

Da transnacionalidade ao helvetismo: dadaísmo, ordem pública e regimes transnacionais privados

De la Transnacionalidad a el helvetismo: dadaísmo, orden público e regímenes transnacionales privados

*Henrique Lenon Farias Guedes**

Resumo: *Promovendo um diálogo entre arte, direito, esporte e guerra, este artigo aponta a crescente relevância do conceito de ordem pública de direito internacional privado da Confederação Suíça, em relação a regimes transnacionais privados, trazendo, como exemplos, o direito internacional privado do esporte e o sistema de autorregulação das empresas de segurança internacional. A partir de revisão da literatura e de documentos normativos, como Regulamentos da FIFA, o Estatuto da ICoCA e a lei suíça de direito internacional privado, o texto, sob método indutivo, pretende identificar se o conteúdo pretensamente transnacional dos regimes privados prescinde, afinal, da observância de alguma ordem pública. A relevância do tema reside na multiplicação de regimes privados transnacionais, como a ICANN para a Internet e a “lex mercatoria” para as transações comerciais, além disso, o texto busca identificar possível contradição na ideia de autonomia desses ordenamentos, por meio de uma analogia com o movimento artístico dadaísta. O artigo sustenta, ao final, que, nos dois exemplos estudados, existe uma clara supervalorização do direito suíço em detrimento das normas imperativas estrangeiras e sugere que tal conclusão pode ser estendida a outros ordenamentos privados.*

Resumen: *Emprendiendo un diálogo entre el arte, el derecho, el deporte y la guerra, este artículo señala la importancia creciente del concepto suizo de orden público de derecho internacional privado, con respecto a los regímenes privados transnacionales, tomando como ejemplo el derecho internacional privado del deporte y el sistema de autorregulación de las*

* Universidad de São Paulo, Brasil.

E-mail: hlfguedes@gmail.com

Recibido: 13/01/2019. Aceptado: 18/06/2019.



Este es un artículo de acceso abierto, distribuido según los términos de la licencia de Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0.

empresas de seguridad internacional. Revisando literatura y documentos normativos como los Reglamentos de la FIFA, los Estatutos de la ICoCA y la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, el texto, bajo el método inductivo, intenta identificar si el contenido supuestamente transnacional de los regímenes privados dispensa la referencia a el orden público de un Estado específico. La relevancia del tema reside en la multiplicación de regímenes privados transnacionales, como ICANN para Internet o la “lex mercatoria” para las transacciones comerciales; además, el artículo busca identificar una posible contradicción en la idea de que tales órdenes son autónomas, por medio de una analogía con el movimiento artístico dadaísta. El texto sostiene, al final, que, para los dos ejemplos estudiados, existe una clara sobrevaloración del derecho suizo en detrimento de las normas imperativas extranjeras y sugiere que tal conclusión podría extenderse a otros ordenamientos privados.

Palavras-chave: Ordem pública, Dadaísmo, Confederação Suíça, Direito internacional privado do esporte, Empresas de segurança internacional
Palabras clave: Orden público, Dadaísmo, Confederación Suiza, Derecho internacional privado del deporte, Empresas de seguridad internacional

1. INTRODUÇÃO

Este artigo debate um conceito eminentemente jurídico – a ordem pública de direito internacional privado –, mas se localiza em interseções: entre o nacional, o internacional e o transnacional; entre Genebra, Lausanne e Zurique; entre a arte, o esporte e a guerra. Inicia esse diálogo a conhecida obra de Marcel Duchamp (Figura 1), lançada, pela primeira vez, em 1913, a qual representa o dadaísmo, movimento artístico estreado na Suíça, sob a tentativa de olvidar os pavores da Primeira Guerra Mundial.

Ao subverter a utilização de um objeto de transporte e também desportivo, o artista trouxe ao debate a qualificação da arte, com o claro propósito de provocar a alteração das conhecidas bases da curadoria artística. Apesar de surpreender a ordem e o público, o movimento artístico representado por essa obra é aqui elencado, para tratar de outra



Figura 1 – DUCHAMP, 1913.

ordem e de outro público.

Na verdade, a “ordem pública” segue como um dos principais problemas do direito internacional privado, seja no âmbito teórico, seja no sentido pragmático: se, por um lado, não existe um consenso doutrinário sobre o alcance desse conceito – deixado vago de propósito e preenchido, caso a caso, pelo Juiz –, o direito internacional privado encontra, na prática, um risco de que seus ensinamentos de tolerância sejam frustrados por interpretações arbitrárias ou imotivadamente nacionalistas, já que a ordem pública é considerada o último teste do ato estrangeiro¹.

Apesar de ser um conceito essencial para a matéria, a ordem pública pode receber contemporaneamente novo enfoque, devido à multiplicação de regimes transnacionais privados. Nascidos como respostas regulatórias a fenômenos globais, como a Internet, as finanças, o comércio e o esporte, tais ordenamentos têm sido estudados sob a óptica de searas diversas do direito, como a arbitragem², o constitucionalismo³ e a teoria dos sistemas⁴, sempre sob perspectivas que privilegiam sua autonomia em relação ao direito nacional e ao direito internacional convencional. A partir do conceito de ordem pública, o presente artigo questiona a autonomia e mesmo a transnacionalidade desses regimes privados.

De fato, a rigor, a pretensão de tais regimes é esgotar, alheio ao direito nacional, a regulação de determinado setor⁵; a ordem pública apareceria como problema, no máximo, se a decisão de um órgão interno a esses regimes, como a Corte Arbitral do Esporte, tivesse de ser incorporada em um país determinado⁶. Nesse sentido, a hipótese

1 Na antiga lição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “[a]s leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*).

2 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria, passim*.

3 TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization, passim*.

4 CALLIESS, Galf-Peter. *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, passim*.

5 No caso do direito internacional privado do esporte, essa é a expressa indicação de Jean Nicolau: “Se o movimento esportivo é o espaço de criação de regras destinadas a regular a totalidade das atividades esportivas, são justamente as normas esportivas de origem privada que constituem o núcleo que fundamenta sua organização; um núcleo sem o qual, aliás, tal sistema sequer poderia existir” (NICOLAU, Jean. *Direito internacional privado do esporte*, 2018, p. 360).

6 Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil já teve a oportunidade de avaliar a homologação de sentença arbitral proferida pelo CAS, sob os parâmetros da ordem pública brasileira: “(...) 7. Não houve violação da ordem pública, na medida em que: i) pacificou-se no STJ o entendimento de que são legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional; e ii) embora a matéria de fundo trate de direito individual trabalhista, foram discutidas, no procedimento de arbitragem, questões meramente patrimoniais que decorreram da rescisão antecipada do contrato de trabalho pelo requerido, o que resultou na aplicação da multa rescisória. Em

do artigo é que, muito além da pontual avaliação de alguma decisão adotada no âmbito desses regimes privados – feita, a rigor, “a posteriori” –, a própria sistemática desses regimes é construída em função de certas ordens públicas, seja de forma expressa, seja de forma indireta.

Para responder ao problema, o artigo seleciona dois regimes transnacionais distintos: o direito internacional privado do esporte e o sistema de autorregulação das empresas de segurança internacional. A partir de revisão da literatura e de documentos normativos, como Regulamentos da FIFA, o Estatuto da ICoCA⁷ e a lei suíça de direito internacional privado, o texto, sob método indutivo, pretende identificar se o conteúdo pretensamente transnacional dos regimes privados prescinde, afinal, da observância de alguma ordem pública.

Inicialmente o artigo explica o conceito de ordem pública e, em seguida, apresenta a busca comum do dadaísmo e dos regimes transnacionais por estabilidade. A aproximação entre direito e arte, que faz sentido diante da própria concepção estética do conhecimento jurídico⁸, soa ainda mais necessária no debate sobre a ordem pública, cuja fundamentação exige raciocínio o mais sofisticado, já que se trata da última garantia de justiça no âmbito das escolhas soberanas de cada Estado⁹. Em seguida, o texto apresenta os pontos de contato entre os regimes transnacionais citados, para, ao final, examinar o impacto da ordem pública suíça sobre eles.

2. ORDEM PÚBLICA: ENTRE O CONDICIONAMENTO E A SANÇÃO

Embora seja um conceito eminentemente nacional, a ordem pública de direito internacional privado só é abordada, quando se possui uma situação fática plurilocalizada, isto é, que reclama a atenção de mais

outras palavras, não houve abdicação a direito laboral (indisponível), mas apenas aplicação de multa rescisória, constante de cláusula prevista no contrato, o que autorizou a utilização da arbitragem. Não houve, também, ofensa à previsão constante da Lei n. 9.605/98, pois não se apreciou matéria referente à disciplina e competição desportiva. 8. Pedido de homologação deferido.” (SEC 11.529/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 02/02/2015).

7 Trata-se da International Code of Conduct for Private Security Service Providers’ Association, entidade privada sem fins lucrativos, com sede em Genebra, constituída para gerir a efetividade do Código Internacional de Conduta Para Provedores de Serviços de Segurança Privada.

8 Acerca das possibilidades dessa concepção, cf. o *Antimanual de direito e arte*, organizado por FRANCA FILHO *et alli*, 2016.

9 Sobre a aproximação estética no estudo do direito, Gladston Mamede e Otavio Luiz Rodrigues Junior afirmam que “[a] inclusão da justiça como material dessa técnica, dessa arte, humaniza a atuação do jurista, afastando-o da automação: é indispensável conhecer – e bem – a técnica, as normas, os princípios e o modo de atuar do Direito; mas é igualmente indispensável permitir que as discussões ecoem na consciência e no coração. Há uma necessidade de justiça no agir jurídico”, MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Uma Introdução ao Direito da Arte*, p. 9.

de um ordenamento jurídico.

Mais ainda, não se trata de um conceito verificável no âmbito do método conflitual, isto é, quando o Juiz precisa definir a lei aplicável a determinada relação jurídica, mas, sim, um instituto capaz de incidir apenas na aferição do resultado prático da decisão¹⁰.

A despeito de aparentemente sua incidência ser residual e pontual, o fato é que se trata de um dos conceitos mais fortes do direito, já que é capaz de obstar a internalização de atos estrangeiros com base em uma motivação que se baseia em opções políticas do Estado receptor.

É interessante destacar que a ordem pública, como reflexo do momento histórico e geográfico, pode ser explicada por dois retratos distintos do esporte. Enquanto, na Figura 2, observa-se o registro de uma partida de tênis em trajes tipicamente vitorianos, vê-se que, nos campeonatos contemporâneos, o mesmo jogo é praticado com vestimenta todo diversa.

A propósito, como o presente trabalho aborda direito desportivo, é interessante observar que mesmo regimes privados podem ter de lidar com valores, o que depende muito da escolha da autoridade desportiva – o próprio traje usado pela atleta Serena Williams, no French Open de 2018, causou controvérsia e ensejou proibição da Federação de Tênis¹¹. Soa paradoxal, no entanto, falar de “ordem pública” nos próprios ordenamentos privados, exatamente porque esse instituto contempla as



Figura 2 – LAVERY, 1885.

10 Acerca do momento oportuno para verificação, Gustavo Mônaco destaca que a ordem pública pode ter impacto mais reduzido que a norma de aplicação imediata: “O fato de a ordem pública atuar *a posteriori* da verificação da lei aplicável permite que a defesa dos valores caros ao foro ocorra de modo mais equilibrado do que ocorre com as leis de aplicação imediata, as quais obstem a verificação do conteúdo da lei material estrangeira aplicável desde logo. Isso porque, no âmbito da ordem pública, é possível conferir se a ofensa aos valores do foro se efetiva ou não. Contrariamente, as normas de aplicação imediata nem sequer permitem essa investigação, tomando como fato consumado a ofensa mencionada (que, em verdade, poderia mesmo não ocorrer). Quando os laços de vinculação da situação fática relativamente ao sistema são tênues, o intérprete pode optar por uma incidência atenuada do princípio, tolerando a aplicação da norma em tese ofensiva, na medida em que a afronta que na prática brotará somente produzirá resultados sensíveis em outros foros, em que a decisão venha a irradiar seus efeitos. Trata-se da chamada ordem pública por proximidade”, MONACO, Gustavo. *O papel da Constituição brasileira e das convenções em vigor para o Brasil no sistema de controle do direito estrangeiro*, 2017.

11 Acerca da polémica proibição do “catsuit” da atleta, cf. RAMASWAMY, Chitra. What the ban on Serena Williams’ catsuit says about the sexualising of black women’s bodies.

escolhas mais sensíveis de um foro, com íntima relação com as práticas autorizadas ou proibidas em determinado país. Nesse sentido, Mônaco¹² indica que as opções políticas constitucionais podem ser um indicativo da ordem pública, especialmente as normas “que reconhecem os direitos e garantias fundamentais do ser humano e estabelecem, em sede constitucional, as condições ou o modo preferencial de seu exercício”. No mesmo sentido, indícios desse instituto podem ser encontrados no direito penal, cujo propósito de “regulação das relações sociais, procurando impedir o que a sociedade não tolera na conduta humana, mostra-se um conveniente limite para a ordem pública”.¹³ Não é por acaso que, nos dois campos normativos mencionados pelo autor – Direito Constitucional e Direito Penal –, trata-se de direito eminentemente público, com reduzido ou inexistente grau de participação do indivíduo na formulação da disposição normativa.

É bem verdade que regimes privados transnacionais podem ter valores coerentemente justificados com os setores que pretendem regular: por exemplo, o esporte tem íntima relação com a cooperação entre os povos e com a boa-fé nas competições, enquanto o sistema autorregulador das empresas de segurança internacional busca garantir a observância de direitos humanos na prática das companhias em campo. Contudo, por mais que os regimes privados transnacionais sejam capazes de condicionar, com base em valores próprios, a atuação dos agentes e a tomada de decisões nos organismos a eles vinculados, a sanção que advém da ordem pública só faz sentido, quando a norma transnacional deixa de “pairar” acima dos Estados e “pousa” no território de um deles, pedindo permissão, para ali produzir efeitos.

Essa relação, ora de alheamento, ora de dependência, mantida entre os regimes transnacionais e os Estados, será objeto do próximo tópico, com referências analógicas a um movimento artístico que tanto dependeu da Suíça.

3. DADAÍSMO E REGIMES TRANSNACIONAIS

Pacificada e unida em torno de um regime federal em idade relativamente precoce na Europa, a Confederação Helvética passou alguns séculos provendo serviços militares para outros centros de poder do continente no Medievo e na Modernidade, como a França e o Papado¹⁴, até que, entre o fim do século XIX e o início do século XX, consolidou-se como país neutro¹⁵, às vésperas das Guerras Mundiais.

12 MONACO, Gustavo. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*, 2013, p. 83.

13 Idem.

14 Sobre a tradição suíça no âmbito da privatização da guerra, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra: mercado e regulação de empresas militares privadas*, p. 11-12.

15 A neutralidade exercida pela Suíça, apesar de se referir a um conceito em evolução no direito internacional, pode ser encontrada já a partir do Congresso de Viena, em 1815.

Usufruindo a neutralidade em um ambiente internacional caótico, o movimento artístico dadaísta foi fundado, em Zurique, em 1916, por jovens artistas de diversas partes do globo.

Ao contrário de futuristas como Umberto Boccioni, que morreu no “front”, os artistas dadaístas rejeitavam a ideia de nacionalismo, necessária para a participação na Grande Guerra em nome de seus países, sendo que nenhum dos que deu início ao movimento era nascido na Suíça¹⁶. Analogamente, a falta ou inexistência intencional da referência a entidade nacional determinada, prática típica de regimes transnacionais privados como a “lex mercatoria”¹⁷, é usualmente apresentada como a vantagem regulatória nos setores atingidos¹⁸, revelando as similitudes entre os fenômenos jurídico e artístico ora estudados.

De fato, assim como o dadaísmo fazia com os objetos comuns do cotidiano¹⁹, os regimes transnacionais privados se apropriam de conceitos jurídicos nacionais e os adaptam para uma finalidade que, a rigor, difere da original. Por exemplo, embora hoje se fale de constitucionalismo “privado”²⁰ e de direito administrativo “global”²¹ para os setores da sociedade civil “internacional”, o conceito mesmo de Constituição e a ideia de um direito para a Administração Pública são, em princípio, experiências inatas ao Estado; até mesmo o conceito literal e original de “internacional” como “entre Nações” – ou melhor, entre

CHESTERMAN, Simon. *Swiss Security Policy Hearings 2009 – Neutrality and its Discontents*, p. 2.

16 ELGER, Dietmar. *Dadaism*, p. 8-9.

17 Luiz Olavo Baptista assim a qualifica no âmbito da “lex mercatoria”: “A busca da anacionalidade, de um lado, leva à aproximação com a noção de equidade, e, de outro, à utilização dos princípios gerais de direito comuns a todos os povos (numa expressão encontrada em célebre decisão arbitral) ou aos princípios gerais do direito internacional a que se refere o art. 38 do Estatuto da C.I.J.” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 66.

18 “[M]any regulatory functions are carried out by private bodies. For example, the private International Standardization Organization (ISO) has adopted over 13,000 standards that harmonize product and process rules around the world. On a smaller scale, NGOs have come to develop standards and certification mechanisms for internationally traded products, for example fair-trade coffee and sustainably harvested timber. Business organizations have set up rules and regulatory regimes in numerous industries, ranging from the Society for Worldwide Interstate Financial Telecommunications (SWIFT) system for letters of credit, to Fair Labor Association standards for sports apparel production. In national law, such private bodies are typically treated as clubs rather than administrators, unless they exercise public power by explicit delegation. But in the global sphere, due to the lack of international public institutions, they often have greater power and importance. Their acts may not be much different in kind from many non-binding intergovernmental public norms, and may often be more effective”, KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. *The Emergence of Global Administrative Law*, p. 9-10.

19 Nos *ready-mades*, como a Figura 1, Duchamp converte o sentido utilitário para o mero elemento estético (JANSON, H. W. *Iniciação à história da arte*, p. 381), pois “o objeto real se apresenta por si só; não é pintado nem fotografado nem esculpido. É simplesmente despojado da sua função prática e apresentado como algo novo”, PRETTE, Maria Carla. *Para entender a arte: história, linguagem, época, estilo*, p. 333.

20 TEUBNER, Gunther. *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct*, passim.

21 Sobre a emergência do direito administrativo global, cf. nota de rodapé nº 18.

Estados – poderia fazer soar inadmissível a inclusão de uma sociedade de pessoas na produção normativa ou sob a proteção jurídica direta, e, ainda assim, tanto em um quanto em outro caso há fortes tendências no sentido de incluir os indivíduos e as entidades não governamentais como atores²² ou como sujeitos²³.

Mas, o vínculo entre dadaísmo e os regimes transnacionais privados é meramente casuístico? Na verdade, ao contrário do que se pode atribuir a ambos, não se trata de fenômenos aleatórios²⁴. Como o “termo dada indica rejeição ao passado, rebelião contra as formas culturais codificadas”,²⁵ o movimento partia da indicação de que os valores anteriores àquela tumultuada época bélica foram perdidos em meio ao caos.²⁶ Assim como os artistas dadaístas buscaram a estabilidade da Suíça, para desenvolver sua criatividade caótica, contemporaneamente os esforços de trazer novos significados a conceitos jurídicos, para adaptá-los a experiências que usualmente chocam pela audácia regulatória também se relacionam com esse país europeu. Os exemplos mais avançados dessas experiências serão abordados nos dois tópicos seguintes.

4. O REGIME DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DO ESPORTE

O direito internacional privado do esporte, na forma como apresentado, de forma exaustiva, em recente livro publicado por Jean

22 Na prática, a sociedade civil, por meio de processos de participação política independentes das autoridades executivas e legislativas constituídas, tem construído um direito alheio tanto às legislações nacionais quanto às convenções internacionais. “Os Estados continuam a ser elementos nucleares na coordenação entre as ordens jurídicas nacionais, mas outras redes transnacionais ganham relevância. O tratamento jurídico passa a ser realizado por temas e não em territórios. Na periferia, muitas vezes, esse direito formado por empresas, órgãos não-estatais e contratos têm validade em si, sem a participação do Estado. A mola propulsora dessas redes de atores domésticos é movida, sobretudo, por pressão da sociedade civil e não da sociedade política. A disseminação do direito pós-nacional ocorre a partir da periferia do sistema e não a partir do centro, onde a validade do direito não vem do Estado, mas do próprio conjunto normativo em si, porque as obrigações geram expectativas de cumprimento suficientes para garantir legitimidade e efetividade às normas, com preponderância de uma, por força centrípeta. O direito pós-nacional viria principalmente desses conjuntos de relação globais (ou transnacionais), mas não necessariamente inter(nacionais)” (VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*, p. 242-243).

23 Para uma consideração da posição do indivíduo como sujeito do direito das gentes, sua exclusão no pensamento positivista de direito internacional e seu posterior resgate no século XX, cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os indivíduos como sujeitos de direito internacional*, passim.

24 “The news that filtered from the fronts across the borders to peaceful Zurich could only encourage them in their enterprise: there was method in the madness. The total rejection of all rules and the breach of all existing barriers seemed now to be the only appropriate response to this war” (ELGER, Dietmar. Op. cit., p. 10).

25 PRETTE, Maria Carla. Op. cit., p. 332.

26 JANSON, H. W. Op. cit., p. 378.

Nicolau no Brasil²⁷, aproxima-se muito mais de um regime transnacional privado que propriamente do direito internacional privado de certo Estado.

A estrutura proposta pelo autor parte de crescente literatura sobre a “lex sportiva”, tida como transnacional e privada²⁸, para considerar como os temas do direito internacional privado se aplicariam à estrutura envolvendo as diversas federações e modalidades desportivas, em que os conceitos típicos da disciplina, como nacionalidade, condição do estrangeiro, Juiz competente e direito aplicável, foram ressignificados.

Na verdade, apesar de transpor os quatro objetos do direito internacional privado, trata-se de perspectiva que considera o direito desportivo como típico regime transnacional, mormente porque ele está revestido de instâncias administrativas e adjudicatórias, algumas das quais têm logrado firmar-se, na jurisprudência dos Estados, com a mesma autoridade que as sentenças arbitrais estrangeiras²⁹,

Apesar de o esporte consistir em fato social global, capaz de atrair uma miríade de pretensões regulatórias, especialmente a do Comitê Olímpico Internacional, o debate proposto no presente artigo concentra-se no tratamento dado ao direito da FIFA, no âmbito da Corte Arbitral do Esporte – o “CAS”. Com efeito, o CAS consiste em entidade arbitral que pode ser escolhida pelos participantes de qualquer modalidade esportiva, capaz de socorrer, de forma residual, os mecanismos de solução de disputas internos às federações³⁰. Como o Tribunal fixa as sedes das arbitragens em Lausanne, na Suíça, possíveis ações de anulação ficam restritas ao Tribunal Federal Suíço – o “TFS” –, e, em consequência, a escolha do direito aplicável deve seguir o teste da ordem pública suíça³¹.

No caso específico da FIFA, observa-se que seus Regulamentos

27 NICOLAU, Jean. Op. cit., 2018.

28 NICOLAU, Jean. Op. cit., 2018, p. 37-39.

29 Além da nota de rodapé nº 06 deste trabalho, representando homologação de sentença de Tribunal desportivo, sediado no estrangeiro, pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, confira-se esclarecimento do citado autor: “Este aprimoramento do sistema de solução de controvérsias esportivas internacionais permite que se propugne uma, por assim dizer, abstenção de princípio, por parte das autoridades estatais, quando deparadas com as aqui denominadas situações jurídico-desportivas transfronteiriças. Se, notadamente em vista da Convenção de Nova York de 1958, tal abstenção já é a regra nos casos de litígios submetidos a tribunais arbitrais esportivos, considera-se salutar que a mesma alcance, igualmente, as situações em que se verifica uma competência concorrente entre uma jurisdição estatal e um órgão judicante de federação internacional” (NICOLAU, Jean. Op. cit., 2018, p. 420).

30 “Um recurso contra decisão de federação, associação ou outro organismo esportivo pode ser encaminhado ao TAS se os estatutos ou regulamentos do referido organismo esportivo assim previrem ou se as partes tenham concluído uma convenção de arbitragem particular e na medida em que o apelante também tenha esgotado as vias de direito anteriores ao recurso, das quais ele dispõe em virtude dos estatutos ou regulamentos do mencionado organismo esportivo.” (NICOLAU, Jean. *Tribunal Arbitral do Esporte: funcionamento e perspectivas*, 2010).

31 Idem.

propõem, na verdade, a aplicação de regras produzidas pela organização, sempre tendo em consideração leis nacionais potencialmente existentes.^{32,33} Em decisão no caso Arioso-Olimpia, comentada por Jean Nicolau³⁴, o CAS até chegou a aplicar disposição trabalhista do direito paraguaio, não porque se tratava de norma imperativa, mas porque, aplicando subsidiariamente o direito suíço, verificou que ele garantia às partes autonomia contratual, devendo-se, portanto, respeitar a disposição do contrato entre os litigantes, o qual previa a aplicação do direito paraguaio.

O problema que se vislumbra, portanto, é que, malgrado haver normas imperativas de outros Estados, os órgãos de solução de disputas desportivas podem simplesmente deixar de aplicar direito “estrangeiro”, porque, a despeito de serem mais próximos das partes, não estariam afins à ordem pública suíça. Antes de examinar, com mais profundidade, esse risco, confira-se se ele também pode ser identificado em outro regime.

5. A ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA INTERNACIONAL

As empresas de segurança internacional, empresas militares privadas ou “private military companies”, na mais corrente expressão inglesa, formam um dos setores mais delicados do comércio global contemporâneo, pois permitem aos Estados terceirizar o uso da força.³⁵ A própria existência de um mercado para o conflito é suficientemente controversa, considerando que, no mínimo, desde a Revolução Francesa, convencionou-se associar o Estado à Nação e à existência de um Exército único e permanente. Muito além dessa preocupação conceitual, a formatação da regulação do mercado demonstra outro ponto de grande interesse acadêmico.

Com efeito, em vez de defenderem a assinatura de um tratado multilateral específico sobre o uso e a responsabilidade de empresas de segurança internacional, os principais Estados contratantes dessas

32 Eis a redação do artigo 25 (6) do Regulamento Sobre Transferência de Jogadores da FIFA: “The Players’ Status Committee, the Dispute Resolution Chamber, the single judge or the DRC judge (as the case may be) shall, when taking their decisions, apply these regulations whilst taking into account all relevant arrangements, laws and/or collective bargaining agreements that exist at national level, as well as the specificity of sport” (FÉDÉRATION Internationale de Football Association. *Regulations on the Status and Transfer of Players*, 2018a).

33 Eis a redação do artigo 2º do Regulamento de Procedimento da Comissão do Estatuto do Jogador e da Câmara de Resolução de Disputas da FIFA: “In their application and adjudication of law, the Players’ Status Committee and the DRC shall apply the FIFA Statutes and regulations whilst taking into account all relevant arrangements, laws and/or collective bargaining agreements that exist at national level, as well as the specificity of sport” (FÉDÉRATION Internationale de Football Association. *Rules Governing the Procedures of the Players’ Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*, 2018b).

34 NICOLAU, Jean. Op. cit., 2018, p. 370-372.

35 Sobre o tema, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Op. cit., *passim*.

companhias – Estados Unidos e Reino Unido –, apoiados pela Suíça, decidiram fomentar o estabelecimento de uma associação privada, sem fins lucrativos, para administrar um código de conduta elaborado pelo próprio mercado. A experiência advinda do Código Internacional de Conduta Para Provedores de Serviços de Segurança Privada – ou ICoC, na sigla em inglês – tem demonstrado vigor de diversas formas: cronológico, eis que a iniciativa iniciou em 2013 e persiste, apesar de mudanças políticas notórias nos principais Estados envolvidos, incluindo a eleição do Presidente Donald Trump e o Brexit, ambos em 2016; política, eis que relevantes atores como Estados Unidos, Reino Unido, Nações Unidas e Suíça elaboraram, em diferentes momentos, leis ou regulamentos que incentivam ou obrigam a adesão ao ICoC; jurídica, eis que a associação encarregada de gerir a efetividade do Código foi estruturada com diversos mecanismos de fiscalização, certificação e sanção.

Evidentemente o sistema de sanções havido em uma associação privada com sede em Genebra e regida pela lei suíça³⁶ terá a preponderância do direito local. Como há previsão de exigência de direito nacional na autorregulação corporativa³⁷, existe a potencial aplicação do direito dos Estados territoriais, isto é, aqueles em que se realizam as operações de segurança internacional. É importante ressaltar que, na perspectiva do direito internacional privado, “[h]avendo a possibilidade de execução da decisão no território do foro, mostra-se conveniente a incidência da norma de aplicação imediata ali estatuída”,³⁸ sendo certo que a ideia mesma de criar um regime transnacional para esse mercado devia muito à incapacidade de Estados falidos fazerem valer seu próprio direito frente a empresas de segurança internacional eventualmente violadoras de direitos humanos; em outras palavras, afirma-se que, não podendo Estados como Afeganistão e Somália aferirem e assegurarem a responsabilização de corporações por atos praticados em seus territórios, o Documento de Montreux e o Código de Conduta pretenderam garantir a aplicação, em foros estrangeiros, de normas de responsabilidade, incluindo, direta ou indiretamente, referências ao direito internacional humanitário.

Em tese, entretanto, afigura-se inviável adotar decisão, no

36 Eis os primeiros artigos do Estatuto da ICoCA: “1.1 The International Code of Conduct for Private Security Service Providers’ Association (alternatively known as the Association) is a multi-stakeholder initiative established as a non-profit Association in accordance with Articles 60 et. seq. of the Swiss Civil Code and with these Articles of Association. This Association is an independent legal entity with legal capacity governed by Swiss law. Its duration is unlimited. 1.2 The Association has its seat in the Canton of Geneva” (INTERNATIONAL Code of Conduct Association. *The Articles of Association*).

37 Eis o artigo 2.2 do mesmo Estatuto: “2.2 The purpose (“Purpose”) of the Association is to promote, govern and oversee implementation of the International Code of Conduct for Private Security Service Providers (hereinafter “ICoC” or “Code”) and to promote the responsible provision of security services and respect for human rights and national and international law in accordance with the Code” (*Idem*).

38 MONACO, Gustavo. Op. cit., 2013, p. 74.

âmbito da associação, contrária à ordem pública suíça, pois, nesse país, como sói acontecer nas legislações nacionais desse tipo, a aplicação do direito estrangeiro não pode ter resultado incompatível com tal instituto, conforme se pode inferir do artigo 17 da lei suíça de direito internacional privado.³⁹ Assim, embora seja teratológica a hipotética situação em que a Confederação Helvética considera normas de direito internacional humanitário ou de direito internacional dos direitos humanos incompatível com sua ordem pública, é razoável imaginar que normas imperativas – como de cunho trabalhista, consumerista ou ambientalista – oriundas de países estrangeiros sejam rejeitadas no teste de ordem pública suíça.

O problema que se vislumbrou na seção anterior, no âmbito do regime transnacional desportivo, aqui se repete, ainda que de forma mais sutil. Como as estruturas regulatórias do esporte têm cerca de cem anos a mais que o esforço de autorregulação das empresas de segurança internacional, evidentemente problemas inerentes à solução de disputas entre partes, incluindo a arbitragem, não se verificaram na prática, de modo que não se podem dar os mesmos exemplos que no caso do esporte. De forma potencial, porém, é possível vislumbrar o mesmo risco de que o direito “estrangeiro”, a despeito de ser mais próximo das partes envolvidas na operação de segurança internacional, não estaria afim à ordem pública suíça.

CONCLUSÃO

A ironia que afeta os regimes transnacionais é a mesma que tangencia o dadaísmo: o caos prefere ser retratado em um ambiente de previsibilidade. Embora os artistas desse movimento, no auge da Primeira Guerra Mundial, tenham buscado Zurique como campo neutro para o desenvolvimento de obras de arte sem aparente sentido, não se pode negar que a própria finalização de um trabalho artístico é, por lógica, um momento de estabilização – ninguém termina uma obra de arte sem um ambiente minimamente propício.

Assim como na arte dadaísta, os regimes transnacionais privados podem encontrar seu momento de solução do caos na Suíça, com o mesmo propósito de estabilização tão caro ao direito. É interessante perceber que a incidência do direito suíço não decorre de escolha do próprio Governo da Confederação Helvética – ao contrário do que ocorreu, por exemplo, com a ICANN, que recebeu delegação do Governo dos Estados Unidos, para gerir aspectos centrais da Internet. Na verdade, a crescente “influência helvética” parte de arranjos das

³⁹ Eis o dispositivo mencionado: “L’application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l’ordre public suisse” (CONFÉDÉRATION Suisse. *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (Etat le 1er avril 2017)*).

próprias instituições envolvidas, especialmente devido às escolhas das sedes do CAS, em Lausanne, e da ICoCA, em Genebra.

Considerando que a verificação da compatibilidade dos resultados da aplicação do direito estrangeiro estará sempre sujeita a alguma “ordem pública” de direito internacional privado específica de determinado Estado, é essencial que a estruturação dos regimes transnacionais privados leve, em consideração, a escolha da “sede” das entidades responsáveis por administrar os setores. Embora não se possa falar de uma “helvetização” de todo o direito transnacional, é certo que se verificou um “helvetismo” em âmbitos pretensamente alheios a regulações nacionais específicas, como o direito desportivo e o sistema autorregulador das empresas de segurança internacional.

Para tais escolhas, é essencial observar-se, quiçá, uma “regra de proximidade”, para garantir, ao máximo, a aplicação do direito mais afim às expectativas das partes. Nesse sentido, pode fazer sentido a escolha da ordem pública da Suíça como referência para as empresas de segurança internacional, já que se trata de país com largo histórico de contribuição ao direito internacional humanitário. No caso do esporte, porém, a escolha é mais controversa, já que grande parte dos conflitos havidos entre jogadores e clubes tem natureza trabalhista, afetando direito que, em regra, reveste-se de imperatividade.

Assim como no dadaísmo, em meio à “guerra nacionalista” envolvendo o direito aplicável de forma imperativa, o direito internacional privado do esporte, enfim, precisará aprofundar o vigor do direito de aplicação imediata oriundo dos países estrangeiros, possivelmente permitindo que as arbitragens do CAS tenham sedes diversas de Lausanne, com base em critérios de proximidade com as partes do conflito, de modo a garantir que normas imperativas, especialmente aquelas de natureza trabalhista, sejam respeitadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BRASIL. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença estrangeira contestada 11.529/EX*. Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 02/02/2015.

CALLIESS, Galf-Peter. Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 23, p. 185-216, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os indivíduos como

sujeitos do direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 23-59, 2012.

CHESTERMAN, Simon. *Swiss Security Policy Hearings 2009 – Neutrality and its Discontents*. New York University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series – Working Paper n. 09-37. Nova Iorque, 2009.

CONFÉDÉRATION Suisse. *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)* du 18 décembre 1987 (Etat le 1er avril 2017). Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

DUCHAMP, Marcel. *Bicycle Wheel*. 1951. 1 original de arte. The Museum of Modern Art. Disponível em: <<https://www.moma.org/collection/works/81631>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ELGER, Dietmar. *Dadaism*. Colônia: Taschen, 2015.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra: mercado e regulação de empresas militares privadas*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

FÉDÉRATION Internationale de Football Association. *Regulations on the Status and Transfer of Players*. Zurique, 2018. Disponível em: <<https://resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-the-status-and-transfer-of-players.pdf?cloudid=adi1292xtnibmwrqnimy>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

FÉDÉRATION Internationale de Football Association. *Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*. Zurique, 2018. Disponível em: <<https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/28/>>

FRANCA FILHO, Marcilio Toscano; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Antimanual de direito e arte*. São Paulo: Saraiva, 2016.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria*. São Paulo: Saraiva, 1994.

INTERNATIONAL Code of Conduct Association. *The Articles of Association*. Genebra, 2013. Disponível em: <https://icoca.ch/en/articles_of_association>. Acesso em: 26 nov. 2018.

JANSON, H. W. *Iniciação à história da arte*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. *The Emergence of Global Administrative Law*. IILJ Working Paper 2004/1 Global Administrative Law Series. New York, 2004.

LAVERY, John. *A Rally*. 1885. 1 original de arte. Glasgow Museums Resource Centre. Disponível em: <<http://www.the-athenaeum.org/art/full.php?ID=50388>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Uma Introdução ao Direito da Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8-16.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O papel da Constituição brasileira e das convenções em vigor para o Brasil no sistema de controle do direito estrangeiro. *Revista dos Tribunais*, v. 985, p. 319-339, nov./2017.

NICOLAU, Jean Eduardo Batista. *Direito Internacional Privado do Esporte*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

NICOLAU, Jean Eduardo Batista. Tribunal Arbitral do Esporte: funcionamento e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, v. 18, p. 315-338, jul.-dez./2010.

PRETTE, Maria Carla. *Para entender a arte: história, linguagem, época, estilo*. São Paulo: Globo, 2008.

RAMASWAMY, Chitra. What the ban on Serena Williams' catsuit says about the sexualising of black women's bodies. *The Guardian*, Londres, 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2018/aug/27/what-the-ban-on-serena-williams-catsuit-says-about-the-sexualising-of-black-womens-bodies>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, n. 2, p. 617-638, 2011.

VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.



From transnationality to helvetism: dadaism, public order and transnational private regimes

Abstract: *Promoting a dialogue between art, law, sports and war, this paper sheds light to the growing relevance of the Swiss concept of public order in private international law with regard to transnational private regimes, bringing the examples of private international law of sports and the self-regulatory scheme of international security companies. Starting*

with literature review and the discussion of normative documents such as FIFA Regulations, ICoCA Articles of Association and Swiss law, this paper, under inductive method, intends to identify if the purportedly transnational content of private regimes needs to observe any public order. The subject is relevant due to the multiplication of transnational private regimes, such as ICANN for the Internet and “lex mercatoria” for commercial transactions; moreover, the paper aims at identifying possible contradictions in the idea that such orders are autonomous, making an analogy with the Dadaist artistic movement. This contribution, finally, points out that in the two studied examples, there is a clear overvaluation of Swiss law in spite of imperative foreign norms and suggests that such conclusion might be extended to other types of private ordering.

Keywords: Public order, Dadaism, Swiss Confederation, Private international law of sports, International security companies

RESUMO BIOGRÁFICO

Henrique Lenon Farias Guedes é Abogado, alumno de Doctorado en Derecho Internacional en la Universidad de São Paulo (USP), Máster en Derecho Económico por la Universidad Federal de Paraíba (UFPB).