de causalidade vinculado ao território de origem de alguma forma. Nas palavras de Magalhães (1985, p. 167):

No princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, contudo, os Estados passam a alargar o próprio conceito de território para considerar produzido dentro dele o evento ocorrido parcialmente no exterior, para, assim, submetê-lo à competência territorial.

Aborda-se inicialmente, para fins didáticos, o princípio territorialidade subjetiva, em que o evento é iniciado no território e consumado no exterior, ainda que o agente ativo do ato não seja nacional daquele Estado. Nesse caso, quando o indivíduo retorna ao Estado de origem é sujeito às normas em questão. Magalhães (1985, p. 168) utiliza como ilustração o caso da explosão do navio inglês *The Tennyson*, em que os explosivos foram colocados enquanto a embarcação estava em portos brasileiros, caso em que o Brasil reconheceu a aplicabilidade da lei penal brasileira. Assim:

É necessário, entretanto, que parte do material do evento tenha-se realizado efetivamente dentro do país. De acordo com o princípio subjetivo, a preparação, a realização do ato, cujos efeitos se produzem fora, fundamenta a competência (MAGALHÃES, 1985, p. 170).

Na territorialidade objetiva, inverte-se a lógica, ou seja, diz respeito aos efeitos causados por um determinado ato jurídico no território que pretende aplicar

suas normas nacionais extraterritorialmente. Em suma:

O princípio da territorialidade objetiva estabelece uma relação de causa e efeito no evento ocorrido parcialmente no exterior e parcialmente dentro do Estado, o que confere aos Estados envolvidos, em igualdade de condições, competência para regular o evento, bem assim seus participantes. A justificativa, aqui, é a ocorrência parcial do fato no território e, por via de consequência, do impacto social que o mesmo causou. (MAGALHÃES, 1985, p. 167-168)

Neste sentido, a comparação entre os efeitos causados em ambos os territórios é o que justificaria internacionalmente a aplicação de um direito ou de outro, ainda que o ato tenha se iniciado no território estrangeiro.

Este princípio é, em razão da transnacionalização das relações pessoas e negociais, a principal justificativa principiológica que será utilizada no uso normas de efeitos extraterritoriais neste primeiro quarto do século XXI, aliada a teoria do impacto territorial que será discutida abaixo. Daqui, é possível derivar discussões acerca da tutela de empresas multinacionais, do direito difuso ao meio ambiente e da tutela de direitos relacionados ao uso da tecnologia de telecomunicações, como a Internet, assunto que voltará a ser abordado nos tópicos seguintes.

É daqui que decorre, ainda segundo o mesmo autor, a Teoria do Impacto Territorial, desenvolvida na jurisprudência e na doutrina norte-americana. Nesta teoria, não basta que a parte concreta do ato, como no exemplo de um assassinato ocorrido na fronteira entre dois países, em que o atirador e a morte ocorrem em países separados. A justificativa ultrapassa tal situação concreta para analisar de forma mais ampla o impacto causado no país de origem da norma. Assim, a causa e o efeito imediato do ato podem ocorrer completamente no território de outro Estado, mas uma vez trazendo consequências para este Estado terceiro, estaria justificada a aplicação da norma.

Até o momento, o tema das normas de efeitos extraterritoriais foi tratado majoritariamente pela perspectiva do Direito Penal, ou ainda, pela perspectiva da atuação diplomática e administrativa do Estado, sujeito de Direito Internacional em sua mais simples concepção. Embora a esfera penal continue a permear as disposições legislativas em alguns pontos, a partir do nexo de causalidade do princípio da territorialidade e da teoria do impacto territorial, direciona-se o foco para o Direito Econômico e a tutela do direito privado, uma vez a pesquisa trata da tutela de negócios jurídicos.

Assim, as empresas multinacionais, especialmente aquelas com atuação ampla em múltiplos Estados, tomam o papel de agentes nos atos em que possa existir um conflito de normas no tempo e no espaço ou mesmo um impacto em um país diverso da conduta lesiva da empresa. O debate sobre o assunto das normas de efeitos extraterritoriais na contemporaneidade pós segunda guerra mundial inicia-se com as normas antitruste dos Estados Unidos da América.

3.3 AS BASES HISTÓRICAS DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL: LEIS ANTITRUSTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

As normas antitruste dos Estados Unidos da América foram criadas a partir de 1890, representando as primeiras normas de regulação do comércio e de combate ao truste em escopo interestadual nos EUA, algo até então limitado à legislação estadual dos estados federados. As normas surgiram visando a proteção da concorrência de áreas monopolizadas como a do petróleo, representada pela *Standard Oil Company*, de John D. Rockefeller já naquela época.

O *Sherman Act* de 1890 consistia, originalmente, em 8 seções ou artigos em linguagem ampla que estabelecem a ilegalidade de práticas de restrição ao comércio interestadual, incluindo, mas não limitada aos contratos de formação de truste e conspirações para criação de monopólios. A lei tem um escopo primariamente civil, mas inclui também normativas de caráter penal como a reclusão das pessoas físicas envolvidas nas conspirações para restrição ao comércio.

O texto original dispunha de multas de até \$5.000 (cinco mil dólares) ou prisão de até 1 (um) ano; a ilegalidade do monopólio ou tentativa de monopolizar qualquer parte do comércio em qualquer território dos Estados Unidos, com a mesma pena da formação do truste; a possibilidade de aquisição pelo Estado de propriedades resultantes dos contratos de truste; assim como define a competência dos tribunais regionais para a prevenção e julgamento das violações da lei.

Ainda em 1890, as seções 1 e 3 do *Sherman Act* apresentavam os primeiros passos da extraterritorialidade no Direito contemporâneo, prescrevendo que:

Sec. 1. Qualquer contrato, combinação sob a forma de confiança ou outro - sábio, ou conspiração, em restrição do comércio **entre os vários Estados**, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal.

Qualquer pessoa que celebre um tal contrato ou se envolva em qualquer combinação ou conspiração será considerada culpada de um delito, e, após a sua condenação, será punida com multa não superior a cinco mil dólares, ou com pena de prisão não superior a um ano, ou com ambas as referidas punições, à discricção do tribunal.

[...]

Sec. 3. Qualquer contrato, combinação sob a forma de fideicomisso ou outra forma, ou conspiração, em restrição do comércio em qualquer Território dos Estados Unidos ou do Distrito de Colúmbia, ou em restrição do comércio entre qualquer desses Territórios e outro, ou entre qualquer desses Territórios ou Territórios e qualquer Estado ou Estados ou o Distrito de Colúmbia, ou com nações estrangeiras, ou entre o Distrito de Colúmbia e qualquer Estado ou Estados ou nações estrangeiras, é declarado ilegal. Qualquer pessoa que faça tal contrato ou se envolva em qualquer combinação ou conspiração, será considerada culpada de um delito, e, em caso de condenação, será punida com multa não superior a cinco mil dólares, ou com pena de prisão não superior a um ano, ou com ambas as referidas penas, à discricção do tribunal.²⁴ (EUA, 1890, p. 209, grifo nosso, tradução nossa)

Observa-se, em especial, a proibição de contratos de restrição de comércio firmados com nações estrangeiras destacada na citação. A expansão para a jurisdição interestadual abre caminho, também, para a aplicação da lei antitruste em contratos envolvendo países terceiros, incluindo como sujeitos, ou pessoas, as corporações e associações constituídas tanto pelas leis nacionais ou estaduais dos Estados Unidos e seus territórios, como pelas leis de qualquer país estrangeiro como determina a Seção 8:

Sec. 8. Que a palavra "pessoa", ou "pessoas", onde quer que seja utilizada neste acto, será considerada como incluindo corporações e associações existentes ou autorizadas pelas leis dos Estados Unidos, as leis de qualquer dos Territórios, as leis de qualquer Estado, ou as

²⁴Original: *Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.*

[...]

Sec. 3. Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is hereby declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

leis de qualquer país estrangeiro.²⁵ (EUA, 1890, p. 210, tradução nossa)

O *Sherman Act*, em seu texto original de 1890, não alcançou efetividade imediata, sendo contraposto pela jurisprudência norte-americana já em 1895 no caso *United States v. E.C. Knight Company* em razão da amplitude de seus termos, mas encontrou maior sucesso na jurisprudência com o governo de Theodore Roosevelt, que passou a ser conhecido como *trustbuster*, isto é, um destruidor de trustes.

Roosevelt entendia que havia bons e maus trustes, buscando a regulação estatal deste segundo grupo com base no interesse público. Nisto, Roosevelt investiu ação contra a *Northern Securities*, holding criada com o fim de administrar as empresas de transporte ferroviário do noroeste dos EUA, utilizando como base o *Sherman Act* e ressuscitando-o em 1901 (MURPHY, 2011, p. 156) com julgamento final realizado em 1904 no *Northern Securities Co. v. United States*, que permitiu a dissolução do truste de transporte:

No nosso julgamento, as provas sustentam plenamente as alegações materiais do projeto de lei, e mostram uma violação do ato do Congresso, na medida em que declara ilegal qualquer combinação ou conspiração em restrição do comércio entre os vários Estados e com nações estrangeiras, e proíbe as tentativas de monopolizar esse comércio ou qualquer parte do mesmo.²⁶ (HARLAN, J., 1904, p. 325, tradução nossa)

O julgamento, proferido pelo magistrado Harlan na Suprema Corte concretizou o uso do *Sherman Act* e a regulação do comércio pelo Estado nos EUA em conjunto com outras jurisprudências que acompanharam o caso.

Em 1914, o *Sherman Act* recebeu emenda pelo chamado *Clayton Act* de 1914. O *Clayton Act* adicionou outros 16 artigos ao texto original, incluindo previsões sobre discriminação de preços, vendas condicionais, fusões e aquisições que prejudiquem o comércio e a participação simultânea no conselho administrativo de empresas competidoras (EUA, 1914a, 730). O *Clayton Act* também permitiu o

²⁵Original: "Sec. 8. That the word "person", or "persons", wherever used in this act shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country".

²⁶Original: *In our judgment, the evidence fully sustains the material allegations of the bill, and shows a violation of the act of Congress, in so far as it declares illegal every combination or conspiracy in restraint of commerce among the several States and with foreign nations, and forbids attempts to monopolize such commerce or any part of it.*

ingresso direto de partes prejudicadas buscando indenização.

No mesmo ano foi criado o *Federal Trade Commission*, agência independente do governo dos Estados Unidos para regulação do comércio e proteção ao consumidor, especialmente regular e fiscalizar as disposições da lei antitruste dos EUA. (EUA, 1914b, p. 717).

O corpo geral das leis antitruste dos EUA permanece o mesmo, recebendo algumas adições e restrições mais pontuais e atualizações em relação ao valor das multas e reclusão, a última realizada em 2004, em que a multa se limita à U\$100.000.000,00 (cem milhões de dólares) para pessoas jurídicas e U\$1.000.000,00 (um milhão de dólares) para pessoas físicas - e as penas de reclusão são limitadas a 10 (dez) anos (EUA, 2004, p. 8).

Em razão de seus termos amplos, a jurisprudência continuou a ser basilar para a construção das normas antitruste nos EUA, também em razão do sistema jurídico do *Common Law* adotado pelo país. É na jurisprudência que se desenvolve a aplicação extraterritorial de forma mais ampla, como explica José Carlos Magalhães (1985, p. 159):

Na verdade, embora tradicionalmente apegados ao princípio da jurisdição territorial, consequência possível de seu antigo isolamento geográfico, os EUA passaram a aplicar suas leis antimonopólio a eventos ocorridos no exterior, envolvendo participantes não americanos, mas cujos efeitos diretos ou indiretos ocorressem dentro de seu território. [...] A justificativa inicial fundava-se na legitimidade da extensão do princípio da jurisdição extraterritorial, para submeter às leis do país atos praticados no exterior por seus nacionais, ou com a sua participação. Quando não presente essa premissa, o fundamento da extensão passou a recair no efeito territorial, no impacto sofrido dentro do Estado, pelos eventos ocorridos no exterior.

Embora não seja o primeiro, Magalhães identifica o caso *United States v. Alcoa Aluminum Co. of America*, de 1945 como um marco definitivo para aplicação extraterritorial, especialmente em relação ao uso da premissa do efeito territorial. O caso envolvia a formação de cartéis para controle de preços da bauxita, matéria-prima do alumínio (EUA, 1945, p. 432). As partes não eram cidadãos dos EUA e nenhuma parte dos contratos para formação de cartéis ocorreram no território dos EUA, no entanto, a decisão considerou os efeitos causados no comércio dos EUA, com base no texto do *Sherman Act* de 1890 para sustentar a jurisdição da corte suprema do país no julgamento do caso;

O ajuste, contudo, foi firmado na Suíça, entre sociedades não-americanas e de acordo com as leis locais. Tratava-se, portanto, de contrato de objeto lícito perante a legislação do país onde foi celebrado.

Não obstante, o governo americano promoveu ação antitruste contra ALCOA e ALUMINIUM LIMITED que, embora canadense, possuía importante escritório nos Estados Unidos, tornando-a sujeita à jurisdição territorial americana.

A Corte que processou a ação decidiu que a conduta fora do território americano poderia ficar sujeita às leis dos Estados Unidos, se se constatasse que tal conduta tivesse produzido reflexos dentro do país. Pelo acordo de 1936 as exportações de lingotes de alumínio para os Estados Unidos estavam sujeitas às limitações das quotas de produção, o que afetava o comércio internacional e a indústria americana. (MAGALHÃES, 1985, p. 173)

A doutrina utilizada encontrou fulcro no caso *Lotus*, em que a Corte Permanente de Justiça entendeu pela manutenção da jurisdição com base nos efeitos causados. (RAYMOND, 1967, P.560). Na decisão, construiu-se assim a chamada *Alcoa doctrine*:

Por outro lado, é a própria lei estabelecida como "Limitada" concorda que qualquer Estado pode impor responsabilidades, mesmo a pessoas que não estejam dentro da sua lealdade, por uma conduta fora das suas fronteiras que tenha consequências dentro das suas fronteiras que o Estado repreenda; e estas responsabilidades serão normalmente reconhecidas por outros Estados. [...] Pode argumentar-se que esta Lei se estende ainda mais. Duas situações são possíveis. Pode haver acordos feitos para além das nossas fronteiras que não tenham a intenção de afetar as importações, que as afetam, ou que afetam as exportações. [...] Quando ambas as condições são satisfeitas, a situação enquadra-se certamente em tais decisões [...]. (EUA, 1945, p. 443-444, tradução nossa)

Com a construção da doutrina *Alcoa* – isto é, a teoria do Impacto Territorial – surgiram conflitos de normas no tempo e no espaço, com críticas e debates acerca da aplicação extraterritorial, porém fundando diversas outras jurisprudências que se seguiram no país.

Outras decisões seguiram-se, adotando a mesma linha de raciocínio: a conduta fora do território do Estado, desde que cause efeitos internos, está sujeita à competência territorial desse Estado. O impacto territorial do evento justificaria a competência.

Essa doutrina reflete, na verdade, a pretensão do Estado de regular, através de leis nacionais, atos e fatos que possuem caráter nitidamente internacional. (MAGALHÃES, 1985, p. 174)

Magalhães (1985, p. 174) identifica no caso *Alcoa*, a fundação pragmática das normas de efeitos extraterritoriais, vinculando-as à necessidade de

“reestruturação da ordem internacional” frente aos novos desafios que ultrapassam os limites territoriais já em 1985.

A atuação dos EUA neste sentido permitiu uma hegemonia regulatória até a década de 90, ditando os caminhos do Direito, especialmente em matéria de antitruste, ainda que esta hegemonia tenha dado espaço para o poder regulatório da União Europeia - que será analisado nos parágrafos seguintes – os EUA mantiveram-se especialmente influentes na atuação do mercado financeiro e de empresas envolvidas com operações financeiras em geral, seguindo o caminho estabelecido pelos avanços nas legislações antitruste das décadas anteriores.

O maior exemplo desta influência é o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, lei aprovada após múltiplos escândalos financeiros que visa a governança corporativa, evitar fraudes financeiras e auditoria para promover a confiança em empresas inseridas no mercado dos Estados Unidos (RODRIGUES, LIMA, SILVA, 2020, p. 38), em outras palavras:

Para proteger os investidores, melhorando a exatidão e fiabilidade das divulgações de informações empresariais feitas nos termos das leis de valores mobiliários, e para outros fins.²⁷ (EUA, 2002, p.745, tradução nossa).

As principais determinações do *Sarbanes-Oxley Act* estão em sua seção 401, sobre relatórios periódicos e, principalmente, a seção 404 que determina relatórios de controle interno, ou seja, governança corporativa, em diversos aspectos partindo do topo para baixo, incluindo avaliação de riscos e compliance de todas as partes da empresa.

A seção 401 dispõe que as demonstrações contábeis, publicadas pelos emissores, devem estar em acordo com os Princípios Contábeis Geralmente Aceitos nos EUA, US GAAP, e que não contenham declarações incorretas ou que admitam a omissão de informações relevantes. Também evidenciando todos os passivos, obrigações ou transações não registradas no balanço patrimonial.

Quanto à Seção 404, esta determina uma avaliação anual dos controles e procedimentos internos para a emissão de relatórios financeiros. Ademais, o auditor independente da companhia deve emitir um relatório distinto que ateste a asserção da administração referente a eficácia dos controles internos e dos procedimentos

²⁷Original: “To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes”.

executados para a emissão dos relatórios financeiros. (RODRIGUES, LIMA, SILVA, 2020, p. 42)

Ainda que o *Sarbanes-Oxley Act* seja direcionado para as empresas atuantes no mercado dos EUA, seu alcance ultrapassa as fronteiras na medida em que as empresas se adequam internamente – principalmente às seções 401 e 404 – seja para redução de seus custos de transação, como para promover uma maior confiabilidade para investidores:

Os emissores privados estrangeiros normalmente listam nos Estados Unidos por considerações financeiras tais como maior liquidez, custo potencialmente menor do capital acionário, desejo de aumentar sua base acionária nos EUA e capacidade de levantar dinheiro a partir do patrimônio. A listagem nos Estados Unidos também proporciona aos emissores privados estrangeiros a moeda de aquisição, prestígio e publicidade.

[...]

Os emissores privados estrangeiros obtêm mais prêmios de avaliação se vierem de mercados com padrões contábeis mais baixos ou níveis mais baixos de proteção ao investidor. O aumento da avaliação pode ser devido ao fato de os investidores verem a disposição de uma empresa de listar em uma bolsa com um ambiente de divulgação mais estrito como um sinal de confiança sobre seus ganhos futuros.²⁸ (WOO, 2011, p. 125-127, tradução nossa).

A influência do *Sarbanes-Oxley Act* é observada tanto em subsidiárias americanas no Brasil, quanto em empresas brasileiras. Em análise de subgrupo de grandes empresas brasileiras em 2017, Rodrigues, Lima e Silva (2020, p. 50) observaram uma adesão média à dispositivos do *Sarbanes Oxley Act*:

As práticas mais evidenciadas pelas empresas, considerando as repetidas vezes que foram apresentadas nos demonstrativos, são relacionadas a precisão das demonstrações contábeis publicadas pelas entidades desse estudo serem precisas e apresentadas de maneira que não contenham erros ou declarações incorretas e que evidenciem todas as informações consideradas relevantes para a tomada de decisão, como também as descrições dos processos adotados pela administração da entidade para identificar, classificar e

²⁸Original: “Foreign private issuers typically list in the United States for financial considerations such as increased liquidity, potentially lower cost of equity capital, a desire to increase their U.S. shareholder base, and ability to raise money from equity. Listing in the United States also provides foreign private issuers with acquisition currency, prestige, and publicity.

[...]

Foreign private issuers obtain more of a valuation premium if they come from markets with lower accounting standards or lower levels of investor protection. The increased valuation may be because investors see a firm’s willingness to list on an exchange with a stricter disclosure environment as a signal of confidence about its future earnings”

avaliar os riscos que possam impedir que a companhia alcance seus objetivos de emissão de relatórios financeiros.

A atuação dos EUA na regulação dos mercados e do direito antitruste, especialmente durante o século XX, na adoção da doutrina do impacto territorial, ilustra o desafio da competência no conflito de normas no tempo e no espaço. Magalhães (1985, p 174) explica que:

Essa doutrina reflete, na verdade, a pretensão do Estado de regular, através de leis nacionais, atos e fatos que possuem caráter nitidamente internacional.

Magalhães coloca em questão a legitimidade destas normas, na medida em que os princípios abordados pelo país estrangeiro, produtor da norma, não se adequem aos princípios amparados pelas leis locais, especialmente considerando a ausência da atuação do Direito Internacional na matéria.

A universalidade toma um papel central na legitimidade da aplicação extraterritorial. Na medida em que é alcançada, o Estado que legisla e aplica suas leis nacionais em um contexto transnacional, indissociável do contexto contemporâneo, e atua como um órgão descentralizado de regulação regional. (MAGALHÃES, 1985, p. 175-176)

Contudo, Magalhães conclui em sua análise realizada em 1985 diante do poder hegemônico regulatório dos EUA, que a aplicação de normas de efeitos extraterritoriais encontra um entrave fundamental, no conflito de competências no momento da execução da sentença:

A aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, não obstante bem definidas no direito internacional e amparadas por princípios precisos, não se ajusta a esse fenômeno recente que é o da transnacionalização das relações internacionais.

Importa, pois, indagar sobre a legitimidade da recusa em reconhecer o julgado estrangeiro, concomitantemente com o conteúdo desse julgado. Se a decisão proferida pelo judiciário nacional tem por objeto relação que envolve elemento internacional, tal decisão tem caráter internacional, pois disciplina relação jurídica internacional. A questão da competência judiciária deve, então, ser examinada, ao lado da competência dita legislativa. (MAGALHÃES, 1985, p. 175-176)

Assim, a validade vinculada à soberania, como trabalhada em Kelsen

fica, primordialmente prejudicada, desde que pressuposta pela norma maior constitucional. Com base no Direito Internacional, o conflito de competências se exacerba, prejudicando a atuação do Estado na eficácia da norma.

O avanço da globalização econômica, trabalhada na perspectiva de José Eduardo Faria, Saskia Sassen e Gilberto Dupas na primeira parte da pesquisa, no entanto, impõe um nuance diferente na aplicação do Direito transnacional. Aqui, as normas duras, pressupostas por uma atuação firme do Estado em seus aspectos jurisdicionais concomitantes com os princípios basilares da soberania no Direito Internacional dão espaço para uma norma mole, uma *soft law*, sustentada sob os negócios jurídicos transnacionais. Debate-se, inevitavelmente, o que pode ser chamado de quase-direito, especialmente observado na *lex mercatoria*, que estabelece as bases para uma compreensão das normas de efeitos extraterritoriais no século XXI e que será analisado no próximo capítulo.

3.4 A LEX MERCATORIA DE GUNTHER TEUBNER E AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL

Compreendidas algumas das bases legais e históricas das normas de efeito extraterritorial, principalmente na perspectiva de Magalhães, adentra-se na contemporaneidade, em que estes dispositivos alcançam uma repagina configuração, que escapa da atuação judicial, da circulação global de precedentes e do conflito de leis no tempo e no espaço, em direção à uma Direito Transnacional, integrado com a dinâmica acelerada e flexível dos mercados globais da globalização econômica.

Diante dos desafios de jurisdição apresentados por Magalhães, realiza-se uma análise de normas de efeito extraterritorial sob uma perspectiva de divisão espacial. Dentro do território do legislador e direcionando-se para atores com atividades e fatos jurídicos inseridos neste território, a norma tem uma característica de Direito em sua perspectiva clássica vinculada ao monopólio da força do Estado - ou Estados, no caso da União Europeia. Quando se direciona para fatos jurídicos e atores com atividades fora do território de origem do legislador, a norma adquire uma característica desvinculada do monopólio da força do Estado, de adesão voluntária – similar à uma lei modelo, ou o que pode ser chamado de *soft law* nos termos do Direito Internacional. Ou seja, a norma de efeito extraterritorial é observada sob um critério espacial, com uma natureza diferente em sua função no espaço transnacional.

Quando adotados pela empresa multinacional em âmbito

transnacional, os dispositivos da norma de efeito extraterritorial tornam-se *lex mercatoria*. Em sua característica contemporânea, as normas de efeito extraterritorial vinculam-se à aspectos mercadológicos, como no exemplo do *Sarbanes-Oxley Act*, em que a emissão de ações no mercado americano implica na vinculação aos seus dispositivos. O que entra em questão para a empresa estrangeira não é o monopólio da força do Estado, mas a participação no mercado de ações norte-americano, algo que pode ser economicamente indispensável para o crescimento da empresa. No contexto da empresa multinacional, há um esforço para o *compliance*, isto é, o cumprimento das normas em todos os setores e facetas da empresa multinacional, visando a redução dos custos de transação em âmbito global. Cria-se aqui, um vínculo entre a norma de efeito extraterritorial e a *lex mercatoria*, tal diálogo permeiam todas as normas de efeito extraterritorial contemporâneas em virtude da intensificação da globalização econômica abordada no primeiro tópico. Enquanto em âmbito nacional ou supranacional – no caso da União Europeia – a norma de efeito extraterritorial integra o ordenamento jurídico de seu respectivo território, com jurisdição e vinculação pelo monopólio da força; no âmbito estrangeiro, ou transnacional, desvincula-se do Estado – ao menos de forma direta – e vincula-se aos interesses puramente econômicos da atuação da empresa, ou seja, tornam-se regras de mercado, ou *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* é tema de discussão na produção acadêmica jurídica, por vezes conceituando-a como um sistema jurídico autônomo e independente do Estado; como um sistema supranacional de leis de comércio; ou como um mero conjunto de regras de comércio que dependem do reconhecimento dos tribunais. (HUCK, 1992).²⁹ Aqui, adota-se uma abordagem ampla da ideia de regras de comércio, baseada na análise econômica, abarcando todos os dispositivos normativos diretamente relacionados ao comércio e adotados pelas empresas na sua atuação no mercado. Especialmente, aborda-se a *lex mercatoria*, pela perspectiva de Gunther Teubner.

Teubner (1997, p. 4) identifica a *lex mercatoria* como uma “lei

²⁹ Huck (1992, p. 234) entende a *lex mercatoria* sob uma perspectiva negativa, necessariamente vinculada ao Estado no momento de sua efetivação pelos tribunais, que, se tratada de forma independente, levaria à uma ditadura das normas frias do mercado. Argumenta-se nesta pesquisa que, dentro do escopo das relações privadas, a *lex mercatoria* é uma eficiente ferramenta para a efetivação de valores humanos e da pacificação social, como se exemplifica no último capítulo e no estudo do Efeito Bruxelas.

transnacional de transações econômicas” e o “exemplo de maior sucesso de uma lei global sem o Estado”.³⁰ Trata-se de normas produzidas por atores privados, como empresas multinacionais e sindicatos trabalhistas, que atuam no âmbito da economia global e desenvolvem normas técnicas e outras regulações à que se submetem internamente ou no momento da realização de negócios jurídicos entre si. A natureza da *lex mercatoria* como vinculada aos negócios privados, também deixa claro sua proximidade com os negócios jurídicos, uma vez sempre partindo da via contratual.

A *lex mercatoria*, dessa forma, independe do Direito posto de um determinado país, voltando-se para as especificidades, necessidades e particularidades de um *cosmos* próprio dos negócios privados. Tal independência alcança tanto a formação quanto a sua execução, mantendo-se pela via da coordenação em um sistema inserido no pluralismo jurídico (TEUBNER, 1997, p.4) trabalhado anteriormente, em que as normas no contexto global se desenvolvem fora da lei tradicional, nas periferias do Direito e em seus aspectos próprios dos diversos setores da sociedade em que se inserem, como explica:

Uma teoria do pluralismo jurídico perceberia o direito econômico global como um processo altamente assimétrico de autorreprodução legal. O direito econômico global é o direito com um 'centro' subdesenvolvido e uma 'periferia' altamente desenvolvida. Para ser mais preciso, é uma lei cujo 'centro' é criado pelas 'periferias' e permanece dependente delas. A *Lex mercatoria*, então, representa a parte do direito econômico global que opera na periferia em 'acoplamento estrutural' direto com organizações e transações econômicas globais. É a lei decorrente das regras paralegais que são produzidas "à margem" da lei, em sua fronteira com os processos econômicos e tecnológicos.³¹ (TEUBNER, 1997, p. 10, tradução nossa)

No entanto, Teubner destaca as mesmas críticas formadas para as normas de efeito extraterritorial como trabalhadas por Magalhães, vinculadas ao suporte teórico clássico do conflito de normas no tempo e no espaço do Direito Internacional Privado. Tal crítica entende que a *Lex Mercatoria* não poderia se tornar

³⁰ Tradução nossa. Original: *Lex mercatoria, the transnational law of economic transactions, is the most successful example of global law without a state.* (TEUBNER, 1997, p. 3)

³¹Original: “A theory of legal pluralism would perceive global economic law as a highly asymmetric process of legal self-reproduction. Global economic law is law with an underdeveloped 'centre' and a highly developed 'periphery'. To be more precise, it is a law whose 'centre' is created by the 'peripheries' and remains dependent on them.¹⁴ *Lex mercatoria*, then, represents that part of global economic law which operates on the periphery in direct 'structural coupling' with global economic organizations and transactions. It is law stemming from paralegal rules which are produced 'at the margin' of law, at its boundary with economic and technological processes”.

uma ordem legal autêntica, na medida em que quaisquer de suas determinações se subordinam às leis soberanas de cada país e não detêm de executoriedade ou poder vinculativo. Essa abordagem, como explica Teubner (1997, p. 9), também impossibilitaria o entendimento da arbitragem como um corpo autêntico de criação de precedentes, já que todas as sentenças arbitrais poderiam ser questionadas pelo judiciário nacional.

Assim, a *lex mercatoria*, bem como o alcance extraterritorial das normas por internalização de atores econômicos poderia ser considerada na doutrina clássica de Savigny e, conseqüentemente, na teoria geral do Direito de Kelsen, sob a perspectiva da soberania estatal, da norma maior, e do consentimento, como uma lei ilegítima e inválida.

De fato, a *lex mercatoria* quebra um duplo tabu sobre as conexões necessárias entre lei e estado. Em primeiro lugar, ela o faz ao sugerir meramente ordens 'privadas' (contratos e associações) que produzem lei válida sem autorização e controle do Estado. De Savigny em palavras, o contrato foi negado a dignidade de uma fonte legal e, percebido como um mero fenômeno factual, foi deslocado para o domínio da sociologia empírica (Savigny, 1840:12). Como a *lex mercatoria* é contrato sem lei, ela é uma *lex illegitima* neste sentido. Em segundo lugar, a *lex mercatoria* quebra mais um elemento de tabu ao afirmar ser válida fora do Estado-nação e até mesmo fora das relações internacionais.³² (TEUBNER, 1997, p. 9-10, tradução nossa)

As normas seriam, assim, nulas em sua formação feita fora dos ditames formais do Direito clássico, fora da submissão à uma norma maior em seu aspecto nacional e em contraponto à soberania como desenvolvido anteriormente. Não somente isso, seria também nula em seu aspecto contratual, justamente por removerem-se da forma prescrita em lei se considerados os aspectos abordados até aqui.

Rejeita-se tal abordagem clássica, diante dos novos ditames do Direito contemporâneo, diante das novas dinâmicas da globalização apresentadas no primeiro capítulo. Estas normas são uma parte fática deste atual contexto de ampliação da globalização econômica, inserindo-se necessariamente dentro do

³²Original: "Indeed, *lex mercatoria* breaks a double taboo about the necessary connections between law and state. First, it does so by suggesting merely 'private' orders (contracts and associations) produce valid law without authorization from and control by the state. From Savigny on words, contract has been denied the dignity of a legal source and, perceived as a mere factual phenomenon, it has been shifted to the domain of empirical sociology (Savigny, 1840:12). Since *lex mercatoria* is contract without law it is a *lex illegitima* in this sense. Second, *lex mercatoria* breaks yet another element of taboo by claiming to be valid outside the nation state and even outside international relations".

pluralismo jurídico, mantendo efeitos práticos, reais e em contínuo desenvolvimento, frequentemente criando pontes com os direitos domésticos como se observará na análise do Efeito Bruxelas e como se verificou nas leis antitruste dos EUA, bem como no crescente uso da arbitragem como forma de solução de conflitos privados em âmbito nacional e transnacional.

Teubner propõe uma saída para tal impasse da *lex mercatoria* causado pela abordagem clássica de conflitos de normas no tempo e no espaço. Adota-se, assim, a teoria legal de Niklas Luhmann, essencialmente pluralística na coexistência de diversos sistemas, que questiona onde as normas concretas são de fato produzidas, tratando a produção de normas pelo político, pelo legal e pelo social como de igual valor (TEUBNER, 1997, p. 10).

Como explica o autor, trata-se de um sistema autorreprodutivo, seguindo o binômio legal/ilegal, que se reproduz no processamento de um símbolo não-nacional de validade.³³ O Direito é definido, assim, dentro do giro linguístico da sociologia, em que o uso da linguagem se torna a principal matéria de estudo na área. Assim, as sanções efetuadas pela força do Estado deixam de ser o principal suporte da normatividade e a validade das normas assume um outro paradigma (TEUBNER, 1997, p. 11). Neste campo, a validade das normas, tornando-se legais dependem da comunicação e da autorreprodução de sua estrutura legal, como explica:

Da mesma forma, as 'regras' perdem a posição estratégica que um dia tiveram como elementos centrais da lei. Na mudança de estrutura para processo, os elementos centrais de uma ordem jurídica são engonces, eventos comunicativos, atos jurídicos e não regras legais. A transformação decisiva não pode ser encontrada nas características inerentes às regras, mas em sua inserção no contexto de diferentes discursos. As regras tornam-se legais à medida que surgem eventos comunicativos utilizando o código binário e produzindo microvariações de estrutura jurídica.

[...]

A existência de um corpo elaborado de regras não é decisiva. O que importa é um processo auto-organizador de constituição mútua de

³³ *The phenomenon to be identified is a self-reproducing, worldwide legal discourse which closes its meaning that boundaries by the use of the legal/illegal binary code and reproduces itself by processing a symbol of global (not national) validity. The first criterion - 'binary coding' - delineates global law from economic and other social processes. The second criterion - 'global validity' - delineates global law from national and international legal phenomena. Both criteria are instruments of second-order observation as mentioned above. They observe how the law observes itself, in our case how a global law observes itself in its environment of national legal orders and global social systems.*

atos jurídicos e estruturas legais.³⁴ (TEUBNER, 1997, p. 11, tradução nossa)

Teubner adota uma postura para o Direito, não de controle social, mas de resolução de conflitos, em que devem ser observadas as ações sociais promovidas pelo binômio legal/ilegal³⁵ Tal binômio desvincula-se da exclusividade da lei estatal e nem depende de uma hierarquia do direito posto tradicional. É o binômio legal/ilegal em si que determina, para Teubner (1997, p. 12 13), o direito válido no pluralismo jurídico, ou o “*lex proprium*” como define.

Como analisa Matthias Goldmann, a abordagem de Teubner é direcionada para a funcionalidade do sistema legal, em que o *soft law*, nesse caso no formato da *lex mercatoria* é funcionalmente Direito dentro do sistema que se insere (GOLDMANN, 2012, p. 360).

Sobre a *lex mercatoria*, Teubner discute o paradoxo da autorreferência no quesito da autovalidação do contrato. Para contrabalancear tal paradoxo, elenca três aspectos de “desparadoxificação”, com especial destaque para adoção de um circuito fechado de arbitragem – em que se estabelece uma ordem privada legal com validade global (TEUBNER, 1997, p. 15).

O primeiro é o estabelecimento de uma hierarquia interna, onde o contrato forma regras primárias, que regulam o comportamento das partes; e regras secundárias que definem como as regras primárias devem ser interpretadas e como

³⁴Original: “Similarly ‘rules’ lose the strategic position they once had as core elements of law. In the switch from structure to process, the central elements of a legal order are énoncés, communicative events, legal acts and not legal rules. It has proved hopeless to search for a criterion delineating social norms from legal norms. The decisive transformation cannot be found in the inherent characteristics of rules, but in their insertion in the context of different discourses. Rules become legal as communicative events emerge using the binary code and producing microvariations of legal structure.

[...]

The existence of an elaborate body of rules is not decisive. What matters is a self-organizing process of mutual constitution of legal acts and legal structures”.

³⁵Now, if we follow the linguistic turn we would not only shift the focus from structure to process, from norm to action, from unity to difference but, most important for identifying the *lex proprium*, from function to code (see Ladeur, 1992; Luhmann, 1993:Ch. 2; Teubner, 1993). This move brings forward the dynamic character of a worldwide legal pluralism and at the same time delineates clearly the ‘legal’ from other types of social action. Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms but as a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field that observe social action under the binary code of legal/illegal. Purely economic calculations are excluded from it as are the sheer pressures of power and merely conventional or moral norms, transactional patterns or organizational routines. But whenever such non-legal phenomena are communicatively observed under the distinction directrice legal/illegal (Luhmann, 1992) they play a part in the game of legal pluralism. It is the implicit or explicit invocation of the legal code which constitutes phenomena of legal pluralism, ranging from the official law of the state to the unofficial laws of world markets. (TEUBNER, 1997, p. 12)

os conflitos devem ser resolvidos. O segundo é a temporalização do paradoxo, baseando as regras atuais em normatizações passadas ou futuras, em um movimento de autorreprodução sistêmica. O terceiro é a externalização, isto é, a vinculação da validação em institutos não contratuais, como a arbitragem. Assim efetivamente se cria uma “tríade privada de ‘adjudicação’, ‘legislação’ e ‘contratação’” (TEUBNER, 1997, p. 15), como explica:

Por que esta externalização é tão importante para a criação de uma lei autenticamente global? A resposta não é apenas porque apoia a desparadoxificação da auto-validação contratual, mas também porque cria dinâmicas de interação entre uma ordem jurídica "oficial" e uma "não oficial", que é constitutiva de um sistema jurídico moderno. Introduce uma diferenciação interna entre a produção jurídica organizada e espontânea que cria o equivalente funcional do "direito estatal" e dos "contratos" nos contextos nacionais (cf. Luhmann, 1993: 320ff.). Assim, os órgãos de arbitragem e a legislação privada mudam drasticamente o papel do próprio contrato internacional. Embora a arbitragem e a própria contratação padrão sejam baseadas no contrato, elas transformam a criação contratual de direitos e deveres em "lei não oficial", que agora é controlada e disciplinada pela "lei oficial" dos órgãos de arbitragem. A arbitragem privada e a legislação privada tornam-se o núcleo de um sistema de decisão que começa a construir uma hierarquia de normas e de órgãos organizacionais. Ela torna possível a reflexividade da *lex mercatoria*.³⁶

Nestas bases, a *lex mercatoria*, onde se configuram as normas de efeito extraterritorial em seu âmbito transnacional, detém de requisitos de validade na formação de um sistema legal privado próprio, mantendo suas ligações com o direito estatal do país de origem, bem como coexistindo com o Direito dos outros países, efetivamente como um marco do pluralismo jurídico.

Diante dos desafios da aplicação vistos na discussão de Magalhães, resultantes do conflito de soberania dos Estados, a *lex mercatoria*, como abordada por Teubner, sustenta as bases para uma aplicação das normas de efeito

³⁶Original: “*Why is this externalization so important for the creation of an authentically global law? The answer is not only because it supports the de-paradoxification of contractual self-validation, but also because it creates dynamics of interaction between an "official" legal order and a "non-official" one, which is constitutive for a modern legal system. It introduces an internal differentiation between organized and spontaneous law production which creates the functional equivalent of 'state law' and 'contracts' in national contexts (cf. Luhmann, 1993: 320ff.). Thus, arbitration bodies and private legislation change dramatically the role of the international contract itself. Although arbitration and standard contracting themselves are based on contract, they transform the contractual creation of rights and duties into "unofficial law" which is now controlled and disciplined by the 'official law' of the arbitration bodies. Private arbitration and private legislation become the core of a decision system which begins to build up a hierarchy of norms and of organizational bodies. It makes the reflexivity of *lex mercatoria* possible*”.

extraterritorial em um mundo de globalização econômica, principalmente, mas não exclusivamente, em seu aspecto digital. Assim, o capítulo seguinte aborda as normas de efeito extraterritorial nesta característica mercadológica em seu mais proeminente representante contemporâneo, no chamado Efeito Bruxelas, acompanhado de casos exemplificativos dos sucessos e desafios deste fenômeno para a efetivação de Direitos.

4 AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL NA CONTEMPORANEIDADE: LEX MERCATORIA, SOFT LAW E O EFEITO BRUXELAS.

Compreendidos o histórico e conceito das normas de efeito extraterritorial; sua natureza de dualidade no espaço, entre vinculativa no espaço doméstico e voluntária no espaço estrangeiro; caracterizando-se como *lex mercatoria* na medida em que é absorvida pelas empresas transnacionalmente e sustentando validade na teoria de Teubner, direciona-se para a realidade contemporânea deste fenômeno e o aspecto prático das normas de efeito extraterritorial. Entende-se que, para uma compreensão plena do fenômeno, é necessário observá-lo não só em sua perspectiva histórica, mas em sua configuração atual.

O caso de maior sucesso das normas de efeito extraterritorial na contemporaneidade, e exemplo mais claro das normas de efeito extraterritorial que utilizam dos atores de mercado é o chamado Efeito Bruxelas, termo cunhado por Anu Bradford para explicar a hegemonia regulatória da União Europeia após a década de 1990, com a formação do bloco supranacional. No Efeito Bruxelas é possível observar situações de harmonização legislativa, bem como desafios de inoperabilidade do mercado e conflito de normas de efeito extraterritorial.

4.1 O EFEITO BRUXELAS: O FUNCIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DAS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL COMO REGULADOR UNILATERAL TRANSNACIONAL

É nos negócios jurídicos – de natureza da *lex mercatoria* - e no direito ou no quase-direito dentro de seus sistemas ou microssistemas normativos que se observa a exteriorização da norma nacional ou regional em seu melhor exemplo: o Efeito Bruxelas, nome cunhado por Anu Bradford para expressar o uso de normas de efeito extraterritorial no poder hegemônico regulatório da União Europeia.

Estas normas utilizam-se de atores econômicos para imperar seus dispositivos para além das fronteiras de seu país ou região de origem, sustentando-se da padronização interna das redes de produção transnacionalizadas, ou seja, da contratualização das normas ou da constitucionalização dos Códigos de Conduta empresariais. Tais dispositivos atuam como uma norma modelo, passando a harmonizar o direito de diferentes Estados, na medida das exigências do mercado. Deve-se diferenciar, então, as duas faces da harmonização legislativa realizada desta

forma – o *race to the bottom* e o *race to the top*.

A harmonização é essencial para garantir segurança jurídica e um ambiente desejável para realização de negócios, diante da previsibilidade. (FARIA, 2017, p. 130). Nas palavras de José Eduardo Faria (2017, p. 129), sobre a segurança jurídica e a economia:

Segurança do direito e certeza jurídica, como se sabe, são conceitos fundamentais para os economistas de formação neoinstitucionalista – aqueles para quem caberia às instituições governamentais, aos códigos e leis e tribunais isentos e independentes oferecer uma “estrutura de governança” ou um “ambiente saudável” para os negócios, propiciando, com isso, a redução dos chamados custo de transação, ou seja, os recursos financeiros gastos com planejamento e monitoramento das interações entre os agentes econômicos para assegurar que as partes de um contrato cumpram todos os dispositivos negociados e acordados.

O *race to bottom* ou corrida para o fundo é a tentativa de desregulamentação dos Estados. Essa tentativa é característica dos desafios do neoliberalismo, de forma que há um processo político de retirada de direitos sociais e redução de regulação em áreas de interesse do mercado (BRADFORD, 2020, p. 52). Parte do pressuposto do neoliberalismo de que “os grandes objetivos econômicos inevitáveis podem ser alcançados à custa dos objetivos sociais e políticos”, ou seja, o conflito entre regulação e interesses econômicos é um jogo de soma zero. (HABERMAS, 2001, p. 67) Como explica José Eduardo Faria (2017, p. 130), “o problema é que mercado mais complexos – ou seja, funcionalmente diferenciados – exigem sistemas legais mais flexíveis e Estados funcionais.

Há, assim, uma corrida para o fundo, de qual Estado ou até mesmo a província – no caso de guerra fiscal interna, situação em que o termo é mais comumente empregado – move-se em direção à uma harmonização baseada na mínima interferência estatal, visando atrair empresas e capital para o território (DUPAS, 2004).

No *race to the top*, ou corrida para o topo, o objetivo é o inverso. A harmonização parte da absorção de normas de regulação mais extensa criadas unilateralmente por um Estado ou organização, a princípio para que os outros países tenham acesso ao mercado consumidor da região expressiva. (BRADFORD, 2020, P. 52)

O Efeito Bruxelas utiliza deste *race to the top* para sua

extraterritorialização, passando tanto para o microssistema das relações negociais privadas, como atuando como uma norma modelo na medida em que os Estados adotam normas similares em resposta ao anseios das empresas que atuam transnacionalmente e do mercado consumidor, que adere às práticas já estabelecidas pelas normativas internas das empresas, num efeito que pode ser observado como um *endowment effect* e a percepção de justiça verificada pela da análise econômica comportamental do direito.

O *endowment effect* é decorrente da análise econômica comportamental do Direito e trata-se da ideia de que os indivíduos têm uma aversão a perda maior quando já conseguiram uma determinada coisa. Neste caso, a prática transnacionalizada das empresas, tanto em seu microssistema empresarial, como na relação com o consumidor, apontam uma convencionalidade trazida pelo *race to the top* que pode dificultar a retirada, ou não-nacionalização da norma, contribuindo tanto para um cumprimento voluntário das normas – dependendo de sua percepção de justiça, diretamente relacionada com a reputação – quanto para a efetiva harmonização. Sobre a percepção de justiça e reputação, Jolls, Sunstein e Thaler (1998, p. 87, tradução nossa) explicam:

Os resultados de justiça obtidos em vários cenários experimentais, como o jogo de ultimato, não podem ser explicados por razões de reputação. As partes estão interagindo anonimamente e de uma só vez. É claro que muitas situações do mundo real podem refletir uma combinação de fatores de reputação e de justiça. Assim, por exemplo, as empresas que violam as normas de uma indústria são ostracizadas, presumivelmente a algum custo para as empresas restantes, em parte devido a um medo racional de que a parte infratora possa não ser digna de confiança, e em parte devido a uma tendência rancorosa de punir o comportamento desleal, mesmo quando a punição é dispendiosa de administrar (como quando os Responsáveis recusam pequenas ofertas). Muitos dos exemplos de Robert Ellickson em seu livro de remendos, *Order Without Law*, têm precisamente este sabor. Muitas vezes é impossível desentender os dois efeitos. O valor do método experimental é precisamente que podem ser criadas situações nas quais o fator reputacional está ausente (porque as transações são anônimas e de uma só vez), permitindo que se teste diretamente a justiça. Os resultados do ultimato do jogo mostram que o encontramos: As pessoas frequentemente se comportarão de acordo com considerações de justiça mesmo quando isso for contra seus próprios interesses financeiros, e ninguém saberá.³⁷

³⁷Original: *The fairness results obtained in various experimental settings, such as the ultimatum game, cannot be explained on grounds of reputation. The parties are interacting anonymously and in a one-*

O Efeito Bruxelas, no entanto, não é universal para as normas de efeito extraterritorial ou para as normas da União Europeia, dependendo de cinco requisitos elencados por Anu Bradford: tamanho do mercado, capacidade regulatória, padrões rigorosos, destinatários inelásticos e não divisibilidade (BRADFORD, 2020, p. 15):

A literatura existente se concentra no tamanho do mercado como um representante da capacidade da jurisdição de exercer autoridade regulatória sobre entidades estrangeiras. O grande tamanho do mercado é, de fato, uma condição prévia para a globalização regulatória unilateral. No entanto, a jurisdição também deve possuir capacidade regulatória suficiente para exercer autoridade regulatória global. Isto implica em ter estruturas institucionais capazes de adotar e fazer cumprir as regulamentações de forma eficaz. Além disso, essas instituições reguladoras devem promulgar normas regulatórias rigorosas, refletindo as preferências dos principais interessados na jurisdição. Uma autoridade reguladora global também está vinculada a uma escolha de metas regulatórias inelásticas, como mercados consumidores, em oposição a metas mais elásticas, como o capital. Somente normas rigorosas voltadas para metas que não podem fugir da jurisdição garantem que as regulamentações de um país não serão limitadas pelas forças de mercado ou pelas respostas regulatórias de outras jurisdições. Finalmente, normas unilaterais tornam-se normas globais somente quando os benefícios de aderir a uma única norma global são maiores do que os benefícios de tirar proveito de normas mais frouxas em jurisdições indulgentes - em outras palavras, quando a conduta ou produção de uma meta é não-divisível nos mercados globais.³⁸ (BRADFORD, 2020, p. 15-16, tradução nossa)

shot fashion. Of course, many real-world situations may reflect a combination of reputational and fairness factors. Thus, for example, firms that violate the norms of an industry are ostracized, presumably at some cost to the remaining firms, partly because of a rational fear that the offending party might be untrustworthy, and partly because of a spiteful tendency to punish unmannerly behavior, even when the punishment is costly to administer (as when Responders turn down small offers). Many of Robert Ellickson's examples in his pathbreaking book, Order Without Law, have precisely this flavor.⁵³ Often it is impossible to dis-entangle the two effects. The value of the experimental method is precisely that situations can be created in which the reputational factor is absent (because the transactions are anonymous and one-shot), allowing one to test directly for fairness. The ultimatum game results show that we find it: People will often behave in accordance with fairness considerations even when it is against their financial self-interest, and no one will know.

³⁸Original: *Existing literature focuses on market size as a proxy for the jurisdiction's ability to exercise regulatory authority over foreign entities. Large market size is, indeed, a precondition for unilateral regulatory globalization. Yet the jurisdiction must also possess sufficient regulatory capacity to exercise global regulatory authority. This entails having in place institutional structures that are capable of adopting and enforcing regulations effectively. In addition, these regulatory institutions must promulgate stringent regulatory standard, reflecting the preferences of key stakeholders in the jurisdiction. A global regulatory authority is also tied to a choice of regulating inelastic targets such as consumer markets as opposed to more elastic targets such as capital. Only stringent standards aimed at targets that cannot flee the jurisdiction ensure that a country's regulations will not be constrained by market forces or other jurisdictions' regulatory responses. Finally, unilateral standards become global standards only when the benefits of adhering to a single global standard are greater than the benefits of taking advantage of laxer standards in lenient jurisdictions – in other words, when a target's conduct or production is non-divisible*

Sobre os cinco requisitos, Bradford aponta que o conjunto destes faz com que a União Europeia seja o poder hegemônico regulatório no atual momento da globalização econômica.

Ainda que não seja o mercado em termos absolutos - posição ainda dominada pelos EUA - em termos relativos, a União Europeia concentra o mercado consumidor mais significativo em termos de poder de compra e é considerada um mercado central para exportação de certas indústrias, como eletrônicos, serviços digitais e produtos químicos exportados pelos EUA, café para o Brasil e têxteis para a Índia. Para as normas de efeito extraterritorial, negar o cumprimento das disposições da União Europeia significa negar o acesso ao mercado da União Europeia, de forma que essas normas atingem especificamente destinatários de mercado, assim, como explica:

No final, a UE deriva seu poder de sua capacidade de oferecer acesso condicional a seu grande e valioso mercado. Assim, a capacidade da jurisdição de alavancar seu grande tamanho de mercado continua sendo a condição fundamental que sustenta o Efeito Bruxelas.³⁹ (BRADFORD, 2020, p. 30, tradução nossa)

Isso também significa que as normas de efeito extraterritorial do Efeito Bruxelas não têm alcance quando não conseguem vincular-se ao mercado, de forma que muitas das disposições de Direitos Humanos não alcançam eficácia pelo poder regulatório unilateral da UE (BRADFORD, 2020, p. 30).

Ainda que valores de Direitos Humanos não alcancem uma eficácia do ponto de partida unilateral, os valores da sociedade da UE são essenciais na discussão sobre protecionismo. Considerando que o Efeito Bruxelas trata de normas de acesso ao mercado da UE, questiona se tal prática seria um protecionismo, prejudicando o comércio entre países que não compõe a UE em favor do comércio interno da união.

Bradford (2020, p. 243) argumenta que não há evidências que suportem tal crítica. Indica que as normas criadas não são necessariamente benéficas às empresas da UE, a exemplo das ações movidas pela Microsoft com base nas normas de competição da UE e de lobistas das empresas de tecnologia dos EUA

across global markets.

³⁹Original: *In the end, the EU derives its power from its ability to offer conditional access to its large and valuable market. Thus, the jurisdiction's ability to leverage its large market size remains the foundational condition that sustains the Brussels Effect.*

atuando na UE para regulações mais estritas, em um exemplo de *race to the top*. Além disso, explica que as normas extraterritorialidades no Efeito Bruxelas correspondem aos valores dos consumidores da UE, sustentando-se sobre princípios universalmente aplicáveis como aqueles de Direitos Humanos (BRADFORD, 2020, p. 245-246) – debatidos anteriormente na abordagem da legitimação de Kelsen. Bradford ilustra este argumento com uma disputa na OMC:

A disputa comercial da OMC de 2014 entre a UE e o Canadá a respeito de uma proibição da UE de produtos de foca para combater o que a UE percebeu como caça desumana à foca pelos inuit canadenses é ilustrativa. O Órgão de Apelação da OMC manteve a proibição como "necessária para proteger a moral pública", confiando na afirmação da UE de que "a preocupação moral com a proteção dos animais é um valor de alta importância na União Europeia".

Se as acusações de protecionismo fossem bem fundamentadas, elas forneceriam uma base poderosa para criticar o Efeito Bruxelas. Entretanto, a falta de provas claras de proteção, juntamente com a explicação alternativa que se concentra nas preferências arraigadas dos cidadãos, sugerem que as preocupações do protecionismo regulatório da UE são provavelmente descabidas ou, na melhor das hipóteses, interpretações errôneas de um esquema regulatório mais amplo.⁴⁰ (BRADFORD, 2020, p. 247, tradução nossa)

O segundo critério é a capacidade regulatória, trata-se da capacidade do Estado de produzir normas mais rígidas, com suporte técnico e recursos financeiros para construir a legislação intencionada e efetivamente executar a norma internamente (BRADFORD, 2020, p. 31). Bradford (2020, p. 31, tradução nossa) ilustra este critério no contraponto com a China:

Isto é evidente no caso da China, onde o impacto do país na regulamentação financeira global tem sido limitado, apesar de suas vastas reservas de capital e extensas participações em tesouros dos EUA. A influência limitada da China pode ser atribuída, em parte, à sua falta de instituições burocráticas eficazes e independentes que supervisionem as regras do mercado nacional nesta área.⁴¹

⁴⁰Original: *The 2014 WTO trade dispute between the EU and Canada regarding an EU ban on seal products to combat what the EU perceived as inhumane seal hunting by the Canadian Inuit is illustrative. The WTO Appellate Body upheld the ban as "necessary to protect public morals," relying on the EU's assertion that "moral concern regarding the protection of animals is a value of high importance in the European Union". If the accusations of the protectionism were well founded, they would provide a powerful basis for criticizing the Brussels Effect. However, the lack of clear evidence of protection, together with the alternative explanation that focuses on entrenched citizen preferences, suggest that the concerns of the EU's regulatory protectionism are likely misplaced or, at best, misinterpretations of a broader regulatory scheme.*

⁴¹Original: *This is evidente in the case of China, where the country's impact on global financial regulation*

Da mesma forma, no terceiro critério, sobre padrões rigorosos, os EUA, início da discussão sobre extraterritorialidade na aplicação de normas de antitruste, perde o poder hegemônico regulatório na década de 1990 com os primeiros passos para a formação da UE, com mudanças profundas no âmbito político e legislativo da UE que levaram a regulações mais rígidas em consonância com os anseios de seus cidadãos sobre regulação do consumo, saúde e segurança. Bradford (2020, p. 48) aponta, também, utilizando o exemplo de normas de proteção de dados da Índia, que regulações ainda mais rígidas podem coexistir e forçar as empresas à uma combinação das normas mais rígidas de cada legislação, em uma ampliação do Efeito Bruxelas.

Em contrapartida, como explica Bradford (2020, p. 44), os EUA, no começo da década de 1980, durante o governo de Ronald Reagan, adotaram políticas de custo-benefício e avaliação de impacto para formulação de novas normas em uma abordagem quantitativa, enquanto a UE, adotou políticas de avaliação de impacto em 2002, em uma abordagem qualitativa em adoção ao princípio da precaução. Em razão das diferenças políticas, culturais e no sistema jurídico majoritário, os EUA permanece como um regulador mais restrito para o mercado financeiro, criando padrões como o Sarbanes-Oxley Act de 2002 – prejudicados pela elasticidade do mercado de capitais –, mas perde o poder hegemônico em matéria de consumo, meio ambiente, saúde e comunicações digitais.

O quarto critério é da inelasticidade dos mercados, isto é, o mercado destinatário da norma não pode ser facilmente movido pelo globo, especialmente diante da intensificação da globalização econômica abordada no primeiro capítulo. O principal exemplo de mercado inelástico do Efeito Bruxelas é o mercado consumidor da UE, permitindo que normas de efeito extraterritorial que dependem deste mercado alcancem eficácia. Legislações de restrição de segurança a produtos importados tem como mercado alvo os consumidores da UE, da mesma forma a legislação de proteção de dados da UE tem como destinatários o tratamento de dados de titulares de dados residindo na União Europeia; o acesso a ambos estes mercados depende do cumprimento das normas estabelecidas pela UE, que diante da expressividade econômica, produz o Efeito Bruxelas. Pelo lado contrário, o mercado de capitais e o

has been limited, despite its vast capital reserves and extensive holdings of US treasuries. China's limited influence can be traced, in part, to its lack of effective and independent bureaucratic institutions overseeing national market rules in this area.

direito empresarial tem seu alcance limitado, na medida em que são facilmente movidos para outra região sem prejuízos expressivos dos atores econômicos (BRADFORD, 2020, p. 50-52). O próprio Sarbanes-Oxley Act de 2002, por exemplo, depende do interesse das empresas em participar diretamente do mercado de ações dos EUA.

O quinto critério é o da não-divisibilidade. A empresa ou ator econômico deve aderir voluntariamente à regulação em sua forma extraterritorial, internalizando a norma para além-fronteiras como discutido na abordagem da *lex mercatoria*. É em razão da divisibilidade que o Efeito Bruxelas e o *race to the top* não se aplicam ao mercado de trabalho, uma vez que é facilmente divisível e não identificado pelos consumidores (BRADFORD, 2020, p. 62). Da mesma forma, bens de consumo localizados ou com preferências regionais tendem a perder o impacto regulatório do Efeito Bruxelas (BRADFORD, 2020, p. 63). Isso significa que a atuação do ator econômico não pode ser facilmente divisível ou que os custos de transação para a compartimentalização das normas internas e da governança corporativa da empresa sobressaem-se aos custos da compartimentalização; ou o contrário, que os benefícios da padronização global das diretrizes da empresa sejam maiores do que os benefícios da compartimentalização (BRADFORD, 2020, p. 61). Neste ponto, dialoga com a perspectiva de reputação e percepção de justiça discutida acima, em que Bradford (2020, p. 61, tradução nossa) exemplifica:

Muitas empresas globais optam por cumprir os regulamentos da UE fora da UE para proteger suas marcas e reputação globais, mesmo na ausência de uma obrigação legal de fazê-lo. A extensão das proteções de privacidade da UE aos clientes dos EUA dá ao Google a oportunidade de aumentar o valor de sua marca global, transmitindo que ele leva a privacidade de seus usuários dos EUA tão a sério quanto a de seus usuários europeus. Uma estratégia oposta levaria provavelmente a uma insatisfação dos consumidores americanos, que estariam conscientes de que a empresa estava deixando conscientemente seus clientes americanos com menos proteções, mesmo tendo a capacidade e a vontade de oferecer essas proteções em outros lugares.⁴²

⁴²Original: *Many global firms choose to comply with EU regulations outside the EU to protect their global brands and reputation even in the absence of a legal obligation to do so. Extending the EU's privacy protections to US customers gives Google the opportunity to enhance the value of its global brand by conveying that it takes the privacy of its US users as seriously as it takes that of its European users. An opposite strategy would likely lead to a dissatisfaction by US consumers, who would be aware that the company was consciously leaving its US customers with lesser protections even though it had the ability and willingness to offer these protections elsewhere.*

As normas de efeito extraterritorial tomam fora de seu território de origem a característica de *soft law* ou *soft norm*, na medida em que se torna um modelo para os outros países e são adotadas internamente pelos atores econômicos. Enquanto não existentes como *hard law* fora do país de origem, são efetivamente criadas pelo ente privado em seu sistema normativo interno e no microsistema econômico em que se insere transnacionalmente.

São, em geral, normas principiologias, em geral mais vagas e flexíveis, de adesão voluntária, que não fazem parte do *jus cogens* do Direito Internacional.⁴³ Este aspecto de modelo para outras normativas, como visto no Efeito Bruxelas, sua flexibilidade e sua não obrigatoriedade imediata não significa uma ineficácia ou uma deficiência da norma de efeito extraterritorial, mas sim uma característica de compatibilidade com a dinâmica do mundo de intensificada globalização econômica como discutida no primeiro capítulo. Adotam-se aqui, as palavras de Teubner (1997, p. 18, tradução nossa) sobre a *lex mercatoria*:

Embora haja várias tentativas de codificar o governante da lei econômica global, a suavidade da *lex mercatoria* é notável. É mais uma lei de valores e princípios do que uma lei de estruturas e regras (Meyer, 1994: 128 ss.) Mas será a suavidade um vício ou uma virtude? Novamente, não devemos ver isto como uma deficiência, mas como uma característica típica da lei global. Ela compensa a falta de aplicabilidade global; torna esta lei mais flexível e adaptável às circunstâncias em mudança; ela a torna mais adequada a uma unificação global da lei. E a torna relativamente resistente à destruição simbólica em caso de desvio. A estabilidade vem da suavidade. A *Lex mercatoria* é uma lei branda, não uma lei fraca.⁴⁴

Alcançados os requisitos – em regra, pela União Europeia – e internalizada a norma pela empresa, que cumpre voluntariamente e norma além das fronteiras físicas do Estado de origem, as normas de efeito extraterritorial representam

⁴³ Sobre as *soft norms* e agentes privados, Marcelo Varela explica que: “Normas privadas, criadas por agentes privados, e não por Estados ou Organizações Internacionais, podem também tornar-se *soft norms* e ser, às vezes, consideradas como obrigatórias por parte das Organizações Internacionais. A Organização Mundial do Comércio, com base no Acordo sobre as barreiras técnicas ao comércio, aceita as normas da Organização Internacional para Normalização (ISO), uma instituição privada. Isso implica, portanto, que os Estados têm indiretamente atribuído competências a agentes privados para produzir normas que lhes serão impostas. (VARELLA, 2018, p. 87)

⁴⁴Original: *Although there are several attempts to codify ruler of global economic law, the softness of lex mercatoria is remarkable. It is more a law of values and principles than a law of structures and rules (Meyer, 1994: 128ff.) But is softness a vice or a virtue? Again, we should not see this as a deficiency, but as a typical characteristic of global law. It compensates for the lack of global enforcibility; it makes this law more flexible and adaptive to changing circumstances; it makes it better suited to a global unification of law. And it makes it relatively resistant to symbolic destruction in the case of deviance. Stability comes from softness. Lex mercatoria is soft law, not weak law.*

uma possibilidade de harmonização legislativa, já que os países destinatários adequam-se aos interesses do mercado – tanto fornecedor, quando atuam como lobistas para que a mesma regulação que já cumprem voluntariamente seja aplicada aos seus competidores – como consumidor, em razão do *endowment effect* e da percepção de justiça.

Com isso, o poder unilateral de regulação global apresentado pelo Efeito Bruxelas e pelas normas de efeitos extraterritorial vinculadas a atores econômicos transnacionais alcança uma característica auxiliar ao Direito Internacional na pacificação social global, promovendo avanços legislativos transnacionalizados ainda que o Direito Internacional encontre barreiras políticas momentâneas.

As normas de efeito extraterritorial e o Efeito Bruxelas também destacam a importância dos blocos econômicos regionais para o mundo de globalização econômica intensificada em razão, principalmente, do mercado consumidor expressivo como poder de barganha na regulação de empresas transnacionais. Neste mesmo quesito, as normas de efeito extraterritorial atuam em conjunto com os mercados, devolvendo o destaque para a atuação estatal – relativizada, como na discussão do primeiro capítulo – em sua influência nos outros microsistemas da globalização econômica, sem perder a flexibilidade exigida pelo atual paradigma.

Em outro lado, a interferência transnacional leva a questão a representatividade democrática em meio a globalização, já questionada no próprio direito interno da União Europeia, porém exportada com impactos significativos aos países de menor expressividade econômica, como explica Ferrajoli (2007, p. 2):

Porém vale mais para os países pobres, para os quais o Ocidente exportou no século XX o modelo institucional do Estado, junto com a ilusão de que com ele estaria garantida a autodeterminação e a independência, e cujo futuro, pelo contrário, depende cada vez mais de decisões tomadas no centro do mundo: quer dizer, das políticas decididas, “democraticamente”, pelas maiorias ricas e satisfeitas dos países ocidentais. [...] Em suma, foi rompido o nexo democracia/povo e poder decisional/Estado de direito, tradicionalmente mediado pela representação e pelo primado da lei e da política através da qual a lei se produzia.

Se por um lado adaptadas a tutela de direitos no Estado contemporâneo como possíveis soluções na ausência de um Direito Internacional efetivo, por outro encontram ainda desafios na globalização, especialmente diante da

desigualdade e da democracia.

Além disso, encontra desafios no embate entre normas de valores e prioridades opostas, em mercados expressivos, como é o caso das leis de proteção de dados da UE e as leis de vigilância dos EUA. Sobre a harmonização legislativa e conflitos de normas, apresentam-se alguns exemplos, ilustrados dentro da regulação do Direito na Internet: a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil, o Cloud Act dos EUA e a litigância do Caso Schrems I e II. Estes três casos não são exaustivos das normas de efeito extraterritoriais e apenas servem como apoio didático para expressar os sucessos e desafios que se encontram neste fenômeno.

4.2 HARMONIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET

As normas de efeito extraterritorial são, em suma, um reflexo ou um sintoma da intensificação da globalização econômica, uma vez só serem possíveis diante da ampla transnacionalização das empresas; da relevância destas empresas multinacionais em relação ao poder regulatório estatal e da tentativa do Estado de controlar efeitos produzidos nacionalmente por atores estrangeiros ou transnacionais.

Além disso, as normas de efeito extraterritorial trazem, por si só, discussões acerca da soberania estatal e da validade e eficácia de suas disposições. Em regra, as normas de efeito extraterritorial, quando fora de sua jurisdição assume uma característica voluntária, de soft law, o que não significa uma fraqueza da norma, mas uma flexibilidade vinculada às questões de análise econômica de maximização dos ganhos das empresas transnacionais, seja na redução de seus custos de operação na padronização de suas atividades, seja na manutenção de sua reputação perante outras empresas ou o consumidor estrangeiro. Assim, as normas de efeito extraterritorial são uma realidade jurídica, na qual cabe a análise de alguns casos específicos.

As relações interpessoais e negociais no uso da rede mundial de computadores, a Internet, são o exemplo mais claro de transnacionalização das relações no cotidiano de empresas e de indivíduos inseridos em um contexto urbano na maior parte do globo, com 60% da população mundial com acesso à rede no ano de 2021.

A própria natureza da Internet permite a comunicação instantânea entre pessoas em diferentes partes do globo, removendo questões relacionadas a

temporalidade que outras situações de extraterritorialidade poderiam causar. Da mesma forma, o ambiente virtual permite que os indivíduos, a sede da empresa e os mecanismos necessários para que a comunicação ocorra possam estar todos fisicamente em locais e jurisdições diferentes, adicionando o conflito da territorialidade de forma concreta como nas discussões iniciais sobre conflitos de normas no tempo e no espaço.

Em razão, também deste ambiente majoritariamente singular, a regionalização das empresas, isso é, a elasticidade de seus mercados, bem como a divisibilidade de suas atividades, torna-se um custo relevante ou mesmo uma impossibilidade, especialmente com a integração das comunidades nas redes sociais.

As principais empresas que atuam na Internet também são especialmente relevantes na discussão, uma vez serem majoritariamente empresas dos EUA, entrando em conflito com outros mercados consumidores expressivo, em especial, a União Europeia. Tal conflito é discutido nos capítulos anteriores, diante das diferenças de sistema jurídico, cultura política e interesses econômicos das duas potências.

A regulação das comunicações e do uso da Internet, também se tornou uma pauta importante para o Brasil após os escândalos de vigilância de 2013, em que Edward Snowden vazou documentos referentes à espionagem realizada pelos EUA pela NSA, o caso encontrou especial atenção da mídia à época pela espionagem das então representantes do poder executivo do Brasil e da Alemanha, Dilma Rouseff e Angela Merkel, levando a criação da soft law da Assembleia Geral da ONU, Resolução 68/167 sobre o Direito à Privacidade na era digital. A Resolução 68/167 impulsionou, em parte, as discussões sobre o Marco Civil da Internet de 2014 e da Lei Geral de Proteção de Dados de 2018 no Brasil, assim como destacou a importância da ampla reforma da legislação de proteção de dados na União Europeia na forma do General Data Protection Regulation de 2016 (RODRIGUES, FARIA, LIGMANOVSKI, 2017, p.39-42)

São nestes termos, que se propõe analisar alguns exemplos para as normas de efeito extraterritorial, principalmente nos dispositivos do General Data Protection Regulation de 2016 (GDPR) ou Regulamento Geral de Proteção de Dados, lei aprovada em 15 de abril de 2016, em vigor desde 25 de maio de 2018 na União Europeia sob a Regulação 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.

O GDPR foi uma reformulação das normas de proteção de dados da

União Europeia, já existente previamente, mas que com o regulamento foram atualizadas para os novos paradigmas observados no uso das redes virtuais no séc. XXI. O GDPR elenca diferentes direitos decorrentes da proteção à privacidade da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, principalmente limitando a quantidade e a destinação dos dados coletados e tratados de cidadãos europeus. O GDPR tem em seu texto legal dispositivos de efeito extraterritorial, aplicando suas determinações para todas as empresas que colem, processem ou realizem tratamento de dados de pessoas residindo no território da União Europeia, ainda que tais empresas não estejam estabelecidas dentro do mesmo território, assim como cria a exigência de um representante local sobre assuntos envolvendo a proteção de dados da empresa:

Art. 3 Âmbito territorial

1. Este Regulamento se aplica ao processamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou processador na União, independentemente de o processamento ocorrer ou não na União.

2. O presente Regulamento se aplica ao processamento de dados pessoais de pessoas que estão na União por um responsável pelo tratamento ou processador não estabelecido na União, onde as atividades de processamento estão relacionadas:

- a) a oferta de bens ou serviços, independentemente de ser exigido um pagamento do envolvido, a tais sujeitos de dados na União; ou
- b) o monitoramento de seu comportamento, na medida em que seu comportamento ocorra dentro da União.

Anu Bradford (2020, p. 133, tradução nossa) explica tal posição da União Europeia na adição deste dispositivo de alcance extraterritorial:

A UE acredita que seus altos padrões de privacidade são comprometidos se os dados protegidos forem disponibilizados em outras jurisdições. Por esta razão, a UE proíbe a transferência de dados da UE para países terceiros que não garantam "um nível adequado de proteção" dos direitos de privacidade de dados. O que constitui "adequado" é definido caso a caso pela UE.⁴⁵

A adequação do nível de proteção é o principal ponto de controvérsia internacional da lei, e é o que fundamenta o alcance extraterritorial vinculado aos

⁴⁵Original: *The EU believes that its high privacy standards are compromised if the protected data is made available in other jurisdictions. For this reason, the EU bans the transfer of data from the EU to third countries that fail to ensure "an adequate level of protection" of data privacy rights. What constitutes "adequate" is defined case by case by the EU.*

interesses de mercado da norma. Para acessar o mercado consumidor da União Europeia, as empresas precisam adequar suas atividades, interna e externamente, para os altos padrões relativos de proteção aos direitos fundamentais de privacidade dos cidadãos europeus.

Além disso, o GDPR prevê em seu artigo 25 a adoção do *Privacy by Design*, isto é, de alterações no visual e nos códigos das plataformas, assim como no emprego de ferramentas internas de tecnologia no tratamento de dados para que passivamente se alcance a proteção da privacidade do indivíduo. Assim, é preciso uma alteração no funcionamento das ferramentas, tanto para promover transparência ao usuário titular dos dados sobre quais dados são coletados e tratados, quanto no emprego de salvaguardas para a proteção destes dados coletados (RODRIGUES, MUNIZ, FARIA, 2019, p. 300). Como consequência, existem custos para a criação e manutenção destes dispositivos, em que a empresa deve sopesar se irá padronizar suas atividades, em consonância com o GDPR, por todo o globo ou compartimentalizar suas atividades em conformidade com a legislação local de cada país.

Os artigos 42 e 43 do GDPR indicam a possibilidade do uso de certificados emitidos por entidades de certificação especializadas que avaliem o nível de proteção oferecido pela empresa multinacional em suas diferentes facetas, utilizando como critérios requisitos de segurança e boas práticas descritos nos artigos 46 ao 49, que remetem, em suma, aos princípios que regem o GDPR (RODRIGUES, MUNIZ, FARIA, 2019, p. 300-301).

Consideradas estas bases para o GDPR, o primeiro exemplo é o estudo da Lei Geral de Proteção de Dados de 2018 (LGPD) do Brasil, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, em vigência plena desde agosto de 2021. A LGPD foi desenvolvida após o GDPR, também como consequência dos anseios de adequação à norma da UE e da harmonização estimulada tanto por empresas lobistas que já padronizaram suas práticas, quanto pelo consumidor brasileiro, que utilizando as plataformas já padronizadas e inseridos na dinâmica do uso da Internet em sua perspectiva global cria exigências de tratamento igual ou similar em razão do *endowment effect* e da percepção de justiça.

A adequação do Brasil com o GDPR pela via legislativa também apresenta benefícios diante das transferências de dados da União Europeia para o Brasil, uma vez o GDPR prever uma transferência de dados facilitada para países que

ofereçam proteções iguais ou similares à da União Europeia, conforme o Art. 44 do GDPR:

Art. 44 Princípio geral das transferências

1. Qualquer transferência de dados pessoais que estejam sendo processados ou se destinem a processamento após a transferência para um país terceiro ou para uma organização internacional, somente ocorrerá se, observadas as demais disposições deste Regulamento, as condições estabelecidas neste Capítulo forem cumpridas pelo responsável pelo tratamento e pelo processador, inclusive para as transferências posteriores de dados pessoais do país terceiro ou de uma organização internacional para outro país terceiro ou para outra organização internacional. 2. Todas as disposições deste Capítulo serão aplicadas a fim de garantir que o nível de proteção das pessoas físicas garantido pelo presente Regulamento não seja prejudicado.

A lei brasileira importa os dispositivos principais do GDPR e realiza alterações em sua estrutura, adaptando-se e adicionando outros dispositivos próprios da tradição jurídica e das conquistas de direitos do Brasil (RODRIGUES, MUNIZ, FARIA, 2019, p. 299). A LGPD adiciona em seu texto legal os mesmos dispositivos de alcance extraterritorial que o GDPR, também em seu Art. 3º, não deixando de lado a influência da legislação europeia:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Além disso, a LGPD também acrescenta dispositivos de proteção de dados pela arquitetura das plataformas, o chamado *Privacy by Design* em seu art. 46 e seguintes⁴⁶, embora de forma menos direta, e determinações de segurança,

⁴⁶ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características

governança corporativa e certificação, também contribuindo, assim, para a internalização das normas pelas empresas transnacionais, já nos termos da União Europeia, porém expandindo em alguns pontos de forma a buscar um *race to the top* das empresas transnacionais:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

A LGPD demonstra, assim, um marco de eficácia da norma extraterritorial do GDPR dentro do contexto de globalização econômica e dinamicidade dos atores internacionais e das fontes do Direito. Adota-se uma perspectiva de cooperação e harmonização legislativa, alcançando resultado similar à um acordo bilateral, porém sem ativar o corpo diplomático de ambos os países em um processo mais rápido e adaptável de internalização.

O conjunto de harmonizações legislativas criam um ambiente propício para a cooperação seguindo a teoria dos jogos de soma não-zero como abordada por Robert Axelrod, em que a maximização dos ganhos pela cooperação torna-se mais estável na formação de grupos de cooperação, na medida que as partes reconhecem as estratégias adotadas pela outra e age em acordo com reciprocidade (RODRIGUES, MUNIZ, FARIA, 2019, p. 295), em outras palavras, Axelrod (1985, p. 189, tradução nossa) explica:

Esta é a essência do efeito catraca que foi estabelecido no capítulo 3: uma vez estabelecida a cooperação baseada na reciprocidade em uma população, ela não pode ser superada nem mesmo por um grupo de indivíduos que tentam explorar os outros. O estabelecimento de uma cooperação estável pode levar muito tempo se for baseada em forças cegas de evolução, ou pode acontecer bastante rapidamente

específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

se seu funcionamento puder ser apreciado por jogadores inteligentes⁴⁷.

No caso, a harmonização legislativa atua como o reconhecimento desta estratégia, em outras palavras, trata-se da reputação do jogador – o país – inserido na lógica do mercado de globalização econômica intensificada. Permite-se assim, a cooperação entre dois territórios distintos sem uma comunicação perfeita entre sujeitos de Direito Internacional, ambos atuando estritamente pela via unilateral nacional.

O mesmo tipo de harmonização da LGPD, abarcando os princípios e estruturas básicas do GDPR e misturando com a cultura jurídica local também é observada na lei de proteção de dados do Estado da Califórnia nos EUA, o *California Consumer Privacy Act* de 2018, emendado pelo *California Privacy Rights Act* de 2020. A legislação americana tem princípios similares de transparência, livre acesso, finalidade e segurança e, assim como o Brasil e a União Europeia, estabelece uma autoridade de dados como órgão fiscalizador.

Em suas particularidades, em razão da tradição liberal dos EUA, o CCPA e o CPRA são legislações *opt-in*, em que o cidadão californiano deve expressamente optar pelo exercício de seus direitos. Para as legislações dos EUA aponta:

Ainda que restrito ao Estado da Califórnia, o CCPA representa um avanço para a proteção de dados pessoais nos EUA. A legislação da Califórnia permanece como a legislação mais restritiva do país, mas, legislações similares foram aprovadas em Virgínia, Colorado, Utah e Connecticut (RODRIGUES, 2022, p. 392)

Assim, o CCPA é outra amostra do avanço das normas de efeito extraterritorial em sua influência na legislação estrangeira, sendo o GDPR utilizado efetivamente como uma Lei-Modelo.

A legislação do Estado da Califórnia é especialmente relevante diante da concentração das empresas de tecnologia na região, considerada um polo global da área. Apesar disso, o Estado da Califórnia ainda é um ente federado dos EUA, e

⁴⁷Original: *This is the essence of the ratchet effect which was established in chapter 3: once cooperation based upon reciprocity gets established in a population, it cannot be overcome even by a cluster of individuals who try to exploit the others. The establishment of stable cooperation can take a long time if it is based upon blind forces of evolution, or it can happen rather quickly if its operation can be appreciated by intelligent players.*

ainda que detenha uma autonomia expressiva, fica limitada em sua capacidade legislativa pelo corpo de normas federais e de outros estados dos quais compartilha o território. É diante disto, que se apresenta dois conflitos com os EUA, o primeiro de não-adequação na figura do caso Schrems I e II; e o segundo de uma norma de efeito extraterritorial dos EUA diretamente opositiva aos dispositivos do GDPR.

4.3 INOPERABILIDADE DOS MERCADOS NA INCOMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DE EFEITO EXTRATERRITORIAL DE REGULAÇÃO DA INTERNET

Como já discutido, o GDPR prevê em seu texto legal, dispositivos de efeito extraterritorial especialmente relacionados com o acesso de empresas de tecnologia ao mercado da UE, assim como na transferência de dados para além de seu território. A transferência de dados de cidadãos da UE somente pode ocorrer caso país tenha uma proteção equivalente de dados em sua legislação nacional ou que a empresa se adeque internamente, adotando mecanismos de governança corporativa incorporando, completamente, as normativas do GDPR. Embora países, como o Brasil, tenham adotado legislações similares ao GDPR, tornando-se compatíveis com a transferência internacional de dados, o mesmo não acontece com os Estados Unidos da América (EUA), potência central para a regulação da tecnologia no mundo em razão de grande parte das empresas que atuam na Internet serem originárias do país norte-americano.

Os EUA deram origem ao conceito moderno de privacidade, na doutrina e jurisprudência desenvolvida principalmente por Louis Brandeis no início do séc. XX, no entanto a cultura jurídica do país, a fragmentação de suas legislações sobre o tema, assim como jurisprudências desenvolvidas ao final do séc. XX fizeram com que o corpo jurídico de proteção de dados do país ficasse limitado, entrando em conflito com as disposições extraterritoriais do GDPR.

A proteção da privacidade – e conseqüentemente a proteção de dados nos EUA, na relação Estado-indivíduo, é decorrente da quarta emenda constitucional do país, contra buscas e apreensões sem mandado justificado no espaço privado, expandido para as comunicações privadas com a doutrina de Brandeis. (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 681). Contudo, fica gravemente limitada dentro do *Common Law*, pelo chamado *third-party doctrine*, que vincula a tutela da do direito à expectativa de privacidade em cada caso concreto, implicando

na não expectativa de privacidade quando o titular dos dados utiliza uma plataforma comercial, já que deveria esperar de forma razoável que tal empresa utilizará os dados cedidos voluntariamente (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 682).

Já o *statue law* estadunidense, legislações criadas pelo legislativo em modelo mais similar ao *Civil Law*, são fragmentadas, com apenas setores específicos detendo de maior proteção, como os dados de saúde, regulados pelo *Health Insurance Portability and Accountability Act* of 1996, ou a proteção de dados de crianças, prevista no interior do *Children's Online Privacy Protection Act* of 1998. Há, também, o *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 (ECPA), que visou solucionar alguns dos problemas do *third-party doctrine*, aumentando as exigências de mandados para o acesso à dados, porém sem maiores atualizações para a dinâmica da Internet contemporânea (RODRIGUES, 2022, p. 388).

Diante deste paradigma normativo dos EUA e das normas de efeito extraterritorial da União Europeia, foi firmado um acordo chamado *EU-U.S. Privacy Shield Framework*, buscando viabilizar a transferência de dados entre EUA e UE na adoção de cláusulas contratuais pelas empresas interessadas, ou seja, a internalização das normas do GDPR nos códigos de conduta da empresa, que seriam, então, certificadas pelas entidades vinculadas ao acordo firmado entre os dois países (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 688).

Em outra frente, os EUA têm uma extensa legislação de vigilância, adotada principalmente após os ataques terroristas de 2001, como o *Foreign Intelligence Surveillance Act* of 1978 (FISA), o *Executive Order* 1.233 of 1981 (E.O. 1233) e o *USA Patriot Act* de 2001, além de diversas emendas a estas normas, como o *FISA Amendment Act* of 2008, que diferencia o cidadão norte-americano e o cidadão estrangeiro na proteção de dados constitucional, como explica:

Sob a quarta emenda e o FISA é necessária uma causa provável para as autoridades norte-americanas iniciarem investigações contra cidadãos norte-americanos. Entretanto, para cidadãos de outros países, este direito foi relaxado na Seção 702 do FISA, adicionada em emenda no *FISA Amendment Act* de 2008 ao permitir que as agências de inteligência norte-americanas colem quaisquer informações que considerem necessárias para proteção de sua segurança nacional, detendo de limitações permissivas e essencialmente voltadas ao cidadão dos EUA.

[...]

Assim, existe uma clara divisão entre cidadão norte-americano e cidadão estrangeiro. Ainda que as proteções conferidas aos cidadãos americanos sejam permeadas de termos expansivos

(intencionalmente; razoavelmente; acredita), estes não pode ter seus direitos violados sem a demonstração de “causa provável”. Já os cidadãos não-estado-unidenses podem ter seus direitos de privacidade desrespeitados pelas agências norte-americanas de inteligência, como aconteceu com a então presidente Dilma e seus respectivos ministros e assessores. A Seção 702 do FISA forma a base legal para programas de vigilância como o PRISM/DOWNSTREAM e o UPSTREAM. (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 683)

É diante de programas de vigilância como o PRISM/DOWNSTREAM e dos amplos poderes investigatórios na rede mundial de computadores garantidos pelo FISA e pelo EO 12333, além da legislação esparsa de proteção de dados, que Max Schrems, conseguiu a invalidação do *EU-U.S. Privacy Shield Framework* em 16 de julho de 2020. Schrems é advogado e ativista da *noyb*⁴⁸, organização não-governamental baseada em Viena, Áustria e direcionada para a proteção da privacidade de indivíduos, consumidores, frente a violações pelo setor privado. Max Schrems litigou em dois casos que se tornaram emblemáticos para a transferência internacional de dados entre União Europeia e EUA, consequentemente atingindo diretamente as normas de efeito extraterritorial sobre a proteção de dados da União Europeia.

O caso Schrems I, foi demandado diante de uma reclamação feita por Max Schrems ainda em 2013, antes da promulgação do GDPR, de 2016. Na ocasião, Schrems alegava que o Direito e a jurisprudência dos EUA não ofereciam proteção aos dados armazenados no seu território – sustentando tal acusação com base nos vazamentos de Edward Snowden daquele mesmo ano⁴⁹. Entre 2000 e 2015, o acordo político EU-US Safe Harbour Privacy Principles, na UE sob a Decisão 2000/520, elencava princípios básicos para permitir a transferência de dados entre a UE, com proteção de dados baseada na Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do

⁴⁸ Acrônimo estilizado para “*none of your business*”, ou “não é da sua conta” (adaptação nossa).

⁴⁹ No mesmo ano o direito à privacidade na internet foi novamente desafiado quando o whistleblower, Edward Snowden, vazou documentos referentes à espionagem norte-americana que alcançava os seus cidadãos e o resto do mundo. De acordo com o Bloomberg Technology, estima-se que ele baixou aproximadamente 1,7 milhões de documentos secretos – a maioria referente às tecnologias de espionagem, operações militares e segurança nacional dos EUA. Ademais, mediante documentos apresentados ao jornal “O Globo”, descobriu-se que os Estados Unidos possuíam um programa chamado Fairview; cuja finalidade era espionar telefonemas de residentes e empresas brasileiras de interesse americano, o que se dava por meio de alianças corporativas entre o NSA e empresas americanas. Este abuso de poder apoiava-se no Executive Order 12333; criticado porque expande os limites do poder de espionagem do Estado Americano e permite, na sua essência, a espionagem internacional de forma intrusiva, como o recolhimento de áudio de conversas telefônicas quando pelo menos um dos lados esteja fora dos EUA. (RODRIGUES, FARIA, LIGMANOVSKI, 2017, p. 39)

Conselho de 24 de outubro e 1995. Schrems buscava invalidar a transferência internacional de seus dados do Facebook Ireland, em território da UE, para o Facebook USA, em território americano, o conflito foi levado à julgamento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2015.

A reclamação de Schrems contra o Facebook foi recusada, porém o caso foi levado ao judiciário, onde a questão deixou de ser a transferência específica dos dados de Schrems pelo Facebook, para adotar um patamar mais amplo, de compatibilidade do acordo de transferência de dados:

O Tribunal superior enfatiza, portanto, que a verdadeira objeção não é a conduta do Facebook USA em si, mas sim o fato de que a Comissão [Europeia] determinou que a lei e jurisprudência sobre proteção de dados nos Estados Unidos garantem proteção adequada quando é claro a partir das revelações de Edward Snowden que as autoridades dos Estados Unidos tem acesso em massa e sem distinção a dados pessoais de população vivendo em território da União Europeia.⁵⁰ (UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 7, tradução nossa)

Em 2015, o Tribunal declarou o EU-US *Safe Harbour Privacy Principles* como inválido, com base na incompatibilidade com os programas de vigilância revelados por Snowden. Schrems fez a reclamação contra o Facebook, mas o caso foi impedido, uma vez que o Facebook utilizava regras-modelo pré-aprovadas, e não, o acordo político, algo que Schrems insistiu na incompatibilidade com base na vigilância em massa dos EUA – sobre isto, o tópico seguinte aborda o conflito de normas extraterritoriais de vigilância e privacidade.

Novo acordo político de transferência de dados foi criado com os EUA, chamado de EU-U.S. Privacy Shield Framework no ano seguinte, 2016, ainda com base na lei de proteção de dados da UE de 1995.

Em 2016 foi promulgada a nova lei de proteção de dados da União Europeia, mais extensa e atualizada, o GDPR, abordado no tópico anterior. O EU-U.S Privacy Shield Framework não sanou os vícios abordados na decisão anterior do Tribunal de Justiça da União Europeia, de forma que uma continuação do litígio ficou conhecida como Schrems II. O caso seguiu os mesmos argumentos da anterior,

⁵⁰ Original: “*The High Court emphasises, accordingly, that the real objection is not to the conduct of Facebook USA as such, but rather to the fact that the Commission has determined that the law and practice on data protection in the United States ensure adequate protection when it is clear from Edward Snowden’s disclosures that the United States authorities can have access on a mass and undifferentiated basis to personal data of the population living in the territory of the European Union*”.

adicionados de discussões mais aprofundadas sobre a compatibilidade e adequação do, então novo, GDPR. A transferência de dados pessoais para os EUA ficou efetivamente inviabilizada, sob as justificativas que explicam:

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, na ocasião, que a legislação dos EUA não se adequa ao nível de proteção de dados da União Europeia em razão dos programas de vigilância não serem cobertos por garantias mínimas de proporcionalidade, segurança, clareza e precisão das normas e acesso à justiça. A autoridade FISC, que supervisiona a aplicação do FISA, apenas autoriza o funcionamento de programas de vigilância, com base na Seção 702 do FISA, não individualizando as decisões acerca da coleta de informações e não conferindo limitações ao poder dos programas de vigilância em relação, principalmente, à usuários estrangeiros. Além disso, o mandado utilizado tanto para o FISA, quanto para o E.O. 12333 permite a coleta de dados em massa. (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 690)

Observa-se, assim, que ainda que as normas de efeito extraterritorial possam ser eficazes na internalização das normas pelas empresas fora da jurisdição de origem em seus Códigos de Conduta, ficam limitadas diante de normas diretamente contrárias nos países destinatários, como é o caso das normas de vigilância dos EUA, que impedem o cumprimento dos dispositivos do GDPR pelas empresas, independente da atuação destas. Novo acordo político foi firmado pelos EUA e UE, mas, novamente, mantendo os vícios do acordo anterior, somente corrigíveis pela via legislativa americana (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2022, p. 693).

4.4 CONFLITOS DE NORMAS DE EFEITOS EXTRATERRITORIAL: PRIVACIDADE X VIGILÂNCIA

A alternativa para o caso seria a da regionalização do tratamento de dados, mantendo os servidores localizados em território em conformidade com o GDPR, porém, outra norma de alcance extraterritorial acrescenta complexidade no tema. Paralelamente ao caso Schrems I e Schrems II, o caso *Microsoft Ireland v. United States* tramitou na justiça dos EUA, em que se discutiu os efeitos extraterritoriais do *Stored Communications Act* (SCA), emenda ao ECPA que diferenciou provedores de serviços de comunicação dos provedores de serviços de computação remota, exigindo mandados extensivos apenas para o segundo.

No entanto, os provedores atuais atuam em ambas as frentes, confundindo as matérias e suas funções nas suas atividades. A *Microsoft Ireland*, no

caso, negou-se a fornecer para o governo dos EUA, dados de e-mail armazenados em servidores localizados na Irlanda, alegando que a Seção 2703 do SCA não poderia forçar a entrega de dados armazenados fora do território dos EUA, isso é, não teria alcance extraterritorial. A Microsoft Ireland perdeu em primeira instância e obteve vitória em segunda instância, porém, o caso se tornou *moot* com a promulgação de legislação chamada CLOUD Act, ou *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act of 2020*, que acrescentou dispositivos de alcance extraterritorial que permitem o acesso a dados armazenados por empresas dos EUA ou que passem pelo território estadunidense, ainda que os dados em si estejam armazenados em território estrangeiro. A legislação vai de encontro com o Direito cogente Internacional, na medida em que a Corte Permanente de Justiça entende que não é permitido realizar investigações fora da jurisdição territorial, como no caso SS Lotus, discutido anteriormente (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2021, p. 207).

O CLOUD Act estabelece uma sucessão de dispositivos de vigilância, sustentados no *third-party doctrine* – onde a proteção da privacidade depende de uma expectativa de privacidade, assumida como inexistente pelos juízes americanos na medida em que as pessoas utilizam as plataformas na Internet – com riscos diversos, inclusive, ao devido processo legal, como na criação da figura de *Qualifying foreign governments*, em que países terceiros podem requerer dados com base em acordos executivos, emitidos por autoridade como a Procuradoria Geral, sem necessidade de causa provável. (RODRIGUES, 2022, p. 395) Secil Bilgic (2018, p. 335, tradução nossa) alerta:

No geral, o novo esquema criado pelo CLOUD Act levanta três grandes preocupações de privacidade. Primeiro, dá acesso ilimitado a governos estrangeiros qualificados. Em segundo lugar, ao excluir governos estrangeiros não qualificados, enquanto permite que os EUA acessem dados em todos os lugares, cria uma excepcionalidade americana indesejável para governos estrangeiros, o que provavelmente levará a um aumento nos esforços de outros países para promulgarem leis de localização de dados - ou seja, mandando que os dados sejam armazenados em servidores fisicamente localizados no país onde os dados foram criados. Como explicarei na Seção IV.C, essas leis também ameaçarão a privacidade digital de cidadãos estrangeiros. Terceiro, ao dar acesso global ao governo dos EUA, a Lei frustra os esforços de outros países para proteger os dados de seus cidadãos da vigilância dos EUA⁵¹

⁵¹ Original: "Overall, the new scheme created by the CLOUD Act raises three major privacy concerns.

A norma de efeito extraterritorial dos EUA, no entanto, alcança um impacto significativo, na medida em que seu destinatário são as empresas de tecnologia, em seus aspectos aparentes e estruturais. O país concentra as empresas de tecnologia, assim como etapas básicas do funcionamento da Internet – na figura de institutos como o *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que embora estejam desvinculados do governo dos EUA e adotem mecanismos de solução de conflitos independentes da atuação estatal dos EUA, na figura da arbitragem, ainda tem a localização de sua sede e de seus servidores no país (FARIA, RODRIGUES, MUNIZ, 2021, p. 209).

Com isso, o CLOUD Act efetivamente alcança seu objetivo como uma norma de efeito extraterritorial, uma vez que, diante de custos de operação, encontra um mercado inelástico, até então indivisível, para aplicação de uma lei rígida permitindo amplos poderes investigatórios no mercado mais expressivo de tecnologia do mundo.

O CLOUD Act serve como um exemplo de norma extraterritorial em direto conflito com outra norma extraterritorial, o GDPR. Ademais, o CLOUD Act também é incompatível com o direito brasileiro, na figura das normas de efeito extraterritorial da LGPD. Tem-se, aqui, um caso ainda sem solução, em que acordos como os inválidos pelos casos Schrems I e Schrems II encontram o mesmo destino, na ausência do Direito Internacional.

Apesar da crescente relevância das empresas transnacionais em seu poder de influenciar as decisões dos países, ou mesmo na internalização das normas e no desenvolvimento de uma *lex mercatoria*, em uma relativização da soberania estatal, normas de efeito extraterritorial que utilizam destes mesmos atores econômicos trazem um espaço de conflito de normas internacional encabeçado novamente pelos Estados. Nestes exemplos, todos envolvendo a regulação da Internet de forma ilustrativa, encontram-se debates acerca das normas de efeito extraterritorial, em seu impacto de efetiva externalização – como na LGPD; de

First, it gives unlimited access to qualifying foreign governments. Second, by excluding non-qualifying foreign governments while allowing the U.S. to access data everywhere, it creates an unwelcoming U.S. exceptionalism to foreign governments, which will likely lead to an increase in other countries' efforts to enact data localization laws — that is, mandating that data is stored on servers physically located within the country where the data was created.⁹⁵ As I will explain in Section IV.C, these laws will also threaten the digital privacy of foreign citizens. Third, by giving global access to the U.S. government, the Act frustrates efforts by other countries to protect their citizens' data from surveillance by the U.S. Thus, the CLOUD Act is not the resolution of the Microsoft Ireland case, but only the beginning of a future privacy crisis, especially for foreign citizens."

inefetiva externalização – como no caso Schrems II; e de conflito entre normas de efeito extraterritorial, como no CLOUD Act.

5 CONCLUSÃO

As normas de efeito extraterritorial são demonstradas como um sintoma e uma solução paliativa para os desafios regulatórios e da pacificação social no contexto da globalização contemporânea. Para a compreensão deste fenômeno jurídico vinculado aos negócios jurídicos, a pesquisa foi dividida em três capítulos, em uma abordagem histórico-evolutiva e sistêmica do tema, adotando de forma interdisciplinar conceitos e abordagens da economia, sociologia e direito.

Assim, buscou analisar em que contexto histórico se inserem e se viabilizam as normas de efeito extraterritorial; como as normas de efeito extraterritorial se desenvolveram historicamente, o que são as normas de efeito extraterritorial e como se fundamentam no direito e nos negócios jurídicos; e, por fim, como se apresenta na contemporaneidade e quais os sucessos e impasses que as normas de efeito extraterritorial encontram no mundo prático.

O primeiro capítulo concluiu por uma relativização da soberania, uma inserção dos processos globais no nacional, uma relevância exacerbada de empresas transnacionais, e uma dificuldade de operação das instituições internacionais multilaterais de Direito Público. Além disso, verificou-se uma participação cotidiana do indivíduo em negócios jurídicos transnacionais.

O que se sustenta, para o Direito Internacional, é a edição de um quase-direito, na forma de normas amplas, modelos, principiológicas, dinâmicas e não vinculativas, geralmente chamadas de *soft law*, que não necessitam de aprovação dura dos múltiplos interesses globais, mas que se viabilizam em jogos de cooperação. As normas de efeito extraterritorial, assim, utilizam dessa interconectividade dos atores, a relevância das empresas transnacionais, a necessidade de reconhecimento do sujeito estrangeiro como participante dos negócios jurídicos, a ausência do Direito Internacional duro e a dinamicidade da *soft law*, no formato internalizado pelas empresas da *lex mercatoria*, para se concretizarem no paradigma contemporâneo como uma resposta aos desafios da intensificação da globalização.

O segundo capítulo estreita o tema da pesquisa e adentra nas bases históricas e legais das normas de efeito extraterritorial. O conceito adotado para normas de efeito extraterritorial dentro do contexto trabalhado é de mecanismos legislativos ou judiciários que buscam a modificação do comportamento de atores de mercado fora da jurisdição vinculada ao território concreto do agente produtor da norma, isto é, é

uma exportação da norma interna para o transnacional. A jurisdição, assim, é objeto central das discussões conceituais destas normas de efeito extraterritorial. Com origem na diplomacia, o termo é ressignificado para a contemporaneidade, com origem nos EUA, sustentando-se na Teoria do Impacto Territorial, baseando algum nível de legitimidade e validade na submissão aos limites dos princípios universais de Direitos Humanos, mas mantendo o conflito com a noção de soberania estatal clássica como trabalhada por Kelsen.

Buscando uma outra abordagem, divide-se a norma de efeito extraterritorial no espaço – em que tem seu efeito vinculativo internamente, mas que se torna legalmente voluntária quando fora do território de origem, configurando a norma de efeito extraterritorial como um *soft law* na perspectiva do Estado e como *lex mercatoria*, na perspectiva da empresa, já que se define pelos interesses do mercado, ainda que em regulação fortemente influenciada pelo Estado. Adota-se a teoria de pluralismo jurídico da *lex mercatoria* de Gunther Teubner, que utiliza da teoria dos sistemas de Luhmann, para estabelecer a validade da norma dentro do binômio legal/ilegal, de autorreprodução e de comunicação como foco na resolução de conflitos, coexistindo com outros sistemas, inclusive legais.

As normas de efeito extraterritorial, quando fora do território constituem linguagem prescritiva, suportada em sua validade por normas anteriores e pelos mecanismos de resolução de conflitos fora do contrato originado pela norma de efeito extraterritorial – seja a arbitragem, ou no caso, na sujeição as cortes do país de origem de forma independente, caso os atores de mercado entendam que a manutenção daquele mercado está em seu interesse. Forma-se, assim, o Direito estatal clássico em sua característica interna, e um sistema legal próprio, em sua característica externa – absorvida pelo ator de mercado.

Apresentam-se, em seguida, no capítulo 3, alguns casos ilustrativos dos sucessos e desafios destas normas de efeito extraterritorial. O caso de maior sucesso das normas de efeito extraterritorial na atualidade é o Efeito Bruxelas, trabalhado por Anu Bradford. No Efeito Bruxelas verifica-se a existência de uma competição por mais regulação na relação entre empresas e Estados na dinâmica dos mercados globais, em que alguns mercados buscam a legislação mais restritiva e exportam essa regulação para países com regulação mais branda, buscando reputação e aceitação, principalmente, de um mercado consumidor globalizado, que se insere nos anseios sociais inadvertidamente de forma cosmopolita.

Para a existência do Efeito Bruxelas verificam-se necessários cinco condições: relevância do mercado, capacidade regulatória, padrões rigorosos, destinatários inelásticos e não divisibilidade. Isto é, a hegemonia regulatória pela extraterritorialidade depende de normas rígidas, criadas eficientemente, por agentes com poder de barganha em razão de suas economias expressivas, para destinatários que não possam mover-se ou dividir-se para evadir o alcance da regulação. Isso gera harmonização, em um ambiente propício para cooperação, como no caso das leis de proteção de dados da União Europeia, que geram versões correspondentes em diferentes países, incluindo o Brasil. No entanto, esta harmonização encontra novos desafios, próprios de sua natureza globalizada, como é o caso da invalidação de acordos em razão de sistemas jurídicos e normas incompatíveis – como na invalidação dos acordos políticos de transferência de dados entre EUA e União Europeia; ou no conflito de normas de efeito extraterritorial, como no embate entre as normas extraterritoriais de vigilância de comunicações eletrônicas nos EUA e de proteção de dados na União Europeia.

A hipótese de que as normas de efeito extraterritorial são ferramentas válidas e eficazes para a harmonização legislativa é confirmada, fundamentando-se em sua característica dual e no pluralismo jurídico e com evidenciado sucesso dentro dos requisitos observados no Efeito Bruxelas ou mesmo no exemplo das leis de proteção de dados, porém é limitada, encontrando desafios não só nas concepções clássicas da soberania estatal, como nas próprias dinâmicas contemporâneas da globalização.

Para um avanço na pesquisa, em sua característica teórica, entende-se que caberia um aprofundamento rigoroso nas discussões da Teoria Geral do Direito, seja pela perspectiva de Luhmann ou por outros referenciais teóricos visando expandir a compreensão e o debate sobre o tema. Em uma perspectiva metodológica, cabe uma coleta extensa de regulação influenciada pelas normas de efeito extraterritorial na contemporaneidade, buscando expandir dentro da pesquisa e bibliografia de Anu Bradford; alternativamente, a coleta de dados de empresas regionais sobre adoção interna das normas de efeito extraterritorial – na forma de códigos de conduta – se viável, configuraria um marco empírico para o tema, caso em que, a adoção de mecanismos de resolução de conflitos não vinculados ao Estado, como a arbitragem, devem ser analisadas em conjunto. Para uma perspectiva mais ampla, o estudo do *soft law*, é um caminho em constante crescimento e evolução nos atuais paradigmas da regulação de direitos, pacificação social e resolução de conflitos dentro da

globalização que pode ser abordado.

REFERÊNCIAS

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. United States of America: Basic Books, 2006.

BELAND, Daniel et. al. *Trump, Bolsonaro, and the framing of the covid crisis: how political institutions shaped presidential strategies*. *World Affairs*, v. 184, n. 4, 2021. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/00438200211053314>. Acesso: 20 mar. 2022.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981.

BLAYDES, Lisa; PAIK, Christopher. *Trade and political fragmentation on the silk roads: the economic effects of historical exchange between china and the muslim east*. *Division of Social Science Working Paper Series*, dez. 2019. Disponível em: <https://nyuad.nyu.edu/content/dam/nyuad/academics/divisions/social-science/working-papers/2019/0033.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BILGIC, SECIL. *Something Old, Something New, and Something Moot: The Privacy Crisis Under the Cloud Act*. *Harvard Journal of Law and Technology*, Cambridge, Massachusetts, United States of America, v. 32, n. 1, p. 321-355, 2018.

BODIN, Jean. **Six Books of the Commonwealth**. Great Britain: Alden Press, 1967.

BRADFORD, Anu. **The Brussels effect: how the European Union rules the world**. ed. 1. v. 1. Nova Iorque: Oxford University Press, 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1940. P. 2391. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 15 ago. 2018., seção 1, p. 59-64.

CALIFORNIA. *The California Consumer Privacy Act of 2018*. **Assembly Bill no. 375. Chapter 55**. California, USA, 28 jun. 2018. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 29 jun. 20

CASSEL, Par Kristoffer. **Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial**

Power in Nineteenth-Century China and Japan. New York, USA: Oxford University Press, 2012.

CHARLESWORTH, Hilary; SENZ, Deborah. Building Blocks: *Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation*. In: **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 2, No. 1, June 2001: 69-121. Disponível em: https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0019/1680004/Senz-and-Charlesworth.pdf. Acesso em: 15 mai. 2022.

CHINESE LAW AND GOVERNAMENT. **A chronicle on the SARS epidemic**. *Chinese law and government*, v. 36, n. 4, jul./ago. 2003, pp 12-15.

CRAFTS, Nicholas; TONIOLO, Gianni. **Economic growth in Europe since 1945**. Cambridge: University Press, 2002.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global**. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

EUA. **15 U.S. Code § 41 – Federal Trade Commission established; membership; vacancies; seal**. USA, 1914b. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/41>. Acesso em: 09 ago. 2022.

EUA. *An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*. In: **Public Law 107-204, 107th Congress**. USA, 30 jul. 2002. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

EUA. CHAP. 323 – *An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies and for other purposes*. In: **Sixty-third Congress, session II, chapters 320,323**. USA, 1914A. Disponível em: <https://govtrackus.s3.amazonaws.com/legislink/pdf/stat/38/STATUTE-38-Pg730.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2022.

EUA. CHAP. 647 - *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*. In: **Fifty-First Congress, session 1, chapters 646,647**. 1890. P. 209-210. Disponível em: <https://govtrackus.s3.amazonaws.com/legislink/pdf/stat/26/STATUTE-26-Pg209a.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

EUA. **United States v. Aluminum Co. of America**, 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945). USA, 12 mar. 1945. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>. Acesso em: 09 ago. 2022.

EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the**

processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Official Journal of the European Union. V. 59. L. 119. Luxembourg: 4 mai. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>. Acesso em: 4 jun. 2022.

FARIA, Bruna; RODRIGUES, Eduardo Bueno; MUNIZ, Tânia Lobo. A Invalidação do EU-U.S. Privacy Shield Framework: O conflito entre salvaguardas contratuais e vigilância estatal para a efetiva proteção de dados no contexto da globalização econômica. In: **Direito Internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2022, v. 22. p. 677-695.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia, Estado de Direito e Jurisdição na Crise do Estado Nacional**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1XYfk6s8Oj4zH5cILL-7g7ogo9iHzoMzg/view?usp=sharing>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FMI. **Japan: Demographic Shift Open Door to Reforms**. Disponível em: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/02/10/na021020-japan-demographic-shift-opens-door-to-reforms>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FRANK, Andre Gunder. **Global Economy in the Asian Age**. California, USA: University of California Press, 1998. 337 p.

GERLAND, Patrick et. al. *World population stabilization unlikely this century*. **Science**, New York, N.Y., vol. 346, n. 6206, 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4230924/>. Acesso em: 06 dez. 2020.

GOLDMANN, Matthias. *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 25, n. 2, Junho de 2012, p. 335 – 368. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156512000064>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/we-need-to-cut-off-the-head-of-the-king-past-present-and-future-approaches-to-international-soft-law/7A67792EBFCC6C0085F3CCFE3E45F907>. Acesso em: 02 nov. 2022.

GOSTIN, Lawrence O., HABIBI, Roojin, MEIER, Benjamin Mason. Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats. In: **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, 48(2), 376–381. doi:10.1177/1073110520935354

GUERRA, Sidney, Refugiados ambientais no Brasil: uma abordagem a partir do caso do Haiti. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38, n.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/31213/95970>. Acesso em: 20 mar. 2022.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARLAN, J. **Northern securities Co. v. United States: Appeal from the circuit court of the United States for the district of Minnesota**. USA, 1904. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep193/usrep193197/usrep193197.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

HUCK, Hermes Marcelo. Lex mercatoria - horizonte e fronteira do comércio internacional. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 87, 213-235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175>. Acesso em: 05 nov. 2022.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass Robert; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, mai. 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva & C. editores, 1938

MAGALHÃES, José Carlos. A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 20, p. 157-177. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67047>>. Acesso em: 18 mai. 2020

MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Org. Osvaldo Coggiola. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. 1 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. 240 p.

MURPHY, Gary. Theodore Roosevelt. *Presidential Power and the Regulation of the Market*. In: RICARD, Serge. In: **A companion to Theodore Roosevelt**. EUA, 2011.

OECD.OECD Economic Outlook: Statistics and Projections (database). In: **OECD Economic Outlook No. 87**. 2010. <https://doi.org/10.1787/data-00492-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/data/oecd-economic-outlook-statistics-and-projections/oecd-economic-outlook-no-87_data-00492-en. Acesso em: 10 set. 2022.

OMC. **The Doha Round**. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm. Acesso em 30 mai. 2022.

OMS. **COVID-19 Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) Global research and innovation forum**. Disponível em:
[https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-\(pheic\)-global-research-and-innovation-forum](https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-(pheic)-global-research-and-innovation-forum). Acesso em: 15 fev. 2022.

OMS. **International Health Regulations**, 2005. Disponível em:
<https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>. Acesso em: 15 mar. 2022.

OMS. **International Health Regulations: Background**. Disponível em:
<http://www.emro.who.int/international-health-regulations/about/background.html>. Acesso em: 30 mar. 2022.

OMS. **WHO urges accelerated action to protect human health and combat the climate crisis at a time of heightened conflict and fragility**, 2022. Disponível em:
<https://www.who.int/news/item/06-04-2022-who-urges-accelerated-action-to-protect-human-health-and-combat-the-climate-crisis-at-a-time-of-heightened-conflict-and-fragility>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ORTIZ-OSPINA, Esteban; ROSER, Max. **Taxation**, 2022. Disponível em:
<https://ourworldindata.org/taxation>. Acesso em: 30 mar. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Raymond, J. M. (1967). *A New Look at the Jurisdiction in ALCOA*. **The American Journal of International Law**, 61(2), 558. doi:10.2307/2197054

RODRIGUES, Carlos Rubens; LIMA, Maria Araci; SILVA, Thomas Oliveira. Nível de adesão das companhias de capital aberto do Brasil e do México que negociam ações no mercado norte-americano às seções 401 e 402 da Lei Sarbanes-Oxley. In: **Universitas**. Ano 14, n. 27, jul./dez. 2020. Disponível em:
<http://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/448>. Acesso em: 27/04/2022.

RODRIGUES, Eduardo Bueno. Transferência internacional de dados entre Brasil e EUA. In: TEIXEIRA, Tarcísio (org.). **Empresas e implementação da LGPD**. 2 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p.357-402.

RODRIGUES, Eduardo Bueno; FARIA, Bruna; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. Novos paradigmas para o direito à privacidade no Estado contemporâneo à luz do Direito Internacional. In: Wagner Menezes. (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, v. XII, p. 32-52.

RODRIGUES, Eduardo Bueno; FARIA, Bruna; MUNIZ, Tânia Lobo. *Tech-companies and human values: how global governance and Soft Law promote pluralism*. In: Wagner Menezes. (Org.). **Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e pluralismo**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes editores, 2021, v. 21, p. 197-212

RODRIGUES, Eduardo Bueno; MUNIZ, Tânia Lobo; FARIA, Bruna. A informação na era da Internet: entre o excesso e a ausência. In: MENEZES, Wagner (org.) **Direito internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, v. 16, p. 288-304.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

ROSER, Max; RITCHIE, Hannah; ORTIZ-OSPINA, Esteban. **World Population Growth**, 2013. Disponível em: <https://ourworldindata.org/world-population-growth>. Acesso em: 30 jan. 2022.

ROUANET, Sergio Paulo. Democracia Mundial. In: NOVAES, Adauto (org.). **O avesso da Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SASSEN, Saskia. **A Sociology of Globalization**. 2007. 1 ed. New York, USA: W.W. Norton & Company Inc., 2007.

SILVER et. al. *In U.S. and UK, Globalization Leaves Some Feeling 'Left Behind' or 'Swept Up'*. **Pew Research Center**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2020/10/05/in-u-s-and-uk-globalization-leaves-some-feeling-left-behind-or-swept-up/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=en&nrm=iso. Access on 8 May 2021

SVANTERSSON, Dan Jerker B. *Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation*. In: **International Data Privacy Law**, 2015, vol. 5, n. 4. New York, USA: Oxford University Press, 2015.

SWISS RE INSTITUTE. **World economy set to lose up to 18% GDP from climate change if no action taken, reveals Swiss Re Institute's stress-test analysis**. Disponível em: <https://www.swissre.com/media/press-release/nr-20210422-economics-of-climate-change-risks.html>. Acesso em: 30 mai. 2022.

TEUBNER, Gunther. **Global Law Without a State**. Brookfield:

TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTIÇA. **The Case of the S.S. Lotus: France v. Turkey Judgment**. Disponível em:

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VON GLAHN, Richard. **Fountain of Fortune: Money and Monetary Policy in China, 1000-1700**. Berkely: University of California Press, 1996.

WALIA, Simran. *The economic challenge of Japan's aging crisis*. **The Japan Times**, Tokyo, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2019/11/19/commentary/japan-commentary/economic-challenge-japans-aging-crisis/#:~:text=More%20than%2020%20percent%20of,people%2075%2Dplus%20years%20old>. Acesso em: 02 fev. 2022.

Woo, C. H. N. (2011). *United States Securities Regulation and Foreign Private Issuers: Lessons from the Sarbanes-Oxley Act*. *American Business Law Journal*, 48(1), 119–176. doi:10.1111/j.1744-1714.2010.01113.x

ZUK, Miriam et. al. *Gentrificação, Displacement, and the role of the public investment*. **Journal of Planning Literature**, 2018, v. 33. Disponível em: https://escholarship.org/content/qt0mh6f3tr/qt0mh6f3tr_noSplash_909a35351116d6cf811e28a719ad7c26.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.