



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

JOSÉ EVANDRO ALENCAR CORREIA

**OS NOVOS DESAFIOS À TEORIA JURÍDICA COM ORIGEM NA
RECONFIGURAÇÃO E NO REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO
INTERNACIONAL**

FORTALEZA

2015

JOSÉ EVANDRO ALENCAR CORREIA

**OS NOVOS DESAFIOS À TEORIA JURÍDICA COM ORIGEM NA
RECONFIGURAÇÃO E NO REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO
INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- C824n Correia, José Evandro Alencar.
 Os novos desafios à teoria jurídica com oriegem na reconfiguração e no redimensionamento do direito internacional / José Evandro Alencar Correia. – 2016.
 270 f. : 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
 Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
 Orientação: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont’Alverne.

1. Direito – Filosofia. 2. Globalização. 3. Pluralismo jurídico. I. Título.

CDD 341

JOSÉ EVANDRO ALENCAR CORREIA

**OS NOVOS DESAFIOS À TEORIA JURÍDICA COM ORIGEM NA
RECONFIGURAÇÃO E NO REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO
INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (Presidente)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra Alice Rocha da Silva
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

A Deus.

AGRADECIMENTOS

Uma longa jornada nunca é percorrida de forma solitária. O homem é fraco e medroso para conseguir superar todos os percalços que aparecem no decorrer do seu caminho. O mestrado acadêmico começou como um sonho no início de 2012. Recém-egresso da Faculdade 7 de Setembro, me encontrava como talvez muitos se acham após a formatura. Não sabia ao certo o que fazer nem qual dos caminhos do universo jurídico percorrer. Mesmo ante essa ambiguidade de sentimentos, sempre tive especial predileção pelo estudo mais teórico, mais acadêmico. Esse sentimento foi cultivado ao longo dos cinco felizes anos que passei na Faculdade 7 de Setembro, onde fui cativado pelos excelentes professores que lá encontrei. Tive o prazer de ser monitor na referida instituição e, provavelmente, essa experiência foi um dos grandes motivos que me fez buscar o mestrado. A mistura de sentimentos da pesquisa acadêmica com a pequena experiência em sala de aula era por deveras satisfatória. Agradeço, então, à Faculdade 7 de Setembro, local do meu nascimento acadêmico e onde encontrei professores que até hoje são exemplos para mim.

A ideia do mestrado, ao final da faculdade, veio especialmente dos diálogos que foram desenvolvidos como a amiga Jana Maria Brito, que merece meu especial agradecimento pelos longos e felizes sábados na preparação para o mestrado. No referido curso de preparação, tive o prazer de conhecer outros colegas que me ajudaram bastante na busca por maturidade e maior interesse pela área acadêmica. Os professores que fazem parte do curso possuem um nível de conhecimento simplesmente assustador. Sem a preparação no referido curso, a sonhada aprovação provavelmente não viria. Por isso, meu especial agradecimento ao curso Cathedra e seus organizadores, os amigos Jothe Frota e Daniel Miranda. Além desses, todos os professores que dedicam o seu sábado (manhã e tarde) para a cuidadosa preparação das aulas, cujas lições valiosas me ajudaram bastante.

Chegadas a prova e a aprovação (não sem um momento de tensão ao ter conferido a nota errada e ter acreditado ser reprovado), o mestrado trouxe uma felicidade enorme a uma abertura de portas para um universo totalmente diferente. Os professores com que tive o prazer de conviver na Faculdade de Direito fazem parte do modelo de pessoas que eu admiro e que também busco trazer como inspiração para formar meu caráter e eventual atitude profissional. As várias disciplinas cursadas, os diversos professores, sempre solícitos, fizeram que a minha caminhada no mestrado fosse extremamente proveitosa. Os debates em Epistemologia Jurídica e Teoria do Direito, com o professor Hugo Segundo, sociológicos, na disciplina da professora Maria Vital, a relação entre Direito e Economia, com o professor João Luís, Direito e Política

com o professor Felipe Braga e a disciplina de Proteção Internacional do Meio Ambiente, com a professora Tarin Mont'Alverne, além das matérias mais filosóficas feitas ou no Mestrado de Filosofia (Filosofia Prática, com professor Manfredo, e Ética e Política, com o professor Konrad Utz), e também no nosso programa (Hermenêutica, com a professora Juliana Diniz, e Filosofia do Estado, com o professor Reginaldo). Todas essas contribuíram de forma significativa para o desenvolvimento deste trabalho e não poderia deixar de agradecer a todos esses docentes.

Além dos professores, o mestrado me possibilitou o contato com novos colegas que compartilham os mesmos anseios e de igual sede por pensar e refletir criticamente o Direito. As viagens para a apresentação dos artigos trouxeram experiências que vão ficar marcadas na minha vida e são momentos de grande felicidade. Agradeço a todos os amigos que o mestrado me trouxe, não somente da minha turma, mas também a todos com quem tive o prazer de conviver de forma próxima.

Agradeço, em especial, a minha orientadora, a professora doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne, que foi sobradamente acolhedora. Mesmo antes de adentrar mestrado, a professora Tarin me recepcionou no grupo de estudos "Mundo Direito" e sempre se mostrou prestativa e atenciosa com as questões que eu lhe levava. Ajudou-me por deveras na confecção de todo esse trabalho, com uma leitura atenciosa e cuidadosa. Só tenho a agradecer, desde as primeiras reuniões, até as últimas revisões deste trabalho. Muito obrigado pela atenção e pela ajuda no decorrer de toda essa caminhada!

Na contextura dos agradecimentos específicos, não poderia deixar de mencionar aqueles que andam ao nosso lado e que às vezes nos levam em seus braços nos momentos de fraqueza. Minha querida família, que possui laços tão fortes que os terremotos e tempestades que a vida nos faz passar não conseguem quebrar. Minha Maria do Carmo Sabino Alencar, minhas duas irmãs, Lívia Alencar Correia e Liana Alencar Correia, minha Elsa Sabino Martins Alencar e minha querida Evanelisa Sabino Alencar. Essas são as pessoas que me fizeram ser o que eu sou e que todos os acertos que eventualmente posso fazer na vida lhes são tributáveis, enquanto os erros provavelmente são fruto de não lhes houver escutado. Não poderia deixar de agradecer também à Drielly Mesquita, querida companheira, que esteve sempre ao meu lado nos momentos de dificuldade, ansiedade que os meses de confecção deste trabalho representaram. Muito obrigado. Além dos que estão perto, existem aqueles que de longe rogam por nós e mandam força para que possamos seguir. Obrigado, meu pai, Vinícius Santos Correia, a saudade é infinita, mas tenho certeza do reencontro. Tenho total consciência, da forma que seja, que o senhor me ajudou e rogou por mim nesse período. Muito obrigado. Vocês são as pessoas com quem posso contar, meu reduto de confiança, esperança e fé.

*Você não sente nem vê
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
Que uma nova mudança em breve vai acontecer
E o que há algum tempo era jovem novo
Hoje é antigo, e precisamos todos rejuvenescer
Velha Roupa Colorida - Belchior*

RESUMO

A realidade social passou por diversas alterações, especialmente com as mudanças estruturais na segunda metade do século XX e início do século XXI. Com o Direito não poderia ter sido diferente. No âmbito interno, a ideia de constituição é reformulada para incorporar uma diversidade de novos direitos, produzindo atrito entre os poderes e dificuldades de coerência na própria organização interna que tem uma diversidade normativa e valorativa. No cenário externo, o Direito também passa por diversas modificações. O papel dos Estados é reformulado, uma vasta estrutura de organizações internacionais é criada. Além desses fatores, também é perceptível a ascensão de atores privados, como organizações não governamentais e multinacionais. Esses dois atores atuam no panorama global de forma cada vez mais intensa, criam normas de condutas para seu comportamento e influenciam em uma diversidade de áreas. As novas possibilidades de interação no quadro mundial fizeram com que o Direito Internacional passasse por uma ampliação temática, no número de normas e a proliferação de tribunais internacionais. Ante a realidade fática, emergem desafios. A relação entre temas e normas é coerente? As normas jurídicas passam a atuar em campos temáticos (econômico, direitos humanos, ambiental, tecnologia, financeiro, saúde, padrões de construção) e fazem com que as relações passem a se desenvolver nesses eixos temáticos e não territoriais. Perante desses fatores, os mecanismos de resolução de antinomia clássicos parecem de pouca ajuda. O Direito Internacional passa a ser visto como uma estrutura fragmentada e incoerente. O desafio teórico é conciliar e sistematizar a nova realidade. Repensar os conceitos de coerência e fragmentação, em um contexto pluralista, pode ser a forma de revitalização da teoria jurídica na busca de outros modelos explanatórios e no desenvolvimento de uma nova atitude metodológica.

Palavras-Chave: Soberania. Agentes Internacionais. Juridificação. Fragmentação. Incoerência. Pluralismo.

ABSTRACT

The social reality passed through many changes, especially after the structural changes in the second half of twenty century, and beginning of twenty first century. With Law could not be different. In the national environment, the constitution idea has been changed and incorporated a diversity of new rights, this producing friction between the powers and new difficulties to get coherence inside the own State organization, which have a big diversification of norms and values. In the external environment, the Law also has been through many changes. The role of States is reshaped, and an extensive structure of international organizations is built. Beyond this factors, it also noticeable the rise of private actors as NGOs and multinational companies. This two new actors act at the global scenario in increasingly intense way, creating codes of conduct for their behavior and influence a big diversity of fields. The new possibilities of interaction in the global framework made that International Law pass through and thematic expansion, in the number of rules and in the international courts. Before this new factual scenario some changeless emerge. Are the relationship among themes and norms consistent? The many rules that act in thematic fields (economic, human rights, environmental, technology, financial, health, building standards) and this make that the relationship act in thematic fields and not along territorial lines. Towards this fact, the classic mechanisms of resolution of antinomies seems to be of little help. The International Law is seen as a fragmented structure and incoherent. The theoretical challenge is to reconcile and systematize this reality. Rethink the coherence and fragmentation, in a pluralistic context, may be a way of revitalization of the legal theory in the search of others explanatory models and in the development of a new methodological attitude.

Keywords: Sovereignty. International Agents. Legal expansion. Fragmentation. Incoherence. Pluralism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 EXPANSÃO, RECONFIGURAÇÃO E COMPLEXIDADE DO DIREITO	20
2. 1 O pós-Segunda Guerra e a nova face constitucional	21
2. 1. 1 A expansão constitucional e os desafios interpretativos e de efetivação	26
2. 1. 2 Os desafios à teoria constitucional com origem na expansão interna e externa..	30
2. 2 Formação e conformação do Direito Internacional	34
2. 2. 1 A soberania como fundamento do Estado Moderno	34
2. 2. 2 Os limites ao Direito Internacional na realidade estadocentrista	49
2. 3 Expansão e complexidade: de ineficaz a incoerente e fragmentado?	57
2. 3. 1 O fortalecimento das estruturas formais do Direito Internacional	60
2. 3. 2 A sociedade com uma dinâmica própria de autorregulação?	65
3 REDIMENSIONAMENTO DOS AGENTES INTERNACIONAIS	75
3. 1 A (ir)relevância dos Estados no panorama globalizado	75
3. 1. 1 A globalização do modelo de Estados soberanos.....	77
3. 1. 2 Os desafios à capacidade regulatória do Estado-nação	79
3. 1. 3 A independência dos subsistemas parciais e o levante contra o Estado.....	84
3. 1. 4 A dimensão territorial e a necessária conexão com o Estado.....	92
3. 2 Formação, expansão e a busca por autonomia temática das organizações internacionais	97
3. 2. 1 Os primeiros passos das organizações internacionais no segundo pós-guerra....	99
3. 2. 2 O contexto político mais estável e a busca por mais autonomia	106
3. 2. 3 Personalidade jurídica	108
3. 2. 3 Conflito entre organizações internacionais	114
3. 3 Novos atores no âmbito global e novas possibilidades jurídicas	116
3. 3. 1 As organizações não governamentais.....	119
3. 3. 1. 1 <i>Por que ONGs são criadas?</i>	120

3. 3. 1. 2 <i>As ONGs representam a sociedade civil?</i>	123
3. 3. 1. 3 <i>O que levou a ascensão de ONGs globais e como estas atuam?</i>	124
3. 3. 1. 4 <i>As ONGs possuem legitimidade para atuar globalmente?</i>	129
3. 3. 2 <i>O novo papel das multinacionais no contexto internacional</i>	134
3. 3. 2. 1 <i>A lex mercatoria como revitalização da autonomia contratual e desafio à produção jurídica unicamente estatal</i>	142
3. 3. 2. 2 <i>A responsabilidade social da empresa como forma de efetivação e proteção dos direitos humanos</i>	150
3. 3. 2. 3 <i>As multinacionais e o lobby nas estruturas formais e processos produtivos de normas internacionais</i>	161
4 JURIDIFICAÇÃO E REFLEXOS TEÓRICOS	164
4. 1 O desnivelado processo de juridificação	166
4. 1. 1 <i>A expansão normativa por meio de tratados internacionais</i>	168
4. 1. 2 <i>Normas jurídicas não obrigatórias?</i>	177
4. 1. 3 <i>Normas jurídicas criadas por estruturas privadas?</i>	185
4. 1. 4 <i>O fortalecimento do Judiciário internacional e a internacionalização do Judiciário nacional</i>	194
4. 1. 4. 1. <i>A ampliação no número de cortes e tribunais internacionais</i>	195
4. 1. 4. 2. <i>O maior intercâmbio cognitivo entre os juízes nacionais e internacionais</i> .	201
4. 2 Os reflexos teóricos na arquitetura jurídica	209
4. 2. 1 <i>Conflitos normativos ou conflitos de racionalidade?</i>	210
4. 2. 2 <i>A desconstituição da teoria jurídica baseada na unicidade do soberano</i>	217
4. 2. 3 <i>A reconstituição pluralista</i>	233
5 CONCLUSÃO	251
REFERÊNCIAS	258

1 INTRODUÇÃO

A função da teoria é ajudar na compreensão da realidade, analisar os fenômenos naturais e sociais para que as relações possam ser previsíveis e que novas contribuições possam vir a ser feitas. No âmbito das Ciências Sociais, compreender como as relações ocorrem é uma forma de contribuir para aperfeiçoar o funcionamento de determinadas áreas. A teoria, em alguns momentos, se desenvolve de forma rápida e com euforia em torno do êxito de suas pesquisas. Já em outro momento, parece estagnada ante a incapacidade de explicar a realidade que a cerca.

A Ciência do Direito não pode ser pensada de forma totalmente descontextualizada do ambiente social no qual ela está inserida. Em caso de mudanças sociais, espera-se que o Direito também mude para acompanhar a evolução da sociedade.

As mudanças que ocorreram ao final da Segunda Guerra Mundial, ao que parece, trazem alterações substanciais na forma como a sociedade se organiza. É possível visualizar modificações que impactam de forma direta e modificações indiretas.

Ao menos três grandes modificações diretas podem ser apontadas: (i) o final da Segunda Guerra; (ii) as crises econômicas de 1970, em virtude da quebra do padrão-ouro estabelecido em Bretton Woods, dos choques do petróleo e a crise no modelo de Industrialização por Substituição das Importações (ISI) de alguns países periféricos; (iii) o fim do bloco soviético com o marco na queda do muro de Berlim. O quadro de crises foi evidenciado com a ascensão inflacionária, estagnação econômica e insuficiência dos meios keynesianos para influenciar na economia de forma positiva. Esses eventos fizeram com que os países reformulassem suas políticas de cunho intervencionista e fossem direcionados ao mercado mundial, com a adoção de políticas neoliberais e adotassem o chamado Consenso de Washington.

As mudanças indiretas estão relacionadas à revolução tecnológica e também à abertura dos mercados mundiais desde o período de crise. As relações sociais passaram a ser mais globalizadas em virtude da maior facilidade de transportes e comunicação. Aviões, internet, navios e outros meios potencializaram as relações sociais de uma forma até então não vivenciada. As empresas passaram a ser cada vez mais globalizadas, buscando produtos em todo o globo e instalando fábricas. A maior facilidade de comunicação também fez com que o potencial associativo humano fosse ampliado. Esses eventos modificaram as relações sociais e elas passaram a atuar de modo mais

globalizado. Essa realidade também trouxe problemas compartilhados, como crises ambientais, exploração de trabalhadores em todo o mundo, desigualdade social.

A análise desses dois processos de alteração da sociedade global possui um viés sociológico, econômico, político e tecnológico mais abrangente. Eles não foram alvo de considerações específicas neste trabalho. É inegável que tais eventos são de grande importância e eles não podem ser desconsiderados, mas, como eles fazem parte um contexto histórico, econômico, político, sociológico, e das relações internacionais, as considerações deles neste ensejo poderiam destoar da finalidade jurídica. Analisar esse processo poderia ter vários obstáculos. Um exame desses eventos neste trabalho poderia ser insuficiente para compreendê-los, mas já seria bastante para distorcer e perder o foco jurídico do trabalho. Dessa forma, foi feito um corte epistemológico. Mesmo consciente de que esses eventos são as premissas para a reconfiguração do campo jurídico, tecer detalhes sobre esses fenômenos poderia ser contraproducente.

O que não se pode negar com precedência desses eventos é a consciência de um novo quadro de complexidade social. As relações internacionais outrora dominadas de forma exclusiva pelos Estados passam a conviver com novos atores que têm seu potencial de atuação amplificado ante a revolução tecnológica, a abertura dos mercados e o compartilhamento de interesses comuns. Dentre esses novos atores, destacam as organizações não governamentais (ONG) e as empresas multinacionais. Ambas passam a operar de forma cada vez mais globalizada e conseguem influenciar de modo direto e indireto nos seus campos de atuação. Deixam de lado as limitações territoriais e a adstrição ao Estado e passam a operar globalmente, seja com o propósito de promover os objetivos que unificam as pessoas em torno de um ideal (ONGs), seja com escopo lucrativo.

Essas novas peças são inseridas em um conjunto teórico que outrora não os levava em consideração. Eles passam a atuar globalmente e modificam a equação jurídica e as relações estabelecidas. A opção pela análise desses dois atores também representa um corte epistemológico. O cenário social mais complexo e abrangente dificilmente pode delimitar as variantes que influenciam no desenvolvimento das relações sociais. Para fins metodológicos, contudo, é interessante um recorte para observar de modo mais adequado essa realidade. Abranger de maneira demasiado ampla os atores (como indivíduos, grupos terroristas) poderia tornar o trabalho muito extenso. O fato de focar em ONGs e multinacionais não subestima ou negligencia a ideia de que outras variantes também

possam ser incluídas e também possuem condições de influir na estrutura regulatória internacional.

A crise pós-moderna de racionalidade e operacionalização parece ter atingido a teoria jurídica que foi confeccionada em um determinado contexto histórico e possui premissas específicas de sustentação. Além das modificações estruturais, os atuais desafios, como crises (econômicas, humanitárias, ambientais) que a sociedade enfrenta assustam pela magnitude e pelo sentimento de impotência em lidar com eles. Os Estados são grandes demais para os pequenos problemas ou são pequenos demais para os grandes problemas.

Uma das opções para fazer frente aos problemas e a insuficiência dos Estados seria o Direito Internacional. Tal área passou, especialmente desde a segunda metade do século XX e o fim da Guerra Fria, por uma explosão nos campos de regulamentação, conseguindo cada vez mais se institucionalizar e superar os antigos déficits que faziam duvidar do seu caráter jurídico. Ao contrário do que se esperava, entretanto, o êxito na maior regulamentação do Direito Internacional não implicou fim dos problemas, mas questionamentos sobre coerência e unidade nas normas produzidas e nas decisões das cortes que se multiplicaram.

Tendo esses fatores em mente, o objetivo deste trabalho é analisar como as mudanças estruturais que ocorreram na sociedade após a Segunda Guerra Mundial, as crises de 1970 e a revolução tecnológica refletem na teoria jurídica; como a expansão do Direito Internacional acarretou novos problemas (fragmentação e incoerência) e como a teoria jurídica baseada na soberania é inepta para respondê-los.

Após as mudanças sociais acarretada pelos eventos sociais mencionados (fim da Segunda Guerra, crises econômicas de 1970, fim da URSS, reformas políticas, revolução tecnológica), ocorre uma alteração na dinâmica da sociedade e, com isso, no âmbito regulatório. O Direito Internacional é inserido em um cenário que conta com mais sujeitos (organizações internacionais e Estados), mais atores (ONGs, multinacionais, além de outros) e maior demanda normativa. Então, sucede, um amplo processo de “juridificação” (mais áreas são alvo de regulação, mais normas e mais cortes). Esse contexto traz problemas como fragmentação, coerência e até mesmo a definição sobre o que é Direito. Em razão dessas questões, seria possível que a teoria jurídica confeccionada na situação antiga se mantenha imune ante essas alterações?

O problema básico reside na comparação entre a estruturação social e teórica que existiam antes desses eventos que alteraram profundamente a sociedade. O Direito

Internacional, inicialmente, era visto como fruto exclusivo da vontade soberana dos Estados, com poucas áreas de atuação e com baixa normatividade. Ele estava atrelado a uma concepção específica sobre o que é Direito e acerca de quem pode fazer normas jurídicas. A nova realidade social, entretanto, redimensiona e reconfigura o Direito Internacional.

Na atualidade são poucas as áreas que o Direito interno regula que não encontram um correspondente internacional, assim como são poucas as áreas onde não é possível identificar alguma ONG que busque proteção e promoção. Os esforços em torno de temas específicos passam a ser multiplicados de forma cada vez mais frequente, dando origem a acordos regionais e universais. Os campos regulamentares passaram a ter mais atenção nacional e internacional por ONGs e empresas. Assuntos como direitos humanos e trabalhista, diversidade cultural, propriedade intelectual, alimentação, desenvolvimento sustentável, padrões científicos, poderiam ser enquadrados nessa nova faceta planificada e diversidade que aos poucos se forma globalmente.

Essa organização faz com que o panorama regulatório seja fragmentando. Um dos desafios que emerge, ante eventual perda da sua unidade do Direito, em virtude do seu desenvolvimento compartimentalizado, é a dificuldade em compatibilizar esses regimes. Então, como garantir a coerência em um ambiente tão divergente? É possível recorrer aos critérios de hierarquia, especialidade e cronológico? Qual órgão tem competência para resolver esses conflitos?

Além do problema de compatibilização, ainda é possível observar que determinados campos buscam se sobrepor as demais áreas de regulamentação. Eles tentam fazer com que sua racionalidade tenha o caráter homogêneo. Eventual conflito entre meio ambiente e economia pode servir como exemplo. O poderio econômico pode utilizar sua força para simplesmente ignorar, sufocar ou corromper a questão ambiental. Ignorar indica que, mesmo ciente dos problemas ambientais que determinada atividade pode acarretar, a economia opta por deixar de lado as considerações ambientais ante objetivo lucrativo. A ideia de sufocar deve ser vista no sentido de que o desenvolvimento do subsistema parcial é prejudicado pelo poderio econômico. O subsistema ambiental é paralisado pela atuação da economia, como a ameaça de cortes orçamentários. O último ponto, caso de corrupção, ocorre quando o funcionamento do Direito Ambiental é comprado pelo dinheiro, a mentalidade do Direito Ambiental deixa de funcionar. O que fazer diante dessa relação instável?

Outro problema que se apresenta são as normas produzidas por atores privados ou normas jurídicas não obrigatórias. A dinâmica de regulação do Direito Internacional possui determinado ritmo para a produção de suas normas. Esse ritmo, contudo, não consegue atender a demanda normativa que as novas relações sociais se desenvolvem. Em razão da ausência de normas, os atores internacionais produzem de forma autônoma as próprias normas. Atores não estatais, como ONGs, também buscam o desenvolvimento de códigos de conduta para pressionar empresas e Estados a adotarem padrões rígidos de proteção em determinadas áreas. Esses padrões não são normas obrigatórias e jurídicas na feição clássica, mas passam a ser utilizadas pelos diversos agentes como norte para a sua atuação. Existiram normas jurídicas sem o Estado?

Em virtude desses problemas, o objetivo deste trabalho é deixar claros os desafios e a insuficiência da teoria jurídica de teor clássico que se mantém atrelada a unicidade do soberano e que não compreende a complexidade das relações sociais. A antiga descrição da dinâmica do Direito Internacional pode atuar como um obstáculo epistemológico para pensar a nova forma de externalização do fenômeno jurídico. Os cientistas podem ter sua capacidade de compreender a realidade distorcida, se eventualmente não conseguirem se desvencilhar das descrições que parecem ser inadequadas. O objetivo, dessa forma, é postular uma nova forma de ver e pensar a dinâmica das relações jurídicas desenvolvidas internacionalmente. O primeiro passo para buscar novas soluções é rejeitar as antigas teorias e pensar diferente. Desconstituir o que parece inadequado para reconstituir uma teoria em bases que possam ser mais abrangentes e que possam servir como referencial teórico para novos caminhos.

O que justifica este trabalho é a necessidade de abandonar as antigas teorias e pensar em novas que possam garantir uma descrição adequada da sociedade. A adoção de outra descrição da sociedade pode ajudar no desenvolvimento de novos meios teóricos e práticos que possam garantir a efetividade das relações sociais. O objetivo é desconstituir a teoria jurídica de caráter clássico e reconstruir em moldes que possam ser mais adequados. A justificativa reside na importância de buscar soluções para os problemas sociais. Não é possível tentar resolver novos problemas com respostas e expedientes antigos. A necessidade de pensar de forma diferente emerge ante de problemas diferentes. Uma nova forma de compreender a sociedade e o Direito pode trazer visão renovada sobre os problemas e soluções.

Mesmo que algumas soluções não sejam trabalhadas diretamente, é possível identificar um movimento que busca conciliar essas novas experiências normativas.

Ideias como sinergia, fertilização cruzada, intercâmbio cognitivo, despontam entre as opções para superar a crise e trazer novos instrumentais teóricos para contornar a fragmentação. Tais respostas saem da teoria que tem a premissa de um Direito hierarquizado e passam a refletir em um Direito planejado, em rede, no qual os diversos nós poderiam ser conectados para trabalhar em conjunto para que a eficiência geral da ordem fosse aprimorada.

Ante tais considerações, o caminho que será percorrido tem por intuito trazer as mudanças estruturais por que o Direito passou e que podem ser destacadas no âmbito mundial após a Segunda Guerra Mundial; como os eventos que ocorreram ao final do conflito e como o desenvolvimento tecnológico mais intenso planejaram o globo e potencializaram que as relações sociais globais ocorressem de forma intensa.

Essas mudanças não se restringem ao âmbito externo, pois o Direito interno também passa por um processo de mais complexidade e de reconfiguração na sua organização. O Direito interno foi alvo de modificações mais rápidas e claras em relação aos problemas vivenciados no pós-segunda guerra. A Constituição passou a ter um novo papel e remodelou as relações no âmbito interno de forma significativa. Na contextura externa, o Estado, mesmo que tenha alterado seu papel no contexto global, não pode ser interpretado como um sujeito secundário ou sem importância no globo.

Tendo em mente o objetivo de analisar as alterações por que a teoria jurídica passou, será feita uma reconstituição das bases de formação e conformação do Direito Internacional, no contexto do princípio da soberania e do Estado Moderno. A soberania é o fundamento da Modernidade e para a compreensão do Direito Internacional. Esta desempenha papel importante para o estabelecimento de determinadas premissas. A soberania precisa ser destacada para que o processo de alteração, da diluição das estruturas de poder, possa ser visto de modo mais claro. As novas relações se desenvolvem em contraposição à percepção fechada de soberania estatal.

Com uma noção adequada do que foi a formação e a conformação do Direito Internacional é possível analisar de forma mais detida o processo de expansão e complexidade que está sendo vivenciado. A divisão entre sujeitos formais e atores informais tem por intuito demonstrar as modificações em dois níveis.

Os sujeitos representados são os clássicos e reconhecidos no Direito Internacional (Estados e organizações internacionais), e passam a ter uma atuação mais constante no mundialmente, buscando objetivos específicos. A ampliação desses dois

sujeitos fez com que as relações jurídicas mundiais já ganhem mais densidade, uma vez contam com um número de relações sociais mais intensas.

Já o segundo processo, informal, é indicado como consequência da potencialização das relações sociais em virtude da revolução tecnológica. As ONGs passam a ser estruturas que atuam de forma cada vez mais constante, buscando objetivos específicos, a fazerem com que uma diversidade de pessoas se organizem ante o objetivo almejado. Elas atuam tanto de forma direta, com a produção de normas privadas, como de modo indireto, pressionando as estruturas formais. Além das ONGs, as empresas multinacionais passam a ter cada vez mais espaço e desempenham papel cada vez mais proeminente em todos os campos em que atuam. Além de modificarem os campos onde atuam diretamente, as empresas também são pressionadas a modificar seu comportamento por parte dos atores e sujeitos nos campos que sofrem com a busca de um ímpeto lucrativo desmesurado.

Esses dois processos têm por intuito demonstrar o maior povoamento das relações sociais mundiais. Na medida em que existem mais relações sociais ocorrendo no âmbito mundial, há uma demanda natural por mais normas. O desafio é, justamente, como esse processo de ampliação das estruturas jurídicas ocorre. Em que medida a teoria jurídica tradicional consegue responder adequadamente a esse processo? Além do desafio teórico, ainda resta o desafio de ordem prática da compatibilização entre os diversos regimes produzidos e que representam mentalidades parciais da especialização funcional ocorrente na sociedade mundial.

Ter em mente esse processo e os desafios que são postos à teoria jurídica é de grande importância, uma vez que pode contribuir para a visualização de uma realidade mais complexa, de mais variantes e desafios específicos que dificilmente podem ser respondidos pela teoria jurídica tradicional. A desconstrução e a realocação da teoria jurídica ante os desafios postos serve como forma de contribuir para futuras respostas e opções que possam auxiliar algumas áreas que não conseguem se sobrepor aos ímpetus de dominação hegemônica do mercado (como direitos humanos, sociais, Direito Ambiental).

2 EXPANSÃO, RECONFIGURAÇÃO E COMPLEXIDADE DO DIREITO

O aumento na complexidade jurídica no âmbito interno e externo está relacionado à crise social generalizada que emergiu com o segundo pós-guerra, com novos potenciais tecnológicos, abertura econômica e política dos países¹. Ocorreram significativas alterações na forma de compreender a sociedade ao final do conflito e nos anos subsequentes. Essas mudanças não poderiam deixar de afetar a teoria jurídica e teoria política, no âmbito nacional e internacional.

A ampliação da interação humana e a consciência de novas condutas como potencialmente lesivas à estabilidade social fizeram com que o Direito fosse pressionado a desenvolver novas estruturas que pudessem resolver tais problemas. Essas alterações sociais fizeram com que o Direito fosse mais complexo (ante um ambiente social mais dinâmico e com maiores demandas) o que acarretou a ampliação das temáticas reguladas (novas matérias foram inseridas na Constituição e no mundo jurídico modo mais geral). Na medida em que existem mais normas e mais campos de atenção jurídica, algumas situações antes não problematizadas passam a ser alvo de intensa discussão na teoria jurídica e política, como relação entre os direitos fundamentais, ampliação da possibilidade interpretativa dos juízes, relação entre os poderes, efetividade e custo dos direitos fundamentais.

Ocorre um conflito entre o aspecto relativamente estático das teorias jurídicas feitas para explicar o Direito, e a dinâmica de evolução social e jurídica a fazer com que o Direito passe por alterações. A teoria fica estacionada em uma imagem sobre o que o Direito era, sem acompanhar necessariamente as modificações por que o Direito passa.

Em razão das mudanças sociais e no próprio Direito, outros problemas fazem com que o Direito seja mais complexo. Novas situações de conflito, outro papel é confiado ao Judiciário, novas áreas fazem com que o Direito passe por desafios e dificuldades de interpretação e compatibilização.

As considerações iniciais irão focar nas mudanças por que a teoria jurídica e política passou no âmbito interno ao final da Segunda Guerra, com o intuito de esclarecer

¹ Esses eventos podem ser alvo de vários trabalhos autônomos, abrangendo uma bibliografia ampla e que poderia fazer com que a análise se tornasse demasiadamente larga. Além disso, esses eventos fazem parte de outros campos sociais específicos que, mesmo se fossem analisados de forma detalhada, poderiam correr o risco de uma análise superficial desses eventos ou distorcidas do propósito do trabalho. Tendo em vista o foco específico no âmbito jurídico, os eventos que fazem parte desse pano de fundo social só serão analisados quando eles se mostrarem necessários para esclarecer algum evento específico, sem adentrar uma análise detalhada.

e ressaltar essa complexidade, de forma a abranger os níveis nacional e internacional. Superada essa etapa, serão feitas considerações de modo mais detalhado sobre as premissas do Direito Internacional e as modificações que ocorreram no âmbito exterior, após a Segunda Guerra Mundial, e como estas acarretam um novo cenário social que traz alterações a remodelarem a dinâmica jurídica.

2.1 O pós-Segunda Guerra e a nova face constitucional

A teoria jurídica, praticamente dominante até o final do conflito, era o positivismo jurídico, baseado no relativismo axiológico e na estrutura dinâmica² como forma de aferir validade das normas (KELSEN, 2009, p. 72 e 219). A doutrina política dominante era o liberalismo, já criticado antes do conflito, e passou a ser ainda mais ao seu término. Os críticos do liberalismo afirmavam que ele acarretava desigualdade social. Além disso, o Estado liberal era guiado por um absentéismo seletivo na sociedade, uma vez que não se intrometia nos assuntos de determinados grupos econômicos, mas era atuante na perseguição de outros sociais, como trabalhadores. Essas teorias passaram por certa reformulação ante as atrocidades do nazismo e da guerra.

As críticas ao modelo liberal são iniciadas antes da Segunda Guerra Mundial, derivadas do contexto putrefação social, com intensa exploração dos trabalhadores e avanço na desigualdade social (BONAVIDES, 2009, p. 59). O fortalecimento do marxismo, da doutrina social da igreja e do socialismo utópico, fez com que o temor revolucionário levasse a mudanças na posição do Estado e incorporasse mecanismos que conseguissem atender as demandas dos setores que exigiam proteção jurídica aos direitos sociais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 80).

As críticas ao modelo liberal fizeram com que alguns acontecimentos políticos e jurídicos incorporassem valores sociais. A Revolução Russa de 1917, a Constituição Mexicana, também de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, são exemplos desse processo jurídico e político por inclusão social (SAMPAIO, 2013, p. 66).

Um dos importantes marcos jurídicos no contexto da crise do Estado Liberal é a Constituição de Weimar, de 1919. Ela é um marco importante na transição do Estado

² A estrutura dinâmica de validade da norma jurídica, para Kelsen, está relacionada ao fato de que uma norma é válida não pelo fato de ser uma decorrência lógica de um preceito de justiça ou uma estrutura de interpretativa, mas por ser autorizada por outra norma, que, por sua vez, é autorizada por outra norma, acarretando uma estrutura formal de autorizações. As normas mais baixas retiram sua validade de normas superiores e assim sucessivamente, formando uma estrutura piramidal.

Constitucional, por dois motivos: (i) traz uma diversidade de direitos sociais, que representa um norte das mudanças que estavam por vir³⁴; (ii) o processo de descaracterização que levou a Segunda Guerra. Mesmo a guerra não representou uma refutação total da ideologia por trás da Constituição de Weimar, mas um retrocesso contingencial que ao final do conflito seria superado por um modelo de constitucionalismo democrático e social.

Antes da consolidação da Constituição Weimar, a Alemanha encontrava-se dividida entre diversos setores que formaram a “Coalizão de Weimar”, entre os partidos reformistas, liberal burguês e o catolicismo político. Não havia um consenso verdadeiro em torno do valor das normas sociais, mas sim uma relativa trégua para assegurar a governabilidade e evitar a guerra civil (RAMOS FILHOS, 2013, p. 135).

Nessa fragmentação da estrutura política na Alemanha, a aprovação da Constituição de Weimar incorporou uma diversidade de demandas que eram realizadas pelos variados setores sociais. Os partidos que formaram a coalizão não concordavam verdadeiramente com a agenda proposta e aprovada para a Constituição, mas não havia alternativa ante o risco da guerra civil e de uma revolução por parte dos trabalhadores.

Alguns problemas vivenciados após a Primeira Guerra Mundial⁵ (autarquia econômica, afastamento das nações, enfraquecimento do comércio mundial), fizeram com que a Alemanha enfrentasse uma conjectura econômica nociva aos objetivos

³ O Brasil é um exemplo dos países que se inspiraram nesse modelo constitucional. A Constituição brasileira de 1934 está embebida dos preceitos sociais consagrados em Weimar (BONAVIDES, 2010, p. 366)

⁴ Paulo Bonavides fala de forma precisa sobre o papel da Constituição de Weimar: “Mas ao nosso ver o cotejo teria sido mais feliz se houvesse tomado por termo de analogia as Constituições revolucionárias do século XVIII, e não a Constituição belga, porquanto os dois modelos – o oitocentista e o weimariano – guardam esse traço comum: ambos enunciam de maneira programática os princípios fundamentais de um nova ordem constitucional; o do século XVIII, o Estado Liberal, vitorioso pelos caminhos da Revolução; o de Weimar, o Estado social, em gestação, que aspirava também ao triunfo, mas pelas vias de compromisso.” (2010, p. 230)

⁵ Os aspectos que modificaram a estrutura das relações políticas ao final da Primeira Guerra foram: (i) fortalecimento dos sindicatos e dos movimentos grevistas, fazendo com que alterações na política econômica se tornassem mais difíceis politicamente; (ii) mudança na posição de credora mundial da Europa para devedora mundial; (iii) tanto a maior suscetibilidade da política interna, quanto a fragilidade da política externa faziam com que o retorno ao padrão ouro fosse cada vez mais difícil; (iv) a criação de novos Estados que teve um efeito negativo em relação a integração comercial, já que separou tradicionais parceiros econômicos e setores produtivos; (v) a revolução russa de 1917, que levou o partido comunista bolchevique ao poder e a subsequente retração do papel da Rússia no comércio mundial; (vi) o Tratado de Versalhes e sua inépcia em manter a paz em oposição ao seu grande poder de combustão para o ressentimento e revanchismo por parte dos países prejudicados pelos seus termos (FINDLAY; O’ROURKE, 2007, p. 439 - 443). A situação que já era ruim iria ficar pior: “Things would soon get worse, as a result of two factors: first, a worldwide decline in primary commodity prices in the late 1920s, and second, the cataclysmic shock that was the Great Depression, which would heighten the problems facing primary producers and create a widespread demand for industrial protection among unemployed workers and beleaguered capitalists”. (FINDLAY; O’ROURKE, 2007, p. 446)

almeçados pela Constituição de Weimar, pois não havia margem política ou econômica que permitisse que o Estado alemão efetivasse as normas constitucionais.

Além desses problemas, os compromissos da Constituição de Weimar eram minados pelos termos estabelecidos em Versalhes para do pós-primeira guerra. A inflação e os preços altos corroíam o frágil compromisso assumido entre os diversos setores sociais. Ao final, o arcabouço institucional de Weimar passou a ser visto como o obstáculo para a reconstrução econômica do país (BERCOVICI, 2013, p. 301).

A “Coalização de Weimar” que foi feita para assegurar a Constituição e evitar a guerra civil, aos poucos, se dissolvia. Quando o país foi reinstitucionalizado, os setores conservadores passaram a perseguir as alas mais progressistas e a realizar verdadeiras sabotagens às normas constitucionais recém-aprovadas. O intuito da coalização era ceder alguns anéis, desde que os dedos da burguesia fossem conservados, não era fazer com que a Constituição de Weimar fosse verdadeiramente efetivada, mas sim evitar que o temor revolucionário fosse concretizado (RAMOS FILHOS, 2013, p. 136).

No contexto externo, a crise de 1929 fez com que os Estados passassem a despender esforços em torno da questão social na busca de domar o capitalismo por meio de intervenções diretas na economia, o que caracteriza o *New Deal*.

A modificação no âmbito estadunidense tem o traço peculiar de ter ocorrido sem que houvesse alteração substancial no Texto Constitucional, representando um exemplo de mutação constitucional (BERCOVICI, 2011, p. 310). Referida alteração nos Estados Unidos veio por meio de uma “queda de braço” entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte, que tinha uma posição liberal consolidada, no período conhecido como a “Era Locher” (SAMPAIO, 2013, p. 67). Os planos do presidente Roosevelt eram barrados pela Suprema Corte, criando uma tensão entre os poderes. Ao ser reeleito, o Presidente viu sua credibilidade elevada e pressionou a Suprema Corte para que as mudanças não fossem barradas e chegou até mesmo a postular o aumento do número de membros da Corte (*Court-Packing crisis*). A proposta não foi aprovada, mas em 1938, com a substituição de alguns membros da Corte, foi possível concretizar as reformas no âmbito econômico e que o Estado tivesse uma atuação mais constante nessa área (BERCOVICI, 2013, p. 311). O reflexo dessa crise fez com que,

De mero garantidor das regras que deveriam disciplinar as disputas travadas no mercado, o Estado foi se convertendo num ator significativamente mais importante – algumas vezes até no protagonista – dentro da arena econômica, exercendo diretamente muitas atividades de produção de bens e serviços. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 81).

A crise de 1929, entretanto, teve um reflexo diferente na Alemanha, pois, enquanto, nos Estados Unidos, implicou a ascensão do Estado Intervencionista, o que ocorreu na Alemanha foi a decaída do Partido Socialista Reformista (SPD), a ascensão do Partido Nazista e a guinada em direção aos planos hegemônicos do partido na Alemanha e que se alastrou pela Europa (RAMOS FILHOS, 2013, p. 139).

A chegada ao poder do partido de Hitler fez com que a Constituição de Weimar passasse por intensa descaracterização. Uma das análises que é feita sobre o nazismo e a respeito do totalitarismo tem como premissa a ideia de que o totalitarismo rompe com a lógica do razoável. Não é possível compreender de forma racional os eventos perpetrados nos regimes totalitários pelo fato de que a própria ideia de normalidade, necessária para a pensar e identificar o absurdo, é rompida (LAFER, 1988, p. 93). A ascensão do nazismo levou a algo que pode ser compreendido como uma histeria coletiva que cegou a população alemã de tal forma que era difícil saber se havia ou não consciência das barbaridades praticadas. Esse contexto também teve reflexos na Constituição de Weimar, e esta

[...] nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt – escrevendo depois da II Guerra Mundial -, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda a legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. (LAFER, 1988, p. 95).

A consolidação do nazismo no poder fez com que as práticas antisemitas fossem institucionalizadas, além da perseguição de outros grupos minoritários. Não tardou para que os planos expansionistas de Hitler acarretassem nova Guerra Mundial. As consequências humanas da eclosão da guerra são de uma magnitude surpreendente. Hobsbawm oferece alguns números para captar o horror que a guerra representou e a própria insuficiência numérica em retratar a situação vivida:

As baixas soviéticas foram estimadas em 7 milhões, 11 milhões ou na faixa de 20 ou mesmo 30 milhões. De qualquer modo, que significa exatidão estatística com ordens de grandeza tão astronômicas? Seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões (estimativa original por cima, e quase certamente exagerada), mas 5 ou 4 milhões? E se os novecentos dias de sítio alemão a Leningrado (1941 – 4) mataram 1 milhão ou apenas três quartos ou meio milhão de fome e exaustão? Na verdade, podemos

realmente *apreender* números além da realidade aberta à intuição física? (1995, p. 50).

Em razão do descaso e do aspecto descartável que foi o ser humano durante a guerra, ao final do conflito, um dos pontos primordiais que emerge de modo mais intenso é o seu redimensionamento no âmbito jurídico e político. Todos os Estados devem respeitar e proteger a dignidade humana, não sendo permitido no uso de sua soberania a confecção de normas que atentem contra ela. Essa mentalidade reflete o fortalecimento da ideia de direitos fundamentais, no âmbito interno, e de direitos humanos, no concerto externo, tendo como o principal marco desse a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ingo Sarlet reforça o papel que os direitos fundamentais passaram a ter par a Constituição após a Segunda Guerra Mundial:

Os direitos fundamentais, como resultados da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir de forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (2012, p. 61).

O positivismo jurídico, foi alvo de críticas pelo fato de ter seu arcabouço teórico utilizado contra si e terminou, em alguma medida, impotente ante a institucionalização das práticas realizadas pelos nazistas⁶. Na ausência de normas superiores para dar substância valorativa às normas jurídicas e sendo o procedimento a única maneira para aferir a validade do Direito, todas as normas do nazismo seriam jurídicas. A crítica ao positivismo jurídico foi trabalhada por autores como Robert Alexy⁷ e Ronald Dworkin⁸ na busca de relacionar princípios morais e jurídicos, superando a separação entre Moral e Direito.

⁶ Não parece correto afirmar, entretanto, que o positivismo jurídico legitimou o nazismo. Esses argumentos fazem uma leitura inadequada do Direito na sociedade nazista e o que o Direito poderia fazer para conter o nazismo. Dimitri Dimoulis afirma que essa posição faz uso da falácia *reductio ad hitlerum*. O autor afirma que há uma confusão na doutrina sobre o papel do Direito Positivo como vetor de legitimidade política, enquanto a pretensão do Direito Positivo é analisar a legalidade (2006, p. 257). No mesmo sentido, Costa Matos afirma que o nazismo não desqualifica a obra de Kelsen (2008, p. 125).

⁷ Ao criticar as insuficiências do positivismo jurídico, Alexy utiliza a ideia de injustiça legalizada, quando o próprio órgão competente para a feitura das normas jurídica passa a produzir o Direito, institucionalizando normas contrárias a princípios como igualdade e liberdade de forma patente (2012, p. 6 – 9)

⁸ Dworkin faz a distinção entre princípios e política. Os princípios são determinados padrões e normas que devem ser observados pelos valores inatos que representam, enquanto a política tem uma dimensão que objetiva alcançar determinado finalidade de cunho econômico, social ou político. No conflito entre

Esse ambiente de crise fez com que a teoria jurídica e constitucional ao fim do conflito tivesse que ser repensada de uma forma que conseguissem respeitar a liberdade individual, garantir direitos sociais, organização democrática da sociedade e com o devido respeito ao ser humano e à minoria. Não seria possível que os países afetados pela guerra desenvolvessem uma organização do Estado que não tentasse responder, em alguma medida, a esses anseios sociais.

2. 1. 1 A expansão constitucional e os desafios interpretativos e de efetivação

O processo de assimilação e incorporação dessas críticas fez com que o Direito passasse por várias modificações. Esse contexto desenvolveu outra ideia sobre Direito, organização política do Estado e acerca da Constituição.

A reforma na teoria jurídica ocorreu por diversas frentes: a inserção de normas com conteúdo valorativo (BONAVIDES, 2010, p. 264) e o fortalecimento da ideia de supremacia da Constituição. A inserção e o fortalecimento dos princípios no âmbito normativo das constituições fizeram com que ocorresse a incorporação das diretrizes com teor material na produção e interpretação das normas (BARROSO, 2009, p. 155), deixando de lado a tradicional posição de relativismo axiológico.

Essa mudança no âmbito jurídico fez com que ocorresse também uma mudança na relação entre os poderes. O Legislativo saiu enfraquecido ante as barbarias perpetradas com a sua anuência, passando por uma crise de legitimidade e desconfiança. Em decorrência, o Judiciário teve papel reforçado na estrutura estatal (BERCOVICI, 2013, p. 324) e passou a ter o dever de garantir especial efetividade e proteção às normas constitucionais (HESSE, 1991, p. 19 - 23).

O modelo constitucional constituído ao final da guerra deveria ter o cuidado de evitar as distorções por que o Estado Social passou por parte dos regimes totalitários da Alemanha e Itália. A nova configuração do Estado deveria garantir a produção democrática dos direitos individuais e direitos sociais. A própria concepção da democracia foi ampliada para garantir a proteção das minorias, com o objetivo de evitar uma ditadura da maioria. Com isso, a estrutura que emergiu deveria dar especial foco aos seres humanos, que as normas fossem produzidas de forma democrática e respeitando também o direito das minorias.

política e princípios, deveria ser dada mais importância aos princípios, pois representam os valores essenciais da sociedade. (2010, p. 36).

O pós-guerra fortaleceu as ideias em torno de uma estrutura política e jurídica que garantisse os direitos individuais e sociais, com esteio em mecanismos democráticos. Os Estados abalados pela guerra incorporaram as principais demandas sociais e com isso modificaram a teoria jurídica e política. Um novo significado foi estabelecido em torno da Constituição, pois ela deveria ser de tal forma que fosse possível garantir a legitimidade do Estado e não somente a legalidade do Direito. Luís Roberto Barroso expressa o panorama desenvolvido após o término do conflito:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política [...]

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. (2006, p. 99).

Ferrajoli faz uma análise que abrange a estrutura política e jurídica. A formação dessa estrutura estatal representa a transição de duas formas específicas de organização estatal: Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito. O primeiro modelo é concebido pelo autor como um conceito fraco ou formal em relação ao Direito, em que a supremacia do Parlamento permitia que qualquer norma fosse produzida, enquanto no segundo modelo são inseridas normas de cunho material que limitam a própria atuação do Estado. Nas palavras do autor,

[...] o modelo paleojuspositivista do Estado legislativo de Direito, que se produziu com o nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como normas de reconhecimento do direito existente; e o modelo neojuspositivista do Estado constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias. (2006, p. 418).

Ao analisar a formação do Estado de Direito, Ferrajoli observa três paradigmas. No primeiro, o Direito era produzido de forma espontânea, a sua validade era garantida pela racionalidade intrínseca das suas formulações ou a justiça dela; o Direito não era válido em virtude de ter sido produzido por um órgão revestido de competência para tanto, mas pelo fato de que havia aceitação social das normas produzidas. Essa estrutura de produção e vivência do Direito foi conveniente até um

determinado momento histórico, mas passou a se mostrar insustentável ante a insegurança jurídica e a incapacidade de conter o arbítrio (2006, p. 420 - 421). Esses problemas são respondidos com a ascensão do segundo paradigma do Estado Legislativo de Direito, em que foi reconhecido uma autoridade formal devendo garantir o princípio da legalidade e a validade jurídica. Isto fez com que “uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos ‘verdadeira’, mas somente porque é proclamada em forma de lei por sujeitos habilitados por ela.” (FERRAJOLI, 2006, p. 423).

O paradigma baseado no Estado Constitucional de Direito, que ascende ao final da Segunda Guerra Mundial, implica que critério formal de aferição de validade das normas se torna insuficiente. A produção de normas passa a ser limitada por uma norma superior, protegida por uma forma especial de jurisdição e por procedimentos de alteração mais rígidos. Essa nova forma de aferição de validade das normas jurídicas, de acordo com Ferrajoli, tem outros três efeitos principais: a) muda a natureza do direito na relação entre forma e substância das normas produzidas; b) o papel do juiz na interpretação das normas também é fortalecido, diante da possibilidade de fazer um exame valorativo sobre a própria norma jurídica; c) fortalecimento do papel crítico do juiz em relação a norma, que não mais se limita ao caráter descritivo (2006, p. 424 - 425).

A nova concepção teórica que estava sendo gradativamente estabelecida em torno das estruturas políticas e jurídicas é sintetizada por Ferrajoli nos seguintes termos:

[...] a mudança que se produziu com esse paradigma imprimiu à legalidade uma dupla artificialidade e positividade: não apenas do *ser* do direito, isto é, das suas condições de ‘existência’, mas também no seu *dever ser*, ou seja, das suas condições de ‘validade’, também elas positivadas constitucionalmente como o direito sobre direito, em forma de limites e vínculos jurídicos para a sua produção. Essa foi a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação não só das formas de produção jurídica, mas também dos conteúdos normativos produzidos, e, portanto, de uma ampliação e de um complemento do próprio princípio do Estado de Direito, através da subordinação do poder legislativo, anteriormente absoluto, à lei. (2006, p. 429).

A ascensão dessa nova faceta do Estado Constitucional pode ser correlacionada com a chamada “Era de Ouro do capitalismo”. O Estado passou a garantir a justiça distributiva, vários direitos foram assegurados aos trabalhadores, a democracia ia gradativamente sendo fortalecida. As mudanças ocorrentes no âmbito econômico tiveram o correspondente nas estruturas jurídicas e políticas que assegurava nova dimensão à formação jurídica e ao papel do Estado de garantir e promover a justiça substancial. Nas palavras de Bercovici,

A ampliação dos direitos políticos e o conteúdo material dos direitos sociais tornou pós-Segunda Guerra Mundial o período em que a emancipação e a reivindicação da democracia econômica e social chegaram ao seu momento mais elevado. No entanto, apesar dos avanços e conquistas, o Estado social do segundo pós-guerra e os trinta anos de “consenso keynesiano” acabaram por revelar uma exceção da história do capitalismo [...]. A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar evidente a partir da década de 1970, e a contra-revolução neoliberal conservadora que não se limita a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca a sua extirpação formal do texto constitucional. (2013, p. 321).

Mencionada passagem também retrata o cruzamento de mudanças no âmbito econômico e aquelas nas estruturas política e jurídica. Enquanto o período de ouro representa o ápice do constitucionalismo e do Estado Social, em 1970⁹ começou o período de desmoronamento, que tem como cume as reformas institucionais levadas a cabo pelas doutrinas neoliberais e o reflexo para uma diversidade de áreas¹⁰.

Vale ressaltar que existe uma intersecção da dimensão nacional com a internacional que não pode ser negada, especialmente no período do desmoronamento, quando foram levadas muitas mudanças institucionais no âmbito do Estado-nação e nos direitos constitucionalmente assegurados. Também é importante lembrar, no entanto, que há uma determinada autonomia entre as duas esferas. Os problemas do Estado-nação serão abordados na medida que guardarem relação com a expansão e complexidade no âmbito internacional, foco especial deste capítulo.

O processo até agora descrito deu destaque a dois tipos de direitos fundamentais do Direito Constitucional moderno – os de primeira e os de segunda dimensão, quais sejam: os direitos civis e políticos provenientes das revoluções burguesas do séc. XVIII e consolidados no século seguinte (BONAVIDES, 2010, p. 563); e os direitos sociais que emergiram como reação à proteção unilateral dada aos direitos

⁹ Os problemas que passaram a ocorrer na sociedade de 1970 em diante são assim descritos por Frieden: “A partir de 1973, as tensões acumuladas no período do pós-guerra atingiram o ápice. O crescimento dos países capitalistas avançados desacelerou e por mais de uma década permaneceu a metade dos índices do pós-guerra. O desemprego dobrou ou triplicou. Na Europa ocidental e na América do Norte, cada vez mais pessoas procuravam emprego, o que não ocorria com tamanha intensidade desde a década de 1930. A inflação chegou a três ou quatro vezes a média do pós-guerra e o preço do barril do petróleo, força motriz do mundo industrial, subiu de U\$3 para U\$30.” (2008, p. 387). Essa situação de crise fez com que o Estado tivesse que reformular seu papel na economia, desregulando diversas áreas e privatizando empresas.

¹⁰ Os Estados atuavam intensamente na economia para que a crise não se tornasse verdadeira depressão (que lembrava os horrores de 1930), mas um período de recessão. O receituário de medidas anticíclicas keynesianas era aplicado à exaustão, mas não surtia efeito na moribunda economia mundial. A alternativa levantada à época era o retorno aos discursos liberais que passaram a ter cada vez mais notoriedade, tendo como exemplo as figuras de Hayek e Friedman, ganhadores do Prêmio Nobel de economia em 1974 e 1976 (HOBBSAWM, 1995, p. 398).

individuais em detrimento aos direitos sociais (BONAVIDES, p. 2010, 564). O desenrolar histórico fez com que emergisse a terceira dimensão dos direitos fundamentais – os direitos de fraternidade, ou da coletividade, que destacam a maior importância aos direitos de: “desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.” (BONAVIDES, 2010, p. 569).

Além dessas dimensões constitucionalmente asseguradas, não é possível negar que a própria evolução social impossibilite que outras dimensões de direitos fundamentais possam vir a ser incorporadas, desde que se mostrem atreladas ao princípio básico da dignidade humana.

Um ponto interessante na evolução dos direitos fundamentais é o fato de que as diversas dimensões atuam de forma cumulativa em relação aos direitos já albergados. Isso quer dizer que não há uma supressão, mas sim uma adição de direitos assegurados às pessoas, aos grupos coletivos ou ao gênero humano. A incorporação de uma nova dimensão de direitos fundamentais implica uma releitura das demais dimensões para que elas possam se adequar, sem implicar supressão, à nova estrutura valorativa adicionada ao âmbito dos direitos. Exemplificado tal situação, o direito de propriedade passou a ter que observar a ideia de função social da propriedade, em virtude da segunda dimensão dos direitos fundamentais, e também teve que ser reinterpretado em decorrência da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável, que representam a terceira dimensão.

A consolidação do Estado Constitucional tem por intuito segmentar uma série de insatisfações no âmbito social em relação a estrutura política e jurídica vivenciada anteriormente. Ocorre que essas modificações são propulsoras de novos questionamentos. Na medida em que a sociedade responde a determinados problemas, essas mudanças entram em um espiral que cria situações não vivenciadas anteriormente e que trazem problematizações novas.

2. 1. 2 Os desafios à teoria constitucional com origem na expansão interna e externa

As constituições modernas incorporaram uma paideia de novos direitos, com mesmo *status* hierárquico que interagem de forma intensa. Essa relação traz desafios que podem ser destacados: como garantir a efetividade dos direitos fundamentais? Existe incompatibilidade entre os direitos fundamentais? Tanto os direitos individuais e sociais podem ser exigidos judicialmente? Quais os reflexos para a relação entre os poderes ante

de uma atitude mais incisiva do Judiciário? O Judiciário tem legitimidade democrática para realizar ingerência nos âmbitos legislativo e administrativo? Ao efetivar os direitos fundamentais, como o Judiciário deve se portar ante argumento sobre os custos para sua implementação? Quais os reflexos da nova estrutura principiológica referente a ampliação das possibilidades interpretativas? A nova interpretação constitucional, com especial destaque na proporcionalidade, consegue manter a estabilidade e a segurança jurídica das decisões?

Esses questionamentos representam algumas das dúvidas do momento de ebulição teórica que surgiu com as novas relações políticas e jurídicas no âmbito estatal ao final da Segunda Guerra Mundial¹¹. Essas questões são mostradas nas rubricas de “politização do Judiciário” ou “judicialização da política”. Na medida em que as questões, antes reservadas à esfera de atuação política, passam a ter previsão constitucional e, com a ideia de supremacia da Constituição fortalecida, ocorre a tendência de que algumas matérias sejam levadas à discussão no âmbito do Judiciário, tornando-o mais politizado. Assim como, na medida que as normas constitucionais passam a ter uma dimensão política e valorativa mais acentuada, o judiciário, ao ser chamado a garantir a efetividade desses direitos fundamentais, implica maior constrição da atuação política dos demais poderes, em virtude de atuação do Poder Judiciário, implicando uma judicialização da política, um novo turno de debate nas questões decididas pelo Parlamento.

Além dos conflitos internos, a nova ordem constitucional também possui maior relação com a dimensão internacional que pode ser problematizada.

A produção de normas e cortes internacionais e sua incorporação se enquadram na tendência mundial de redimensionado do ser humano. Em virtude disso, vários tratados e convenções foram desenvolvidos com o intuito de ser mais uma proteção ao ser humano.

O segundo pós-guerra também representa um momento histórico de maior interação do nacional com o internacional. Essa interação faz com que Flávia Piovesan, por exemplo, desenvolva a dicção Direito Constitucional Internacional, tendo em vista que as normas não são só sobre o Direito Constitucional, nem tratam unicamente sobre as normas de Direito Internacional na feição clássica, mas que acarretam a fusão e a interação dessas duas matérias (2012, p. 71 – 72). Essa interação, no caso brasileiro,

¹¹ No Brasil, as mudanças no âmbito constitucional foram incorporadas de forma tardia. Em virtude da ascensão da ditadura militar, a incorporação dessa nova mentalidade só conseguiu se dar de fato com a redemocratização e a Constituição de 1988.

ocorreu com a progressiva incorporação de normas internacionais, ocorrida de forma tardia em virtude do regime militar. Com a redemocratização, o Brasil passou a incorporar mais normas, como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1992 (MAZZUOLI, 2014, p. 114). Será que essa expansão, porém, é isenta de problemas?

Com a expansão no número de cortes internacionais, que passam a ter maior abrangência em vários temas, surge a questão básica: quem tem a última palavra na interpretação das normas? Na medida em que pode haver uma similitude entre as normas constitucionais e internacionais, é possível que ocorram interpretações divergentes entre a Suprema Corte de um país, ao analisar a Constituição nacional, e o tribunal responsável pela proteção do tratado internacional. Mesmo que as interpretações sejam de instrumentos normativos diferentes, os temas podem ser iguais.

A situação pode ser vista de forma clara na interpretação diferente da Suprema Corte brasileira sobre a lei de autoanistia de 1979, que julgou a norma recepcionada pela Constituição brasileira de 1988, e o julgamento da Corte Interamericana de Justiça no caso Lund, que julgou a norma incompatível com o tratado São José da Costa Rica, em setembro de 2010. No julgamento do referido caso, a Corte assim decidiu:

Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniestáveis e imprescritíveis. (2010, *online*, p. 47¹²).

O conflito com surge quando n julgamento da ADP 153 a posição do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de reconhecer que a Lei de autoanistia foi recepcionada pela ordem constitucional. Isso implica que não há incompatibilidade com a ordem jurídica interna. Essa situação demonstra duas decisões jurídicas sobre o mesmo tema, mas decididas de forma contrária por duas cortes que são igualmente competentes. Qual decisão deve prevalecer?

A tensão entre ordem jurídica interna e externa também ficou evidenciada no âmbito da impossibilidade de prisão do depositário infiel. A Constituição, no Art. 5º,

¹² Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acessado em 01 de setembro de 2015.

LXVII¹³, traz a possibilidade de prisão, enquanto o pacto São José da Costa Rica, no seu Art. 7º, 7, afirma que ninguém será preso por dívidas¹⁴. O STF no âmbito dos RHC 79.785/RJ e RE 466.343-1/SP adotou a tese da suprelagalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos e afastou a possibilidade de prisão do depositário infiel. A norma que trata sobre a prisão do depositário infiel seria constitucional, mas incompatível com o tratado e por isso não poderia produzir efeitos.

Além desses casos, outras situações de tensão entre a ordem jurídica interna e externa podem ser pensadas. A complexidade interna não se resume aos problemas em compatibilizar as diversas racionalidades que foram incorporadas, mas também em como adequar a ordem jurídica interna e a externa.

Os problemas apresentados estão correlacionados a maior complexidade e reconfiguração do Direito. Mesmo que as considerações foquem de forma primordial no âmbito externo, não é possível esquecer que o Direito interno também passa por desafios. As formas de compatibilização das antinomias normativas no âmbito interno também passam por um período que carece de nova reflexão teórica que possa se adequar às novas espécies de conflitos.

Essas questões já foram trabalhadas de forma relativamente intensa no âmbito interno, mas ainda seguem de grande relevo e despertam debates acalorados em relação a melhor resposta para lidar com esses problemas. A apresentação delas tem por intuito demonstrar como a estruturação do Direito no âmbito interno está mais complexa, já exprime novos desafios e demanda outras formas de pensar criticamente sobre o Direito.

Superadas as considerações sobre o âmbito interno, será procedida a uma reconstituição das premissas do Direito Internacional, as modificações que ocorreram no âmbito social e como estas afetaram a estruturação e organização do Direito Internacional, bem como os desafios que advêm desse contexto. Ao focar na discussão corrente no âmbito externo, não se desconsidera o fato de que há uma interdependência do nacional em relação ao internacional, até mesmo pelo fato de que a globalização implica justamente a aproximação dessas duas esferas e o compartilhamento de preocupações em diversas áreas. A conexão entre o nacional e o internacional será trabalhada na medida

¹³ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

¹⁴ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

em que a interação dos dois âmbitos se mostra de modo mais acentuado, especialmente com o período do desmoronamento e a desconstituição do Estado Social.

2. 2 Formação e conformação do Direito Internacional

O Direito Internacional está imerso nas alterações por que o mundo passou após a Segunda Guerra Mundial e os demais eventos sociais que modificaram a estrutura das relações sociais (revolução tecnológica e abertura dos mercados). Assim como esses eventos modificaram o Direito interno, o Direito Internacional também passou por uma variedade de modificações na sua estrutura em virtude desses eventos.

Considerando que o foco primordial deste trabalho é analisar a atual complexidade do Direito Internacional ante a expansão das relações sociais e os eventos que ocorreram após a Segunda Guerra, se faz necessária uma análise pormenorizada da conceitualização do Direito Internacional. Quando o referencial teórico do Direito Internacional for devidamente caracterizado, será possível fazer uma análise comparativa mais clara entre o antigo e o novo quadro social.

Dessa forma, serão feitas considerações sobre dois pontos: (i) a soberania e o Estado Moderno; (ii) a conformação do Direito Internacional, ao realizar a transposição das premissas teóricas que advêm do papel central do Estado para o âmbito internacional, especialmente para a criação das normas e posição de sujeito.

2. 2. 1 A soberania como fundamento do Estado Moderno

A formação do Estado contemporâneo e os princípios básicos do Direito Internacional moderno são eventos históricos congêntos (KRIELE, 2009, p. 99), ou seja, o nascimento de um está atrelado ao do outro. A soberania, teoria que é o alicerce do Estado moderno (BONAVIDES, 2010, p. 35), tem reflexos no Direito interno e externo. Em virtude disso, a soberania, para Nicola Matteucci, se torna um ponto de convergência entre as teorias políticas e jurídicas da Modernidade e importante para o adequado entendimento da estruturação política interna e externa (1998, p. 1180) e por isso não há como compreender as modificações na estrutura do Direito Internacional sem antes estabelecer as premissas da sua conformação inicial.

Deve ser feita a ressalva de que a ideia de soberania tem dois sentidos diferentes, se aplicada no âmbito interno ou externo. No interno, significa ausência de

força superior em uma determinada delimitação territorial. O Estado é tido como a autoridade suprema em um espaço territorial delimitado. Já no âmbito externo, que trata sobre a relação entre os diversos Estados soberanos, o conceito é modificado. A relação entre Estados não tem uma força superior que esteja acima de todos, não há um soberano. Dessa forma, a soberania no âmbito externo é vista como autonomia entre os diversos Estados soberanos. Todos os Estados soberanos, no âmbito internacional, são vistos como iguais e autônomos, não podendo ser obrigados a alguma prática com a qual não tenham concordado previamente (AZAMBUJA, 2008, p. 69).

O desenvolvimento da soberania pode ser analisado de dois ângulos ligados: (i) a modificação da base filosófica; (ii) os eventos históricos que alteraram a sociedade. Mudanças teóricas e históricas são conexas, uma vez que não é possível o desenvolvimento de determinadas concepções e teorias sobre o mundo, se o contexto histórico não for propício para a reflexão sobre os pontos que a teoria analisa. As reflexões sobre determinados problemas só podem ser feitas quando a sociedade os torna minimamente pensáveis. Não há por que refletir sobre liberdade de religião em um contexto marcado pela unicidade religiosa ou respeito à propriedade privada em uma sociedade coletivista. A estrutura das relações sociais, em alguma medida, é condição de possibilidade para o pensar teórico. A dinâmica da sociedade faz com que essas questões sejam problematizadas e possam ser alvo de reflexão. Ao analisar esses dois flancos (mudança teórica e social), é possível compreender como a pedra angular, que é a soberania, se desenvolveu inicialmente no âmbito interno e externo.

O desenvolvimento da fundamentação filosófica da soberania pode ser visualizado nesse curso de eventos: (i) a inicial fundamentação religiosa da sociedade; (ii) processo de laicização social; (iii) desenvolvimento de nova Filosofia política; (iv) ascensão de uma nova Filosofia do Direito.

O contexto histórico da Europa era permeado por uma atmosfera que aos poucos minava a posição central da Igreja como centro propulsor de sentido compartilhado¹⁵ para as áreas política, cultural, religiosidade, científica. As primeiras

¹⁵ A ideia de sentido compartilhado deve ser vista desde o papel de comando que a religião tinha para as demais áreas. Política, Economia, Filosofia e outras áreas eram pensadas no viés religioso. Não tinham autonomia suficiente para pensar por si, mas eram desenvolvidas com base no centro propulsor de sentido que era a religião. Marcelo Neves, ao analisar a ideia de sentido compartilhado, assim expõe: “As demais esferas e os seus respectivos códigos de comunicação estariam subordinados a esse arcabouço supremo, composto de moral impregnada religiosamente e de dominação política: a arte, o saber, o direito e a economia estavam semanticamente subordinados à diferença entre o bem e o mal, assim como orientados pelos critérios do poder superior ou inferior. Assim sendo, a diferença licitude e ilicitude (direito) não se distinguia nitidamente da diferença entre bem e mal, antes se confundia amplamente com esta; o seu lado

mudanças começaram quando a razão tem seu papel ressignificado e passou a ter a função de explicar o mundo de uma forma que não tivesse uma correlação necessária com a vontade divina, mas desde bases racionais e por meio de uma metodologia adequada que comprovasse suas afirmações. As mencionadas áreas que antes retiravam seu sentido da religião passaram a ter sua atuação desvinculada dela e até indo de frente com a igreja.

O direito, por sua vez, aos poucos, tentava se inserir nas mudanças gerais que ocorriam nas demais áreas. Buscava outra estrutura metodológica que conseguisse garantir um fundamento racional para a sua validade. O déficit da Ciência Jurídica fez com que a ideia de racionalidade fosse aplicada no âmbito jurídico e deu origem à vertente chamada de jusracionalismo, que tinha por intuito minorar a falta de racionalidade do direito (WIEACKER, 1967, p. 281 – 282).

Dessa forma, o desenvolvimento da Modernidade representa gradativa ruptura com a forma de pensar cosmológica da Antiguidade e a teológica da Idade Média em relação ao Direito e outras áreas. Haja vista a magnitude que essas alterações implicam, tal mudança no Direito e na Política, em termos filosóficos, ocorrem aos poucos. Gradativamente, as mudanças no modo de pensar da sociedade vão ganhando força e eco. Três autores podem ser destacados como precursores desse processo: Duns Scoto, Marsílio de Pádua e Guilherme de Occam (GOYARD-FABRE, 1999, p. 5).

Duns Scoto defendia uma nova leitura da relação entre a vontade divina e a vontade humana para atribuição de sentido as coisas. O autor defendia a posição da vontade do homem na formação do sentido das estruturas sociais e jurídicas¹⁶. Essa ideia de Duns Scoto também está relacionada à crítica nominalista à existência de valores e sentidos inatos, universais, para palavras e coisas. O sentido das coisas não existe de forma transcendente, mas é fruto da vontade e da convenção. O valor moral das atitudes humanas não deve ser visualizado desde uma dimensão transcendente, mas sim com origem na vontade humana que os classifica, escolhe nomes, significados e define a valoração. Simone Goyard-Fabre expõe que:

positivo estava associado com a superioridade na dominação e o seu lado negativo, com a inferioridade. O mesmo se passava com as diferenças ‘ter/não ter’ (economia), ‘verdadeiro/falso’ (ciência) e ‘belo/feio’ (arte)”. (2009, p. 7). Nesse sentido que deve visto a ideia de sentido compartilhado. Uma única forma de pensar consegue fazer com que a sua racionalidade seja aplicada a outras áreas.

¹⁶ A da formação de sentido e o papel humano buscam esclarecer que as coisas não possuem um sentido inato. Azul é azul por uma convenção. O ser humano é quem atua no mundo, fazendo com que as coisas possam ser vistas como possuidoras de um sentido, não há algum valor transcendente ou imaneente que dê significado às coisas. Assim também, em relação aos valores, o bem ou um mal de uma conduta não está relacionado a nenhum sentido feito por Deus ou qualquer instância transcendente, mas sim à valoração humana dada a conduta.

Reconhecia-se por certo que as capacidades de construção do homem são limitadas, muito particularmente pela ‘lei natural’, parte da ‘lei divina’ que continuava a ser invocada. Mas, numa notável consonância com as teses scotistas, disseminava-se a idéia segundo a qual as leis positivas do reino são deduções, por parte do legislador ou do magistrado, das disposições gerais da lei natural divina: procedimento lógico do qual se exprimem correlativamente os atos da *vontade* e da *razão* humanas. (2002, p. 41).

Marsílio de Pádua e Occam fizeram uma análise que postulava uma separação entre a Cidade dos Homens e a Cidade de Deus – defendiam a secularização da sociedade. Mesmo que a análise realizada por esses autores tivesse um resultado diferente do que era obtido pela tradicional doutrina teológica, a argumentação utilizada por tais autores ainda derivava da fonte cosmológica e teológica, por isso é que a interpretação deles com eminentemente modernos ainda deve ser recebida como parcimônia (GOYARD-FABRE, 1999, p. 7, 10 e 11). O processo iniciado por esses autores não representava uma ruptura total com a estrutura filosófica antiga, mas: “eles abriram uma brecha profunda na visão cosmoteológica até então correntemente aceita. Logo a brecha será tão grande que a filosofia enfatizará o papel primordial do homem na instituição do direito [...]”. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 42)

A Guerra dos Cem anos fez com que a discussão filosófica passasse por um período de adormecimento. Do ponto de vista empírico, no entanto, com a reconstrução econômica de alguns países (Inglaterra, Espanha, Itália e França), ocorreu uma tendência cada vez mais intensa para centralização do poder, em virtude da criação de exércitos permanentes e oficiais reais. Além disso, o papel da Igreja continuava a ser minado ante os constantes escândalos. O fim da guerra implicou o fortalecimento dos Estados, e mais uma, vez um ambiente adequado para as reflexões filosóficas em torno das questões sobre o poder, sua origem e limites. Nova tríade de filósofos (Maquiavel, Bodin e Hobbes) contribuiu para a continuidade dos processos que estavam em curso e que iriam importar na superação da antiga mentalidade teológica e a formação de outra filosofia política e jurídica (GOYARD-FABRE, 1999, p. 12 - 13).

Para Leo Strauss, Maquiavel traz um novo enfoque interpretativo sobre a política. Tal matéria não deve ser estudada com suporte em de uma visão idealizada, mas sim de elementos que guardem correspondência com a realidade. Leo Stauss expõe que: “Chega de reinos ou repúblicas imaginadas aquele que se orienta pela virtude para deprender como o homem deve viver. Foi exatamente o que fizeram os filósofos clássicos. Assim, chegaram aos melhores regimes da *República* e da *Política*.” (2013, p. 270).

Maquiavel, no âmbito da Filosofia Política, tem sua atuação comparada à de Cristóvão Colombo, uma vez que seria o desbravador do novo mundo onde seria erigida a Filosofia Política moderna. O ponto diferencial de Maquiavel, na Filosofia Política, é ter se afastado tanto da fundamentação quanto do diagnóstico social que era dado pela Filosofia Antiga e Medieval. A Filosofia Política iniciada por Maquiavel implica uma cisão total entre a Cidade dos Homens e a Cidade de Deus, representando a secularização do pensamento político. Maquiavel inova também em relação ao uso do termo Estado, passando a ser utilizado com uma conotação moderna:

Essa novidade se concentra na invenção da palavra Estado e na conotação que logo lhe é atribuída num registro que, rejeitando qualquer ideal contemplativo, situa no seu conceito de pólo oposto, conjuntamente, do idealismo antigo, do Cristianismo, do estoicismo e, de maneira mais geral, de qualquer moralismo. De fato, sob a pena de Maquiavel, ainda que sem uma perfeita constância, a palavra *Estado* assume uma conotação verdadeiramente ‘moderna’. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 18).

Maquiavel iniciou a verdadeira modernidade do ponto de vista teórico, mas a sociedade ainda não estava pronta para incorporar suas lições. Houve significativa reticência até que as lições da nova Filosofia Política fossem aceitas¹⁷. Leo Strauss, ao interpretar o último capítulo de *O Príncipe*, de Maquiavel, traz à tona uma leitura sobre a exaltação feita por Maquiavel ao príncipe Lourenço de Médici para a libertação e unificação da Itália, onde o Florentino compara o príncipe a Moisés e sua atuação em relação ao povo judeu. Ocorre que, para Leo Strauss, “Esse novo Moisés é o próprio Maquiavel, e o novo Decálogo são os ensinamentos inteiramente novos sobre o príncipe inteiramente novo em um Estado inteiramente novo.” (2013, p. 272).

O paralelo histórico com Moisés continua na medida em que não lhe foi dado o papel de restabelecer o povo judeu na Terra Prometida, mas sim de guiá-los até lá. Ao realizar sua tarefa, este faleceu nos portões da Terra Prometida. O mesmo aconteceu em relação a Maquiavel, mesmo que tenha encontrado e conduzido a Filosofia Política até a nova faceta moderna, não seria este quem iria construir o edifício moderno, mas caberia a outros autores dar continuidade a sua empreitada. O projeto iniciado por Maquiavel seria continuado por outros filósofos. Desde esse momento, será dado especial destaque às contribuições de Hobbes para a formação da doutrina da soberania. Falar sobre o papel de Hobbes para a política e o direito, é se referir ao princípio da soberania.

¹⁷ A resistência era tal ao ponto de Wayne Morrison lembrar-se de que Maquiavel foi acusado de escrever com o “dedo do demônio”. (2012, p. 90).

2. 2. 1. 1 Hobbes como o elaborador da soberania e do positivismo jurídico?

O especial foco sobre o papel de Hobbes se justifica na medida que algumas de suas conclusões remontam, mesmo que indiretamente, às seguintes ideias: (i) o Estado como detentor único da soberania, com competência exclusiva para produzir o direito válido e demais atribuições do Estado; (ii) como os Estados são, apenas eles, detentores da soberania, passam a ter posição primordial no sistema internacional, sem nenhum poder superior que possa infringir sua soberania. As normas do sistema internacional, então, só podem ser feitas com a devida anuência dos Estados no gozo de seus poderes soberanos. Essas duas teses dão a tônica da elaboração jurídica moderna e podem ser remontadas à teoria criada por Thomas Hobbes.

As modificações postuladas para o Direito Internacional têm por premissa, justamente, a ideia de que a soberania foi modificada com o advento de novas estruturas de poder atuantes de forma paralela aos Estados. Com a ampliação dos sujeitos internacionais ou novos atores a soberania, então, foi essencial para a formação do Estado moderno e para o Direito Internacional. Ela se mostra também como o ponto de análise para refletir se ocorreram mudanças na forma que é constituída desde então.

A compreensão adequada da soberania passa necessariamente pela obra de Hobbes, levando em consideração o contexto cultural, econômico e político de sua época. Na medida em que esses pontos são compreendidos, o desenvolvimento da soberania e os reflexos para o Direito podem ser dimensionados de forma clara.

Hobbes está inserido na nova conjectura filosófica que via o fortalecimento do empirismo (Francis Bacon), do racionalismo (René Descartes) e influenciaram de forma geral para o desenvolvimento do jusracionalismo (MORRIS, 2012, p. 95). As Ciências Naturais afastaram sua pesquisa da existência de uma ordem natural advinda de uma vontade divina. Para o Direito e a Política, de acordo com Hobbes, deveria ser feito o mesmo caminho das demais ciências.

Hobbes queria identificar uma premissa básica cujo conteúdo pudesse ser desenvolvido pela empiria ou por um processo indutivo racional. A grande questão para o Direito seria estabelecer a premissa inicial, escolher a metodologia e que suas conclusões passassem pelo escrutínio do tribunal da razão. Para realizar tais procedimentos, seria necessário que o autor estabelecesse suas premissas e tivesse rigor metodológico na sua interpretação para chegar às conclusões racionalmente adequadas.

Além do contexto cultural favorável ao florescimento da razão, Michel Villey, também, se recorda de que, do ponto de vista econômico, para o desenvolvimento da sociedade de mercado, seria interessante que houvesse a centralização do poder em estrutura única, como será postulado ao final por Thomas Hobbes, haja vista que as relações comerciais poderiam ocorrer de modo mais estável, sem ter que pagar tributos para os diversos feudos (2009, p. 678).

Do ponto de vista político, o contexto belicoso no qual Hobbes nasceu¹⁸ fez com que sua formulação filosófica fosse influenciada pelos temores da guerra civil e dos conflitos religiosos. Por isso, o propósito de sua obra era a elaboração de uma estrutura que conseguisse alcançar a paz. Martin Kriele relata as dificuldades em compreender o que significa, os horrores da ameaça constante à vida, liberdade e segurança, para o observador que não os vivenciou. Kriele também lembra que, além do medo da guerra, ainda resta o terror pós-guerra, com as atividades que submetiam os vencidos a constante humilhação (2009, p. 67). Dessa forma, um dos pontos para o desenvolvimento social, naquele momento, era que a paz interna fosse estabelecida. Por isso, compreender a soberania está atrelado justamente aos horrores da guerra civil e à questão de como manter a paz (KRIELE, 2009, p. 68).

O ponto que mais causava turbulência interna advinha do conflito religioso entre protestantes e católicos e que tinha como pano de fundo a questão envolvendo se o Estado deveria se portar de acordo com o princípio de conformidade religiosa ou tolerância confessional. Um dos eventos mais marcantes foi a Noite de São Bartolomeu, quando a Rainha Catarina convidou os huguenotes para as festividades do casamento de sua filha, com uma promessa de tolerância, mas o convite se transformou em uma forma de atacar os huguenotes indefesos e causar um banho de sangue (KRIELE, 2009, p. 70 – 71), quando foram vitimados 70 mil protestantes franceses.

A guerra parecia não ter uma resposta adequada, a solução que aos poucos se apresentava mais viável para essa situação foi o desenvolvimento da doutrina dos *politiques* de uma estrutura política com força superior para alcançar e manter a paz:

O seu objetivo era fortalecer a autoridade do rei de tal forma que ele estivesse em condições de tornar os *éditos de tolerância efetivos*. Na prática, intencionava-se que o poderio militar do rei fosse suficientemente reforçado para que pudesse se impor perante os partidos em guerra com o objetivo de

¹⁸ Morrison lembra que Hobbes nasceu no dia que chegou na Inglaterra a notícia de que a invencível armada espanhola havia zarpado em direção a Inglaterra, fazendo sua mãe entrar em trabalho de parto prematuro diante dos temores da guerra. Hobbes afirma que nesse dia sua mãe deu à luz a ele e ao medo que a guerra representa (2012, p. 92).

força-los à paz. Para essa finalidade era necessário atingir um fundamento de lealdade suficientemente forte, o qual fosse mais intenso do que todas as formações feudistas e mercenárias. A formulação da *Doutrina da Soberania* serviu a esse objetivo. (KRIELE, 2009, p. 71 – 72).

A guerra e a instabilidade política têm reflexos de grande importância para a compreensão que Hobbes tem sobre a sociedade humana, acerca do próprio ser humano e qual a solução para escapar dele.

A partir dessas premissas, os dois grandes objetivos de Hobbes, de acordo com Laurence Berns, eram: “(1) assentar, pela primeira vez, a filosofia moral e política sobre uma base científica e (2) contribuir para a concretização da paz cívica e da amizade e para a criação de uma disposição na humanidade, para o cumprimento dos seus deveres cívicos.” (2013, p. 355).

O primeiro ponto está ligado diretamente ao espírito de renovação científica e de prestígio da razão e o segundo também guarda ligação direta com a instabilidade política e de guerras fruto dos conflitos religiosos.

O foco metodológico que Hobbes adotava tem como aspectos primordiais a razão e o homem. A metodologia visava a uma análise da sociedade adequadamente delimitada e a uma argumentação que deveria seguir uma linha de premissa e as derivações racionalmente justificadas, mantendo coerência com o espírito racionalista. Como já exposto, o foco de análise é o homem, Hobbes estabelece uma premissa sobre a natureza humana, modificando a discussão em torno “da natureza das coisas”, para “a natureza dos homens”, se adequando à ruptura com as premissas cosmológicas.

O estabelecimento da premissa inicial está diretamente relacionado as guerras que a Europa vivia¹⁹. Ao analisar o homem com um viés antropológico, focando na dimensão da “psicologia mecanicista das paixões”, Hobbes resgata o nominalismo, afirmando que não há bem ou mal inato e que a valia das coisas está atrelada ao que é prazeroso ao homem e as suas paixões. Esta, por sua vez, tem o poder até mesmo de ludibriar o pensamento e captá-lo para que as atitudes humanas sejam guiadas para realizar seus desígnios (BERNS, 2013, p. 357).

¹⁹ Essa dimensão histórica de doutrina que pretendem ser ahistória é uma ironia que Franz Wieacker identifica no movimento do jusracionalismo (1967, p. 309). Além da imersão geral no contexto de racionalidade, a concepção de Hobbes também bebe diretamente da situação histórica, o que torna relativamente turva a sua concepção sobre o homem. O mesmo raciocínio é exposto por Kinch Hoekstra, que ressalta o contexto histórico que Hobbes vivenciou: “There can be no doubt that Hobbes’s thought was shaped by accounts of, and by his own experience of, civil war and international conflict.” (2007, p. 114),

A situação na qual todos buscam tão-somente suas vontades é denominada de “Estado de Natureza” uma estrutura pré-política, sem poder centralizado, e também sem qualquer direito que possa ser reivindicado de forma legítima.

No Estado de Natureza o fato de os homens serem iguais em desejos e possibilidades físicas, mesmo o mais forte pode sucumbir ante um outro que seja mais fraco. Na medida em que eles são iguais, ocorre uma tendência natural de choques entre os diversos seres humanos, que podem ser subjugados ou mortos por outros indivíduos que buscam a satisfação dos desejos pessoais. A solução para a possibilidade de ser atacado e ter sua vida retirada ou seus bens serem pilhados é atacar de forma preventiva e subjugar o maior número de outras pessoas. A consequência é a guerra de todos contra todos (HOEKSTRA, 2007, p. 110). Essa situação de conflito causa no ser humano um sentimento de angústia e de grande frustração, pelo fato de que a todo momento estar em situação de perigo. O único aspecto positivo do Estado de Natureza, para Hobbes, é a possibilidade de sua superação (BERNS, 2013, p. 359).

A solução que Hobbes oferece para fugir do Estado de Natureza deve ser feita desde as bases racionais, mantendo a nova tônica do pensamento científico. A interpretação feita por Kinch Hoekstra é de que Hobbes exibiu uma ideia baseada no dilema do prisioneiro. No Estado de Natureza, seria melhor se todos os ataques cessassem e as pessoas pudessem viver em paz, mas, tendo em vista que não há como garantir a cooperação dos demais, o risco de sofrer um ataque e ter a posse de seus objetos espoliada e sua vida ceifada é alta, fazendo com que a agressão preventiva e a dominação continuem sendo a alternativa mais adequada ao dilema. A solução que Hobbes pensa é

What is needed is a way to change the cost-benefit matrix, making cooperation more profitable for each person than conflict. This can be seen as the role of the sovereign, who sets a stiff punishment for attacking or otherwise disobeying, and so enables covenant-keeping and peace. (HOEKSTRA, 2007, p. 115).

A resposta matemática e individualista para os homens saírem do Estado de Natureza, as incertezas e os perigos que advêm dele, é por meio do contrato social. Uma análise de custo e benefício entre o Estado de Natureza, e o contrato civil, em que todos os homens devem abdicar de sua liberdade em prol de um só soberano. O contrato será celebrado visando ao benefício próprio, as partes não mais terão que temer que todos os homens a qualquer momento possam lhe agredir, mas, por outro lado, todos devem respeitar os ditames daquele escolhido como o soberano. A forma de manter a paz será

alcançada por uma estrutura que tenha força suficiente para se colocar de forma superior aos indivíduos e a sua tendência natural em buscar seu benefício, criando normas e garantindo que elas sejam cumpridas, por meio da centralização do poder (BERNS, 2013, p. 361).

Essa formulação de Hobbes tem por intuito envolver o Direito nas dimensões matemática e geométrica²⁰, desenvolvido por Euclides, desde uma estrutura lógica. O Direito poderia ser explicado e compreendido com amparo na relação entre premissa maior e premissa menor (raciocínio lógico). Dessa forma, o Direito poderia ser constituído e justificado racionalmente. Essa reflexão é corroborada por Michel Villey (2009, p. 685) e por Franz Wieacker. Este assim expõe:

Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua *construção conceitual*. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de organização lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jusracionalismo, sobretudo, consideram que sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*, a metafísica de Espinosa. (1967, p. 310).

Ao soberano serão concedidos poderes para que ele tenha condições de garantir a estabilidade social perante os conflitos que as paixões humanas naturalmente criam no convívio. O pacto social não implica que os conflitos vão deixar de existir na sociedade, mas que eles vão ser desestimulados pela existência do soberano e pelo temor de que a sanção será maior do que o benefício auferido com o desrespeito à norma. Para que o soberano venha a realizar de forma eficaz sua função de garantir a segurança jurídica, ocorre uma centralização nas suas mãos do poder de legislar, punir e julgar os conflitos que porventura venham a aparecer (BERNS, 2013, p. 364 - 365). A vingança privada passa a ser admitida em hipóteses residuais e o único Direito válido é aquele produzido pelo Estado, detentor da soberania. Os reflexos disso são

O poder soberano, que o ato do contrato lhe confere, faz dele o ‘único legislador’, habilitado por sua autoridade irrestrita – apenas submetida à condição de não contradizer os *dictamina* da ‘lei fundamental da natureza’ – a

²⁰ Esse aspecto geométrico pode ser visualizado até mesmo em Kelsen, ante a clássica estrutura piramidal. Logicamente construída com base em normas autorizadas por outras normas. Até chegar à norma superior e única, forma a imagem de uma pirâmide. (2009, p. 223).

definir como um conjunto de ‘regras e medidas’ que, aplicadas a particulares, são mandamentos de seu poder supremo (*summum imperium*). (GOYARD-FABRE, 2002, p. 47).

Essas considerações correlacionam o princípio da soberania e a concepção que tem o Estado como único produtor de normas. Se o Estado é o soberano e só cabe ao soberano produzir normas, então, só são jurídicas as normas produzidas pelo Estado. O ponto que segue tem por escopo demonstrar como as elaborações teóricas após Hobbes assimilam a premissa do soberano e da unicidade do Direito que é formada pelo Filósofo inglês.

2.2.1.2 O desenvolvimento do Direito baseado na soberania

Na medida em que Hobbes explicita a relação entre o poder e o processo de desenvolvimento normativo, essa relação passa a ser uma das questões mais sensíveis da Filosofia do Direito e, aos poucos, é enraizada na ideia e formação do pensamento jurídico. Somente por meio da concentração do poder, do reconhecimento do soberano, seria possível superar o Estado de Natureza, estabelecer a paz e fazer as normas para que a vida social pudesse se desenvolver de forma ordenada. A relação entre poder e Direito passa a ter importância enorme para a Filosofia Jurídica e Política. Retratando essa relação, Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida assim expõem:

Quando se está a pensar no Direito como um sistema coercitivo de manutenção da ordem social, já aí se pode detectar a presença notória do poder, que parece ser o ingrediente fundamental para a formação das estruturas jurídicas, ainda que mascarado ou suavizado sob o manto da racionalidade na norma jurídica. Enfim, o poder normativo é um poder que veio substituir o poder violento, uma vez que, ao menos, procura-se mascarar a dominação em atitudes controladas e que demanda, de qualquer forma, decisões sociais. (2005, p. 514).

O poder (sentido amplo) passa por um processo de lapidação no qual podem ser visualizadas três dimensões específicas: a força, o poder (sentido estrito) e a potência. O primeiro estágio implica uma atuação caótica e anárquica na sociedade, desprovida de centralização. Na etapa do “poder”, é possível visualizar a institucionalização e a mitigação do uso indiscriminado da força, já que se reduz o soberano a uma figura, mesmo que sujeito a excessos. A última fase, potência, já representa a domesticação até mesmo do soberano por estruturas jurídicas, uma transição para uma faceta institucionalizada que

regula e condiciona a utilização do poder; um processo que passa da força bruta, força desmedida, até chegar em força jurídica (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 519).

Na medida em que essas ideias foram externadas, é possível retornar aos dois principais pontos para justificar o especial foco em Hobbes²¹. As duas preocupações básicas de Hobbes eram: deixar de lado a perspectiva idealizada da Filosofia antiga; desde bases racionais formar uma estrutura política que conseguisse analisar o poder como uma estrutura de dominação, chegando à justificativa racional da soberania. A soberania é constituída de forma inacabada, mas seu alicerce principal encontrava-se relativamente acabado com Hobbes.

A questão discutida no momento é que, não obstante as mudanças em vários aspectos, o ponto central do poder soberano expresso em Hobbes foi inspiração para as demais teorias, mesmo críticas a ele, que tomam esse ponto do seu arcabouço teórico. Simone Goyard-Fabre aponta justamente este aspecto:

Hobbes conduz a um ponto tão alto de desenvolvimento da temática do Poder produtor das normas da instituição política que ela permanecerá, até nossa época, o fio condutor de um direito político que conquistou sua autonomia: o Poder do Estado moderno tem o monopólio da criação do direito, a tal ponto que, onde não existe Poder, não há direito. (1999, p. 74).

Anderson Vichinkeski Teixeira traz um conceito de soberania que pode ajudar na correlação entre Hobbes e as considerações precedidas até o momento:

A noção de soberania representa a racionalização jurídica e a institucionalização política do poder de fato exercido sobre um determinado espaço territorial, permitindo que tal poder se transforme em um poder jurídico e diferencia aquela sociedade política das demais formas de organização e associação humana. (2011, p. 69).

Esse conceito de Teixeira é compatível às considerações feitas sobre o soberano e o poder. Existe uma diversidade de concepções teóricas que analisam exaustivamente o tema e o que é necessário na compreensão da soberania é a sua essência e como ela reflete para as demais áreas.

²¹ Com o intuito de rememorar e facilitar a leitura, os pontos serão repetidos aqui: (i) as teorias posteriores vão assimilar a ideia de Estado e Direito atadas pela soberania, de tal forma que passa a ser uma questão natural a correlação entre Direito e Estado e a redução do direito válido o unicamente produzido pelo Estado; (ii) como os Estados são os detentores da soberania, eles passam a ter uma a posição primordial no sistema internacional, sem nenhum poder superior que possa infringir sua soberania. As normas do sistema internacional, então, só podem ser feitas com a devida anuência dos Estados no gozo de seus poderes soberanos.

O desenvolvimento da soberania em Hobbes tem dois aspectos, um aspecto macro e micro. O primeiro reside na existência de um soberano que centraliza as competências estatais. O segundo são as questões sobre quem é o soberano e os limites de sua atuação. O desenrolar teórico não submete a dúvida a existência de um soberano, mas modifica as concepções sobre quem ele é (monarca, povo, nação) e quais os limites de sua atuação (direitos individuais, sociais).

Na medida em que o aspecto macro se mantém, o Direito moderno passa a ser alicerçado nesse ponto básico: a existência de um soberano. Ao analisar a teoria de Rousseau, por exemplo, Miguel Reale vê que, mesmo com uma abordagem diferente sobre a natureza do homem e acerca de quem é o detentor da soberania, este não rejeitou a ideia de que toda a produção normativa advém do Estado, Rousseau: “[...] acaba reconstruindo – no outro extremo do individualismo contratualista – todo o estatismo da doutrina de Hobbes, isto depois de tentar em vão resolver aprioristicamente a antítese liberdade-autoridade.” (2000, p. 226). O que Rousseau fez foi modificar o soberano do monarca, para a soberania popular, como Mário Lúcio Quintão Soares também defende: “Todavia, a doutrina do príncipe absoluta viu-se traduzida por Rousseau em seu Contrato Social, como ausência de limitação da vontade popular.” (2004, p. 108).

Os diversos teóricos insertos “contratualismo”, por mais divergentes que possam ser entre si, não fogem à noção de soberania. No caso específico, assimilam a ideia de um estado de natureza (independentemente se era pacífico, de guerra, ou estável), que é rompido com o desenvolvimento do estado civil e a ascensão de um soberano. Este raciocínio é corroborado justamente no ponto macro de concordância entre os diversos autores:

Pode-se dizer, em resumo, que os contratualistas não podem deixar de concordar com algumas proposições claramente enunciadas por Hobbes: o estado de natureza é caracterizado negativamente pela ausência de um poder legal, constituído por contrato, capaz de controlar e obrigar os membros da sociedade, caracterizado, portanto, pela falta de monopólio legal da força. (MATTEUCCI, 1998, p. 275).

A soberania, na figura metafórica do Leviatã, é a coluna de sustentação da Modernidade. O Estado passa a ter a função básica de produção normativa e, com o tempo, outras tantas funções passam a ser incorporadas. O Leviatã é domesticado pelas normas constitucionais, devendo usar seu poder de acordo com o preceito da legalidade, respeitar a liberdade individual, e chega até mesmo ao ponto de ser um propulsor da

igualdade e da justiça distributiva. As diversas mutações a que é submetido, entretanto, partem da sua existência e seu papel central na teoria jurídica, o que é ressaltado por Simone Goyard-Fabre, quando expõe:

Sua força é quase incontestável: na via aberta pela filosofia construtivista do Estado-Leviatã, o direito, em sua juridicidade, mudou de fonte, de forma e de sentido. Pouco importa se o Estado se inclina para um centralismo monárquico ou atende a uma inspiração liberal: a legalização do direito está se efetuando. [...] as tendências racionalizantes do pensamento moderno tentam arrancar das sobrevivências ou das persistências dos esquemas tradicionais do direito natural clássico, é que ele pende para o que, à primeira vista, poderia parecer seu contrário, a saber, o positivismo jurídico. (2002, p. 68).

Os reflexos da correlação entre um soberano e a capacidade de criação do Direito são importantíssimos. O Direito deixa de ser um dado que deriva da ordem cosmológica e passa a ser um construto que advém exclusivamente da vontade do soberano. Se há uma correlação entre a vontade do soberano e a validade das leis, sendo o Estado o ponto de consolidação desse poder, também há uma ligação umbilical entre as normas produzidas pelo Estado e as normas jurídicas. Só serão normas jurídicas as que forem produzidas pelo soberano, no caso, pelo Estado. De acordo com Nicolas Matteucci,

A grande mudança consiste, pois, no fato de que o direito, que anteriormente era dado, agora é criado; antes era buscado, pensado na justiça substancial, agora é fabricado com base na racionalidade técnica, na sua adequação aos objetivos. Esta estatização do direito ou esta redução de todo o a uma simples ordem do soberano, esta legitimação do *ius* não pelo *iustum*, e sim pelo *iussum*, corresponde a uma profunda revolução espiritual e cultural que, a partir da Reforma, atinge também a organização leiga da sociedade, que tem como elemento central a vontade. (1998, p. 1182).

Assim expresso, o conceito de soberania e o papel do Estado passaram a ser centrais para a compreensão das estruturas políticas e jurídicas vigentes na sociedade moderna. À proporção que esses dois pontos se identificam, o Estado e a soberania são dois pilares que se fundem e são essenciais para a compreensão da Modernidade. A soberania passa a ser o norte de explicação da produção de normas para as relações nacionais e internacionais. A formação da Modernidade acarreta o desenvolvimento do que foi chamado de “legicentrismo estatista”:

O direito do Estado é essencialmente um direito positivo determinado por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à experiência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrismo estatal que é obra da razão, e seu valor

provém apenas do poder de decisão do poder público. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 50 – 51).

Este diagnóstico também é feito por Bobbio, ao analisar a formação do positivismo jurídico e a separação da relação entre Direito natural e positivo. Com a afirmação da superioridade deste, o autor identifica tal momento com a dissolução da sociedade medieval e a ascensão do Estado Moderno (2006, p. 26). Ele também destaca os reflexos que a transição da sociedade medieval para a configuração moderna trouxe para o Direito:

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*. (2006, p. 27).

As diversas teorias contratualistas guardam afinidade entre si quanto à conclusão da necessidade do poder soberano detentor das funções estatais, como afirma Bobbio. As distintas teorias não implicam mudanças tão profundas quanto se imagina, mas, na verdade, continuam na estrada do racionalismo jurídico e adotam algumas conclusões que defendem a soberania. Os problemas que advém do absolutismo (abuso de poder, mitigação das liberdades) podem ser minorados não com a refutação da soberania, mas com a domesticação do Leviatã, por meio de princípios como a separação dos poderes e a representação política para a formação da vontade do corpo político. Recorrendo às palavras do próprio autor, temos:

Fizemos esse paralelo entre concepção absolutista e liberal porque a passagem de uma para a outra não implica num conflito tão drástico, como comumente se sustenta, relativamente ao problema que aqui nos interessa. Na verdade, a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o dito dogma da *onipotência do legislador* (a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador); as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado. (2006, p. 38).

Em relação a herança de Hobbes para a Filosofia do Direito, Michel Villey também ressalta a importância do Filósofo inglês para a Modernidade. O autor questiona qual foi a lição que restou para os modernos do pensamento de Hobbes. Villey ressalta

que sua doutrina política (absolutismo) foi amplamente rejeitada, mas que os conceitos jurídicos desenvolvidos por Thomas Hobbes foram aceitos pelos teóricos do contratualismo (Espinosa, Locke, Rousseau) e até mesmo por alguns teóricos do Direito Natural. Além de ter se espalhado para esses autores, três perspectivas sobre a teoria jurídica também são originárias do pensamento de Hobbes:

Para todo jurista imbuído de Hobbes, e que aceite suas premissas, impõe-se uma concepção precisa, principalmente das *fontes* do direito; o positivismo jurídico, no sentido mais próprio dessa palavra, celebra sua vitória decisiva; a *lei* (agora definida como mandamento do soberano) se instala como fonte suprema do direito. Mas no Sistema hobbesiano brota igualmente uma concepção renovada dos *finalidades* do direito, e essa outra estrutura do sistema jurídico moderno que é a noção do *direito subjetivo* do indivíduo. (2009, p. 688 – 689).

Perante os argumentos expostos, pode-se afirmar que o desenvolvimento da soberania representa a coroação de uma variedade de alterações em curso na sociedade europeia. Miguel Reale é direto também em relação a correlação do positivismo jurídico com a obra de Hobbes e assim se expressão: “É em Hobbes, porém, que se deve procurar os primeiros elementos da doutrina que reduziu o Direito ao Direito Positivo [...]” (2000, p. 222). O desenvolvimento da soberania ainda vai ter o poder de se alastrar para outras áreas jurídica e será utilizado como a lente básica para a interpretação de outros fenômenos. O próximo ponto é justamente a incorporação do racionalismo e da soberania no Direito Internacional, quais os reflexos de tal processo para a interpretação e regulação das relações humanas no âmbito externo.

2. 2. 2 Os limites ao Direito Internacional na realidade estadocentrista

A escolha da dicção “formação e conformação” se dá pelo fato de que a formação do Direito Internacional está atrelada ao processo histórico de criação da soberania, enquanto o segundo, conformação, tem razão em uma ambiguidade semântica. Ele pode ser visto desde o seu significado tradicional (dar forma) ou pode ser dividido como uma ideia de submissão ou resignação. A soberania deu forma e limitou a regulamentação internacional aos desígnios dos Estados. Por esse motivo, se fez necessário compreender o desenvolvimento da soberania, uma vez que o mesmo conceito é utilizado para as relações internas e externas. Corroborando o exposto,

This notion is a residuum of the dominant political theories of the eighteenth and nineteenth centuries which venerated, sublimated and personified the concepts of state and of sovereignty, thus providing a theoretical framework for the existence of the nation-states as the sole participants in international intercourse. (REMEC, 1960, p. 21 - 22).

A ascensão da temática internacional deriva de uma variedade de fatores que tornaram o relacionamento entre as nações mais constante. De acordo com Lessa Oppenheim, sete fatores colaboram para o renascimento da matéria: (i) o redescobrimiento do Direito Romano, considerado como a razão escrita, em que várias questões sobre o Direito Internacional eram interpretadas desde o Direito Romano; (ii) uma variedade de normas sobre Direito Marítimo atreladas ao comércio, que praticamente sumiram durante o período de estagnação comercial, mas que voltaram a ter importância na medida que as relações comerciais voltaram a florescer; (iii) o fortalecimento de ligas privadas que buscavam a resolução de conflitos entre os seus membros e chegavam ao ponto de entrar em guerra, quando necessário para a proteção de seus interesses; (iv) a expansão da prática de enviar embaixadores permanentes para os diversos países, fazendo com que um canal de comunicação constante fosse desenvolvido entre os reinos; (v) a manutenção de exércitos permanentes. (vi) o Renascimento e a Reforma Protestante. O primeiro fator fez com que a ciência e a arte dos gregos fossem revitalizadas. Já a reforma acabou com o centralismo religioso que o Papa exercia. (vii) o último ponto que Oppenheim trabalha é o desenvolvimento das utópicas ideias sobre a Paz Perpétua. Mesmo que de improvável aplicação no momento, a consciência em torno da existência da diversidade de nações e a necessidade de buscar a paz já direcionam as discussões para o Direito Internacional (1955, p. 79 – 82).

A relação entre os diversos Estados, assim como as demais áreas do pensamento humano, tinha seu conteúdo dominado pelo papel central que a Igreja exercia. Da mesma forma que as outras áreas passaram pelas reformulações, com a explosão teórica que ocorreu com o Renascimento, a doutrina em torno da relação externa também passou por um processo de alteração de suas bases, até chegar a derrocada do centralismo religioso (SHAW, 2010, p. 16 e 18).

As primeiras reflexões teóricas em torno do Direito Internacional ocorreram durante os séculos XVI e XVII. O espírito de racionalismo idealista fez com que o Direito entre as nações e o Direito dos povos fosse pensando como forma de satisfazer as necessidades e aspirações da humanidade. A ideia de *recta ratio* guiava a formação do Direito para respostas que conseguissem formar preceitos racionais (TRINDADE, 2006,

p. 7). Suárez, por exemplo, defendia a ideia de todas as pessoas possuem um senso imanente do que é justo e que o Estado e o ser humano são possuidores de direitos naturais (VILLA, 1997, p. 540).

A ideia que todos os seres humanos possuem de direitos inerentes entra em choque com o princípio da soberania, já que aquela posição defende que os Estados não são totalmente livres para disciplinar as relações jurídicas no seu território: “[...] the sovereignty of the individual State is limited by the fact that it forms part of a community of nations linked by solidarity and mutual obligations.” (VILLA, 1997, p. 544).

Esse racionalismo idealista foi desenvolvido, especialmente, pela Escola espanhola, que tinha uma visão baseada na razão reta e do ser humano, assim como o Estado, como o centro de preocupações do Direito (VILLA, 1997, p. 547).

A ideia relativamente consensual nesses primeiros passos do Direito Internacional é a defesa da existência de direitos inatos para os seres humanos. Esses direitos são limites ao poder dos Estados, ou seja, a soberania dos Estados é limitada. Essa forma de pensar o indivíduo no Direito Internacional era fruto do racionalismo idealizado e ainda era influenciado de forma intensa pela doutrina religiosa e cosmológica. Villa traz uma síntese desse período:

The school of Spanish theologians, philosophers and jurists of late fifteenth century and the early sixteenth and seventeenth centuries must be credited with the explicit definition of a law of nations based at once on recognition of the independence of nations — as opposed to imperialism and theocracy — and on the guarantee of individual freedoms. A general law of human beings, higher than that of States, brings together and interlinks individuals through the agency of the State. The chief merit of Vitoria and Suarez lies in the fact that they emphatically asserted — sooner and more effectively than Grotius — that nations are bound by natural law, which is independent of God and based on human nature itself. (1997, p. 549).

Essas concepções teóricas são modificadas com Grócio, considerado o fundador do Direito Internacional. A sua obra está conexas ao seu contexto histórico e seus predecessores, tendo recebido forte contribuição da Escola Espanhola. Grócio parte da premissa da existência de um Direito natural e imutável, que deriva da Filosofia estoica e da razão pura. Até esse momento, Grócio não entra em confronto com a tradicional doutrina. A inovação de sua obra ocorre quando este afirma que o Direito Natural existiria independentemente da existência de um deus (HERSHEY, 1912, p. 31).

Ao se debruçar sobre a questão da natureza humana, Grócio identifica como traço distintivo dos homens em relação aos outros animais, justamente, a racionalidade e

seria essa característica que faria com que fosse possível identificar a justiça como: “[...] uma virtude, um bem em si e por si, independentemente, de quaisquer considerações de interesse próprio ou conveniência.” (COX, 2013, p. 347).

Haja vista a existência de uma razão inata e da posição privilegiada do homem, ao analisar as normas, Grócio identifica três tipos: (i) *jus gentium*; (ii) *jus voluntarium*; e (iii) as normas advindas do *Jus Nature* ou da razão natural. O foco primordial das reflexões de Grócio residia sobre as normas advindas da natureza, da razão, mas sem deixar de lado aquelas convencionadas entre os homens e que provinham dos usos e costumes (OPPENHEIM, 1955, p. 93).

A mudança que pode ser observada após a obra de Grócio ocorre na interpretação da dicotomia entre as normas naturais e voluntárias. Essa relação vai ser repensada no contexto de ascensão do Estado Moderno e traz uma virada teórica na doutrina das fontes, chegando à supremacia dos Estados e do Direito voluntário.

A transição das primeiras teorias sobre o Direito imanente do indivíduo e das nações era desconexa em relação à nova realidade que se desenvolvia e não dava o devido dimensionamento ao papel do Estado. Tal descompasso levou a modificar sua caracterização e fundamentação, deixando de lado o idealismo e levando em conta os elementos mais objetivos que auferiam cada vez mais destaque.

Compreender para qual lado pendeu a discussão entre os dois tipos de normas é um processo mais simples, tendo em mente o contexto que foi apresentado, onde o papel do Estado se tornou central e passou a ser o foco do contexto político e jurídico com o desenvolvimento da soberania. A coexistência entre normas positivas (voluntárias) e naturais representa o período de transição entre o pensamento medieval e o moderno. A obra de Hobbes, por exemplo, um dos maiores marcos da formação do Estado Moderno, ainda não havia sido publicada quando Grócio publicou a sua, ou seja, a forma de raciocinar que advém de Grócio ainda seria processada desde a mentalidade política e jurídica do pensamento de Hobbes.

Um dos pontos defendido de modo mais intenso neste trabalho é a correlação entre mudanças sociais e teóricas. Entender a ideia de limites aos Estados e direitos inatos ao ser humano deve ser interpretado em um contexto específico. Com o fortalecimento da doutrina da soberania e dos Estados, a sociedade muda, fazendo com que a teoria também tenha que mudar. A soberania se tornou uma das ideias mais fortes para o Direito e para a Política, conseguindo fazer verdadeira convergência teórica entre os diversos pensadores. Esse processo afetou a discussão sobre como deve se dar a relação entre as

nações e os direitos dos indivíduos perante o Estado. O desenvolvimento da premissa do Estado como soberano faz com que a defesa de normas superiores ao Estado se torne inconsistente. Não havia mais espaço para a tese de Direitos superiores aos Estados.

O desenvolvimento teórico de Hobbes representa a formação de um paradigma, um guarda-chuva onde uma diversidade de outras teorias se atrelam, buscando respaldo em suas premissas básicas. A formação de um paradigma tem como marca justamente o fato de ser expandir para outras áreas e servir como base para explicar o funcionamento e dar norte de sentido. O paradigma estatal também iria se alastrar para a teoria do Direito Internacional e a discussão sobre as fontes.

Tendo em vista a discussão que se formou em torno de qual fonte deve ser a superior, três correntes teóricas sobre as fontes surgiram: (i) naturalistas; (ii) positivistas; (iii) grotinianos (OPPENHEIM, 1955, p. 95). Como já exposto, deve-se ter em mente a ideia de que a resposta a essa disputa teórica está relacionada ao desenvolvimento e ascensão do Estado, de criação da soberania. Esse processo é um dos pontos de transição para o novo Direito Internacional:

The Spanish theologians and Grotius still thought of the jusgentium as personally binding sovereign princes and other persons participating in international intercourse. Gradually, however, the process of personification of the state eroded this conception until Vattel expressly established the law of nations as the law between sovereign states only. The states not only became fictitious subjects of rights and duties; they even came to displace the individual man entirely from the system of international law. (REMEC, 1960, p. 23 – 24).

Uma forma de compreender a transição desse período é por meio da tênue modificação na nomenclatura que era primordialmente usada. Se antes era utilizada de forma relativamente indiferente a expressão “Direito das Gentes” ou “*jusgentium*” com a transição para a doutrina que dava maior foco às relações voluntárias entre as nações, a nomenclatura passou a ser focada cada vez de modo mais intenso no termo “internacional”. Tal processo é destacado em Remec:

However, once phrases like "inter omnes gentes," "inter populos" or "gentium inter se" were coined, they became slowly adapted, in spite of the quite different intentions of their authors, to the emerging concept of the personalized and sovereign nation-state. Words like gens, gentes, natio, populus, and others, lost their meaning of the multitude of co-nationals and became used more and more to designate the juridical personality of the state. (1960, p. 29).

A modificação constituída com Grócio, desde o fortalecimento do Estado, foi efetuada por Zouche, a quem Oppenheim chama de “segundo pai” do Direito Internacional. O ponto mais importante na obra de Zouche é o fato de que a fonte primordial deveria ser o Direito das Nações voluntário e não o Direito Natural. Para Grócio o Direito voluntário é acessório e de menor importância, sendo a verdadeira fonte do Direito a razão pura, o Direito Natural (OPPENHEIM, 1955, p. 94). A inserção da relação entre as nações e da soberania, que estavam em voga na Filosofia Política e Jurídica, no âmbito da discussão sobre as fontes do Direito Internacional, acarretou, de acordo com Oppenheim, “In denying the validity of sources of International Law other than the will of State it constituted yet another manifestation of the extreme doctrine of State sovereignty which, at that time, was typical of the science of law and of politics.” (1955, p. 106).

Dessa forma, do ponto de vista filosófico, a soberania e Estado acarretaram uma remodelação do vínculo entre as fontes no Direito Internacional. Se a doutrina anteriormente focava na ideia de razão reta, influenciada pelo estoicismo e a Escolástica, a secularização, bem como a ascensão da soberania estatal, fizeram com que o Direito produzido de forma voluntária entre os Estados fosse identificado como a única, ou ao menos preponderante, fonte normativa. A transição de tal processo é corroborada em Hershey, que assim expõe:

These fundamental principles, though not clearly stated by Grotius, underlay his system and were fully developed by his successors, more especially by Wolff, Vattel, and G. F. de Martens. They were the inevitable outcome of the acceptance of the dogma of the supreme power or sovereignty of states and princes as defined by Bodin, Grotius, Hobbes, and other political philosophers during the sixteenth and seventeenth centuries. (1912, p. 32 – 33).

A discussão em torno do princípio aplicado para as relações entre os Estados não é desconexa de um contexto histórico específico que o torna mais palatável. Com o fortalecimento dos Estados, o problema que surge é a possibilidade não de brigas internas, mas de conflito entre os Estados. Essa possibilidade ocorreu na Guerra dos Trinta anos.

A guerra entre os diversos Estados, em virtude da intolerância religiosa, será superada com o desenvolvimento de tratados em Osnabrück e Münster que juntos vão representar a paz de Westfália, em 1648, e a consolidação das alterações filosóficas apresentadas. Ante os horrores da guerra, uma nova forma de relacionamento entre os diversos Estados deveria ser criada e ter como norte o

[...] abandonment of the idea of hierarchical structure of society and his option for a new system characterized by the coexistence of multiplicity of states, each sovereign within its territory, equal to one another, and free from any external earthly authority. The idea of an authority or organization above the sovereign state is no longer [...] This new system rest on international law and the balance of power, a law operating between rather than above states and a power operating between rather than above states. (GROSS, 1948, p. 28 - 29).

Tendo em vista que o princípio básico utilizado para o entendimento da relação entre os Estados é a soberania, ao ser transplantado para o cenário externo, ele precisa ser adaptado de tal forma que possa manter sua consistência teórica. A forma como a soberania se mantém adequada até mesmo internacionalmente é ter como premissa a ideia de que os Estados são igualmente soberanos, que não devem se intrometer em relação aos assuntos internos dos demais e que qualquer limite na atuação estatal é fruto da possibilidade de autolimitação que eles têm do seu comportamento.

Em respeito à soberania dos Estados, as normas internacionais só poderiam ser produzidas validamente se estivessem de acordo com a vontade dos Estados e estes não seriam suscetíveis de sanção, ou de submissão forçada a nenhum outro órgão jurisdicional. Tal sistema internacional passou a ser conhecido como *estadocentrismo*, no qual as funções básicas do Direito são pensadas com suporte no Estado, sem margem prática para pensar as relações entre as nações em um contexto que não passe pela vontade dos Estados. Leo Gross descreve essa relação:

Instead of heralding the era of a genuine international community of nations subordinated to the rule of law of nations, it led to the era of absolutist state, jealous of their territorial sovereignty to a point where the idea of an international community became an almost empty phrase and where international law came to depend upon the will of state more concerned with the preservation and expansion of their power than with the establishment of a rule of law. (1948, p. 38).

O foco na anuência nos Estados para a formação do Direito Internacional fortaleceu a doutrina conhecida como voluntarismo, a qual representava a ideia de que tão-somente pela vontade dos Estados, as normas internacionais seriam desenvolvidas. Edith Brown Weiss traz a clássica decisão de 1927, da Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Lotus, no qual pode ser visto um conceito clássico do Direito Internacional:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as

expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. (2000, p. 347).

A decisão no caso Lotus demonstra como o Direito Internacional era visto de forma acessória à vontade dos Estados. As normas só seriam produzidas pela sua vontade para regular as relações entre as nações independentes. A decisão judicial representa a corroboração da mentalidade de um período específico.

Com essas considerações, é possível voltar ao termo conformação, na sua feição negativa. Ele está relacionado ao fato de que o Direito Internacional estava por demais adstrito à vontade dos Estados para a sua formação; não dispunha de instrumentos coercitivos para garantir sua aplicação, nem de órgãos jurisdicionais que pudessem garantir o respeito as suas normas. Parecia um Direito desprovido de dentes.

Em razão desses problemas, o Direito Internacional era um dos campos jurídicos em que o uso do termo “Direito” (ou “jurídico”) se mostrou inicialmente problemático. As críticas deferidas ao caráter jurídico do Direito Internacional focam nos problemas: (i) ausência uma estrutura superior organizada que impossibilita o uso da sanção para fazer valer suas normas o que pode acarretar a ineficácia de suas normas; (ii) inexistência de relação entre os indivíduos que possa caracterizar uma comunidade, mas tão somente uma sociedade internacional.

Considerando o seu objeto (regular Estados soberanos), e pelo fato de não dispor dos meios tradicionais para fazer valer as normas produzidas entre Estados soberanos, o Direito Internacional, pelas teorias jurídicas decorrentes da matriz hobbesiana que davam especial ênfase ao elemento sanção para que as normas jurídicas fossem consideradas jurídicas, não poderia ser considerado Direito. A comparação entre a estrutura do Direito no âmbito interno e externo deixa patente a ausência de instituições essenciais para o Estado-nação no âmbito internacional. Não há poder centralizado nem um sistema de produção normativa integrado, tampouco uma estrutura de tribunais organizados para dirimir qualquer conflito (SHAW, 2010, p. 2 – 3).

Os princípios jurídicos e políticos que formaram o Direito Internacional (igualdade soberana, não intervenção, ausência de força superior), não deixava espaço para que fosse desenvolvida uma autoridade superior que pudesse utilizar os mesmos instrumentos usados no âmbito estatal. A teoria política e jurídica tinha como pressuposto o nacionalismo metodológico (consubstanciado na soberania) e o sistema internacional

era feito com base na premissa da relação entre Estados (ausência de soberano). Não havia como ser implementado em uma estrutura que fosse além das potencialidades do momento, ou seja, contra a pedra angular estatal. Em razão da ausência de uma autoridade superior, não seria possível garantir que as normas produzidas no âmbito internacional fossem aplicadas. Como o conceito e a formação do Direito eram ligados à existência de um soberano, o Direito Internacional, como não havia tal soberano, não poderia ser visto como Direito.

Até mesmo a teoria kelseniana, que tenta subverter a relação entre Direito e força, mudando o foco do Direito do uso da força para o condicionamento dela, interpreta o Direito Internacional como um sistema jurídico primitivo, haja vista que não possui as estruturas para garantir seu funcionamento (2009, p. 358).

Os primeiros passos no desenvolvimento do Direito Internacional indicavam dificuldades para regulamentar e até mesmo em virtude da ausência de grande demanda para tanto. Com a Revolução Industrial, expansão das relações comerciais e as duas guerras mundiais, dentre outras situações, se fez necessário que ocorresse uma mudança no Direito Internacional de mera convivência entre Estados. Emerge um contexto social que tinha necessidade de maior regulamentação por parte do Direito Internacional. Um ambiente que tem necessidade de evitar novas grandes atrocidades se repetissem e que também conseguissem estabilizar as novas relações sociais que gradativamente iam se fortalecendo no âmbito mundial.

Alguns marcos temporais podem ser apontados: o fim da Primeira Guerra em 1918; o término da Segunda Guerra Mundial em 1945; a queda do muro de Berlim em 1989 que é o marco simbólico da derrocada comunista e fim da Guerra Fria. Cada um desses momentos ajudou para o fortalecimento e expansão do Direito Internacional.

Além dessas mudanças mais objetivas, ainda resta aquela ocorrente de modo mais discreto na sociedade mundial, com o fortalecimento de grupos humanos em prol de interesses comuns, que tem sua origem na expansão e facilitação das relações sociais ao patamar que consegue atuar cada vez mais no globo. Esses fatores são a origem de grandes mudanças na atualidade do Direito Internacional.

2. 3 Expansão e complexidade: de ineficaz a incoerente e fragmentado?

O Direito Internacional antes era marcado por poucas normas ou por estruturas que não tinham capacidade de fazer frente aos problemas. Com o final da

Segunda Guerra Mundial, ocorreu a demanda por maior atitude de cooperação entre os Estados. O Direito Internacional precisava ter mais normas para garantir a estabilidade das relações sociais.

Além da necessária cooperação econômica, as duas guerras fizeram com que os Estados afetados tivessem nova consciência da importância em ampliar a regulamentação jurídica internacional. É muito mais adequado recorrer a procedimentos jurídicos para resolução de conflitos do que ao uso da força²². Além dessas mudanças, é importante ter em mente a diversidade de fatores que fazem parte do complexo fenômeno da globalização, que possui um aspecto de “guarda-chuva”, que contém uma diversidade de questões econômicas, políticas, sociais, culturais. Mesmo que os reflexos da interação global não tenham sido tão ostensivos quanto os provenientes da Segunda Guerra Mundial, eles também contribuem para a reformulação social e reestruturação do Direito.

O pós-45 representa um marco para várias modificações na sociedade mundial. É interessante ter em mente a noção de que as relações sociais foram potencializadas do ponto de vista: (i) formal ou direta; (ii) informal ou indireta. O primeiro ponto se dá especialmente quando os atores principais, no caso, os Estados, cooperam entre si para o desenvolvimento de órgãos e agências internacionais, fortalecendo o Direito Internacional no propósito de superar a faceta de baixa densidade normativa e institucional, criando instituições no âmbito global e regional. Já o segundo aspecto deve ser analisado desde um viés sociológico. Na medida em que a revolução tecnológica propicia maior intercâmbio social, bem como expansão comercial, as relações sociais passam a suceder de maneira mais rápida, intensa e constante.

As categorias formais e informais podem ser analisadas com suporte na dicotomia sujeitos e atores do Direito Internacional proposta por Varela²³. Enquanto os sujeitos são os Estados, organizações internacionais, possuem capacidade formal²⁴. Os

²² O preâmbulo da Carta das Nações Unidas traz de forma clara o modo como as consequências das guerras mudaram a forma de pensar a relação entre as nações: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.”

²³ No decorrer desse trabalho, será utilizado o termo “agentes” para fazer menção tanto aos sujeitos quanto aos atores, tendo em vista que determinadas aspectos abrangem esses dois tipos de estruturas.

²⁴ Ian Brownlie apresenta a seguinte definição de sujeitos de Direito Internacional: “Um sujeito de Direito Internacional é uma entidade com capacidade para possuir direitos e deveres internacionais e com capacidade para defender os seus direitos através de reclamações internacionais” (1997, p. 71). O autor

atores podem ser vistos como as grandes empresas mundiais, as organizações não governamentais (ONGs) atuantes tanto como centro de pressão política, como centro de expertise em determinadas áreas (*think tank* ou centro epistêmico) que possuem capacidade suficiente para figurar no âmbito mundial e fazer com que suas pretensões tenham eco ou que possam participar, mesmo que de forma limitada, de algumas esferas internacionais²⁵ (2014, p. 23 – 25).

Os sujeitos clássicos do Direito Internacional, de acordo com Brownlie, têm três capacidades básicas: (i) apresentar reclamações sobre violação das normas internacionais; (ii) celebrar tratados e convenções; (iii) gozo de privilégios e imunidades (1997, p. 71). Já os atores não possuem essas capacidades, ao menos na sua feição clássica, uma vez que outras formas de externalização desses eventos podem ser vistas na atualidade.

A ideia de mudanças formais e informais deve servir como guia para a compreensão das relações jurídicas que serão abordadas. Os processos sociais não podem ser reduzidos ao que ocorre na superfície formal, mas existem também os processos informais que cada vez mais contribuem para os rumos da sociedade global.

crítica o aspecto circular da definição, mas ressalta a dimensão do caráter consuetudinário da capacidade de ser sujeito internacional como um dos nortes básicos para entender o conceito.

²⁵ A distinção entre sujeitos e atores não é consensual. Bem como o reconhecimento de novos sujeitos também é problemático. O indivíduo, por exemplo, enquanto se verifica uma corrente que o defende como sujeito autônomo, outros autores afirmam que ele pode ser objeto de regulação, que não possui direitos autônomos no âmbito internacional. Brownlie, por exemplo, assim expõe: “As minorias que vivem dentro dos Estados podem receber garantias de determinados níveis de tratamento nos termos de um acordo internacional, mas isso não significa que as minorias, enquanto tais, tenham personalidade jurídica, sobretudo quando os indivíduos ou os próprios grupos não possuem direitos processuais perante qualquer foro internacional” (1997, p. 73). Em outro momento Brownlie novamente toca na personalidade jurídica do indivíduo: “[...] classifica o indivíduo como um ‘sujeito’ do Direito Internacional é inútil, visto que tal pode parecer implicar a existência de capacidade que este não possui, não evitando a tarefa de distinção entre o indivíduo e os outros tipos de sujeitos jurídicos.” (1997, p. 79). Brownlie também se posiciona quanto as empresas, o autor também nega que elas possam ser vistas como sujeitos de direito internacional, mesmo que algumas possam possuir mais recursos que os Estados (1997, p. 80). Franisco Rezek, utiliza o termo atores para fazer menção ao que nesse trabalho será utilizado como sujeitos, o autor assim expõe: “As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os *Estados soberanos* – aos quais se equipara como será visto mais tarde, a Santa Sé – e as *organizações internacionais*. Não tem personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, assim, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade.” (2011, p. 42). Ao analisar de forma detalhada a questão envolvendo a personalidade jurídica internacional, Rezek é preempatório em renegar status aos indivíduos e as empresas, ele assim expõe: “Não têm personalidade jurídica de direito internacional os *indivíduos*, e tampouco as *empresas*, privadas ou públicas.” (2011, p. 182). Ao que parece, mesmo que não possa ser conferido *status* aos indivíduos e empresas, não pode cair no equívoco de atribuir a desimportância dessas estruturas na cena mundial, tendo em vista as diversas funções que eles desempenham globalmente. A classificação entre sujeitos e atores parece ser a mais adequada. Enquanto coloca em uma posição mais proeminente Estados e organizações internacionais, não se mantém estática a configuração atual das relações internacionais que conta com maior dinâmica.

As fontes informais não devem ser visualizadas como estruturas arcaicas ou sem a devida organização estrutural. A informalidade advém da ausência de reconhecimento por parte das estruturas clássicas no âmbito internacional. As estruturas informais desempenham importante papel no globo, com procedimentos e estruturas que buscam imitar as tradicionais formas jurídicas. O que as torna informal é o fato de que a dogmática tradicional não dá o devido reconhecimento.

Outro ponto a ser ressaltado é que a dicotomia entre esses dois processos (formal e informal) não deve implicar esferas apartadas. A expansão das relações jurídicas formais e informais também tem como consequência um entrelaçamento cada vez mais proeminente entre as duas esferas, fazendo com que várias situações de contato entre os dois tipos apareçam. O que há de forma diversificada são as interpretações e estruturas que atuam no mundo, sendo essa a marca da fragmentação. Por outro lado, elas entram em choque pela unicidade do fato social. O fato social é, por exemplo, a vedação à importação de mercadorias por parte de um país. A interpretação desse fato, no entanto, pode ocorrer em virtude de questões comerciais, humanitárias, ambientais ou discurso outro. O fato social é o mesmo, mas a forma como é analisado pode ser divergente. Essa situação faz com que os discursos interajam ao analisar determinados fatos sociais. Esse choque pode acarretar cooperação e conflito, ante interesses divergentes ou convergentes que os discursos têm sobre o fato.

Com a intensificação das relações formais e informais, o Direito Internacional, onde antes figuravam poucos Estados (e ainda havia a marca de que os Estados eram praticamente só os europeus, ou os “civilizados”), passa a observar a ascensão de vários novos atores e sujeitos²⁶, fazendo que outras variantes de peso tenham que ser levadas em consideração na configuração das relações sociais mundiais. O Direito Internacional passa a ser mais forte, mas, por outro lado, é questionado sobre a coerência entre as suas normas e a fragmentação de sua estrutura.

2. 3. 1 O fortalecimento das estruturas formais do Direito Internacional

²⁶ Os sujeitos são: Estados e organizações internacionais, enquanto os atores analisados são: organizações não governamentais e multinacionais; mas, além desses sujeitos, outras estruturas também passam a ter peso, como arranjos informais entre Estados, que não podem ser classificados diretamente como uma organização internacional e até mesmo estruturas criminosas e grupos terroristas.

O primeiro processo, formal, pode ser visualizado antes mesmo do final da Segunda Guerra Mundial. Duas organizações internacionais importantes foram criadas nesse período, no caso, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Não obstante seu papel tenha sido ofuscado pelas dificuldades enfrentadas e pela Segunda Guerra Mundial, o espírito de formação de instituições para lidar com os assuntos internacionais, ao final do novo conflito, foi fortalecido e conduziu à criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que passou a ser uma instituição de importância quase imensurável no plano internacional.

A criação da ONU é o maior marco desse novo espírito internacionalista, rumo à estrutura cooperativa. A ONU tem por intuito manter a paz e fortalecer as relações políticas e jurídicas dos diversos Estados, que estas ocorressem de forma pacífica²⁷, sob a égide de determinados valores consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o desenvolvimento de um conceito específico de Estado de Direito²⁸. Além do guia valorativo adotado pela Declaração Universal, vários organismos fazem parte do sistema ONU, com o objetivo de tratar sobre temas específicos. Essas alterações ocorrem, de acordo com Cassese, ao final da Segunda Guerra Mundial:

It is only after the Second World War, both with the establishment of the United Nations and the proliferation of other intergovernmental organizations (the Council of Europe, the Organization of American States, the Arab League, the Organization of African Unity, NATO, and the various specialized agencies of the UN) and with the Advisory Opinion of ICJ on *Reparation for Injuries* (1949) that intergovernmental organizations came to occupy the center stage and be regarded as autonomous entities endowed with rights and obligations distinct from those of the member State – in a word, as international legal subjects. (2012, p. 66).

A atuação das organizações internacionais pode ser influenciada pela vontade dos Estados que financiam e criam essas instituições e pelo ambiente onde elas atuam. Os

²⁷ A Carta das Nações Unidas, em seu Art. 1, deixa clara a importância da paz e como esta é um objetivo básico: “Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;”

²⁸ Conceito de Estado de Direito para as Nações Unidas: “For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”. Disponível em: <http://www.un.org/en/ruleoflaw/> Acessado em 14 de março de 2015.

primeiros anos do pós-Segunda Guerra tiveram como característica a relação bipolarizada entre o bloco capitalista e socialista. Em virtude disso, a atuação na ONU e das organizações internacionais era enfraquecida. Os Estados eram muito ativos nas questões internacionais e influenciavam de forma negativa na autonomia funcional das organizações internacionais. Ao final da Guerra Fria, o processo foi retomado com a ONU e as organizações internacionais passou a conviver em um ambiente político mais ameno. O fim do temor de uma guerra nuclear e os bloqueios recíprocos entre EUA e URSS fizeram com que a regulamentação das questões jurídicas internacionais fosse mais fácil e que a atuação das organizações internacionais não fossem tão influenciada.

O fortalecimento do Direito Internacional por meio de processos formais e informais acarreta uma ambiguidade entre fragmentação e integração entre as normas e os blocos regionais. Enquanto os Estados tendem a delegar determinadas matérias para organismos internacionais, eles também buscam fortalecer seus traços regionais por meio de integração econômica e política. Além disso, as relações sociais passam a ocorrer de forma relativamente independente dos Estados. Esses fatores fazem com que ocorra um processo simultâneo de fragmentação e integração (WEISS, 2000, p. 349).

Mesmo que os principais sujeitos formais tenham sido criados após o final da Guerra, eles ainda terão dificuldades de atuar no global ante a bipolaridade entre bloco capitalista e socialista. O final da Guerra Fria, de acordo com Berman, representa nova forma de atuação do Direito no âmbito mundial. Na medida em que as relações ocorrem de forma transnacional, não é possível pensar que o Direito é produzido unicamente de forma bilateral ou multilateral entre as Nações. Essa visão passou a ser muito estreita para a nova dinâmica social e regulatória (2005, p. 488).

Uma forma de visualizar a modificação que as estruturas formais passaram ao final do novo conflito mundial, de acordo com Sands, é no tratamento jurídico concedido a casos jurídicos próximos. Quatro julgados envolveram direitos humanos (dois casos) e Direito Ambiental (dois casos), que representam a diferença entre a mentalidade antiga e nova. O caso novo sobre direitos humanos é o pedido de extradição, em 1998, do General Pinochet pelos crimes cometidos durante a ditadura chilena. Já o caso antigo trata sobre um pedido de reparação feito em 1876 nos Estados Unidos em relação a danos sofridos pela atuação do ditador Buenaventura Baez, da República Dominicana. Na segunda questão (Direito Ambiental), o caso novo é sobre a decisão tomada pela OMC em relação à posição dos Estados Unidos de não mais importar camarões de quatro países asiáticos, com o intuito de proteger as tartarugas que eram ameaçadas pela metodologia

de pesca desses países. Enquanto isso, o caso antigo foi o julgamento sobre o incidente que ocorreu entre Estados Unidos e Inglaterra em 1893 sobre a caça de lobos-marinhos. Nos dois exemplos mais antigos, as decisões tomadas representam a mentalidade da época que tinha os Estados como soberanos e que não poderiam ser responsabilizados ou limitados em sua soberania. A temática ambiental internacional ainda não era pensada de modo mais intenso e não tinha previsão de normas para um caso desse tipo. Assim, também, o julgamento de um chefe de Estado, representante da soberania de um país e do Estado, não era muito desenvolvido. Não havia normas, previsão jurídica internacional, para assuntos como direitos humanos e Direito Ambiental. Já os dois casos novos já representam a mudança de mentalidade (2001, p. 527 – 529).

O julgamento da extradição de Pinochet é um marco no Direito Internacional, pois representa a criação de um precedente importantíssimo. A paradigmática mudança ocorreu por uma acirrada decisão de 3 – 2 na Casa dos Lordes, sendo o julgamento televisionado pela CNN e assistido por todo o Mundo. A Casa dos Lordes negou imunidade ao ditador Pinochet em razão de normas consuetudinárias. Posteriormente, a decisão foi revisada relativamente à fundamentação, mas foi mantida no mérito. A perda da imunidade se daria em virtude da Convenção de Combate à Tortura (2001, p. 532 – 533).

Já o caso “Camarões e Tartarugas” foi levado à discussão no âmbito da OMC (que já é um novo fórum de deliberação sobre questões comerciais²⁹). Os Estados Unidos vedaram as importações dos camarões da Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia pelo fato de que as redes de pesca desses países não tinham uma tecnologia que permitia a fuga das tartarugas, e era prejudicial a elas. Em virtude disso, os países asiáticos entraram com uma reclamação na OMC, afirmando que tal atitude dos Estados Unidos era uma barreira comercial indevida (2001, p. 533). A OMC, ao analisar o caso, afirmou que os Estados Unidos tinham interesse legítimo preliminar em assegurar a proteção das tartarugas, mas que o procedimento adotado para banir as importações dos quatro países asiáticos foi inadequado (2001, p. 534). A decisão, mesmo negatória, reconheceu que, por parte da OMC, há possibilidade legítima de restrição comercial em virtude de interesses ambientais, desde que tal limitação seja realizada de acordo com os procedimentos adequados.

²⁹ Órgão de Solução de Controvérsias, criado com o intuito de trazer maior densidade jurídica para as relações econômicas entre os Estados e resolver eventuais conflitos comerciais.

Para Sands, as duas decisões representam mudanças paradigmáticas em relação ao Direito Internacional que podem ser dimensionadas em três aspectos: (i) o que um Estado faz ou autoriza que seja feito dentro do seu território pode ser do interesse legítimo de outro Estado, mesmo que muito distantes, e da Comunidade Internacional; (ii) os dois casos são fruto de maior movimentação jurídica. A limitação da importação de camarão advém de uma decisão de uma corte federal por meio de um processo iniciado pela ONG *Earth Island Institute* e o pedido de extradição do ditador Pinochet era originário de uma decisão judicial na contextura de uma investigação policial em que o Governo da Espanha não poderia interferir diretamente; (iii) os dois casos também têm em comum o fato de que foram decididos por juízes. O judiciário passa a desempenhar um papel essencial no âmbito internacional para garantir maior densidade normativas as regras internacionais que por vezes são vagas ou insuficientes (2001, p. 535 – 536).

A origem dessas mudanças, para Sands, remonta a quatro fatores específicos: (i) globalização; (ii) inovações tecnológicas; (iii) democratização e (iv) privatizações (2001, p. 537 - 543).

Esses pontos representam alguns fatores de modificação social no pós-Segunda Guerra. A globalização deve ser vista como um conceito “guarda-chuva” no qual diversos eventos estão inseridos. Ao que parece, os demais pontos apresentados por Sands podem ser interpretados dentro da lógica mais ampla que a globalização representa. As inovações tecnológicas são os meios que possibilitam a maior interação e o encolhimento global. A democratização, ao assegurar direitos e liberdades básicas, modifica o papel de Estado, fazendo com que este se torne responsável em relação as suas atitudes para com seus cidadãos e que seja mais suscetível às pressões internacionais para assegurar esses direitos. As privatizações, por fim, estão na lógica de modificação do paradigma keynesiano³⁰ e do papel central do Estado na condução da economia, fazendo com que as

³⁰ Luiz Carlos Bresser-Pereira destaca esse período de transição de crise do keynesianismo: “O consenso de Washington formou-se a partir da crise do consenso keynesiano [Hicks (1974) e Bleaney (1985)] e da correspondente crise da teoria do desenvolvimento econômico elaborada nos anos 40 e 50 [Hirschman (1979)]. Por outro lado, essa perspectiva é influenciada pelo surgimento, e afirmação como tendência dominante, de uma nova direita, neoliberal, a partir das contribuições da escola austríaca (Hayek, Von Mises), dos monetaristas (Friedman, Phelps, Johnson), dos novos clássicos relacionados com as expectativas racionais (Lucas e Sargent) e da escola da escolha pública (Buchanan, Olson, Tullock, Niskanen)” (1991, p. 5). Gradativamente era construído um “consenso” em torno das políticas neoliberais; não somente com base na crise que assolou o modelo keynesiano, outros fatores ajudaram a moldar o ambiente que tornou possível o retorno do liberalismo: “Powerful ideological influences circulated through the corporations, the media, and the numerous institutions that constitute civil society – such as the universities, schools, churches, and professional associations. The ‘long march’ of neoliberal ideas through these institution that Hayek had envisaged back in 1947 the organization of think-tanks (with corporate backing and funding), the capture of certain segments of the media, and the conversion of

diversas áreas passem por processos de desregulamentação, fortalecendo o setor privado. Na medida em que o papel do Estado é reformulado para a abertura do mercado, isso permite que as empresas possam usar os expedientes tecnológicos para ampliar suas estruturas produtivas, o que acarreta a potencialização da globalização.

A maior densidade, normativa e das organizações internacionais, não é isenta de problemas. As diversas organizações e os variados campos temáticos podem entrar em choque. Essas estruturas são direcionadas a buscar objetivos temáticos específicos e a regulamentar as questões em linhas setoriais e não territoriais. A ambiguidade da unicidade do fato social e a pluralidade de interpretações e visões sobre tal fato acarretam o risco de sobreposições de competências e divergências entre essas estruturas, o que traz o risco de fragmentação e incoerência na análise do fato social.

Além desses processos, também foi destacado o fato de que a sociedade tem uma dinâmica de desenvolvimento ocorrente de forma bem mais discreta na sociedade mundial – eventos de grande importância social, mas que não são vistos de forma tão patente quanto os que foram descritos com a formação das grandes instituições globais. Esses processos foram denominados como alterações informais e também passam a interpor desafios à descrição clássica do Direito Internacional.

2. 3. 2 A sociedade com uma dinâmica própria de autorregulação?

A modificação informal, por sua vez, é de grande relevância e tem origem na potencialização das relações sociais ao patamar cada vez mais globalizado. A ampliação das relações comerciais, a abertura de mercados, bem como a facilitação na comunicação e transportes fizeram com que uma diversidade de atores tivesse mais possibilidades de interação, explorando possibilidades que anteriormente não eram acessíveis. A ampliação das relações sociais fez com que ocorresse uma demanda cada vez maior pela regulação jurídica. Pessoas, associações e parceiros comerciais passaram a figurar de modo mais constante nas relações internacionais. Seja por meio de ONGs, ou por outros atores de peso no âmbito mundial, ocorreu uma ampliação das relações sociais que passaram a ser constantes no Globo, fazendo com que mais situações com potencial de conflitos aparecessem e com isso mais demanda pela regulamentação jurídica.

many intellectual to neoliberal ways of thinking, created a climate of opinion in support of neoliberalism as the exclusive guarantor of freedom.” (HARVEY, 2005, p. 40).

Mesmo com a criação da ONU, demais organizações internacionais e mais normas internacionais, a evolução social ocorreu de modo mais rápido do que a capacidade de resposta e adaptação das estruturas formais criadas conseguem responder³¹. O processo de criação e desenvolvimento do Direito Internacional tem dinâmica e ritmo próprios que, por vezes, são demasiadamente lentos para uma realidade social que passou a ser mais rápida e fluída. Os longos processos de reuniões, conferências, discussões para a elaboração de textos, incorporação, e depósito dos instrumentos internacionais, demandam um tempo que as relações sociais, por vezes, não estão dispostas a esperar.

A maior abertura global faz com que as relações sociais se produzam independentemente da existência de normas produzidas pelas formas tradicionais. Esse desenvolvimento social acelerado, ante a inaptidão de uma resposta formal mais ligeira, acarreta vazios normativos e espaço criativo para outros atores globais.

A ideia proposta é de que a sociedade evoluiu e possui demandas jurídicas para auxiliar na sua organização. Se a confecção de normas jurídicas internacionais é condicionada por um processo demasiadamente lento e que é inepto para responder com o tempo adequado às demandas normativas que as relações sociais requerem, a sociedade fica adstrita a esses procedimentos para criação de normas jurídicas? O conflito entre a dinâmica social acelerada e a jurídica burocrática dá origem a um descompasso entre a demanda por normas e a capacidade de resposta a essa demanda. A sociedade, então, vai ficar sem normas para auxiliar na sua evolução?³²

O Direito Internacional, mesmo antes dos eventos que deixam mais patente o papel da sociedade internacional, possui algumas linhas teóricas que defendem uma abordagem mais sociológica para a evolução das suas estruturas. Georges Scelle, na linha da análise sociológica de Duguit, defende a ideia de que o Direito Internacional é

³¹ A divergência básica apontada reside na distinção entre evolução social e evolução jurídica. O Direito possui mecanismos internos que possibilitam a modificação do seu conteúdo, para que possa responder de forma adequada às modificações sociais. Eventos como mudança de jurisprudência ou legislativa são formas de o Direito se manter atual em relação às demandas sociais. A sociedade sempre tem uma evolução mais rápida do que o Direito. É possível pensar em um nível tolerável de distensão entre sociedade e Direito, entretanto, quando o Direito resta cada vez mais para trás, não consegue responder a essas demandas, surge uma tensão mais intensa entre sociedade e direito, que potencializa insatisfação e até mesmo revoluções jurídicas.

³² Pode ser observado um paradoxo específico em relação a esse ponto. O Direito Internacional possui maior quantidade de normas, mas a questão é que elas não correspondem à necessidade específica desses subsistemas parciais. Podem existir muitas normas, mas elas não deixam de ser inadequadas, já que não o são às demandas feitas socialmente. Essa situação faz com que, mesmo existindo normas jurídicas, elas não sejam as adequadas, ou então que elas não possuam a flexibilidade necessária que as relações jurídicas demandam.

fundamentando não na vontade dos Estados, mas nas relações entre as pessoas (DRI, 2010, p. 132). Essa concepção de Scelle ressalta que a evolução do Direito Internacional deve ser buscada em uma conexão mais próxima entre normas sociais e jurídicas. Eventual discrepância significativa entre esses dois campos (social e jurídico) seria o vetor que potencializa as revoluções e as guerras, uma vez que as normas jurídicas deixam de corresponder às normas sociais (DRI, 2010, p. 133).

O desenvolvimento desse novo tipo de Direito, pode ser compreendido com o que Gunther Teubner chama de desenvolvimento procedente da periferia³³ do sistema jurídico. A globalização permite que os vários setores sociais não se encontrassem mais limitados às fronteiras territoriais. Essas estruturas atuantes globalmente entram em relações sociais que não dependem necessariamente do Estado e podem enfrentar questões necessitadas de uma resposta jurídica. Em razão da independência territorial, eles deixam as dificuldades regulatórias das estruturas formais para trás e preenchem o vazio normativo diretamente. Novas possibilidades emergem para combater a insuficiência das estruturas formais em responder aos anseios sociais. Não havia por que esperar os centros formais responderem às novas demandas sociais, se essas estruturas da periferia poderiam produzir as normas diretamente. Isso faz com que esses campos autorregulem as relações. Esse processo é descrito por Teubner:

Pois a fonte do novo direito global não é mais somente a política institucionalizada, que ainda é propriamente política global, sendo somente política internacional, mas também, e sobretudo, provém de outros subsistemas que, na *race to globalization*, deixaram a política a ver navios. A economia, mas não só ela como também outros setores sociais, tais como a ciência, tecnologia, os meios de comunicação de massa, a medicina, a educação, o transporte, estão desenvolvendo, no seu caminho rumo a uma sociedade mundial, uma enorme necessidade de normas, que não é suprida por instituições estatais nacionais ou internacionais, mas que são os próprios setores satisfazem, 'perfurando o direito'. (2005, p. 109).

A possibilidade de criação jurídica com procedência em formas que estão além da atuação dos Estados é um dos pontos mais críticos da atualidade. Essa modificação na formação do Direito submete a xeque a percepção enraizada e longamente

³³ A ideia de periferia se enquadra na lógica que divide o Globo entre estruturas formais e informais. As estruturas informais são aqueles campos subdimensionados mundialmente, mas que buscam trilhar caminhos próprios e possuem dinâmicas próprias. Os atores são as ONGs, multinacionais e demais estruturas que conseguem a independência territorial e buscam seus objetivos de modo mais livre. A periferia é o campo social fortalecido com a ampliação das relações tecnológicas e a abertura dos mercados, relações mais rápidas, dinâmicas e com uma grande demanda normativa.

difundida da correlação entre Direito e Estado que visualiza o Estado como único detentor do poder de criar normas.

Esses atores passam a produzir uma diversidade de instrumentos no qual o caráter jurídico, de acordo com a dogmática tradicional, não pode ser conferido, mas que, no mundo real, acabam gerando efeitos. Códigos de Conduta de atores privados têm condições de influenciar em toda uma cadeia produtiva. Um dos exemplos mais marcantes no momento, como ressalta Edith Brown Weiss, são as normas produzidas pela ISO, em especial, a Serie 14000, que trata sobre padrões ambientais (2000, p. 354).

Essas estruturas normativas levantam questionamentos se elas podem ser de fato consideradas como jurídicas. Sendo assim havidas, elas atacam o fundamento que fez com que o Estado trouxesse para si a exclusividade da produção normativa: a soberania. A ampliação de sujeitos na seara mundial, que não se encontram mais adstritos a estruturas políticas territoriais que possam limitar suas atuações e, por vezes, são fortes suficientes para ir de frente contra outros Estados, reformula a teoria baseada no centralismo estatal.

O questionamento se as normas produzidas por esses outros atores podem ser ou não consideradas normas jurídicas já reflete a força que eles possuem no mundo globalizado. Esses novos atores fazem com que as relações internacionais que tinham os Estados como únicos centros de poder passe por uma explosão de novos centros de poder no âmbito mundial. Esses processos informais ocorrem sem se submeterem necessariamente à vontade estatal, mudam as relações políticas e jurídicas de modo tênue, mas que são verdadeiras revoluções silenciosas no Direito e na sociedade. Teubner assevera que tal processo é uma nova revolução, mas que ela não ocorre nos moldes das antigas revoluções jurídicas vivenciadas. Nas palavras do autor,

Civil constitutions will not be produced by some sort of big bang, a spectacular revolutionary act of the constituent assembly on the American or French model. Nor do the global regimes of the economy, research, health, education, the professions have a single great original text embodied as a codification in a special constitutional document. Instead, civil constitutions are formed in underground evolutionary processes of long duration in which the juridification of social sectors also incrementally develops constitutional norms, although they remain as it were embedded in the whole set of legal norms. (2004, p. 18).

O desenvolvimento das instituições formais e a potencialização dos atores informais no mundo são acompanhados por um processo de produção normativa pelos dois lados. Instituições formais e informais traduzem suas pretensões de racionalidade

por meio de normas e conseguem influenciar a cadeia de relações sociais de que fazem parte. O poder de grandes empresas ao controlar a cadeia produtiva ou dos produtos comercializados, por exemplo, institui normas que influenciam direta e indiretamente na sociedade. Um exemplo de tal situação foi a atitude de alguns *sites* como a Amazon, Walmart, eBay, Sears e Etsy, principais redes varejistas dos Estados Unidos, que optaram por parar de vender a bandeira escravagista da Confederação Sulista, que poderia ter o potencial de influir atividades racistas³⁴; e também a atitude de companhias aéreas de não mais transportarem troféus de caça após a morte do leão Cecil, que comoveu a opinião pública³⁵.

A análise da maior complexidade social entre linhas funcionais feita por Teubner tem como premissa a ideia de que o Direito foi objeto de mudanças não somente no âmbito da sociedade mundial, mas até mesmo nos contextos do Estado-nação, ante a diferenciação funcional entre esferas específicas, o que resultaria em microssistemas jurídicos³⁶ (2012, p. 15). Sua interpretação da sociedade mundial tem por base a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Ao analisar o advento da sociedade mundial, tanto Luhmann (1985, p. 154 - 155) quanto Teubner ressaltam a ausência de uma estrutura mundial que possa garantir coerência e unidade para a formação dos Direito no âmbito mundial. Os diversos subsistemas mundiais passam a ter racionalidade própria desenvolvida em uma amálgama de outros subsistemas na sociedade mundial sem um meio correspondente à Constituição, Judiciário centralizado, ou alguma outra instituição política possa servir como uma força centrípeta para garantir a coerência em relação aos diversos subsistemas.

Com essas considerações, alguns dos problemas já podem ser expressos: (i) a interação dos diversos campos que tiveram expansão no campo formal. O processo de regulamentação de áreas especializadas sem levar em consideração os reflexos intersistêmicos para outros campos de regulamentação. Além disso, tal processo faz com

³⁴ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/06/1646697-amazon-walmart-ebay-sears-etsy-param-venda-de-bandeira-escravagista.shtml> Acessado em: 21 de abril de 2015.

³⁵ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2015-08/companhias-aereas-norte-americanas-proibem-transporte-de-trofeus-de> Acessado em: 4 de agosto de 2015.

³⁶ Os problemas inicialmente apresentados sobre algumas questões enfrentadas no âmbito do Estado-nação podem ser compreendidos como forma de diferenciação entre os diversos subsistemas funcionais da sociedade. A Teoria da Constituição precisa ser remodelada para tentar responder adequadamente à diversidade de interações que ocorrerem nos sistemas e até mesmo flexibilizar seus ditames para dar conta da maior complexidade ocorrente nas fronteiras nacionais. Corroborando a ideia de flexibilização constitucional, pode ser destacada a mitigação da tese da nulidade em sede de controle de constitucionalidade, coroada com o Art. 27 da Lei 9.868/99, que consagra a possibilidade de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* em caso de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

que a distinção entre o nacional e internacional fique mais confusa, diante da expansão de áreas de interesse internacional; (ii) as estruturas informais passam por questionamentos sobre a sua validade no âmbito internacional, bem como se suas normas podem ser reconhecidas como direito e qual seu papel no cenário global e (iii) o relacionamento entre as estruturas formais e informais também acende problemas sobre legitimidade, reconhecimento e competência, além de conflitos de racionalidade.

Essa diversidade de questões permite que um problema mais amplo seja identificado nesse campo – a questão sobre a expansão fragmentária das relações sociais no nível global. A fragmentação é visualizada com suporte em diversos sujeitos, atores, normas oriundas de várias estruturas em diversas áreas temáticas especializadas (comercial, direitos humanos, meio ambiente, direito marítimo) e níveis (local, regional, internacional), e com diversos potenciais de vinculação (*non-binding*, *soft law*, *hard law*), levados a diversos tribunais e órgãos de resolução de conflitos.

George Abi-Saab faz uma análise do aumento de densidade, complexidade e diversidade de normas internacionais sem um respectivo avanço institucional para lidar com as normas criadas. Com o aumento da preocupação jurídica em determinados campos, novas áreas de interesse internacional são desenvolvidas, outros atores passam a trabalhar, estudar e fiscalizar essas temáticas, como organizações internacionais e agentes privados. Em decorrência da ampliação normativa, é necessária a criação de órgãos judiciais especializados, como os existentes no âmbito da OMC, o Tribunal do Mar, Corte Internacional de Justiça, dentre outros, para solucionar eventuais conflitos que possam emergir nessas áreas. No primeiro momento, quando havia baixa densidade normativa e cada área poderia ficar limitada ao seu campo de atuação, não havia grande problema. A questão surge quando a expansão internacional fez com que as diversas subáreas inflacionadas entrem em contato. Além desse problema, ainda existe a dificuldade de compatibilização entre distintos órgãos na ausência de um centro para elidir eventuais conflitos de competência (1999, p. 923 – 926).

Além desse problema no âmbito formal, há também desenvolvimento normativo por parte de ONGs e multinacionais. Tais normas podem ser vistas como jurídicas? Ao aceitar essa premissa, isso implica um rompimento no âmbito internacional da relação umbilical entre Direito e Estado. O Direito Internacional tem por intuito básico regulamentar as relações entre os Estados (Inter, Nação) (TEUBNER, 2003, p. 11), mas, na medida em que estruturas sociais passam a se desenvolver de modo mais constante,

elas criam normas para regular a própria conduta e a interação com os demais atores. Seria tal processo a criação de um direito mundial apátrida?

Os subsistemas imersos nas fronteiras nacionais têm que responder de forma adequada a uma diversidade de interações ancoradas nos limites do Estado-nação e que possibilitam o intercâmbio cognitivo de modo mais estável. Tal comunicação faz com que os subsistemas estatais passem por processos de alteração das suas estruturas autofundantes para garantir a estabilidade do ponto de vista interno. No âmbito mundial, os subsistemas funcionais globalizados não encontram os mesmos processos de irritação institucionalizados que há no Estado-nação, fazendo com que seu código seja desenvolvido sem levar em consideração de modo mais constante as demandas dos outros subsistemas parciais.

Além do problema envolvendo o relacionamento entre os diversos subsistemas, uma das facetas mais patentes da expansão das relações jurídicas é a judicialização. A expansão do Direito Internacional faz com que diversas situações possam ser submetidas a distintos regimes jurídicos, o que pode eventualmente aumentar o risco de decisões contraditórias, mas que são igualmente válidas. Varella e Oliveira analisam tal situação no âmbito do caso Mox Plant. Esse ocorreu em virtude da autorização do Reino Unido para a British Nuclear Fuels Ltd. construir uma instalação nuclear a 184 km da costa da Irlanda. Mesmo que a construção representasse uma redução na quantidade de lixo radioativo, o projeto era permeado de dúvidas sobre segurança em caso de vazamento, transporte em alto mar e terrorismo. Ante as peculiaridades desse caso, várias legislações eram pertinentes, como Direito Ambiental, Direito Nuclear, Direito Marítimo europeu e Direito Comunitário (2009, p. 120).

O processo para a construção de uma usina nuclear, no âmbito europeu, se submete a uma disciplina comum e deve ser autorizado pela Comissão Europeia. O caso foi devidamente analisado pela Comissão com a conclusão de que não havia risco para a Irlanda, tendo em vista a distância da fábrica para o País. Com essa autorização, o Reino Unido deu início aos processos internos com a sociedade civil e os Estados próximos e chegou à conclusão de que a usina era economicamente viável. A decisão foi alvo de intenso debate por parte de grupos ambientais, mas o Reino Unido saiu vitorioso em todos os casos. A grande celeuma surgiu quando a Irlanda se porta de forma contrária à instalação e critica o estudo de impacto ambiental por não dimensionar adequadamente o transporte dos produtos e que determinadas informações foram omitidas. A inserção da Irlanda nas discussões sobre a usina trazia a possibilidade de um amplo arcabouço

normativo ser utilizado para inviabilizar a construção da usina (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 121).

O primeiro instrumento jurídico utilizado foi no âmbito da convenção sobre Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste (OSPAR), solicitando um tribunal arbitral para que o conflito fosse solucionado e que uma medida cautelar fosse concedida para evitar a construção da usina. Ante a denegatória da medida, o Governo da Irlanda entrou com um novo procedimento, então no âmbito da Convenção de Montego Bay sobre direito do mar, querendo que o transporte do material radioativo fosse impedido e que mais estudos fossem realizados (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 122).

Ao analisar o caso, o Tribunal Internacional do Direito do Mar teve que analisar a defesa do Reino Unido, afirmando que não seria o caso de uma nova análise do caso, uma vez que já estava sendo discutido no âmbito da convenção de OSPAR. O Tribunal do Mar rejeitou a alegação do Reino Unido, reconhecendo sua competência para julgar o caso, mas rejeitou o pedido de medida cautelar feito pela Irlanda (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 123).

O terceiro órgão jurisdicional envolvido foi o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que analisou o comportamento da Irlanda como ofensivo à cooperação internacional e por não ter informado ou consultado as instâncias comunitárias sobre a questão (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 124).

Essa imbricada relação já envolvida três órgãos jurisdicionais que se declararam igualmente competentes para discutir uma questão, atuando sem uma coordenação ou hierarquia necessária entre eles, mas julgando um fato comum e com o risco de decisões que poderiam ser igualmente válidas, mas divergentes entre si. A Irlanda saiu derrotada nos três fóruns onde litigou, mas, mesmo em razão do resultado harmônico, a questão ressalta problema sobre a expansão normativa e de órgãos jurisdicionais no âmbito internacional (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 125).

Essa expansão formal e informal nas fontes normativas e jurisdicionais acarreta desafios substanciais à configuração do Direito na atual sociedade mundial. Essa diversidade de questões no âmbito mundial pode ser inserida sobre a noção geral de fragmentação do Direito Internacional, analisando como um conceito mais amplo – fragmentação de sujeitos, atores, temas, normas e cortes. Do ponto de vista teórico, tais situações, de acordo com Varella, se expressam como um momento de reflexão teórica sobre uma diversidade de conceitos:

Os conceitos centrais do direito internacional contemporâneo: autonomia, igualdade, autodeterminação, soberania são conceitos tipicamente, liberais, construídos em uma época em que o liberalismo se exercia dentro das fronteiras estatais, sobretudo, ganham novos contornos na maior integração global. As justificativas para a alteração de uma lógica jurídica consolidada se alternam entre diferentes visões, sobretudo de cunho comunitarista, da necessidade do exercício de lógicas comuns de mercado em nível global. (2013, p. 38).

As relações políticas que envolvem fontes formais e informais, para Jessica Mathews, implicam compartilhamento de poder: “with businesses, with international organizations, and with a multitude of citizens groups, know as nongovernmental organizations (NGOS).” (1997, p. 50). Ocorre um processo de diluição do poder, antes concentrado na figura dos Estados. A diversidade de possibilidades de interação que advém do maior número de Estados, organizações internacionais, fortalecimento das multinacionais e de ONGs, dificilmente, pode ser totalmente delimitada.

Englobar as contribuições que vêm das estruturas formais e informais, bem como os desafios que advêm, é importante para qualquer teoria que se proponha a analisar essas relações, com a ressalva que elas não podem ser negligenciadas nem supervalorizadas. A complexidade no âmbito global faz com que seja necessária uma metodologia que tenha condições para dimensionar adequadamente o papel que os diversos sujeitos e atores têm e como eles se relacionam.

Foram realizadas pequenas pinceladas em relação aos problemas que advêm da dinâmica de relação na sociedade mundial, que tem como premissa as modificações políticas, econômicas, tecnológicas e culturais. É necessário compreender como essas modificações afetaram a premissa de sustentação do paradigma westfaliano de modo mais detalhado. Trabalhar de maneira mais cuidadosa como o fortalecimento dos processos diretos e indiretos reflete na juridificação da sociedade mundial.

Em relação ao Direito, pode ser apontado o caminho dessas alterações, que se deram de forma paralela. Os pontos de apoio ajudam na elaboração e servirão como guia para entender a nova dinâmica: (i) arranjo institucional entre os sujeitos e atores que figuram de modo mais recorrente no âmbito internacional; com o respectivo (ii) processo de “juridificação” da sociedade mundial, que tem mais normas e órgãos jurisdicionais.

A análise desses dois fatores visa a demonstrar como a estrutura de poder e regulamentação no âmbito mundial estão se desenvolvendo. A teoria do Direito Internacional foi feita em um contexto em que haviam poucos Estados soberanos (praticamente só europeus) e com poucas normas, e poucos temas sendo alvo de

regulamentação (guerra, paz, comércio, territórios e mar). Qual o reflexo teórico de relações que contam mais Estados, fortalecimento de organizações internacionais, ONGs e multinacionais? Além disso, as normas passam a tratar sobre uma infinidade de temas e são criados tribunais internacionais; como, então, essas estruturas se relacionam? A teoria jurídica baseada na soberania e no centralismo do Estado segue inalterada?

3 REDIMENSIONAMENTO DOS AGENTES INTERNACIONAIS

O aumento da complexidade no âmbito internacional será abordado com a intensificação das relações entre os tradicionais sujeitos do Direito Internacional, no caso, Estados e organizações internacionais, e de novos sujeitos que conseguem ter voz ativa no contexto global. As relações se tornam cada vez mais complexas, na medida em que eles passam a atuar de modo mais recorrente, bem como sucede uma proliferação dessas instituições. A interação de tais sujeitos clássicos já acarreta importantes mudanças na organização do Direito Internacional.

A intensificação da atuação desses principais atores no âmbito internacional, para Varella, acarreta quatro consequências para o Direito Internacional: (i) a dicotomia entre nacional e internacional é ofuscada; (ii) mesmo que os Estados permaneçam como os atores principais, o adensamento de outros atores já torna as relações mais planificadas e complexas; (iii) o desenvolvimento das normas internacionais passa a ocorrer em um caráter dinâmico, superando as limitações para a criação de normas; (iv) é um processo normativo cuja a atuação dos diversos entes implica a produção de normas para as relações sociais e de balizas normativas para situações que guardem proximidade em casos futuros (2013, p. 84).

Uma ressalva importante que Varella faz em relação ao desenvolvimento dessas estruturas formais é o fato que não há para todas as organizações um igual nível de desenvolvimento. Algumas estruturas logram expansão de modo mais rápido do que outras. Determinadas temáticas só vão surgir quando houver um ambiente social propício para que elas possam aparecer (2013, p. 85). Esse desnível estrutural faz com que em algumas áreas seja possível verificar a existência de maior densidade e formalização de seus instrumentos, enquanto em outras é possível notar dificuldades em garantir seus propósitos.

3.1 A (ir)relevância dos Estados no panorama globalizado

O mais clássico sujeito do Direito Internacional é o Estado. Não sem motivo, o Estado é um dos principais focos na análise sobre globalização, com exames diferentes sobre os impactos que tal instituição recebeu. Às teorias que analisam o papel do Estado se dividem entre uma interpretação que afirma o Estado não é o mais importante, ou que

o Estado mantém todas as suas competências; além de ser possível cogitar em uma posição intermediária, que defende uma reformulação do papel do Estado.

Ao que parece, a posição mais adequada é a que postula o papel do Estado no âmbito internacional devendo ser analisado de maneira mais complexa e abrangente.

Não deve ser feita uma análise unilateral que só dê atenção a eventuais défices que essa instituição passe, deve ser feita uma consideração que abrange também as diversas formas estratégicas que a atuação do Estado tem para as relações internacionais. Essa ambiguidade envolvendo o papel dos Estados é destacada por Neves, quando o autor assim expõe:

A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial. Nesse sentido, parece-me mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, 'regimes' ou 'redes' globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem mundial. (2009, p. 34).

Quatro fatores específicos devem ser considerados para compreender o papel dos Estados e a ambiguidade entre enfraquecimento e papel essencial. O primeiro ocorre ao final da Segunda Guerra Mundial, em que é possível observar a reprodução do modelo de Estados soberanos desenvolvido na Europa para as colônias que conseguiram emancipação política. O segundo evento ocorre em 1970, como demanda mundial pela reformulação e limitação das funções do Estado ante o fortalecimento da doutrina liberal e da abertura dos mercados mundiais. O terceiro evento é o fortalecimento de uma diferenciação funcional em áreas cada vez mais especializadas internamente³⁷, que fragmentam o Estado em subsistemas parciais. O quarto e último é a constatação de que determinadas atividades passam necessariamente pelo aspecto territorial. Esse ponto de contato com os Estados não pode ser ignorado e faz com que eles tenham, sim, valor na definição das relações internacionais. Esses processos fazem com que o papel do Estado

³⁷ Ao analisar os problemas do constitucionalismo moderno, Teubner afirma que existem algumas concepções inadequadas quanto à localização do problema. O autor entende que a globalização é uma falsa premissa. Desde o início do constitucionalismo é possível observar uma tensão entre a Constituição e outras áreas sociais, como Economia, Ciência, Educação, Saúde. Tais áreas deveriam ser submetidas a Constituição ou deveriam buscar própria fundamentação? O atual problema do constitucionalismo em lidar com essas áreas especializadas não é fruto da globalização, mas de uma diferenciação funcional ocorrente até mesmo nos dias clássicos do Estado-nação (2012, p. 5 – 6).

no decorrer da evolução história sofra modificações na sua estrutura clássica, mas sem implicar que se tornou uma instituição sem importância.

3. 1. 1 A globalização do modelo de Estados soberanos

Durante a Primeira Guerra Mundial, as colônias ficaram sem o potencial industrial das metrópoles e desprovidas de submissão direta de suas economias. Essa maior liberdade fez com que uma incipiente estrutura econômica iniciasse a industrialização, alcançando maior poderio econômico e mais força política local. O término da Primeira Guerra fez que os Estados em conflitos buscassem retornar os laços de dependência colonial, o que causava atrito com a nova classe industrial nas colônias.

A Segunda Guerra Mundial fortaleceu a base industrial das colônias novamente e elas gradativamente se desvinculavam dos laços de dependência em relação às metrópoles. O pós-Segunda Guerra e a posição das colônias seriam modificados e elas passariam a ser Estados soberanos, adotando o modelo Europeu. Dentre os fatores que explicam a decadência do colonialismo no pós-Segunda Guerra, podem ser destacados: (i) fortalecimento do processo industrial nas colônias, que desenvolveu uma nova atmosfera política e econômica; (ii) alteração na estrutura política mundial, onde as antigas potências europeias perdem a primazia no cenário político e os laços de dependência política e comercial são direcionados para os Estados Unidos; (iii) mudança da base econômica da exploração colonial para a nova faceta que valorizava o aspecto tecnológico nos produtos; (iv) a pressão norte americana contrária as práticas coloniais e favorável à abertura dos mercados (FRIEDEN, 2008, p. 329 – 331).

A pressão dos Estados Unidos para a abertura das colônias tem reflexo na própria estruturação da ONU. Uma das estruturas criadas para auxiliar a transição da posição de colônias para de Estados é o Conselho de Tutela. O objetivo básico do Conselho é ajudar os governos de determinadas localidades a conseguir a auto-gerência. O sucesso representa o atual esvaziamento de suas funções, na medida que o mundo se encontra relativamente consolidado na formação de Estados (mesmo que em situações de Estados falidos e Estados que não conseguem uma centralização adequada de suas funções).

A inserção de novos Estados já torna a situação mais complexa³⁸. Em um contexto que conta com poucos Estados, a compatibilização de interesses pode ser alcançada de modo mais fácil. A confecção de uma norma obrigatória entre dez Estados, de forma hipotética, é mais fácil de ser alcançada do que a compatibilização de interesses entre cem Estados. Com Estados a mais no âmbito internacional, mais interesses devem ser compatibilizados, o que dificulta as deliberações e torna a deliberação mais heterogênea, ante a diversidade de novos Estados. Além do aumento numérico, os Estados possuem diferenças culturais e níveis de desenvolvimento diferente, fazendo com que os interesses possam ser contraditórios.

A diversidade econômica, por exemplo, pode ser vista na política econômica adotada por alguns Estados em desenvolvimento, conhecida como Industrialização por Substituição das Importações (ISI). Os países em desenvolvimento optavam por se manterem afastados do comércio mundial, uma vez que era mais seguro buscar seu desenvolvimento tentando desenvolver a indústria de base. Eles não teriam condições de competir com os Estados desenvolvidos e o caminho para a industrialização seria se manterem afastados do comércio mundial. Essa mentalidade fazia com que os Estados em desenvolvimento boicotassem propostas de comércio mais livre, tendo em vista os riscos que essa abertura poderia trazer para suas economias.

Mesmo que os novos Estados tivessem por intuito se manterem afastados do âmbito internacional, eles atuavam nessa esfera para que seus objetivos não fossem ameaçados. Esses novos Estados tiveram assento reconhecido na Assembleia Geral, facilitando que se organizassem em grupo, mesmo que não necessariamente homogêneo, para garantir influência internacional e usar a ONU como palanque para suas ambições políticas e econômicas. Alguns reflexos políticos desse processo podem ser destacados no grupo conhecido como G77³⁹. As concessões alçadas no âmbito do GATT podem ser analisadas como reflexo da atuação desses países⁴⁰.

³⁸ Atualmente existem 193 Estados igualmente soberanos reconhecidos pela ONU. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>. Acessado em 30 de abril de 2015.

³⁹ O Grupo dos 77 representa uma coalizão de Estados na ONU entre países em desenvolvimento que buscar unir seus esforços para buscar os interesses econômicos comuns entre os países. Foi criado em 1964 em uma declaração conjunta de 77 países na primeira sessão da UNCTAD. Disponível em: <http://www.g77.org/doc/>. Acessado em: 30 de Abril de 2015.

⁴⁰ Nas discussões sobre o GATT as delegações tanto da Austrália quanto da Índia foram extremamente bem preparadas para as discussões e advogaram de forma intensa pelo que ficou conhecido como “excepcionalismo dos países em desenvolvimento”, em virtude dessas demandas: “the U.S. delegation drafted a new chapter on economic development that permitted the ITO to allow the limited use of import quotas by developing countries.” (IRWIN; MAVROIDIS; SYKES, 2008, p. 79).

3. 1. 2 Os desafios à capacidade regulatória do Estado-nação

A capacidade regulatória do Estado-nação é desafiada por dois fatores específicos: (i) a crise nas práticas keynesianas que pressionaram os Estados para reformular suas políticas internas em direção ao mercado mundial e (ii) a ascensão de estruturas supranacionais e transnacionais.

Esses dois fatores fazem que o Estado seja pressionado a reformular sua posição de central na política internacional. Por contradições internas e pela ascensão de determinados temas que passam a ser de interesse de vários países, os Estados são pressionados a reformular seu papel no âmbito jurídico. No âmbito interno, a crise do *Welfare State* faz com que a capacidade de atuar na economia e compreender a complexidade social seja minada. No âmbito externo, os Estados são pressionados a delegar uma parte de sua competência para estruturas supranacionais ou são compelidos a cooperar em estruturas transnacionais⁴¹.

As políticas keynesianas ressaltam o papel do Estado como condutor da economia. O problema surge quando essas práticas se mostram inflacionárias e não conseguem mais fazer que a economia cresça⁴². A resposta para fugir da crise e estagnação econômica seria a adoção de políticas liberais e de abertura do mercado. O Estado não deveria mais interferir na economia e privatizar as empresas.

Para contextualizar o papel do Estado e as reformulações nas suas atividades, Michael Zürn e Stephan Leibfried fazem um levantamento histórico e identificam o Estado como uma das instituições mais estáveis que a humanidade criou nos últimos séculos. Os autores ressaltam a existência de quatro pontos básicos que dão sustentação aos Estado, seja com a possibilidade de garantir a promoção de determinados fins ou ter para si algumas competências exclusivas, no caso: recursos, formação do Direito, reconhecimento de sua legitimidade e promoção de bem-estar. A análise que os autores fazem do Estado-nação tem como premissa as modificações acontecidas no pós-Segunda

⁴¹ Todas essas alterações podem ser analisadas como opções voluntárias dos Estados que reformulam seu papel e que poderiam recuperar a competência delegada. Ao que parece, a complexidade das relações sociais e políticas faz com que decisões que parecem possíveis no viés jurídico são inviáveis para as questões administrativas trabalhadas pelos diversos Estados no âmbito transnacional ou delegadas para as estruturas supranacionais. Enquanto a opção jurídica é viável teoricamente, a tomada de uma decisão desse porte é inviável em razão dos custos que as demais áreas vão passar.

⁴² A crise foi marcada pela criação de um termo no âmbito econômico – estagflação, combinação de estagnação econômica com escalada da inflação. Enquanto antes se acreditava que em períodos de estagnação os preços tenderiam a diminuir, diante da baixa demanda, a crise negou a teoria e os preços subiram mesmo com o praticamente inexistente crescimento econômico (BERSTEIN; MILZA, 2007, p. 19).

Guerra, com a consolidação do Estado-nação, seu fortalecimento e as várias crises posteriores (2005, p. 1).

Zürn e Leibfried identificam o Estado como besta polimorfa, uma vez que acumula uma diversidade de funções que os autores resumem com a sigla TRUDI (*Territorial State, Rule of Law, Democratic State e Intervention State*) (2005, p. 2). Essa caracterização é importante e reflete algumas áreas nas quais o Estado será enfraquecido.

Os diversos aspectos que fazem parte da caracterização do Estado representam a consolidação dos seus poderes em uma delimitação territorial, garantindo para si o uso exclusivo da força e a possibilidade de cunhar moedas. Na segunda etapa, sucede a domesticação do Leviatã, que deixa seu aspecto tirano para ser condicionado pelo princípio da legalidade e pela separação dos poderes. A terceira dimensão representa o aperfeiçoamento das estruturas políticas para ampliar sua base de legitimação política, devendo o Direito ser constituído de forma democrática e o último processo está relacionada ao papel do Estado no âmbito econômico para garantir maior igualdade social e mitigar os problemas provindos do Estado liberal puro.

Essa breve descrição representa a evolução do Estado Moderno. As mudanças ocorridas na sociedade nas crises de 1970 influenciam cada um desses aspectos. É claro que as modificações não vão atingir todas as dimensões de igual forma ou até mesmo os diversos países de modo homogêneo, mas esses preceitos básicos consolidados no âmbito do Estado-nação vão sofrer com os abalos oriundos da reestruturação do capitalismo. O questionamento é compreender como essas bases que representam o Estado se mantêm em razão das mudanças estruturais sucedidas no final do século XX, especialmente a desconstituição do Estado Social (ZÜRN; LEIBFRIED, 2005, p. 3).

As bases de sustentação do Estado Moderno, e que faziam ele conseguir desempenhar de forma adequada suas funções, era a congruência entre espaço territorial e político que permitia gerenciar a diversidade de interesses no âmbito do Estado-nação. Cada Estado conseguia manobrar dentro dos seus limites territoriais sua força política para influenciar o desenvolvimento econômico e estabilizar as expectativas de seus cidadãos. Havia um relativo crescimento harmônico entre os diversos setores. O capitalismo era domado e os trabalhadores recebiam as benesses do Estado Social.

A mudança ocorre quando os Estados passam a ter que levar em consideração a possibilidade das empresas superar a limitação de sua base territorial e atuar globalmente, buscando mais lucro e maior produtividade. A expansão do mercado faz com que a aliança entre Estado, capital e trabalho seja quebrada. Com a economia

globalizada, o mercado consegue se expandir para âmbitos que o Estado-nação não consegue controlar. Esse fenômeno é descrito por Zürn e Leibfried:

There is extensive literature describing how the emergence of global markets has enabled businesses to elude political control, disempowering national politics and putting the nation-state in what Thomas Friedman has referred to as a 'golden straitjacket'. According to these studies, transborder economic and social transactions are growing rapidly while political intervention remains confined within national boundaries. (2005, p. 12).

Enquanto o Estado-nação conseguia manter sobre sua delimitação territorial, as relações sociais e econômicas, ele tinha êxito de forma efetiva, em utilizar o arcabouço teórico dos meios intervencionistas, mas, na medida em que o mercado e as relações sociais se internacionalizam, o Estado não consegue mais fazer uso dos veículos políticos com a mesma eficiência de outrora.

Os eventos históricos iniciados em 1970 refletem nas quatro dimensões constitutivas do Estado (recursos, formação do direito, reconhecimento de sua legitimidade e promoção do bem estar social).

Em relação à capacidade de arrecadar tributos e ao controle sobre o uso da força, para os principais países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), não houve grandes modificações, mesmo com o desenvolvimento de “paraísos fiscais” e com o fortalecimento das intervenções do Conselho de Segurança. Os países de fora da OCDE, entretanto, passam a ser mais suscetíveis da ação de grupos terroristas organizados, que chegam a controlar determinadas faixas territoriais e também tiveram sua organização econômica estrangulada pela possibilidade de competição entre os tributos de vários países. A globalização permite que as empresas possam analisar qual país tem a carga tributária mais atraente, criando uma guerra fiscal entre os Estados para atrair as empresas e seus investimentos (ZÜRN; LEIBFRIED, 2005, p. 18 - 19).

Outra dimensão também afetada é a eficiência do *rule of law* ante a proliferação de organismos com as competências normativa e para resolução de conflitos. Os Estados passam a concorrer com as estruturas internacionais que produzem normas, com atores privados que também buscam produzir suas normas, como no caso da *lex mercatoria*, *lex desportiva* e *lex digitalis*. Também enfrentam concorrência com outras estruturas que se arrogam na função jurisdicional, de cunho internacional ou privadas (ZÜRN; LEIBFRIED, 2005, p. 21).

Na medida em que as funções eram atribuídas aos Estados e submetidas ao escrutínio da legitimação política, passam a ser atribuídas para esferas internacionais e privadas, o que reflete na legitimidade democrática das decisões tomadas. A legitimidade das decisões é um dos aspectos mais importantes constituído no âmbito do Estado-nação, e ela remanesce limitada ao âmbito territorial e estatal. Um dos maiores dilemas que surge em relação às novas estruturas são os questionamentos sobre a legitimidade democrática. Como fazer que tais normas possam ser consideradas válidas sem o devido consentimento popular? (ZÜRN; LEIBFRIED, 2005, p. 22).

Não obstante esses problemas, é possível visualizar a possibilidade de reconhecimento de outros meios de legitimidade democrática além dos mecanismos eleitorais, como transparência e abertura aos que tiverem interesse em verificar as ações e a contabilidade desses novos atores. Quem sabe, o aperfeiçoamento de mecanismos de participação popular, de alternância no poder e separação dos poderes possam ser implementados no âmbito dos novos atores internacionais para tentar minorar o déficit de legitimidade democrática.

A última dimensão relacionada à capacidade de intervir na economia, para Zürn e Leibfried, claramente foi modificada com a internacionalização e a liberalização da economia (2005, p. 24). A privatização de setores diversos da economia, integração entre diversos setores produtivos e fortalecimento do comércio mundial fazem com que o Estado não mais tenha condições de guiar da mesma forma os rumos da sua economia.

Habermas faz uma análise do período clássico do Estado-nação como a fase em que o capitalismo foi domesticado e em que foi possível concretizar as promessas republicanas de inserção de cidadãos e integração social por meio do Estado e do capitalismo (2003, p. 102). Esse papel do Estado, entretanto, foi modificado ao final do século XX. Habermas faz uma análise dos desafios expressos ao Estado-nação em virtude das reformas políticas feitas para responder as crises de 1970. A crise do Estado social faz com que diversas áreas passassem por uma transformação, que se consubstanciam, nas palavras do autor, em

[...] desregulamentação dos mercados, a redução das subvenções e a melhora das condições de investimento e que inclui uma política monetária e fiscal antiinflacionária, bem como a diminuição de impostos diretos, a privatização de empresas estatais e procedimentos semelhantes. (2001, p. 65).

Para Habermas, essa situação tem origem clara e consequência direta: (i) a palavra-chave globalização como o norte interpretativo para a modificação estrutural do sistema econômico; (ii) a limitação de atuação do Estado-nação, ante as opções insuficientes para enfrentar esses novos problemas. A ideia de limitação das decisões que podem ser tomadas é consequência direta da globalização. As opções políticas antes da globalização tornam inviável o keynesianismo em um só país (2001, p. 67).

Habermas, ao analisar a formação do Estado Moderno, exprime a diversidade de etapas percorridas na sua caracterização (2001, p. 68). A evolução do Estado, em alguma medida, guarda paralelo com a ideia, já referida de besta polimorfa, de Zürn e Leibfried, tendo em vista que o Estado⁴³ passa a acumular várias funções.

O problema da crise do Estado Social, para Habermas, reside no fato de que a elaboração teórica estatal está alicerçada em determinada delimitação territorial (2001, p. 78). Os poderes e a capacidade de atuação do Estado estão adstritos às suas fronteiras. Tão-somente no Estado-nação foi possível desenvolver a congruência entre as estruturas políticas, jurídicas, sociais e econômicas, de tal forma que elas pudessem trabalhar de forma convergente. Na medida em que uma variedade de estruturas sociais consegue se emancipar da política presa territorialmente, elas passam a fazer pressão na estruturação e organização estatal, para que o Estado reformule suas políticas para atuar de acordo com o padrão de racionalidade internacionalizado.

André-Noël Roth também corrobora a mudança conjectural da sociedade mundial (2015, p. 15) e aborda as várias facetas que o Estado teve durante a sua evolução (2015, p. 17), mas Roth acrescenta algumas consequências diferentes das de Habermas em relação à reestruturação do capitalismo global. Para o autor, o fim da Guerra Fria altera o padrão de segurança mundial baseado na bipolaridade para uma faceta multipolar. Além disso, e nesse ponto convergindo com Habermas, o autor ressalta que o crescimento do mercado mundial torna de difícil aplicação as políticas keynesianas. A terceira e a quarta rupturas guardam maior interesse para este trabalho, porquanto o autor ressalta que os Estados tendem a buscar abrigo nas normas internacionais e também na participação em novos organismos internacionais, tendo tais estruturas como refúgio para o seu

⁴³ Ponto interessante na descrição dos três teóricos é o fato de que todos focam no Estado. Ao ter em mente que todas as classificações partem desse referencial comum, é possível compreender tal visão como corroboração do que foi exposto sobre a formação da soberania como preceito básico do Estado Moderno, nas considerações feitas sobre Hobbes. Mesmo que o processo histórico venha a incorporar uma pluralidade de obrigações e limites ao Estado, essas mudanças não implicam uma refutação do total da premissa que parte da necessidade de um soberano, mas sim em aperfeiçoamentos.

enfraquecimento. O reflexo final desse processo reflete na concepção clássica de soberania e da autonomia dos Estados. Existe o desenvolvimento de ampla teia regulatória no âmbito internacional, e, internamente, os Estados não logram mais utilizar os mesmos expedientes clássicos para conseguir o controle social ou desenvolvimento econômico. Ocorre, então, duplo processo de constrição relativamente às atividades do Estado (2015, p. 18 – 19).

Na medida em que os Estados tentam compensar as deficiências internas com maior proteção de estruturas internacionais, eles são um pouco mais enfraquecidos ante o fortalecimento de estruturas supranacionais e transnacionais. O Estado resta em uma situação paradoxal e pode perder poderes de qualquer lado, seja por parte da globalização, seja por parte do processo de delegação para estruturas internacionais.

A crise do Estado Social e as modificações realizadas nos Estados modificam as bases nas quais o constitucionalismo do segundo pós-guerra foi erigido. Tais mudanças não poderia deixar de ser criticadas. Para Bonavides, por exemplo, esse processo representa um retrocesso significativo, que pode acarretar um *status* neocolonial (2009, p. 19). O autor aponta a globalização e o neoliberalismo como formas peculiares de golpe institucional de Estado, modificando seu teor, substância e essência (2009, p. 23 - 24).

A grande questão para compreender as modificações no âmbito do Estado-nação é ter em mente a ideia de que a globalização conseguiu desatar a ligação necessária entre a dimensão territorial que unia a estabilidade entre capitalismo e poder político, que permitia o Estado conseguir efetivar de modo mais livre os direitos fundamentais, buscar legitimação democrática, realizar justiça distributiva no âmbito nacional. Se anteriormente o Estado conseguia manter os diversos interesses antagônicos estabilizados em sua delimitação territorial, fazendo com que estes caminhassem de forma a compatibilizar essa diversidade, com a globalização, o Estado não tem mais a mesma liberdade de atuação e os instrumentos que eram utilizados não se mostram mais eficazes.

A insuficiência do Estado em conseguir a devida regulamentação da sociedade dentro das suas delimitações territoriais faz com que ele passe a ser mais uma das variantes que devem ser levadas em consideração nas complexas relações globais. O sistema econômico consegue sua emancipação, tendo o Globo como norte para organizar seu processo produtivo, podendo barganhar com Estados e exigir que as normas jurídicas sejam feitas sob medidas para as suas demandas.

3. 1. 3 A independência dos subsistemas parciais e o levante contra o Estado

A reestruturação do capitalismo na crise de 1970 trouxe diversas consequências. A forma com a qual tal processo ocorreu foi por meio da adoção do neoliberalismo e pela ampla privatização, abertura de mercados e desregulamentação. José Eduardo Faria aponta cinco consequências disso para a sociedade⁴⁴, das quais duas, especificamente, são de suma importância para compreensão do papel do Estado e para o Direito. Essas duas consequências são: a incapacidade do Estado em determinar de forma autônoma sua política econômica e o enfraquecimento do papel do Estado como centro da arena política para definição de sentido e busca de objetivos (2011, p. 11 - 12).

A análise que Faria realiza sobre a expansão do mercado global parte da interdependência dos diversos setores, emersos do fortalecimento das cadeias produtivas descentralizadas. A estrutura produtiva foi repensada para conseguir alcançar um padrão de rentabilidade que havia sido perdido dentro do padrão econômico keynesiano (2011, p. 53). A reformulação jurídica é uma consequência das mudanças na base econômica. As instituições que foram forjadas não conseguem mais responder adequadamente à complexidade social.

O Estado, então, ante um ambiente econômico diferente e uma pulverização de outros discursos sociais, divisa sua atuação na sociedade como “mais uma voz no concerto social” (FARIA, 2011, p. 57). O Direito estatal não consegue se fazer valer de forma superior aos demais sistemas sociais fortalecidos. Dessa forma, o Direito estatal é forçado a modificar sua estrutura para tentar assegurar alguma coerência na sociedade fragmentada. A ideia de fragmentação social defende a noção de que, que além da dicotomia Estado e Sociedade, podem ser visualizadas outras estruturas intermediárias que desenvolvem a própria racionalidade. Subsistemas parciais, como Arte, Ciência, Economia, Saúde e Religião possuem lógicas próprias não coincidentes, necessariamente, com a lógica estatal. Determinada descoberta científica, por exemplo, diminui o campo de apreciação política sobre tal área passe a ser mais restrito. Ocorre uma “tecnificação” da sociedade, em que as diversas áreas sociais são cada vez mais especializadas e o

⁴⁴ As cinco consequências que são apresentadas por Farias estão relacionadas a um cenário macro de modificação social, que o autor destaca como um processo de reestruturação do capitalismo. Elas são: (i) acelerado desenvolvimento tecnológico e científico tornam a commodity voltado para resultados de curto prazo; (ii) redução da margem de autonomia dos governos nacionais; (iii) crescente diferenciação da economia em subsistemas especializados; (iv) realocação industrial que permite a reestruturação do processo produtivo em termos mais flexíveis, no cenário conhecido como pós-fordista; (v) crise do Estado-nação diante de novas estruturas políticas que passam a concorrer com o Estado, como organismos multilaterais, centros de expertise, ONGs (2011, p. 11 – 12).

Direito estatal, que busca ser uma estrutura superior e abranger todos os discursos, não consegue manter esse papel ante a especialização funcional de cada discurso.

A ideia dos discursos sociais deve ser vista como forma de setorização da sociedade. Diversas racionalidades passam a atuar de modo mais livre no Estado e no Globo. Discursos sobre questões econômicas, direitos humanos, direitos das mulheres, de minorias, movimentos ambientais, ciência, tecnologia, comunicação, transporte, saúde e propriedade intelectual buscam emancipação funcional do Estado e conseguem atuação internacional mais livre. O Estado passa a ver uma multiplicação dos discursos com racionalidades e lógicas próprias no âmbito interno e externo.

As opções que aparecem para o Estado, de acordo com Faria, são processos de “desjuridificação” e “procedimentalização” do Direito. Nos dois casos, o Direito produzido pelo Estado reconhece seus limites operacionais e passa a visualizar a nova estrutura social, de forma que o Direito possa atuar como mecanismo facilitador de autocomposição dos conflitos que emergem entre os diversos sistemas, em vez de tentar resolver diretamente o conflito. O Direito estatal reduz drasticamente seu nível de regulação ou cria procedimentos que possam se adequar à dinâmica e à flexibilidade que a nova complexidade social exige (2011, p. 58 – 59).

A adoção de tais medidas pelo Estado é fruto de uma análise de custo/benefício sobre a possibilidade de regular a sociedade. Quanto mais o Estado é pressionado a intervir socialmente, menos consegue fazê-lo de forma eficaz, pois não logra captar adequadamente as irritações sociais que sofre, bem como pela diversidade de racionalidades que o ambiente social passa a conter. Então, o processo de “desjuridificação” e “procedimentalização” do Direito se tornam as opções mais tangíveis. Para o Estado e o Direito, as consequências dessas duas novas técnicas, de acordo com Faria, representam o reconhecimento do pluralismo jurídico social, ante a produção normativa a que os agentes privados são estimulados e a privatização do Direito, o Estado deixa de ter a competência exclusiva de produção de normas e de composição dos litígios e passa a atuar de forma paralela com outros agentes (2011, p. 60 – 61).

Isto retrata o fortalecimento e a divisão de uma diversidade de subsistemas parciais que inicialmente eram limitados a atuar localmente e passam a ter atuação globalizada. A especialização funcional é fruto do processo natural de aumento de complexidade social e a globalização tem o papel estratégico de dar vazão à superação dos limites territoriais.

Diversos subsistemas passam a atuar no âmbito global ante os potenciais comunicativos possibilitados pelos avanços tecnológicos. A globalização não pode ser analisada como condição de existência dessa diferenciação funcional, mas, talvez, como facilitadora da expansão e maior visibilidade da fragmentação social. Dentro dos limites territoriais do Estado, já ocorre a fragmentação social em uma diversidade de campos sociais especializados e que pode ser visualizada na existência na diversidade de áreas jurídicas especializadas. Essa diferenciação interna demonstra que a globalização vem a catalisar um processo que já ocorre internamente⁴⁵.

Ao conseguir emancipação dos limites estatais, os grupos que guardam afinidade entre si buscam aproximação entre suas racionalidades específicas. Estruturas que raciocinam sobre questões com ciência, arte, cultura, tecnologia, esportes, e outros campos especializados, vão encontrar correspondentes no âmbito global que possuem a mesma racionalidade específica nas suas estruturas. A interação desses sistemas é um acontecimento natural e desnacionaliza sua atuação. Eles encontram no âmbito global apoio para suas demandas, conseguem obter aperfeiçoamento profissional, técnico e intercâmbio cognitivo em relação aos seus campos de atuação. Ao final desse processo, tais estruturas constituem uma identidade própria e autorregulam procedimentos. Essa situação ocorre tanto por meio de atores formais, como as organizações internacionais, ou, em determinados casos, por meio de processos informais, quando os Estados não conseguem responder adequadamente a tais anseios.

No âmbito jurídico, a diferenciação/emancipação/autorregulação das amarras políticas estatais reflete no enfraquecimento do poder regulamentar do Estado. A unicidade soberana centralizada no Estado para formação do Direito é afetada pela crise no *Welfare State* e a diferenciação dos setores sociais. O Direito não consegue mais captar e refletir adequadamente ante a pulverização social.

O processo de autorregulamentação dos setores sociais faz frente à noção de soberania atrelada ao território e unicidade do poder soberano. A centralidade do Estado e sua atuação como norte definidor de sentido para os setores sociais, condução da economia, têm seu potencial limitado em decorrência da emancipação social.

⁴⁵ Teubner, ao analisar sua teoria sobre constitucionalismo social, afirma: “Globalization did not, then, create the problem of societal constitutionalism. But, by destroying its latency, it dramatically changed it. In light of the much weaker draw of transnational politics compared to the nation state, the acute problems of other sectors of global society now appear in a much harsher light” (2012, p. 6). A fragmentação social, para Teubner, se encontra em um estado de latência que vem a ser demonstrado de modo mais intenso com a globalização.

Nesse contexto, para Zumbansen, a consequência é a incapacidade das teorias forjadas e aplicadas até o século XX de explicarem adequadamente o funcionamento e as estruturas da sociedade que se desenvolvem especialmente no século XXI. O autor afirma que: “background of concepts, instruments and tools that are dramatically losing their explanatory power, the consequences for disciplines such as law, economics, sociology or political science have for some time now started to unfold, both in research and teaching.” (2008, p. 5).

Essa nova dinâmica global faz com que uma discussão jurídica de feição clássica possa ser revivida. Com relação ao conflito entre funcionalismo e formalismo jurídico, enquanto o funcionalismo defende o caráter jurídico para as normas que conseguem fazer valer na sociedade, independentemente do reconhecimento estatal, o formalismo vai no outro sentido e atribui o selo de juridicidade somente às normas produzidas pelo Estado. No contexto de formação e consolidação do Estado, a vitória da corrente que defendia o formalismo é fruto dessa conjuntura, mas, com as mudanças estruturais, ocorrem o enfraquecimento e a transformação do Estado e da corrente formalista⁴⁶ (ZUMBANSEN, 2008).

Enquanto a batalha entre formalismo e funcionalismo não se mostra como nova discussão na teoria jurídica⁴⁷, a questão afere outros contornos quando se leva em consideração o atual contexto social, econômico e cultural. Com auxílio dessa discussão, é possível repensar o papel do Estado e se este detém ou não a exclusividade de dizer e aplicar o Direito (ZUMBANSEN, 2008, p. 10).

Zumbansen ensina que trinta anos após o final da Segunda Guerra Mundial, emerge outro ambiente social que modifica o contexto em que estruturas de regulamentação jurídica e instrumentos de engenharia social foram forjados. As novas relações sociais fizeram com que uma infinidade de demandas regulatórias cada vez mais especializadas emergissem e que os instrumentos formais estatais disponíveis não conseguem traduzir adequadamente essas pretensões (2008, p. 17).

⁴⁶ Bobbio, ao analisar esse debate, com base nas rubricas de estruturalismo e funcionalismo jurídico, destaca o fortalecimento de concepções sociológicas do Direito, como a de Niklas Luhmann, onde o estreitamento do Direito com a Sociologia dá origem às correntes funcionalistas. Esse debate, para Bobbio, antes de ser algo necessariamente novo, é a reposição do conflito entre monismo e pluralismo. O autor reconhece que é um comportamento presunçoso achar que as novas teorias apagam as velhas, uma vez que as teorias novas se tornam velhas e as velhas viram novas (2007, p. 82 – 83).

⁴⁷ Mesmo Kelsen que separa a validade de sua eficácia e com coerência de sua teoria formal, reconhece o status de norma jurídica a norma que é ineficaz, por outro lado, cede em relação a necessidade que as normas “numa consideração global” são de fato aplicadas, ou seja, eficazes (2011, p. 237)

Compreender a questão em torno da maior especialização dos discursos ocorre por meio da análise da complexidade da sociedade, que, por sua vez, está relacionada ao processo da diferenciação funcional ocorrente na sociedade moderna. Neves assevera que a ideia de complexidade deve ser vista como: “presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas.” (2008, p. 15). Analisa a diferenciação funcional da sociedade como uma desvinculação das estruturas a determinação por outros sistemas. O autor assim expõe: “Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa, econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional.” (2009, p. 23). A sociedade passa a ser mais complexa na medida em que os subsistemas parciais passam a operar de modo mais livre na sociedade. O Direito deixa de ser condicionado por ditames religiosos ou exclusivamente políticos. Como Neves ressalta, porém, não só o Direito, mas também outros sistemas sociais. Recorrendo mais uma vez às considerações de Neves, temos:

Isso leva a uma pluralidade de códigos-diferença orientadores de comunicação nos diversos campos sociais. A diferença ‘ter/não ter’ prevalece no sistema econômico, o código ‘poder/não poder’ tem o primado no político e a distinção ‘lícito/ilícito’ predominado no jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos ‘verdadeiro/falso’, ‘belo/feio’, ‘aprovação/reprovação’ (enquanto código-limite da diferença gradual ‘aprender/não aprender’, expressa nas notas e predicados) e o código amoroso (‘prazer/amor ou ‘amor/desamor’), que serve de base à formação da família nuclear moderna. (2009, p. 24).

Esses diversos campos sociais passam a ser mais livre, mais autônomos na sociedade mundial. Eles passam a reproduzir seus códigos e a buscar que eles sejam devidamente assimilados pelas estruturas jurídicas. Como os sistemas são mais complexos, a possibilidade de resposta do sistema jurídico a diversidade de estruturas que buscam ter sua mentalidade atendida é insuficiente em atender as demandas externas no ambiente. O Direito não tem condições de responder a todas as demandas do ambiente, que é muito mais complexo do que a sua estrutura interna. Essa estrutura da sociedade traz o viés hipercomplexo e multicêntrico, não sendo possível identificar nenhum centro de poder que possa fazer uma descrição superior da sociedade. Marcelo Neves ressalta, ainda, que eventuais tentativas de descrever a sociedade com base num viés hierarquizado ou de uma estrutura superior são ilusões (2009, p. 25).

Essa faceta da sociedade mundial como hipercomplexa, a fazer com que o Direito interno seja pressionado a realizar uma mudança paradigmática no âmbito da

regulação jurídica. Uma das respostas teóricas é o desenvolvimento das teorias sobre *responsive law* e *reflexive law*. Essas teorias têm como premissa a emancipação dos diversos subsistemas do formalismo estatal. Elas conseguem responder os problemas que as teorias de feição clássica não conseguem. Elas defendem que o aumento da complexidade social fez com que a ligação entre Direito e Estado não mais conseguisse dar conta da especialização funcional e das demandas normativas que cada subsistema social com sua própria racionalidade possui (ZUMBANSEN, 2008, p. 20 - 21).

A relação entre Direito e poder exposta no decorrer do desenvolvimento da soberania no Estado Moderno, e que serviu como justificativa para que tão-somente o soberano tenha a competência de produzir normas e demais funções atinentes ao *rule of law*, passa a ser problematizada. A fragmentação social tem um caráter descritivo e prescritivo. A Constituição, especificamente, para a teoria dos sistemas, é vista como uma aquisição evolutiva para a relação entre o sistema jurídico e o sistema político. Ela tem a função de ser um canal de comunicação constante entre as duas estruturas, de forma tal que seja preservada a autonomia dos dois sistemas, mas que também permita o aprendizado mútuo (NEVES, 2008, p. 97 – 98). Essa forma de descrição da sociedade e do Direito, entretanto, chega a um limite ante um processo em que o papel do Direito e da Constituição não consegue mais responder adequadamente à infinidade subsistemas que buscam se emancipar do poder regulatório estatal.

Esse contexto pode ser comparado à situação de Gulliver, derrubado perante uma infinidade de pequenos homens que, não obstante seu menor porte, diante do gigante, seu maior número e sua engenhosidade conseguem fazer com que seus propósitos fossem alcançados. A analogia se harmoniza na medida em que o Estado e a Constituição, mesmo ocupando posições vistas mais socialmente segmentadas, não conseguem controlar todos os subsistemas parciais da sociedade e que buscam ter suas pretensões jurídicas atendidas.

A estrutura do Direito *responsive/reflexive* tem por intuito esclarecer o desenvolvimento de normas, não desde o centro estatal, mas das diversas periferias de racionalidades que conseguem se fazer valer mesmo diante do centro, no caso, o Estado. As diversas racionalidades que conseguem se emancipar do Estado passam a desenvolver sistemas jurídicos próprios para traduzir, por meio de normas e procedimentos jurídicos próprios, a forma específica de racionalidade que o subsistema representa. Esse processo ocorre dentro dos diversos subsistemas parciais, fazendo com que ocorra uma implosão na ideia do sistema social unitário e da capacidade do Estado de atuar como vetor de unificação dentro da pluralidade (ZUMBANSEN, 2008, p. 24).

Zumbansen relembra que o debate em torno da unicidade e da centralidade do Estado como produtor de normas é uma discussão de longa data travada pelos sociólogos do Direito e que talvez não esteja totalmente desconexa da atual discussão no concernente à fragmentação do Direito Internacional, mas que, para compreender bem esses dois fenômenos, é o caso de debater não somente o papel da lei desde a globalização, mas teoria sobre o próprio desenvolvimento do Direito (2012, 306).

A proposta de Zumbansen tem como premissa uma leitura da sociedade e do Direito de uma forma que consegue englobar e compreender as alterações no âmbito interno (nacional) e externo (internacional). Tal mudança de perspectiva requer uma mudança metodológica e uma refutação teórica. O autor utiliza a ideia de um Direito transnacional como uma dimensão metodológica que pode conciliar tanto o âmbito local quando o internacional. Além disso, para o autor, a crítica que provém da Sociologia do Direito, que analisa o pluralismo, também possui grande valia pelo fato de refutar a conexão necessária entre Estado e Direito, como dimensões que não podem ser apartadas (2012, p. 308 – 309).

A concepção que Zumbansen traz em relação ao Direito guarda conexão com o diagnóstico feito por Faria. A unicidade e a centralidade estatal não mais conseguem responder à complexidade social que advém da fragmentação social entre diversos subsistemas parciais. O Direito, para ser efetivo, precisa repensar seu modo de operação e, de algum modo, dar espaço para a auto-organização dos subsistemas parciais, para que eles possam realizar autocomposição de seus litígios e possam produzir as próprias normas.

Um dos pontos ressaltado por Zumbansen é o fato de que o Estado, mesmo fragmentando em diversos subsistemas, mantém sua importância. Ocorre a produção de uma intrincada rede de normatividades que provém dos mais diversos níveis, seja local, regional, internacional ou privado, fazendo com que ideias como hierarquia normativa, separação dos poderes e unicidade do Direito sejam factualmente refutadas (2012, p. 314).

As considerações feitas no âmbito da diferenciação funcional interna estão intimamente relacionadas a expansão das organizações internacionais e de várias ONGs em diversos campos temáticos, fazendo com que a sociedade devesse ser interpretada tendo em vista a diversidade funcional entre as áreas.

Os demais atores internacionais passam a se expandir internacionalmente ante a possibilidade para tanto e da insuficiência do Estado e demais organizações internacionais responderam adequadamente as demandas sociais. Essas estruturas

possuem demandas que não conseguem ser atendidas na velocidade necessária, mas que não podem ficar sem uma resposta, indefinidamente.

3. 1. 4 A dimensão territorial e a necessária conexão com o Estado

Feitas as considerações em relação ao processo de enfraquecimento e transformações do Estado do ponto de vista externo e interno, é interessante ressaltar que, não é adequado ir ao extremo e advogar pela desnecessidade ou desimportância do Estado. Saskia Sassen aponta três posições tradicionalmente apresentadas sobre a globalização e os reflexos para o Estado. A primeira analisa o Estado como vitimado pela globalização, perdendo seus poderes de forma ampla; a segunda no sentido de que ainda cabem ao Estado todas as suas competências e que pouco mudou, e a terceira é no sentido de que cabe ao Estado se adaptar as novas relações globais. A autora entende que há uma quarta posição, que ela defende: o Estado não pode ser analisado como desimportante, nem que todas as suas funções se mantêm intactas ou que o Estado se reduz a reproduzir os ditames oriundos da globalização. O Estado, para Sassen, é um *locus* estratégico para transformações fundamentais na sociedade (2010, p. 42 – 43).

Em ao menos quatro pontos se destaca o papel do Estado: (i) *locus* territorial onde as normas são aplicadas e criadas; (ii) aplicação de normas extraterritoriais; (iii) base de legitimação para as práticas por parte de atores formais e informais; (iv) autonomia de estruturas subnacionais na implementação de determinadas práticas.

A ideia de *locus* territorial onde as normas são aplicadas também ressalta a importância da dimensão estatal. Mesmo ante a significativa expansão das organizações internacionais e da modificação do Estado no âmbito internacional, as normas também são interpretadas e aplicadas dentro de um Estado específico; precisam, em determinados casos, contar com o apoio ou a não resistência do Estado para que elas possam produzir seus efeitos devidamente. Nessa interpretação e aplicação normativa, os Estados deixam alguns traços próprios que contribuem para o desenvolvimento da semântica internacional.

Alguns exemplos em relação à mudança internacional possuem esse traço nacional, como a decisão da Câmara dos Lordes inglesa em relação ao caso Pinochet, no que concerne ao processo de extradição iniciado em virtude da solicitação de um tribunal espanhol (SANDS, 2001).

Já em relação ao processo de produção normativa, também há necessidade de uma dimensão territorial que influencia na produção e na aplicação. Não é possível que a globalização ocorra de forma totalmente superior às delimitações territoriais.

Dentre os principais pontos que podem ser ressaltados da importância do Estado, Antonio Cassese e Luigi Condorelli apontam que, de acordo com a própria Carta das Nações Unidas, em seu artigo segundo, há o reconhecimento de que é um sistema fundado nos Estados soberanos e que são os Estados os criadores das principais normas e dos mais importantes órgãos (2012, p. 15).

Cassese e Condorelli reconhecem a crescente relevância das organizações internacionais, mas também destacam que, mesmo as organizações internacionais mais bem aparelhadas não possuem oficiais de justiça, policiais ou guardas, ou forças armadas. Mesmo os “capacetes azuis” da ONU, na verdade, são contingentes nacionais disponibilizados para a Organização. Mesmo as decisões tomadas no âmbito externo têm que passar pelo crivo dos Estados. Os autores ressaltam que:

International (and/ or supranational) law does not come down to states like the Ten Commandments to Moses on Mount Sinai. It is not the Lord that establishes it and imposes it from heaven on those who are called to respect it: it is the states themselves that make it and command it in their agreements. (2012, p. 17).

O aspecto territorial também se mostra importante no fato de que é relativamente comum em reuniões de grandes organizações a contestação por movimentos sociais. Um dos exemplos marcante ocorreu em Seattle, no ano de 1999, que teve ampla participação da sociedade civil em um evento contra a OMC. Além dessas reuniões, ainda existem cidades elevadas ao status de cidades globais, haja vista a importância que elas passam a ter para toda uma cadeia de eventos, seja do ponto de vista produtivo ou cultural (SASSEN, 2010, p. 51).

O Estado também se mostra como o primeiro nível de conscientização que deve fiscalizar os bens no local onde ocorrem as infrações. As normas de proteção ambiental vão ter pouca valia se os locais onde ocorre a destruição não forem devidamente fiscalizados e os envolvidos devidamente punidos com a celeridade necessária. O Estado mantém sua função de aplicação e fiscalização das normas, não podendo ser totalmente desconsiderado.

Mesmo em relação às estruturas informais, no caso, as grandes multinacionais, o aspecto territorial estatal também demonstra seu relevo. Sassen afirma

que a fragmentação da produção em diversas localidades do Globo tem como consequência a ampliação das funções de coordenação e comando, oriundas dos centros decisórios. Além da produção, a autora também destaca a larga ampliação das matrizes de empresas. Tais centros, de acordo com a autora, têm uma localização geográfica, especialmente, no Atlântico Norte, sem desconsiderar o papel da China e do Japão nesse contexto. O Vale do Silício, na Califórnia, pode ser usado como exemplo, em que uma determinada localização geográfica passa a ter uma grande importância para assuntos de natureza global, haja vista que o ICANN se localiza territorialmente nesse espaço, além de uma infinidade de outras empresas relacionadas ao setor de pesquisa e tecnologia. A importância da Califórnia é tão grande que, se fosse considerado um país, seria a sétima economia do Mundo, superando inclusive o Brasil⁴⁸. Tal organização territorial permite que até mesmo as estruturas privadas também possam ser pressionadas pelas estruturas políticas e sociais que as circundam (2010, p. 54 – 55).

Varella também ressalta a importância dos Estados como ambiente onde as estruturas sociais vão passar em algum momento, seja como mola de propulsão política ou como âmbito de implementação do que foi deliberado (2013, p. 241).

Relativamente a aplicação de normas extraterritoriais, Varella acentua que tal processo ocorre especialmente por parte das grandes potências mundiais, que conseguem fazer valer seu sistema normativo, seja por pressão direta, meios contratuais ou pelo próprio processo de integração financeira. O autor traz algumas áreas como terrorismo, corrupção, meio ambiente e proteção sanitária como registros de casos onde ocorreu a aplicação de normas nacionais com aspecto extraterritorial (2013, p. 140 – 141).

Um caso de extraterritorialidade trazido por Varella está atrelado ao combate à corrupção empresarial. O autor expressa o tácito processo de expansão da competência da legislação estadunidense em relação ao combate da corrupção empresarial. O foco inicial eram as empresas ianques que praticavam atos de corrupção no Exterior, sendo ampliado para as organizações que tivessem filiais nos Estados Unidos e, por fim, para qualquer firma que tivesse ações negociadas em solo dos EUA, o que garantia significativa amplitude. Um dos casos que é exemplificado por Varella em relação a atos de corromper políticos por parte da empresa Siemens. Para garantir a vitória em contratos com os governos, a empresa pagava propina que era denominada de “lubrificação do

⁴⁸ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/california-supera-brasil-como-7a-economia-mundial> Acesso em: 15 de julho de 2015.

sistema de relações empresariais”. Ao ser investigada nos Estados Unidos, a empresa optou por fazer um acordo de 800 milhões de dólares com o Governo americano e 533,6 milhões de dólares com o Governo alemão (2013, p. 142 – 143).

No pertinente à proteção ambiental, também ocorre a de aplicação de normas estrangeiras de forma indireta no Mundo, podendo ser visualizado, indiretamente, como um caso de extraterritorialidade. Se há uma relação comercial entre dois países distintos, quando aquele que recebe a mercadoria faz alguma alteração relativa a sua legislação, aumentam os padrões de importação ou possui uma metodologia específica, tal situação afeta o país produtor. No caso brasileiro, por exemplo, alguns exportadores para países onde a religião é a judaica ou muçulmana, o abate dos animais deve seguir um rito específico para que se adeque aos padrões das duas religiões⁴⁹.

Com respeito a vedações diretas em relação a determinados produtos, Varella aponta três casos: (i) União Europeia e a vedação a importação de carne bovina com o hormônio somatotropina; (ii) os Estados Unidos em relação ao camarão e o atum de alguns países, pois que acarretava a morte de tartarugas marinhas e golfinhos, respectivamente; (iii) o caso brasileiro da vedação de importação de pneus da Comunidade Europeia, em virtude dos riscos que poderia advir com a proliferação da dengue (2013, p. 149).

O caso que merece ser mais detalhado, que é a importância de um nível mais específico, foi o da vedação da importação de amianto por parte da União Europeia em razão dos riscos de câncer que o manuseio do produto pode causar. A questão foi levada à OMC por parte dos Estados Unidos e Canadá. Os países afirmavam que o risco de câncer não existia mais, pelo fato de que o amianto era encapsulado e que o contato com o amianto só iria ocorrer no momento do uso ao cortar o material e que os avisos para o uso de máscaras e fitas isolantes seriam suficientes para elidir o risco. Os exportadores também informaram que tais produtos eram amplamente utilizados em seus países e que não havia nenhum problema comprovado do uso do amianto. O ponto que ressalta a importância do local e que foi apresentado pela União Europeia em sua defesa foi o fato de que os hábitos e costumes europeus no manuseio de ferramentas e na manutenção doméstica eram divergentes dos estadunidenses e canadenses. Enquanto nesses países esses serviços eram realizados por profissionais, na Europa não acontecia da mesma forma. Em virtude desse fator, não havia comprovação de que os consumidores iriam ler a rotulagem ou modificar seus hábitos enraizados culturalmente e, então, havia risco para

⁴⁹ Disponível em: <https://www.fao.org.br/cargeab.asp> Acesso em: 15 de julho de 2015.

os europeus. Em razão da existência de um risco, cabe ao Estado escolher o nível de perigo aceitável ao qual pretende se submeter (VARELLA, 2013, p. 152 – 153).

A capacidade do Estado de determinar o risco aceitável, bem como a interpretação das normas, levando em conta também os usos e costumes locais, são pontos que demonstram a relevância que os Estados e o território têm no processo de concretização normativa. As normas produzidas não podem ser interpretadas de forma desconexa da realidade social que elas pretendem regular.

A importância do Estado também ocorre pelo fato de que a sua base territorial ajuda a buscar legitimidade democrática para os diversos agentes atuantes no âmbito global. O desenvolvimento de uma dimensão democrática tem sua importância para que os processos sociais não ocorram de forma totalmente tecnocrática. O Mundo, dificilmente, será constituído em torno da ideia de alguma democracia cosmopolita, mas, no âmbito local, o fortalecimento dos Estados e de seus potenciais democráticos é condição para o próprio processo da diferenciação e também para a resolução pacífica de litígios entre os subsistemas.

O último ponto destacado em relação aos Estados é a ideia de unidades subnacionais. As posturas dos Estados não podem ser interpretadas como uma estrutura homogênea que não é alvo de divergência interna. É possível que Estados-membros tenham posição divergente em relação à atitude adotada pelo Estado. Em determinados contextos, é possível até mesmo que os Estados perfilhem as normas que representam a mentalidade das normas internacionais, ou que pressionem os seus Estados para que incorporem essas normas internamente.

O papel dos Estados-membros, ou até mesmo outras estruturas de caráter subestatal (grupos de pressão como ONGs e empresas) querem se adequar às normas produzidas internacionalmente. A adequação aos padrões internacionais pode fazer com que novos mercados sejam abertos. A fragmentação temática interna faz com que os subsistemas parciais nacionais observem as relações internacionais. A relação entre as estruturas nacionais e internacionais não implica impossibilidade de que outros grupos observem a dinâmica das relações internacionais e tentem incorporar para o seu arcabouço institucional os procedimentos e normas que acham mais adequados.

Concluindo as considerações em relação aos Estados, mesmo sem levar em consideração os demais fatores a serem apresentados, já é possível postular uma mudança na feição do Direito Internacional clássico, desenvolvido com base unicamente na

soberania. Há uma proliferação de sujeitos que fazem com que novas variantes sejam inseridas na organização e estruturação do Direito Internacional.

3. 2 Formação, expansão e a busca por autonomia temática das organizações internacionais

O desenvolvimento das organizações internacionais representa uma intensificação das relações internacionais, ou seja, ainda no âmbito da teoria consolidada em Westfália. Com o fortalecimento comercial e a Revolução Industrial, ocorreu uma tendência natural à expansão das relações comerciais e sociais transposta à delimitação territorial dos países, e isso cria zonas de intersecção dos Estados.

O contato mais constante entre Estados traz a necessidade de aprimorar a relação entre eles, especialmente na medida em que aparecem conflitos de interesse. As organizações internacionais têm como premissa justamente a existência de uma pluralidade de Estados e sua criação depende da vontade dos Estados em se associar e criar uma estrutura específica para lidar com questões de interesse mútuo e que não podem ser resolvidas de forma unilateral por nenhum Estado.

Dessa forma, as organizações internacionais não possuem personalidade jurídica internacional originária, mas são criadas pelos Estados, que são, somente estes, estruturas conhecidas, tradicionalmente, como sujeitos do Direito Internacional. Quando, porém, são criadas pelos Estados, as organizações internacionais passam a figurar ao lado dos Estados como os sujeitos do Direito Internacional.

As organizações internacionais são fruto da vontade dos Estados e da consciência de que existem determinados problemas que não podem ser resolvidos de forma isolada por eles. Existem problemas comuns a vários Estados e que a tomada de uma posição unilateral poderia sair muito cara para o Estado ou poderia não surtir efeitos, se os demais Estados não se comprometessem. Elas servem para ser um centro de coordenação e auxílio mútuo entre os Estados para que eles possam otimizar esforços em torno das questões que não se podem trabalhar de forma isolada.

Os Estados percebem que é interessante criar uma organização internacional para: (i) coordenar esforços; (ii) diluir os custos das operações e (iii) aprimorar as chances de efetividade de seus objetivos. A atuação isolada dos Estados pode ser ineficiente, sem contar com um centro que possa coordenar as atitudes. Além disso, os custos de uma atuação isolada também podem ser mais altos para um só Estado. Por fim, mesmo que

alguns Estados tenham atitude adequada, isso não garante a efetividade da sua atuação, porquanto os demais podem não ajudar.

A situação de um rio poluído, compartilhado por três países, pode ajudar a visualizar os motivos que levam à criação de uma organização internacional. Se os três países atuarem de forma descoordenada, eles podem gastar mais do que o necessário para limpar o rio, ou adotar políticas contraditórias que podem até mesmo se anular. Essa forma descoordenada de atuação pode ser ineficiente. Além disso, se dos três países só um custeia a limpeza do rio, essa situação acarreta *free riders* ou a inviabilidade da limpeza. Os outros países vão se beneficiar da limpeza do rio, mesmo sem ter contribuído. No caso de não compartilhamento de custos, isso pode ensejar problemas compartilhados também. Se o custo é um milhão (hipoteticamente), esse valor pode ser muito alto para um país isolado, mas pode ser diluído e mais acessível a todos. O último ponto, ineficiência, ocorre se dois países atuam de forma a limpar o rio e buscar uma política ambiental adequada, mas o terceiro utiliza o rio para despejo de detritos industriais e o polui. Mesmo que os demais atuem de forma adequada, o descaso do outro faz com que a situação seja ineficiente.

Essa situação hipotética traz os pontos básicos que podem justificar a criação de uma organização internacional. Ainda no caso do rio, se fosse criada uma organização entre esses Estados, os esforços poderiam ser coordenados, os custos diluídos e o comprometimento de todos poderia ser reforçado. A criação de uma organização, pois, se justifica como forma de aumentar a eficiência administrativa e operativa em determinadas áreas em que os interesses são compartilhados.

Archer faz uma análise dos elementos que justificam uma demanda por organizações internacionais e, para o autor, quatro elementos são necessários: (i) um número significativo de Estados funcionando como unidades políticas independentes; (ii) um contato constante entre esses Estados; (iii) uma preocupação que a partir desse contato problemas e conflitos possam emergir; (iv) a necessidade de criar métodos e instituições que tenham condições de lidar com essa interação (2001, p. 4).

A criação das organizações internacionais pelo exposto, é uma forma de coordenar a atuação dos Estados no âmbito internacional. O papel das organizações internacionais se torna mais patente em especial ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a multiplicação delas. Com o maior número de organizações internacionais, a dinâmica das relações internacionais já passa por alterações, ante um novo sujeito que busca por mais autonomia funcional e procura influenciar os campos temáticos em que atua.

3. 2. 1 Os primeiros passos das organizações internacionais no segundo pós-guerra

Antes da criação das organizações internacionais as divergências entre os Estados eram solucionadas por meio de conferências internacionais *ad hoc*, onde o conflito seria resolvido e a estabilidade retomada. Amerasinghe afirma que a própria paz de Westfália de 1648, o Congresso de Viena de 1815 e o Tratado de Versalhes de 1919 representam acordos pontuais foram feitos para resolver problemas. Mas só que, para o autor, essa metodologia acaba por encontrar limites estruturais na medida que a relação entre os Estados se torna mais constante. O autor apresenta seis dificuldades dessas conferências: (i) para cada novo problema, uma nova conferência deveria ser convocada, o que atrasava a eventual solução do problema; (ii) essas convenções acabavam sendo influenciadas excessivamente pelos interesses nacionais, ao invés de possuírem um corpo técnico com o intuito de resolver o problema; (iii) não havia princípios regulamentando os direitos e as obrigações dos Estados que iam participar das conferências; (iv) a total igualdade entre os Estados fazia com que as decisões só pudessem ser tomadas de forma unânime; (v) as conferências passaram a ser usadas para discutir outras questões diplomáticas e políticas, deixando de lado a questão jurídicas; (vi) não conseguia resolver com alto teor político, quando envolvia questões entre diferentes países e com interesses diferentes (2005, p. 2).

Enquanto as questões políticas esbarravam no interesse nacional, em outras áreas é possível identificar maior velocidade de interação das nações. Amerasinghe anota que, na segunda metade do séc. XIX, algumas agências administrativas foram formadas para lidar com questões burocráticas comuns a diversos Estados, como o uso dos rios que eram compartilhados na Europa (Reno, Danúbio, Elba) e também em áreas como telegrafo (União Universal Telegráfica – 1865) e correspondência (União Postal Universal – 1874). Esses foram as primeiras matérias formadas por meio de uma estrutura que pode ser comparada as organizações internacionais (2005, p. 4).

As organizações internacionais passaram por um processo de fortalecimento com o Tratado de Versalhes. Este, de acordo com Amerasinghe, é o marco divisor entre duas fases nas estruturas internacionais: 1815 – 1914 como o período de preparação; e a partir de 1914 como a era da criação das organizações internacionais, como um fenômeno dos séculos XX e XXI (2005, p. 5). O ano de 1945 e o fim da Guerra Fria também podem ser tidos como marcos para as organizações internacionais, já que várias organizações de peso foram criadas após 1945 e que, ao final da Guerra Fria, pode ser visto como um

marco pelo fato de que bloqueios à atuação das organizações foram retirados, ante a amenização da política mundial.

Durante o primeiro período, já era possível verificar uma tendência para a formação de determinadas organizações internacionais, como as primeiras agências administrativas. Além dessas iniciativas, ainda ocorreu um evento importante que serviu como fonte de inspiração para a futura Liga das Nações. Ao final do séc. XIX, o Czar Nicolas II propôs uma conferência sobre desarmamento e, dessa conferência, foi desenvolvido o sistema de Haia. Foram realizadas duas reuniões nos anos de 1899 e 1907, contando com a participação de 26 Estados e, posteriormente, 44 Estados (com representantes inclusive de delegações latino-americanas). Foi adotada uma convenção para resolução pacífica de litígios em 1899 com uma Corte Permanente de Arbitragem. Os Estados também tinham o intuito de formar uma instituição permanente para deliberação sobre as questões internacionais. O encontro em 1907 determinou que a próxima reunião deveria tratar sobre a sede e os novos passos da instituição. Em virtude, no entanto, da erupção da Primeira Guerra Mundial, a terceira conferência que havia sido programada para 1915 não ocorreu (HERZ; HOFFMAN, 2004, p. 33 – 34).

Mesmo que nesse período não fosse criada uma grande organização internacional, era notório o avanço dessas estruturas, tanto formais quanto informais. Em 1910 foi criado o *Office Central des Associations Internationales*. Para Akira Iriye, a criação dessa central é um claro reflexo de que as organizações internacionais eram cada vez mais numerosas e que era necessário um centro de coordenação de suas atividades ou ao menos para cadastrá-las (2002, p. 17).

As forças em prol do desenvolvimento de instituições mais fortes e com objetivos mais amplos não foram suficientes para evitar que os interesses nacionais deflagrassem a Primeira Guerra Mundial. O conflito acarretou a paralisação das atividades de boa parte das organizações que existiam, mas também fez com que fossem criados mecanismos que facilitavam viajar longas distâncias com uma velocidade maior, o que iria facilitar a socialização humana (IRIYE, 2002, p. 17).

Ao final da Primeira Guerra, o que se observou foi o renascimento do espírito em torno da necessidade da criação de organizações internacionais. Durante a guerra, o número de organizações caiu de 13 para nove, mas nos dez anos após o conflito o número aumentou para 31. O número de ONGs também teve o primeiro retrocesso com a deflagração do conflito (de 214 para 135), mas, ao final da Guerra, chegou a 375. Dentre

as novas organizações, a mais importante era a Liga das Nações, que deveria exercer um papel central no pós-guerra (IRIYE, 2002, p. 20 - 21).

Algumas das consequências da Primeira Guerra que podem ser destacadas são: (i) consciência dos Estados que o uso da força ilimitado para resolução de conflitos não é adequado; (ii) a criação de novos Estados, baseado em uma comunhão étnica e direito à autodeterminação; (iii) uma nova organização internacional que divergia do padrão das existentes. A Liga das Nações deveria ter o papel de centralizar os esforços e fortalecer as atividades em torno da cooperação e desenvolvimento do Direito Internacional (DUNOFF; RATNET; WIPPMAN, 2006, p. 15 - 16).

As inovações tecnológicas que a guerra trouxe também criaram necessidade de aumentar a regulamentação entre as nações para garantir a coordenação entre as suas atividades. Aviação, chamadas de longa distância e radiotransmissão, não poderiam ser regulamentadas de forma isolada por um Estado e precisavam de regulamentação por meio de coordenação entre os Estados (IRIYE, 2002, p. 22).

A Liga das Nações foi concebida, especialmente, para manter a segurança coletiva, mas ela teve problemas com a não ratificação dos Estados Unidos e em episódios sensíveis, como as agressões perpetradas por Japão, Itália e Alemanha. A ascensão de estados totalitários na Alemanha e na Itália, a posição passiva das demais potências centrais que buscavam seus interesses nacionais e permitiram o avanço da política imperialista de Hitler acarretaram uma nova guerra mundial.

Ao final da Guerra, o papel das organizações internacionais foi modificado. Após 1945 ocorreram o fortalecimento e a expansão no número das organizações internacionais. A Guerra deixou patente a necessidade de estruturas mais fortes e permanentes que pudessem coordenar eventuais conflitos de interesse entre os Estados. Os Estados não podem ser pensados de forma isolada, nem podem ser ignorados os efeitos da atuação de um Estado em relação aos demais e a manutenção da paz. As organizações internacionais são respostas à necessidade de formalização, permanência e agilidade para responder aos problemas entre os Estados no âmbito internacional. Elas podem ajudar a manter a paz, coordenar esforços, aprimorar a atividade cooperativa. Kal Raustiala traz de forma precisa as alterações que as organizações internacionais passaram após a Segunda Guerra:

But the real break point came with the creation of the UN and the explosion of institution building that followed – or, in some cases, such as the Bretton Woods institutions, accompanied – the San Francisco conference of 1945. Institutions with weeping scope and meaningful capacity multiplied in the wake of World War II, as did a wide range of agreements, some in areas that

had hitherto simply not existed as subjects of international law. Arms control, human rights, foreign investment, environmental protection – these and many other topics were the focus of extensive rule-making in the postwar order. The number of treaties deposited with the UN grew from fewer than 4,500 in 1959 to more than 45,000 fifty years later. By one estimate, there were 37 IOs in the system in 1909; a century later, 1,839. (2013, p. 296).

As negociações em torno das Nações Unidas, assim como as estruturas econômicas criadas em Bretton Woods, foram iniciadas antes mesmo do término do conflito. A Carta do Atlântico continha projetos para o pós-guerra, envolvendo os Estados Unidos e a Inglaterra, sobre cooperação econômica e também a respeito de segurança coletiva, sendo elaborada em 1941. A continuidade das negociações iniciadas com a Carta do Atlântico ocorreu em 1944, em Washington, e no ano de 1945, em São Francisco, que teve a participação de 51 Estados. Mesmo que os Estados tivessem consciência da necessidade cooperativa e da criação de uma organização internacional mais forte, os preceitos básicos que guiaram a confecção dessa estrutura não poderiam contrariar totalmente o princípio da soberania e o papel dos Estados. Dessa forma, a nova organização ainda tinha como base a igualdade soberana dos Estados. A organização também reconheceu um grupo especial de Estados, os vencedores da Segunda Guerra e as superpotências, como os encarregados das questões envolvendo segurança coletiva. Tais problemas deveriam ser submetidos ao Conselho de Segurança, formado por China, EUA, URSS, França e Inglaterra⁵⁰. A criação dessa organização internacional ocorreu de forma bem rápida, os Estados Unidos, por exemplo, foi o primeiro país a ratificar a carta das Nações Unidas e em três meses já havia assinaturas suficientes para a sua entrada em vigor (MINGST; KARNIS, 2012, p. 22).

A estrutura das Nações Unidas possui seis entes principais: Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. Essas estruturas desempenham funções diversas e relacionadas a importantes aspectos internacionais. Deve ser feita a ressalva de que essas seis estruturas principais guardam peculiaridade e algumas delas estão subdivididas em uma diversidade de outros órgãos, tornando sua estrutura complexa. Além da criação dessas organizações, um dos aspectos interessantes em relação a essa nova estrutura

⁵⁰ Uma das discussões contemporânea é o debate se o Conselho de Segurança reflete a organização geopolítica mundial. O poder de veto concentrado entre esses poderes acaba sendo um fator que atrasa o desenvolvimento do Direito Internacional e que não reflete a nova distribuição do poder entre novas superpotências, como a Alemanha e países em ascensão.

formal foi a incorporação de uma diversidade de atores para o arcabouço institucional da ONU, como previsto no Art. 57⁵¹ e 63⁵² da Carta (MINGST; KARNNS, 2012, p. 24).

Uma das estruturas do sistema ONU que tem a maior fragmentação e diversas funções é o Conselho Econômico e Social, dividido em nove comissões funcionais, cinco comissões regionais e 19⁵³ agências especializadas e relacionadas (MINGST; KARNNS, 2012, p. 36). A infinidade de áreas abordadas pelas diversas organizações internacionais torna difícil algum campo de interesse nacional não ser trabalhado por alguma organização internacional.

A diversidade de campos temáticos abordados pelas organizações internacionais faz com que a relação entre as agências não seja necessariamente harmônica. É possível visualizar situações de conflito entre as agências, uma vez que elas podem buscar objetivos que podem ser vistos como contraditórios. Organizações que defendem a ampliação das normas de proteção social (OIT) podem entrar em conflito com as normas utilizadas pelo FMI ou Banco Mundial. As normas de proteção intelectual podem entrar em conflito com os objetivos da OMS em ampliar o acesso a medicamentos. Várias situações de conflito abstrato podem ser imaginadas entre os temas. Esses fatores influenciam negativamente na coordenação de suas atividades. Se uma organização persegue um objetivo que pode ser danoso para algum Estado ou alguma política de interesse nacional específico, ela pode sofrer com cortes no seu orçamento, o que reflete na eficácia para alcançar seus objetivos (MINGST; KARNNS, 2012, p. 44).

Ao final da Segunda Guerra e com a criação de uma diversidade de organizações internacionais, a questão deixa de ser o debate sobre a necessidade da

⁵¹ Artigo 57 1. As várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63. 2. Tais entidades assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui por diante, como entidades especializadas.

⁵² Artigo 63 1. 1.O conselho Econômico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das entidades a que se refere o Artigo 57, a fim de determinar as condições em que a entidade interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembléia Geral. 2. Poderá coordenar as atividades das entidades especializadas, por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembléia Geral e aos Membros das Nações Unidas.

⁵³ As agências especializadas que fazem parte do Conselho Econômico e Social são: Food and Agriculture Organization (FAO); International Civil Aviation Organization (ICAO); International Fund for Agricultural Development (IFAD); International Labour Organization (ILO); International Maritime Organization (IMO); International Monetary Fund (IMF); International Telecommunication Union (ITU); U.N. Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO); U.N. Industrial Development Organization (UNIDO); Universal Postal Union (UPU); World Bank Group (WBG); World Health Organization (WHO); World Intellectual Property Organization (WIPO); World Meteorological Organization (WMO); and the U.N. World Tourism Organization (UNWTO).

criação de tais estruturas. O foco passa a ser sobre efetividade em alcançar os objetivos designados para as organizações internacionais.

A análise sobre a possibilidade de efetividade das organizações internacionais não pode ser feita separada do momento político vivido entre os Estados. A criação da ONU e de suas agências ocorreu dentro de um ambiente de entusiasmo e expectativa em relação à necessidade de uma nova estrutura de cooperação entre as nações. Os primeiros anos do funcionamento da ONU, entretanto, já ocorreram em um ambiente social mais difícil. A dicotomia entre países capitalistas e comunistas fez com que existissem sérias dificuldades na condução da política internacional. A criação das organizações internacionais depende da vontade dos Estados, o seu funcionamento também fica a reboque de dotações orçamentárias feitas pelos Estados. As discussões e deliberações que ocorrerem também passam pela vontade dos Estados. Para que as organizações internacionais possam funcionar de modo mais livre, os Estados precisam ter confiança recíproca de que podem atuar de forma cooperativa. Com a Guerra Fria, não havia esse clima ameno entre os Estados. As relações eram permeadas pela desconfiança recíproca, o que dificultava o funcionamento das organizações internacionais. Clive Archer traz a opinião de um ex-embaixador britânico sobre as organizações internacionais nesse momento. Ele as compara a um espelho do mundo – se o reflexo não é aprazível, não é culpa das organizações, pois, elas somente refletem a situação do Globo (2001, p. 25). O reflexo dessa situação era o clima de desconfiança recíproca que a Guerra Fria representava.

O final da Segunda Guerra foi sucedido por um novo período de animosidade política oriunda da dicotomia entre bloco capitalista e comunista, o que fez com que o funcionamento das organizações internacionais fosse prejudicado. Dessa forma, analisando as organizações internacionais nesse ambiente político dos Estados, o funcionamento da ONU e de suas demais agências era ofuscado pelo conflito ideológico entre as duas superpotências (ARCHER, 2001, p. 27).

Além do conflito leste e oeste, com o processo de descolonização e a entrada de uma diversidade de países no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, esta foi transformada em um palco para o conflito entre países do norte, desenvolvidos, e países do sul, em desenvolvimento. A diferença entre esses países girava em torno de qual posição econômica deveria ser adotada pelos países em relação ao comércio mundial. Os países desenvolvidos defendiam o livre comércio e a abertura comercial, enquanto aqueles em desenvolvimento optavam por políticas econômicas que diminuíssem o risco

de uma abertura comercial muito rápida e que trouxessem prejuízos para as suas economias. No âmbito da Assembleia Geral, tendo em vista a ampla maioria de países em desenvolvimento e que todos os países possuem assento, essa divergência ideológica refletiu na pauta de discussão da Assembleia Geral (KEOHANE, 2002, p. 28).

As dificuldades iniciais fizeram com que as organizações internacionais não conseguissem alcançar os objetivos de coordenar os esforços entre os Estados, mas que elas fossem utilizadas pelos Estados como forma de alcançar objetivos próprios. Esse uso das OI de forma mais direcionada aos anseios de um Estado ou de outro fazia com que elas sofressem bloqueios e não conseguissem ser efetivas. Se um grupo de Estado consegue um controle mais efetivo em uma organização, o grupo de Estados que pode ser prejudicado busca compensar com boicotes a atuação da organização, tenta retaliar de outras formas a atuação dos Estados. A ineficiência das Organizações, nesse momento, só representa os interesses individuais dos Estados e o ambiente político externo negativo.

Durante esse período, a análise que mais tinha espaço em relação às organizações internacionais era o realismo. Tal corrente dava especial foco à vontade dos Estados e visualizava as organizações internacionais como instrumentos utilizados pelos Estados para alcançar objetivos específicos. Não era possível visualizar as organizações internacionais como estruturas que conseguiriam agir de forma livre em relação à vontade dos Estados.

Por outro lado, uma das importantes instituições que destoou em relação ao êxito das demais foi o GATT. Mesmo sendo fruto das negociações fracassadas para a criação da Organização Internacional do Comércio, seu papel para a desregulamentação comercial e integração dos mercados foi de grande valia, facilitando a redução das barreiras comerciais e trazendo maior estabilidade para a questão comercial.

Os Estados tiveram que novamente repensar a relação entre eles e reforçar o poder cooperativo de suas atividades em alguns eventos. O fim do sistema Bretton Woods, as crises do petróleo e a crise no modelo de Industrialização por Substituição das Importações (ISI) fizeram com que os Estados abrissem seus mercados e reformassem sua política econômica. Além disso, a revolução tecnológica dos anos de 1970 fez com que o fluxo de informação fosse mais alto, facilitando o intercâmbio de pessoas e mercadorias. Essas novas possibilidades trouxeram mais problemas comuns que necessitam ser enfrentados de forma conjunta (situação básica que dá ensejo a uma organização internacional) (VERBEEK, 1998, p.11). Três fatores destacados por

Verbeek: (i) fim da guerra fria; (ii) globalização; (iii) integração regional, servem como um reforço ao papel das organizações internacionais (1998, p. 16).

O fim da Guerra Fria implica o fim do ambiente político hostil. As nações poderiam ter mais confiança umas nas outras. A Globalização é um conceito muito amplo e vários eventos podem ser destacados. Um dos fatores básicos é a interdependência. A globalização cria problemas que não podem ser resolvidos de forma isolada por um país. Os anos de desenvolvimento econômico acelerado trouxeram problemas ambientais que podem afetar todo o Globo. De que adianta um número de países mudar sua política de desenvolvimento se os demais continuarem a poluir? Uma das facetas da globalização é a necessidade de lidar com desafios comuns. A integração regional também pode ser vista nessa mesma lógica, mas em escala menor. As estruturas criadas passam por duplicação, seja do universal para o regional, seja o oposto. O objetivo é o mesmo: tentar lidar com problemas que não podem ser resolvidos de forma unilateral. As estruturas regionais podem até ter o benefício de lidar com algumas particularidades de modo mais adequado, representando a mentalidade do grupo específico de países mais próximos culturalmente.

O fim da Guerra Fria representa uma tendência a superar o primeiro momento de funcionamento bloqueado das organizações internacionais. A Guerra Fria e os interesses individuais patentes enfraqueciam as OI, entretanto, a atitude não cooperativa de forma iterada só traz prejuízos mútuos. Os Estados são cada vez mais pressionados a cooperar para que possam lidar com problemas comuns e as organizações internacionais se expressam como respostas adequadas para essas questões e a necessidade de coordenação de esforços.

3. 2. 2 O contexto político mais estável e a busca por mais autonomia

O fim da Guerra Fria acabou o ambiente político difícil no qual as Organizações sofriam em razão dos interesses divergentes das duas superpotências. O fim do conflito entre EUA e URSS ameniza o debate político e possibilita que o funcionamento das organizações internacionais seja aprimorado.

Em relação a tal mudança, Nehal Bhuta ressalta uma análise feita em 1986 e que ainda chegava ao diagnóstico do papel central e dominante do Estado nas questões internacionais. Em três anos ocorreu a terceira épica mudança de paradigma do século XX: o fim do mundo bipolarizado e a vitória da democracia liberal e da ideologia capitalista. Em virtude dessa vitória, o mundo visualizou a renovação dos esforços em

torno da institucionalização das práticas internacionais além dos Estados. Cortes e tribunais foram criados para a resolução de conflitos, bem como ocorreu um processo de delegação estatal de uma diversidade de funções que eram de sua alçada exclusiva para instituições internacionais (2012, p. 66)

O fortalecimento da globalização e da integração regional remonta à crise de 1970 que trouxe profundos impactos no *Welfare State*. Os Estados viram suas políticas keynesianas serem exauridas e foram direcionados ao mercado mundial pelo fortalecimento das doutrinas neoliberais e do Consenso de Washington⁵⁴. Em razão desses fatores, os mercados conseguiam cada vez mais pressionar os Estados por um melhor ambiente jurídico e condições de produção para as empresas. O Estado era enfraquecido ante as demandas de grandes corporações e do mercado mundial. Uma tentativa de contrabalancear o peso político dessas empresas era utilizar novos fóruns políticos de deliberação, no caso, as organizações internacionais. A integração regional também se insere na mesma lógica de tentar desenvolver estruturas mais fortes para fazer frente ao desenvolvimento da globalização na sua faceta mercadológica. Os Estados tentavam agir de forma coordenada e buscar objetivos comuns, tendo em vista que é difícil até mesmo para grandes Estados resistirem ao processo de integração dos mercados que busca solapar os direitos sociais (VERBEEK, 1998, p.18).

Por causa desses fatores, Verbeek acentua que as organizações internacionais não podem mais ser consideradas como os “patinhos feios”, que não desempenham qualquer função e que possuem seus ditames definidos unicamente pelos Estados. As Organizações passaram a ter mais autonomia e também desempenhar um papel mais incisivo, seja do ponto de vista político, seja sob o prisma científico (1998, p. 22). Esse papel das organizações internacionais aumenta a complexidade geral do sistema internacional. Além de um maior número de Estados, as organizações internacionais também possuem valor e peso na definição das diretrizes nos seus campos de atuação.

⁵⁴ Os países da América Latina estavam endividados. Eles queriam renegociar suas dívidas e obter novos empréstimos para tentar revitalizar suas economias. Seus credores condicionaram qualquer empréstimo futuro a ajustes estruturais, tanto no âmbito político, quanto econômico. Os Estados deveriam observar uma cartilha desenvolvida pelo FMI que ficou conhecida como “Consenso de Washington”. O objetivo dessa cartilha era superar: “the old ideas of development economics that had governed Latin American economic policy since the 1950s were being swept aside by the set of ideas that had long been accepted as appropriate within the OECD” (WILLIAMSON, 2008, p. 14). As velhas ideias que a Williamson se refere são justamente a mentalidade de desenvolvimento baseada na ISI e no papel central do Estado na economia.

Superado o panorama político que bloqueava a atuação das estruturas formais no âmbito internacional, é possível, nesse momento, analisar como a teoria em torno das organizações internacionais foi fortalecida e como elas tiveram mais condições de atuar.

3. 2. 3 Personalidade jurídica

As organizações internacionais são criadas pelos Estados, mas são direcionadas a buscar a autonomia funcional e operativa em relação aos seus criadores. Elas são instituídas para buscar objetivos específicos e não necessariamente servir a um ou a outro Estado no âmbito internacional. Criam normas internas, regulando seu orçamento, controlando seus funcionários e desenvolvendo planos para alcançar os objetivos para os quais foram criadas.

As organizações internacionais, mesmo sendo instituídas pelos Estados e composta de representantes deles, não pode ser vista como um somatório aritmético da vontade dos Estados, como aponta Ricardo Seitenfus. O autor ressalta que, do ponto de vista jurídico e prático, elas são algo externo e distinto dos Estados (2012, p. 61).

Questionar se uma organização internacional pode ter uma vontade distinta e externa a dos Estados é um ponto relacionado à sua autonomia e capacidade própria de ser parte nas relações jurídicas internacionais. Essa questão toca na discussão sobre a personalidade jurídica das organizações internacionais e seus poderes na busca dos objetivos. Se for reconhecido que elas possuem personalidade jurídicas, as OI passam a ter direitos e deveres autônomos, condição que cabia exclusivamente aos Estados. Antes de ser uma questão meramente teórica, Ricardo Seitenfus ressalta que reconhecer que uma OI possui personalidade jurídica própria é garantir que elas possam expressar a vontade coletiva dos seus membros. As OI passam a ser estruturas com maior força nos temas que regulam e podem influir nas negociações internacionais (2012, p. 62).

Cançado Trindade traz três posições em relação à personalidade jurídicas das organizações internacionais. A primeira defende uma rigorosa interpretação dos poderes, limites e competências definidos na sua carta constitutiva. Uma vez que os Estados estão delegando uma parte de sua soberania, não é possível fazer uma interpretação extensiva dos poderes concedidos às organizações internacionais. Elas devem atuar de forma tal que não ultrapassem os limites definidos pelos Estados⁵⁵. A segunda corrente é baseada

⁵⁵ Essa interpretação rigorosa e restritiva dos poderes concedidos às organizações internacionais, fazia com que sua liberdade de atuação fosse restringida.

na doutrina dos poderes inerentes, que analisava a atuação a personalidade jurídica da ONU com origem na capacidade da estrutura em praticar o ato de forma objetiva. Essa doutrina parece estar relacionada a um aspecto mais factual do poder das organizações internacionais. Se ela tem poder para fazer com que o ato seja aplicado e respaldado, ela tem condições de praticá-lo; entretanto, a teoria mais aceita até o momento advém de uma decisão da Corte Internacional de Justiça, em 1949⁵⁶, que defende a existência de poderes implícitos às organizações internacionais (2009, p. 57 – 58). Ricardo Seitefus traz o fundamento utilizado pela Corte nos seguintes moldes:

Segundo a CIJ, a ONU possui personalidade jurídica internacional, pois constitui atualmente o ‘tipo mais elevado de Organização internacional, e não poderia corresponder às intenções de seus fundados caso ela fosse desprovida da personalidade jurídica. A Corte julga que cinquenta e um Estados, representando uma muito larga maioria dos membros da Comunidade Internacional, têm o poder, conforme o direito internacional, de criar uma entidade titular de uma personalidade jurídica internacional objetiva – e não simplesmente uma personalidade reconhecida somente pelos Estados membros’. (2012, p. 63).

A doutrina dos poderes implícitos pode ser vista como uma derivação lógica do propósito da própria organização internacional. Os Estados criam uma organização internacional com o objetivo de coordenar os esforços em torno de uma determinada questão que afeta todos eles. A dinâmica da sociedade, entretanto, pode fazer com que surjam situações imprevisíveis, não previstas em suas cartas constitutivas, mas que podem ser danosas aos objetivos que levaram os Estados a criar a organização internacional. A situação imaginada aqui é o conflito entre uma análise finalística e uma interpretação literal das organizações internacionais. Ao que parece, o fator primordial que leva os Estados a criarem uma organização internacional é o aspecto finalístico. Eles criam para resolver situações que de forma isolada não conseguiriam e evitar situações problemáticas para si. Se eventualmente a organização internacional identificar alguma situação potencialmente danosa aos Estados, mesmo que fora dos limites da sua carta constitutiva, o que deve fazer? Manter-se inerte e deixar o evento danoso ocorrer? Atuar

⁵⁶ A referida decisão, de 1949, está relacionada a um atentado que explodiu o carro de um mediador da ONU em missão de paz no conflito Israel e Palestina. O suspeito do atentado era um grupo extremistas judaico que não chegou a ser julgado por Israel. A ONU solicitou um parecer consultivo à Corte Internacional de Justiça para saber se ela teria legitimidade para reivindicar danos sofridos pela Organização e em nome das pessoas que sofreram danos, como os familiares das vítimas. Nos dois casos a carta das Nações Unidas era silente. A Corte fez uma interpretação sistemática e chegou à conclusão de que a ONU teria personalidade jurídica sim e que poderia reivindicar eventuais danos que sofresse (DUNOFF; RATNET; WIPPMAN, 2006, p. 181 – 183).

e fazer com que a sua finalidade precípua seja assegurada? Ao que parece, a OI deve atuar mesmo que não tenha recebido expressamente o poder, pois caso se mantenha inerte ela vai atuar de forma contrária ao seu objetivo e os Estados que a criaram iriam ter problemas com o evento que poderia ser evitado.

O reconhecimento da existência de uma personalidade autônoma por parte das organizações internacionais facilitou que estas exercessem suas funções. A superação dos bloqueios políticos, aliada ao reconhecimento de uma personalidade jurídica própria, possibilitou que: “Rather than perceiving IOs merely as extensions of states or arenas in which to build winning coalitions, scholars increasingly view them as actors in their own right which play an ever more salient role in global politics than previously envisioned.”(JOACHIM; REINALDA; VERBEEK, 2007, p. 3).

José Cretella Neto aponta diversos elementos que podem ser interpretados no sentido de uma relativa autonomia funcional das organizações internacionais. Elas possuem estrutura própria, funcionários e funções específicas. Elaboram normas para regulamentar internamente os direitos e obrigações de seus funcionários. Em razão desses fatores, as organizações internacionais, cada uma, cria um microssistema jurídico que lida com questões específicas de acordo com a racionalidade funcional que lhe foi direcionada por parte dos Estado (2013, p. 309).

Em decorrência da superação dos limites jurídicos e também dos lindes políticos, ocorre uma renovação conjectural do papel das organizações internacionais. Organizações como a OMC, FAO, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, OMS, recebem dos Estados uma diversidade de funções e passam a atuar na esfera global de forma intensa nos seus respectivos âmbitos para alcançar seus objetivos. O Banco Mundial, por exemplo, atua no financiamento para o desenvolvimento do Globo, mas passou a criar programas de combate à corrupção, monitoração e preparação para a implementação dos programas de desenvolvimento sob sua égide (JOACHIM; REINALDA; VERBEEK, 2007, p. 3 - 4).

O que poderia ser visto como um desvio do propósito do Banco Mundial, na verdade, é uma derivação lógica do seu objetivo de garantir o desenvolvimento. Mesmo que os recursos sejam disponibilizados para os Estados, é possível que administradores mal-intencionados desviem esses recursos para si e deixem para o país o prejuízo do subdesenvolvimento e o empréstimo a ser pago ao Banco Mundial. Dessa forma, o objetivo de fomentar o desenvolvimento não estaria sendo alcançado, sendo necessárias outras medidas para assegurar que seu objetivo precípua seja atingido.

Essa expansão do papel das organizações internacionais é interpretada de uma forma pragmática por José E. Alvarez. Para o autor, independentemente se tais organizações atuam em prol dos seus interesses funcionais ou em virtude do proveito dos membros que a constituíram, observa-se é uma expansão de seus mandatos originais. O uso da interpretação teleológica das cartas constitutivas dessas organizações possibilitou que maior atuação criativa fosse utilizada para compreender seus limites e objetivos (2006, p. 328).

A relação mais amena politicamente fez com que algumas organizações internacionais pudessem atuar de modo mais autônomo em relação ao ambiente político. A própria existência da organização já é um indício de que, mesmo que possa ter seu funcionamento colonizado por parte dos Estados que a criaram, o seu fortalecimento pode ter como efeito a emancipação da influência bloqueadora e colonizadora por parte dos Estados mais fortes, fazendo com que as organizações possam tomar as próprias decisões, agir de forma contrária aos interesses de alguns membros e afetar de forma direta a decisão dos demais (ARCHER, 2001, p. 79 - 80).

A personalidade jurídica própria das organizações internacionais também possibilitou sua expansão e fragmentação. Elas passam a ampliar seus poderes, desde que tal expansão se mostre compatível com os fins para os quais a organização foi criada. A tendência de fragmentação é um processo de maior especialização temática que parte da própria organização internacional. Como são criadas por vezes com objetivos extremamente amplos, ocorrem deliberações internas que decidem pela fragmentação de suas atividades e a criação de novas outras com funções mais específicas (ALVAREZ, 2006, p. 329 – 330).

Uma questão que surge, na expansão e fortalecimento das organizações internacionais, é como estas se relacionam com os Estados. Os temas tratados no âmbito externo possuem um correspondente no contexto estatal. Será que é possível verificar um alinhamento nas políticas externas e internas? Será que as políticas perseguidas pelas OI podem ser nocivas aos interesses de alguns países? Como a multiplicação e a maior autonomia das OI modificam o Direito Internacional que anteriormente tinha só os Estados como sujeitos?

A multiplicação e expansão das OI passa a concorrer com os Estados em várias situações. Mesmo que elas sejam criadas pelos Estados, buscam ter autonomia e liberdade para atuar. Criam programas próprios, estudam seus campos temáticos e buscam desenvolver políticas públicas para as suas áreas. Essa atuação não é

necessariamente a mesma dos Estados e pode ser até mesmo em alguns momentos conflituosa. Uma situação hipotética da OMS tentando conscientizar sobre os problemas relacionados ao consumo excessivo de açúcar pode ser vista de forma negativa por parte de vários setores industriais de países fortes, como os EUA. Será que essa política da OMS não iria encontrar resistência e problemas na relação aos interesses de algumas indústrias e indiretamente com alguns Estados?

Imaginar esses problemas é pensar na possibilidade de duas vontades e duas políticas diferentes. Se as OI podem desenvolver políticas próprias, recomendações próprias, relatórios e estudos próprios nos seus campos temáticos, elas passam a ser um novo centro propulsor e difusor de conhecimento especializado nessas questões. É possível imaginar uma diluição do poder que era concentrado nos Estados. A possibilidade de contraposição entre as políticas internas e externas faz com que os Estados possam vir a ser questionados, analisados e ter suas políticas comparadas. Mesmo que as OI não tenham força para impor de forma direta, elas possuem autoridade persuasiva nas suas áreas e passam a ser de grande relevo.

O Direito Internacional foi conformado pela soberania estatal, mas, com a expansão e o fortalecimento da personalidade jurídica de outras estruturas no âmbito internacional, ocorre um contrabalanceamento de poderes. Essas organizações passam a concorrer com os Estados em determinadas questões e ter peso significativo na implementação de questões políticas. A interpretação delas não é no sentido de que são estrutura superior aos Estados, uma espécie de Estado mundial, mas as relações passam a ser mais planejadas e com maiores variáveis de importância significativa.

Um dos argumentos tradicionalmente levantados para tentar mitigar o poder das organizações internacionais é a possibilidade de os Estados deixarem de ser parte da referida estrutura. Com mera delegação de determinadas competências, os Estados podem se retirar das organizações internacionais e avocar o poder delegado. Tal argumentação se mostra correta do ponto de vista objetivo, mas não dimensiona adequadamente o custo político de referida medida. A interdependência dos diversos Estados faz com que decisões traumáticas como essa, mesmo que em juridicamente factíveis, sejam retiradas do rol de possibilidades política.

As organizações internacionais conseguem alterar as relações entre os Estados de forma direta e indireta. Uma instituição muito forte, como a OMC, consegue verificar até mesmo a compatibilidade das normas internas com as normas da Organização. Ela consegue fiscalizar seus membros e impor sanções. Os Estados, na

formulação de políticas internas, devem pensar em que medida elas podem impactar nas normas da OMC. Mesmo organizações que não possuem tantos poderes como a OMC, têm importância internacional. Elas criam normas não obrigatórias (*soft law*). A observância desses padrões passa a ser vista como fator importante para a manutenção de uma reputação internacional. A ideia de reputação e conformidade com padrões internacionais é um dos fatores a fazer com que o Estado seja bem-visto e pode facilitar a atração de investimentos e facilitar as relações. Até mesmo Estados que não fazem parte da OI podem se sentir inclinados a observar alguma diretriz definida pela OI, em virtude da expertise e legitimidade técnica. Os estudos feitos são disponibilizados e os Estados que querem mais informação e auxílio na consecução de políticas públicas podem ter nas OI a ajuda necessária, mesmo não sendo parte. O último ponto de destaque das organizações internacionais é seu papel de pressionar, indiretamente, os Estados por uma coerência entre discurso interno e práticas externas. As OI conseguem observar algumas posturas dos Estados e pressioná-los para que eles atuem de forma adequada. Uma das funções das OI é auxiliar os Estados a atuarem de forma cooperativa em torno de objetivos comuns. Então, elas devem verificar se os Estados se mantêm coerentes com seus discursos externos e práticas internas. Essa atuação ajuda a aprimorar a eficácia das políticas internacionais (VARELLA, p. 90 – 93).

Há de ser ressaltado, porém, em relação as organizações internacionais, o desnível de poder em relação a algumas estruturas e até mesmo a dificuldades na criação de outras para determinados temas. Enquanto algumas instituições conseguem ter força suficiente para fazer valer suas decisões contra os Estados, como a OMC que trata sobre questões comerciais, um tema como Direito Ambiental não consegue criar uma organização própria, sendo trabalhado no âmbito do Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente. O que explica a não criação de organizações para um tema dessa importância pode ser o próprio êxito de outras organizações. Os Estados, cientes de que podem perder parcela de seus poderes, não se sentem inclinados a criar organizações para assuntos tão delicados. As organizações internacionais são criadas pelos Estados, por isso é que, mesmo tendo seu papel reconfigurado, a análise jurídica e política não pode prescindir deles. Os Estados preferem adiar a criação de organizações internacionais que podem interferir diretamente nos assuntos internos e que vão ter reflexo em políticas de desenvolvimento e investimento. Ao que parece, porém, a interdependência e prejuízos mútuos irão pressionar os Estados até que os custos da não criação de estruturas desse tipo sejam muito altos para que elas não existam.

3. 2. 3 Conflito entre organizações internacionais

Além dessa faceta positiva, de interação e aprendizado entre diversas organizações, Raustiala traz algumas questões que problematizam sobre fragmentação e expansão. O autor questiona onde uma questão sobre medicamentos e patentes deveria ser regulamentada, se na Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Mundial do Comércio (OMC) ou se deveria ser tratada na Organização Mundial sobre Propriedade Intelectual (OMPI). Além desse caso, apresenta eventual questão sobre alimentos, se deveria ser abordada pela *Food and Agricultural Organization* (FAO), novamente na OMC, no Grupo Consultivo sobre Pesquisa Internacional Na Agricultura (CGIAR), ou na Assembleia das Nações Unidas (2013, p. 300).

Essas questões expressas em Raustiala dão origem ao que se chama de *overlap*, que significa uma sobreposição de competência entre diversos entes. Tal processo ocorre não somente entre as organizações internacionais, mas também entre elas e os Estados, ante o estreitamento da distinção entre o que é matéria nacional e internacional. Esses dois fatores são tradicionalmente levantados para apontar eventual fragmentação e descoordenação das organizações.

Outra dimensão problemática entre as organizações internacionais pode ser vista no âmbito da regionalização, como a criação de estruturas regionais, com um menor número de países, no intuito de tratar sobre questões comuns entre os países. As premissas que levam à instituição de estruturas regionais são similares à criação de OI no âmbito mundial. Podem surgir, entretanto, alguns problemas na relação entre esses dois níveis. Elas podem concorrer e conflitar nos temas trabalhados. Na medida que há concorrência, uma organização sem tanto prestígio pode ser esvaziada e ficar sem competência. Por outro lado, ante a concorrência e o conflito, é possível pensar em cooperação e acomodação. Se os esforços das organizações internacionais forem direcionados desde um viés inclusivo e integrativo, as OI de âmbito regional e universal podem ser estruturas que ajudam na eficácia geral do objetivo protegido.

Estruturas regionais podem facilitar a adesão de países mais fechados a estruturas universais. Além disso, elas também atuam como mais uma instância de fiscalização e desenvolvimento de políticas públicas. Dessa forma, o processo de integração regional pode ajudar a aprimorar a coordenação e o auxílio mútuo. As estruturas universais podem passar por uma fase de relativo esvaziamento no primeiro momento, já que as estruturas regionais podem ocupar o seu espaço. Ao que parece,

entretanto, elas não vão deixar de ter um papel importante, até porque as estruturas regionais vão aprimorar a relação entre os países e o processo de interdependência global. Na medida que os blocos regionais estão mais segmentados, as estruturas universais vão ter que coordenar e auxiliar as relações no âmbito global.

Ao finalizar as considerações sobre os sujeitos internacionais, já é possível pensar em uma dinâmica de relação diferente. A fonte inicial do desenvolvimento do Direito Internacional é a vontade dos Estados baseada na sua soberania. Eles podem criar normas e instituições para gerenciarem determinadas matérias. Em que medida, no entanto, essas estruturas se mantêm atreladas à vontade dos Estados que as criaram?

As considerações finais podem servir como norte da fragmentação temática e a emancipação das organizações internacionais com o seu fortalecimento institucional. Mesmo que algumas objeções sobre a autonomia e o papel das organizações internacionais possam ser apontadas, o seu desenvolvimento e o seu fortalecimento trazem indícios de que é possível tais estruturas desempenharem um papel importante. Elas perseguem a sua finalidade funcional e buscam, nos seus campos temáticos, colaborar das mais diversas maneiras na formação sobre o campo que está a cargo de sua pesquisa e atuação. A inserção, multiplicação e o fortalecimento dessas estruturas já modifica a feição clássica do Direito Internacional, diversas estruturas são criadas com orçamento, personalidade jurídica e equipe própria para buscar a finalidade a que a organização se propõe.

A modificação dessas estruturas é direcionada para uma dimensão cada vez mais parcializada e funcionalizada. As organizações internacionais atuam na busca de seus objetivos, fragmentam suas estruturas por maior especialização funcional e os Estados passam igualmente pela fragmentação das estruturas internas ante objetivos especializados. Essas estruturas refletem a feição fragmentada e particularizada da sociedade.

Além das estruturas formais terem sido ampliadas de forma significativa, outro ponto de grande importância é o fato de que as estruturas informais passaram a ser cada vez mais atuantes no âmbito global. Um dos pontos interessante ao se analisar a proliferação das instituições internacionais é o fato que as associações internacionais sempre se desenvolveram de modo mais rápido e em maior número do que as organizações internacionais. A sociedade civil, seja grupo de pressões política ou centros epistêmicos, sempre teve maior número de instituições do que as instituições formais. O

desenvolvimento dessas associações se dá pelo compartilhamento de interesses, na busca de proteção e promoção dos seus objetivos comuns.

Anteriormente, a atuação de tais associações era nublada pela precariedade da estrutura tecnológica e pouca demanda global. As novas relações dão mais visibilidade, mais intensidade e maior poder para as associações internacionais.

A expansão do capitalismo e a maior possibilidade de interação tecnológica também fizeram com que outros *global players* tivessem condições de atuar nessa seara e ser reconhecidos. Mesmo que não possam ser considerados formalmente sujeitos, a sua atuação faz com que não possam ser totalmente ignoradas no âmbito global.

3. 3 Novos atores no âmbito global e novas possibilidades jurídicas

A conjectura que ressalta a importância dos novos atores tem como premissa a decaída do bloco soviético, consolidação do capitalismo e das inovações tecnológicas. Várias questões passam a ser relevantes para a convivência social harmônica e as estruturas formais não conseguem acompanhar devidamente a demanda jurídica que essas relações trazem, por deficiência burocrática ou por falta de expertise.

As novas relações sociais globais, fez com que sistema criado pelos Estados, mesmo os maiores Estados, sejam pequenos e insuficientes para tomar as rédeas mundiais sozinhos e mesmo os menores podem trazer graves problemas (WEISS, 2013, p. 51) em assuntos que podem envolver armas nucleares, questões ambientais, guerras civis, refugiados, atentados terroristas. A dimensão dos problemas e a insuficiência das estruturas formais fazem com que a sociedade civil, por meio de atores não estatais, busque fortalecer sua organização e tente contribuir de alguma forma para minorar os problemas mundiais. Os novos atores desempenham funções que preenchem ou complementam os espaços das estruturas formais.

A interação das estruturas formais e informais dá origem a uma nova forma de pensar as estruturas que organizam a sociedade. A mudança na forma de organizar e pensar a sociedade é fruto das modificações estruturais que alteraram a própria dinâmica social, com novos problemas e desafios. James Rosenau consegue expor bem os desafios que emergem:

No momento em que as hegemonias declinam, as fronteiras (e os muros que as selam) desaparecem, quando nas cidades todo o mundo as praças estão repletas de cidadãos que desafiam as autoridades, quando as alianças militares perdem

sua viabilidade (para mencionar apenas algumas das muitas mudanças que estão transformando a política mundial), as perspectivas da ordem e da governança mundiais tornaram-se um tema transcendente. (2000, p. 11).

A ideia de governança passa a ser um conceito de grande importância para compreender a dinâmica que os atores internacionais desempenham. O governo e o Estado podem ser vistos como estruturas criadas para responder e coordenar esforços coletivos, determinadas situações que precisam ser coletivamente estruturadas para facilitar a vida em sociedade. Essas estruturas, contudo, não conseguem responder adequadamente aos problemas que a sociedade desenvolve no decorrer da ampliação da sua complexidade; novos problemas que demandam instituições para coordenação, apaziguar e harmonizar a convivência social. Na ausência de resposta hábil pelas estruturas formais, esses problemas ficariam sem solução? A resposta para tal indagação é dada por James Rosenau:

Presumir a existência da governança sem um governo significa conceber funções que precisam ser executadas para dar viabilidade a qualquer sistema humano, mesmo que o sistema não tenha produzido organizações e instituições incumbidas explicitamente de exercê-las. (2000, p. 14).

É interessante indicar também, a diferença entre governo e governança que é desenvolvida por James Rosenau:

[...] *governo* surge atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, enquanto *governança* refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. (2000, p. 15)

O reconhecimento de que existem estruturas além das formalmente concebidas, e que fazem parte das relações sociais é de suma importância. Não é possível pensar as relações sociais e jurídicas unicamente a partir das estruturas formais. É necessário refletir de modo cuidadoso sobre o papel das estruturas informais e como estas contribuem para que a estabilidade das relações sociais.

Além disso, também é possível visualizar uma interação dessas estruturas que fortalecem a interdependência global. Ao lado das estruturas formais, são desenvolvidas estruturas informais, que buscam complementar, auxiliar e até mesmo concorrer com as estruturas disponíveis formalmente. O mundo imerso em redes de interação e

interconexão de relações formais e informais. As relações sociais dependem não só das estruturas formais, mas também contam com as atividades desempenhadas por atores informais. Atividades de rotina, de padronização, e atividades que requerem grande complexidade acabam demandando a cooperação entre as estruturas formais e informais (WEISS, 2013, p. 53).

A superioridade dos Estados tem como premissa o contexto histórico desenvolvido com base na soberania. A dogmática formada disso situa o Estado como o único sujeito do Direito Internacional. O reconhecimento posterior das organizações internacionais como sujeitos do Direito Internacional não nega totalmente o paradigma que tem o Estado como centro de formação do Direito Internacional, uma vez que a formação das Organizações advém da vontade dos Estados. O desenvolvimento de novos atores no âmbito mundial denota uma discussão sobre “atores de fato” e “sujeitos de direito”. É possível negar a importância de novos atores que do ponto de vista factual conseguem desempenhar determinadas funções no âmbito mundial? Ou é o caso de se manter atrelado ao rigor formalista e pelo respeito a um contexto social distante da nova realidade?

Esses novos atores passam a desempenhar uma variedade de funções. Contribuem para a confecção de novas normas, auxiliam no desenvolvimento científico, fiscalizam a incorporação e aplicação dessas normas, dentre outras atividades. Elas passam a desempenhar importantes funções mundiais e por isso não podem ser negligenciadas.

A emersão desses atores de modo mais nítido⁵⁷ ocorre com a revolução tecnológica, a reestruturação do capitalismo no contexto da abertura comercial e a fragmentação societária ocorrente no âmbito do Estado-nação. Os grupos sociais e empresariais, ao alcançarem um determinado nível de complexidade e diante de condições tecnológicas propícias, se desvencilham dos limites territoriais e passam a atuar globalmente.

Feitas essas considerações iniciais, a análise terá como foco especial dois novos sujeitos no âmbito global⁵⁸ específicos: (i) organizações não governamentais

⁵⁷ A ideia de emersão e nitidez para descrever a atuação desses atores tem por intuito ressaltar que, mesmo em períodos anteriores, já era possível visualizar a atuação de ONGs internacionais. Mesmo que não fosse tão impactante ou visível, no âmbito histórico das ONGs, pode ser apresentada a atuação da Liga de Combate à Escravidão, na Inglaterra.

⁵⁸ O foco nesses dois não implica que não existam outros atores que também possam impactar no âmbito global. Redes de criminalidade também passam a atuar globalmente, utilizando os novos potenciais tecnológicos para organizar suas operações e seu funcionamento e que também irritam as estruturas

(ONGs); e (ii) a grande empresa multinacional. Será discutido em que medida esses dois novos atores contribuem e alteram o cenário internacional.

3. 3. 1 As organizações não governamentais

Ao tratar sobre a expansão e complexidade do Direito Internacional, foi mostrado que as associações internacionais conseguem se multiplicar em uma velocidade mais rápida do que as organizações internacionais. A União das Associações Internacionais vem ao longo dos anos compilando diversas informações sobre a evolução e as áreas temáticas que são alvo das organizações e associações internacionais. Durante o século XX, foram criadas 33.315 ONGs, enquanto foram instituídas 5.725 OIGs; já no século XXI foram criadas até o momento 4.888 ONGs e 597 OIGs⁵⁹. Essa estatística corrobora a tese de que a sociedade civil tem uma evolução mais rápida do que as estruturas formais no âmbito internacional. A questão que pode ser levantada com base nesse dado é em que medida a profusão de ONGs consegue modificar as discussões dominadas por Estados e organizações internacionais.

Pesquisa realizada em 2015 traz as 500 mais importantes ONGs do mundo. As cinco principais ONGs, de acordo com a pesquisa, são: Médicos sem Fronteiras (França); *Bangladesh Rural Advancement Committee* (Bangladesh); *Danish Refugee Council* (Dinamarca); *Grameen Bank* (Bangladesh); *Acumen Fund* (EUA)⁶⁰.

É interessante refletir por que ONGs são criadas e o que faz com que elas tenham um papel mais intenso no mundo. Se já existem instituições formais criadas para lidar com os mais variados assuntos internacionais, o que leva um grupo de pessoas a se associar em torno de determinados objetivos? E o que faz com que essas associações, mesmo sem uma delegação formal, obtenham legitimidade internacional?

As respostas para essas duas perguntas podem servir como norte para interpretar o seu papel e como elas são importantes.

jurídicas formais para responder adequadamente às atitudes dessas redes criminosas. Os ataques realizados em 11 de setembro de 2001, por exemplo, se adequam à noção de que atores privados, terroristas, conseguem movimentar a estrutura política internacional.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.uia.org/> Acessado em: 14 de julho de 2015.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.top500ngos.net/> Acessado em: 16 de julho de 2015.

3. 3. 1. 1 Por que ONGs são criadas?

A sociedade cria instituições para lidar com problemas que as pessoas de forma particularizada, não conseguem responder. O Estado pode ser visto como instituição que coordenada a vida em sociedade. Estabelece normas que devem ser cumpridas, sanções em caso de descumprimento. Prestam serviços públicos essenciais, recebem tributos. A instituição existe com um propósito de coordenar e auxiliar na resolução de conflitos cotidianos.

Na medida que essas instituições têm vida, alguns problemas podem aparecer, como a melhor forma de operacionalizar essas funções. No caso do Estado, por exemplo, ante suas diversas funções, alguns problemas podem ser exemplificados. Na sua função punitiva, como aplicar as penas? Como recolher os tributos? Quem deve representar a vontade política? Como escolher os representantes dessa vontade? Como gastar o dinheiro que é arrecadado com os tributos? A resposta para esses problemas se dá com o desenvolvimento de procedimentos. São estabelecidos filtros onde a vontade política é canalizada e como a atuação do Estado deve ser operacionalizada. Eleições democráticas para a escolha dos políticos. Concursos como critérios para a inserção em algumas carreiras públicas. Procedimentos licitatórios para gastar uma parte do dinheiro arrecado. Um juiz concursado, que deve observar regras previamente postas, assegurando o direito de defesa e o contraditório aos acusados para a resolução dos litígios.

Esses procedimentos são utilizados como meios que podem aprimorar a função institucional, garantir mais transparência, legitimidade e eficiência. O problema que surge nesse contexto é se o Estado de forma isolada consegue responder a todas as demandas sociais. Se a função do Estado é operacionalizar as relações sociais, em que medida o Estado logra se adaptar à sociedade cada vez mais complexa? Com maiores demandas, com maiores anseios e mais diversificada. O Estado não estaria sobrecarregado com uma diversidade de funções e, por isso, mesmo com esses procedimentos, não seria ineficiente em garantir à sociedade uma resposta adequada para as suas demandas?

A ideia de complexidade social tem como pressuposto que a sociedade evolui de modo mais rápido do que as estruturas podem responder. Os procedimentos inseridos como forma de racionalizar a atividade política e estatal são filtros que selecionam determinadas demandas e excluem outras. O que ocorre com as demandas sociais que esses filtros não conseguem responder? Elas vão deixar de existir?

A sociedade, por exemplo, tem procedimentos para transformar uma vontade política em uma norma jurídica. Os 513 deputados federais possuem igual legitimidade para apresentar projetos de lei em uma diversidade de temas. Se todos apresentassem projetos ao mesmo tempo, a função da Câmara seria impossível de ser operacionalizada. De tal sorte, são estabelecidos novos filtros sobre os projetos, procedimento estabelecido pela Mesa da Câmara dos Deputados. Esse filtro tem por intuito racionalizar o processo democrático e fazer com que as atividades da Casa Legislativa possam ser aperfeiçoadas; mas esses filtros possuem um outro lado. O que ocorre com os projetos que passam anos sem deliberação? Determinadas pautas são postas pelos deputados, mas os procedimentos não conseguem atender. Será que a sociedade irá esperar as estruturas formais responderem aos seus anseios de forma indeterminada? Será que a sociedade não vai restar cada vez mais insatisfeita e ampliar as demandas que os filtros de operacionalização não conseguem atender? Ou será que a sociedade ficará estática esperando que as demandas sociais sejam atendidas?

Os anseios não atendidos, as pautas sociais não deliberadas, as insatisfações sociais que não consegue ser canalizadas não desaparecem. Essas questões representam pessoas que podem trabalhar em outros âmbitos além das estruturas formais. Ou só é possível fazer política dentro desses procedimentos? Não existem outros meios para coordenar os anseios sociais e problemas que não recebem uma resposta hábil?

As ONGs atuam justamente diante do vazio deixado pelas estruturas formais. O Estado tem estruturas formais que canalizam a vontade política e tentam otimizar o funcionamento da sociedade, mas é ilusório achar que esses procedimentos conseguem responder a toda a diversidade da sociedade. Toda vez que um procedimento é criado para selecionar uma questão, a seleção desse ponto implica a negação para outra infinidade de possibilidades.

No âmbito internacional, as estruturas formais padecem de filtros ainda mais rígidos para a canalização da vontade social e resolução dos problemas mundiais. As ONGs passam a ter mais força justamente nesse ambiente de sub-representação da vontade de grupos que não conseguem ser atendidos.

Algumas ONGs conseguem atuar, por exemplo, de modo mais célere e mais eficiente do que os Estados e as organizações internacionais ante desafios globais engessados pelo formalismo. A ONG Médicos sem Fronteiras, por exemplo, consegue prover dentre 48 – 72 horas ajuda humanitária para os locais que são assolados por algum

grave problema e que diante da urgência da ajuda não é possível esperar muito tempo⁶¹, além de atuarem como mobilizadores da opinião pública diante de certos assuntos e criticarem a falta de apoio da comunidade internacional⁶².

As ONGs são criadas em resposta de determinadas áreas negligenciadas ou subvalorizadas internacionalmente. Mesmo que exista apelo político e envolvam uma infinidade de temas que não podem ser negligenciados (como direitos humanos, desenvolvimento, Direito Ambiental, Direito de Minorias), os procedimentos estabelecidos internacionalmente são demasiadamente rígidos ou ineficientes para responder a essas demandas sociais.

A situação entre sociedade civil e ONGs pode ser comparada com a relação entre a água contida pelas estruturas formais, criando uma represa. O intuito da represa é conter uma enorme quantidade de água, que seu uso seja racionalizado. A complexidade da sociedade pode ser vista como o aumento no volume de água guardado. A sociedade cria mais pressão, mais demandas, possui mais anseios, mas a represa só consegue filtrar um determinado volume dessas demandas. Na medida em que a represa não consegue conter o volume de água, conter a pressão que é feita, é natural que a água transborde. O mesmo ocorre com a sociedade, na medida que as estruturas formais criadas não conseguem responder as demandas sociais, é natural que a sociedade venha a transbordar além das estruturas formais.

As ONGs representam uma faceta desse processo. As suas demandas não conseguem ser atendidas de forma adequada, mas isso não quer dizer que a sociedade irá ficar estática e esperar que respostas sejam algum dia oferecidas. Em algum momento, elas irão além das estruturas formais e providenciarão mecanismos próprios para alcançar seus objetivos. As ONGs são criadas para responder demandas sociais que não conseguem ser respondidas de forma adequada pelas estruturas.

Por outro lado, o processo de profusão das ONGs não é isento de problemas. Mesmo diante uma faceta cotidiana que se mostra cada vez mais ostensiva no âmbito mundial, bem como sua crescente importância, há uma controvérsia que advém da profusão, da diversidade de âmbitos no qual elas atuam, os mais diversos níveis de institucionalização e capacidade de realmente influenciar nas relações políticas e jurídicas. Esses fatores dificultam a análise de modo mais sistemático desse tema, uma

⁶¹ Disponível em: <http://www.msf.org.br/o-que-fazemos> Acessado em: 16 de julho de 2015.

⁶² Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-08/msf-denuncia-falta-de-iniciativa-internacional-para-combater-o-ebola-na-africa> Acessado em: 16 de julho de 2015.

vez que tal pluralidade pode levar à perda de sua consistência, como é ressaltado por Varela (2013, p. 370).

Enquanto a profusão dificulta a análise da sua atuação, ela corrobora a análise sobre a diferenciação funcional social entre setores cada vez mais especializados. A estrutura da sociedade em determinados temas é reflexo da diferenciação em setores que buscam a proteção de seus interesses, de forma a tentar disseminar seu projeto e sua visão de mundo.

Esses fatores destacados fazem com que a discussão em relação ao papel das ONGs no âmbito internacional tenha mais força, mesmo que elas estejam relacionadas a um contexto histórico tão antigo quanto o desenvolvimento das primeiras organizações internacionais. Uma das mais famosas ONGs, Cruz Vermelha, foi criada em 1863. Se o desenvolvimento das ONGs remete a um período histórico mais remoto, o seu fortalecimento ocorre desde o novo contexto global que facilita e que tem maior demanda por ONGs no âmbito político, como fomentadoras de determinados objetivos ou como centros propulsores de conhecimento especializado.

O desenvolvimento de uma ONG requer, basicamente, uma comunhão de vontade em torno de um determinado tema e uma organização estruturada para alcançar esse objetivo. Eventual êxito ou não em seus propósitos depende de uma variedade de fatores determinados ao longo de sua atuação e da contribuição que conseguem efetivamente dar para a sociedade global.

3. 3. 1. 2 As ONGs representam a sociedade civil?

Para entender a profusão de ONGs e a diversidade de campos de atuação, é interessante relembrar as considerações relativa à explosão dos diversos subsistemas no âmbito do Estado-nação. A diferenciação funcional faz com que diversos setores da sociedade passem a trabalhar de acordo com sua lógica e objetivando os próprios interesses. Quanto mais o processo de diferenciação ocorre na sociedade, mais subsistemas emergem com o intuito de organizar sua estrutura perante seus interesses.

A expansão, ao nível global, desses subsistemas decorre do fato de que os interesses desses subsistemas não se encontram adstritos aos limites territoriais. Além da não limitação territorial, ocorre o problema de que esses subsistemas, por vezes, são sub-representados no âmbito global. As estruturas formais no âmbito internacional são objetos das mais variadas deficiências que são um bloqueio na condução de certas temáticas. Para

se livrar da burocracia internacional, esses subsistemas passam a atuar por conta própria e buscam correspondentes de interesse no âmbito mundial para garantir a concretização dos objetivos comuns.

Ao ter em mente sociedade fragmentada e as ONGs como representantes desse processo, é possível se desvencilhar de alguns dos problemas em relação a sua caracterização. Não se deve descrever uma ONG isoladamente como representantes da sociedade civil. A fragmentação social impossibilita uma descrição única da sociedade, ante a existência de várias descrições onde cada subsistema compreende o mundo desde sua visão específica. Uma ONG representa uma visão particularizada do mundo, mas isso não a deixa mais ou menos importante.

A interpretação da dicção sociedade civil global, por exemplo, só pode ser realizada ao se ter em mente a sociedade fragmentada em uma plethora de racionalidades divergentes. A emergente sociedade global, então, deve ter como norte a inserção da maior quantidade possível de subsistemas, tendo em vistas que quanto mais participantes forem inseridos para dialogar, a decisão que eventualmente advier será mais democrática, já que contou com maior pluralidade de visões⁶³.

Escolher uma ONG particular como se esta fosse a guardiã dos interesses da sociedade civil é impor uma sobrecarga de racionalidade que nenhum subsistema consegue suportar. Não é possível descrever de forma unitária a sociedade, ante a fragmentação social e também racional. Mesmo ante essa constatação, é possível asseverar a importância das ONGs pelo fato de que elas representam a ascensão de várias visões da sociedade civil que buscam agregar seus interesses em torno de objetivos específicos e por isso conseguem, mesmo que de forma parcial, levar ao âmbito mundial a forma de analisar o mundo de determinados subsistemas.

A adequada visualização das ONGs deve ter em mente quais são os fatores que possibilitaram a maior visibilidade e o fortalecimento delas.

3. 3. 1. 3 O que levou a ascensão de ONGs globais e como estas atuam?

Daniel Thürer relaciona três fatores que fizeram as ONGs mais atuantes internacionalmente: (i) o ambiente político da Guerra Fria fez com que demandas sobre

⁶³ Por outro lado, a abertura de forma excessiva, se não estruturada adequadamente, pode conduzir o processo a uma feição anárquica e desestruturar o discurso, fazendo com que o diálogo seja cacofônico, ante a pluralidade dos discursos simultâneos.

direitos civis, políticos, culturais e econômicos se tornassem mais constantes. Mesmo que as ONGs não conseguissem atuar de forma direta, o autor ressalta que elas tiveram um importante papel nos bastidores; (ii) o cenário pós Guerra Fria que amenizou o nível das discussões diplomáticas. Durante a Guerra Fria as discussões ou eram paralisadas diante dos interesses divergentes das duas potências, ou eram temas de uma sensibilidade mais alta e que por isso as ONGs não tinham condições de atuar de forma eficaz; (iii) o desenvolvimento das novas tecnologias permitiu que as ONGs tivessem acesso a informações e as divulgassem ao redor do mundo sem ter que passar pela necessária intermediação estatal, além de conseguirem formar redes de colaboração onde o comum interesse fosse o vetor de relacionamento entre esses atores (2009, p. 62).

Podem ser acrescentados aos fatores oferecidos por Daniel Thürer outros dois elementos: (i) o Direito e a Política interna inaugurados ao final da Segunda Guerra. Com o desenvolvimento das novas constituições que consagrou o Estado Democrático de Direito, os grupos sociais passaram a ter mais mobilidade para se organizarem, ante a positivação constitucional e fortalecimento de direitos como liberdade de expressão, associação e a democracia como fórmula organizacional do Estado; (ii) a ampliação de assuntos trabalhados no âmbito internacional, incorporando a sua estruturas temas como direitos humanos, Direito Ambiental, direitos das minorias e outros assuntos mais sensíveis à sociedade civil.

Além dos fatores históricos, um dos marcos para a proliferação das ONGs no âmbito mundial foi a previsão no Art. 71 da Carta das Nações Unidas, que trouxe a possibilidade do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) reconhecer a determinadas ONGs o *status* consultivo para os assuntos que tenham pertinência com os interesses do ECOSOC. Esse artigo acarreta diversos efeitos, dentre estes consagra a nomenclatura “organizações não governamentais”, chancela o reconhecimento da importância das ONGs no âmbito global, e ainda é um propulsor para que os movimentos sociais tentem se organizar de modo mais adequado para que sejam reconhecidos pela ECOSOC e influenciem internacionalmente nos assuntos de seu interesse. O fim da Guerra Fria, ao tornar as relações internacionais mais amenas, elevou o número de ONGs credenciadas junto à ONU de 1990 a 2000 aumentasse em mais de dez vezes em comparação ao do período anterior (VARELLA, 2013, p. 73).

A atuação das ONGs no âmbito internacional fez com que o sistema constituído na higidez estatal passe a ter mais variantes que devem ser levadas em consideração. As ONGs atuam rente aos diversos sujeitos (Estados e organizações

internacionais) e atores internacionais (outras ONGs e empresas multinacionais) para que seus objetivos sejam alcançados. Uma vez que os canais de acesso direto para as estruturas internacionais são fechados ou limitados, em vez de servirem como um obstáculo intransponível a sua atuação, esse fator serve como mola para criatividade na busca por outras formas as quais possam se fazer ouvir e atuar.

A atuação rente aos Estados ocorre pelo fato de que as ONGs estão territorialmente localizadas em determinados países. Essa proximidade faz com que o *lobby* e a pressão direta nesse Estado sejam mais fáceis. As ONGs usam os Estados como forma de alavancar seus objetivos e fazer a engrenagem internacional funcionar por meio deles. Pressionam os Estados para que estes possam atuar em relação a alguma organização internacional ou em relação a outro Estado (SPIRO, 2013, p. 228).

As ONGs também atuam de formas diversas em relação as OI. Como as OI são as estruturas formais criadas para lidar com determinados campos temáticos e possuem maior reconhecimento internacional, as ONGs buscam influenciar no desenvolvimento da agenda e das atividades das OI para que elas possam alcançar seus objetivos. Determinada ONG que atua sobre refugiados, por exemplo, tem em interesse que o Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados seja influenciado em alguma medida pela mentalidade e pela forma de agir da ONG. As OI e as ONGs podem possuir afinidade no campo de proteção, e isso faz com que elas busquem cooperar com as OI e também influenciá-la. Essa relação entre ONGs e OIs se reflete em todos os campos que forem potencialmente favoráveis aos objetivos das ONGs, podem atuar de forma próxima à ONU, organizações regionais, instituições financeiras, conferências e tribunais (SPIRO, 2013, p. 230). A diversidade de estruturas que existem se contrapõe à unicidade do fato social. Podem existir diversas ONGs e OIs universais e regionais tratando sobre direitos humanos, por exemplo, mas o fato de elas serem as mais variadas não muda, pois elas compartilham da mesma preocupação, que é a proteção aos direitos humanos. A fragmentação estrutural (ONGs, OIs mundiais, regionais, Estados) se contrapõe ao compartilhamento de interesses sobre determinados temas. São distintas estruturas que podem atuar na busca de um objetivo comum.

Dois exemplos demonstram a atuação das ONGs, tanto em relação aos Estados quanto às OI. O primeiro exemplo foi a ajuda do Greenpeace e outros grupos no pagamento da anuidade de pequenos Estados que não possuíam recursos suficientes para participar da Comissão Internacional sobre Baleia. O Greenpeace pagou as taxas e ajudou na confecção dos requerimentos internos com o intuito de arrematar votos em prol da

moratória à caça a baleia. O segundo exemplo é o caso de uma fundação de Londres que trata sobre Direito Internacional Ambiental e Desenvolvimento. Essa entidade teve papel essencial em informar e organizar a “*Association of Small Island States (AOSIS)*”, que conta com um número de 37 Estados em relação ao tema sobre mudanças climáticas. As pequenas ilhas, em virtude da elevação do nível do mar, são direta e intensamente afetadas pelas mudanças climáticas. Mesmo com o alto impacto que elas vão sofrer, em virtude do seu pequeno tamanho e poucos recursos, por vezes, elas não possuem o refinamento teórico necessário ou a coordenação de esforços para que possam ter condições de influir de modo mais direto. A atuação das ONGs conseguiu fazer com que elas agissem de maneira mais coordenada e que desempenhassem um papel importante na questão sobre mudanças climáticas (SPIRO, 2013, p. 231).

A possibilidade de interferir das ONGs também ocorre nas grandes empresas multinacionais. Corroborando essa atuação, Varella traz o caso envolvendo uma ONG estadunidense que disseminou uma campanha sobre o impacto das papinhas para bebês da Nestlé e o índice de mortalidade. O documento foi confeccionado com o título “*Nestlé Kill babies*”. Em pouco tempo, o documento produzido pela ONG conseguiu se alastrar nas diversas redes nas quais as ONGs interagem. A empresa e a ONG entraram em um acordo para que a publicidade negativa cessasse, com o comprometimento da empresa em aumentar seus padrões de segurança sanitária, modificar a fórmula e até mesmo a produção de uma norma de qualidade na UNESCO foi feita (2013, p. 78 – 79).

A atuação e os objetivos das ONGs fazem com que elas atuem de forma paralela, convergente ou divergente aos demais sujeitos e atores. Além da diversidade de atuação, elas também encerram os mais diversos objetivos, tamanhos, organizações estruturais, alcance territorial, número de associados e orçamentos. Um dos aspectos que pesa de modo favorável as ONGs é o fato de conseguirem ter uma relativa autonomia funcional para buscar os objetivos escolhidos.

As formas de atuação de uma ONG no âmbito global dificilmente podem ser limitadas, haja vista que a mola propulsora de sua atuação não se resume a um momento específico, mas sim à proteção de forma ampla do objetivo de trabalho da ONG (direitos humanos, desenvolvimento, ambiental, saúde, direito das mulheres, crianças, trabalho, idosos). Isso faz com que o propósito de uma ONG se torne mais amplo do que a consecução de vitórias circunstanciais, e sua atuação irá ocorrer nas diversas etapas necessárias para que o objetivo finalístico ao qual elas se propõem auxiliar seja garantido. Ao conseguir que uma determinada matéria seja alvo de uma convenção, por exemplo,

começa a outra etapa que visa a garantir a incorporação nos diversos Estados. Superado esse processo, começam as funções de fiscalização, relatórios, atuações judiciais.

Mesmo que a atuação de ONGs seja delimitada a determinados momentos, tal fator ocorre para garantir a maior eficiência nesse objetivo específico. Outras ONGs vão se formando e buscam atuar de forma complementar e paralela em torno desse objetivo. A estruturação das ONGs se divide em compartimentos para que o funcionamento geral em torno do objetivo seja mais eficiente.

Varella ressalta que as ONGs conseguem efetuar funções administrativa, legislativa e judicial no âmbito internacional, mas que não seria possível comparar o papel dessas estruturas com as funções que são realizadas pelos Estados. A maior legitimidade e atuação dos Estados decorre do fato de que eles conseguem atuar diretamente no âmbito internacional, enquanto as ONGs precisam recorrer, na maioria das vezes, a mecanismos de pressão indireta. Mesmo ante essas dificuldades, as ONGs logram realizar um papel de grande impacto no âmbito internacional. O autor ressalta a ONG OXFAM, que conta com 4.500 funcionários, 30 mil voluntários e mais de um milhão de doadores. A organização estrutural descentralizada da OXFAM é um fator que ressalta um aspecto das ONGs, pois, ao estar localizada nas principais cidades do Globo, ela consegue elaborar e difundir rapidamente textos sobre seus objetivos e realizar a mobilização de um significativo número de pessoas em prol de seus objetivos (2013, p. 73 – 74).

A variedade de formas de estruturação das ONGs cria um aspecto polimorfo. Varella identifica a existência de ONGs que contam com um massivo apoio da sociedade civil e recursos, e, do outro lado, ONGs de menor monta, mas que em virtude de sua especialidade técnica logram elevado nível de credibilidade internacional, a exemplo das ONGs ambientais RAFI e GRAIN e da ONG CEJIL no âmbito dos direitos humanos (2013, p. 75). Essa diversidade estrutural e o fato de que mesmo pequenas ONGs possam ter um impacto global significativo em razão do conhecimento especializado que elas produzem, indicam o papel que elas desempenham nas questões que se dedicam a estudar.

O aspecto polimorfo das ONGs fez com que sua atuação no âmbito internacional também ocorra dos modos mais variados. Daniel Thürer apresenta algumas formas que as ONGs utilizam para tentar influenciar na evolução do Direito Internacional: (i) coletam informações de campo para ajudar a elidir dúvidas em determinadas questões e ressaltam a importância de fatores que não foram levados em consideração; (ii) quando lhes é permitido, solicitam aos órgãos competentes pedidos de consulta ou de supervisão sobre o comportamento das partes dos tratados internacionais; (iii) atuam de diversas

formas junto à opinião pública para que esta seja mais esclarecida em relação a determinados assuntos e pressionem seus governos para tomada de posição em relação a questão trabalhada; (iv) fiscalizam se os Estados se mantem coerentes internamente em relação aos compromissos firmados internacionalmente; (v) prestam serviços e ajudas diretamente em determinados áreas; (vi) promovem o desenvolvimento de standards e princípios como guias de conduta (2009, p. 64 – 65).

Essa diversidade de atuações e de organização estrutural corrobora a ideia de fragmentação social exposta como norte para compreensão da sociedade. A sociedade se estrutura de maneira complexa que dificilmente pode ser reduzida a modelos explanatórios que restrinjam a diversidade existente nela. Essa complexidade e diversidade se exprimem também no âmbito das ONGs. Mesmo entre ONGs que têm o mesmo propósito, é possível visualizar distintas formas de estruturações e estratégias para alcançar seus propósitos.

3. 3. 1. 4 As ONGs possuem legitimidade para atuar globalmente?

A discussão relativa ao papel das ONGs internacionais tem como um dos maiores obstáculos as dificuldades de legitimidade e de responsabilidade que, em tese, não estariam nelas. A forma de obtenção de legitimidade e de responsabilidade das ONGs ocorre desde uma mistura entre a sua atuação e o reconhecimento social, não sendo possível separar esses dois elementos.

Analisar a legitimidade das ONGs tem como premissa compreender o papel que elas desempenham. Sua legitimidade deriva de uma forma diferenciada. Em regra, elas não recebem delegação ou autorização para atuarem nas suas áreas. O que garante legitimidade às ONGs é uma combinação de efetividade e reconhecimento.

Holly Cullen e Karen Morrow trazem alguns campos de atuação das ONGs e como eles estão imersos e chegam até mesmo a se confundir com a forma de obtenção de legitimidade das ONGs: (i) intervindo no processo internacional; (ii) participando no monitoramento; (iii) sendo parte em reclamações e resolução de conflitos; (iv) fornecendo argumento para tomada de decisões (2001, p. 15)⁶⁴.

Cullen e Morrow expõem sobre o papel da Cruz Vermelha, uma das mais antigas ONGs em atividade, passando por grandes situações de calamidade internacional,

⁶⁴ Esses itens apresentados são compatíveis com os já apresentados por Daniel Thürer.

como as duas grandes guerras. Essa longevidade da Cruz Vermelha fê-la ganhar notoriedade internacional que a torna parte especial no âmbito da Convenção de Genebra, de 1949 sobre conflitos armados, trazendo disposições sobre Direito Humanitário. Haja vista esse papel importante, a Cruz Vermelha se identifica de forma superior as demais ONGs, porquanto já consegue exercer maior influência e tem mais espaço (2001, p. 17).

Em relação ao combate de minas terrestres⁶⁵, no âmbito do Tratado de Ottawa, que aborda a proliferação dos artefatos, Cullen e Morrow lembram que o papel das ONGs foi reconhecido de tal forma que a ONG *International Campaign to Ban Landmines* (ICBL) ganhou o Prêmio Nobel em 1997 pelos esforços despendidos (2001, p. 17). A convenção sobre minas terrestres demonstra o aspecto contínuo da atuação das ONGs internacionalmente. Mesmo concluída a convenção de Ottawa, outras funções passaram a ter importância, como a luta para desativar as minas plantadas. Um exemplo dessa atuação é a ONG Apopo, que ganhou notoriedade internacional por usar ratos treinados para identificar as substâncias explosivas nos artefatos, mas não possuem peso suficiente para ativá-las, e com isso facilitam o processo de localização das minas, salvando vidas e permitindo que áreas inutilizadas pudessem novamente ser aproveitadas. A atuação da ONG já conseguiu desativar um total de 55.238 minas terrestres⁶⁶.

O papel das ONGs no âmbito internacional passa a ser ampliado, na medida que as primeiras atuações conseguem se mostrar benéficas para o sistema internacional e também pelo fato de que as competências das organizações internacionais tendem a se tornar cada vez mais complexas, mas o aumento da complexidade não é acompanhado por um aumento no seu orçamento (CULLEN; MORROW, 2001, p. 18).

Outra importante atuação foi a mobilização realizada pela Anistia Internacional rente à opinião pública em ampliar o combate à tortura, para que esta fosse visualizada como um crime contra a humanidade. A forma de mobilização da Anistia Internacional, estruturada em diversos países, ocorria por meio da intervenção das filiais rente à opinião pública e os governos para que estes tivessem maior consciência e compromisso em relação ao combate à tortura (BIANCHI, 2009, p. 382 - 383).

No âmbito da proteção dos Direitos Humanos, especialmente nos processos judiciais, o papel das ONGs é cada vez mais presente. ONGs como a Anistia Internacional

⁶⁵ Vale ressaltar que a discussão política começou com seis ONGs e aos poucos foi crescendo, chegando ao ponto de contar com 1.200 ONGs de mais de 60 países que trabalhavam em conjunto para pressionar seus governos para proibir as minas terrestres (DUNOFF; RATNET; WIPPMAN, 2006, p. 211). A luta contra as minas terrestres criou verdadeira rede de atores em torno de um objetivo comum.

⁶⁶ Disponível em: <https://www.apopo.org/en/about/results/impact> Acessado em: 18 de julho de 2015.

e a Comissão Internacional de Juristas conseguem atuar na condição de *amicus curiae* ou, em alguns casos, se previsto no tratado constitutivo, como partes (CULLEN; MORROW, 2001, p. 19). No âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, as ONGs conseguem atuar e sua participação faz com que novas informações, análises jurídicas comparativas e novas interpretações dos textos legais feitas pelas ONGs sejam alvo de reflexão. A atuação das ONGs, em determinados casos, chega a ser até mesmo citada pelos juízes nas decisões, como ocorreu no *Söering Case*, em que se discutia a possibilidade de extradição de um alemão para os Estados Unidos, com o risco de ser condenado à pena de morte. A discussão gravitava ao redor do fato de se tal processo de extradição era compatível com as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos (BIANCHI, 2009, p. 384).

Na medida em que as ONGs logram ser efetivas e com as contribuições de valia, elas são reconhecidas. A legitimidade da ONG advém de conquistas que obtêm internacionalmente. Além disso, a vontade livre, o elemento base de uma ONG, aumenta o reconhecimento de sua importância internacional. A liberdade das ONGs faz com que sua atuação, em tese, seja isenta de pressões diretas que possam distorcer seus objetivos. Ao contrário das organizações internacionais, elas não recebem nenhuma especial delegação por parte dos Estados para cumprir determinados propósitos, mas conquistam o reconhecimento, seja por meio da atratividade de suas ideias ou de sua forma de atuação, fazendo com que as ONGs estejam submetidas a uma constante conquista de legitimidade (CHARNOVITZ, 2009, p. 147).

Além da independência, outro fator conducente a que as ONGs passem a desempenhar um papel mais importante no âmbito internacional é a sua criatividade em repensar as formas de alcançar efetividade. As ONGs buscam diversas metodologias para alcançar seus objetivos, pois não atuam somente no âmbito das discussões e implementações normativas, mas também buscam assegurar que as normas tenham eficácia no mundo real. As ONGs têm uma faceta estruturada em diversas redes de interação que buscam espalhar informações e formas de atuação entre os distintos pontos de apoio da maneira mais rápida possível. Essa estruturação potencializa a interdependência mundial, facilitando também a inovação e a adaptação às demandas mundiais (CHARNOVITZ, 2009, p. 160 - 161).

Podem ser oferecidos alguns pontos que fazem com que as ONGs tenham legitimidade internacional e desempenhem um papel importante: (i) união voluntária; (ii) organização independente dos Estados e transparência em sua estruturação; (iii)

organização flexível que consegue se adaptar de forma mais rápida as demandas sociais; (iv) maior capacidade criativa em relação as demandas específicas, conseguindo atuar de diversas formas na busca de seus objetivos; (v) atuação como centros especializados nos campos que se propõe a estudar, coletando e divulgando dados, bem como pesquisas sobre os temas; (vi) resultados práticos em relação aos campos que atuam, ou seja, são eficiente em ajudar, denunciar, fiscalizar os atores e sujeitos internacionais.

Todos esses fatores fazem com que a legitimidade democrática das ONGs venha não somente de procedimentos formais, mas também de mecanismos não eleitorais de legitimação democrática. As ONGs são reconhecidas por uma diversidade de fatores e precisam conquistar de forma constante sua legitimidade. Necessitam se afirmar como legítimas para os seus membros, para a sociedade de forma ampla e as demais estruturas atuantes internacionalmente. Não ter ou perder credibilidade em alguma dessas três dimensões para as ONGs pode acarretar o seu descrédito internacional.

O aspecto voluntário, por exemplo, permite que se uma ONG não mais responde aos interesses de uma parte do grupo que se reuniu em torno dela, os dissidentes saiam e formem um novo grupo que se harmonize à filosofia e à metodologia dos dissidentes; da mesma forma que o reconhecimento de falta de independência ou transparência na concretização de seus objetivos, também pode levar a uma crise de credibilidade na ONG, implicando em perda de reconhecimento e diminuição nas doações. A ausência de flexibilidade necessária para atuar mina a legitimidade da ONG, uma vez que ela não irá conseguir atuar na velocidade necessária que a urgência de certos casos necessitam. O mesmo problema mostra-se em relação a ONGs que não conseguem desenvolver respostas criativas, pois, elas caem no marasmo, sem trazer respostas adequadas e podem ser relegadas a segundo plano, perdendo associados e campo de atuação. A coleta de dados, se comprovados como exagerados ou falsos, também pode minar a legitimidade da ONG internacionalmente, o que vai fazer com que suas contribuições não sejam mais levadas em consideração com o mesmo peso.

Os défices fazem com que a ONG não tenha efetividade. Sem isso, ela é desnecessária ou ignorada internacionalmente. A falha nesses pontos abala os pontos mais importantes de que uma ONG precisa ter para ser reconhecida: credibilidade e eficiência. Ao perder esses dois requisitos, ela perde espaço, reconhecimento, sua importância e ou ter reflexos no orçamento de suas operações. Ao perder esses requisitos, o laço voluntário que é a base da criação da ONG é rompido e as pessoas que realmente querem prosseguir

lutando pela finalidade da ONG tendem a sair e criar outro grupo adequado às demandas necessárias para o seu funcionamento e atuação.

O papel da ONGs e sua importância internacional, dessa forma, se mostra como uma mistura entre efetividade e reconhecimento. Esses dois fatores se retroalimentam e fazem com que a ONG, na medida em que tenha legitimidade social, possa atuar internacionalmente, e, à proporção que consegue se fazer ouvir ou ter seus objetivos alcançados internacionalmente, tem ampliada sua base de legitimação social.

A ideia de legitimidade democrática também deve ser interpretada no contexto de fragmentação social. A base de legitimidade que as ONGs vão receber não é necessariamente de todos os subsistemas sociais, mas do subsistema específico que elas representam. Cada subsistema pode desenvolver metodologia própria de legitimidade. Na medida que cada ONG galga mais ações e a legitimidade internacional, entretanto, é possível que outros subsistemas reconheçam a importância de sua atuação em determinados temas e até mesmo passem a dialogar.

É interessante ressaltar que algumas das estruturas mais fortes também podem ser consideradas como ONGs, como a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), Comitê Olímpico Internacional (COI) a *International Standard Organisation* (ISO), *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Essas estruturas representam maior nível de refinamento estrutural e autonomia operacional em torno de determinados temas. São estruturas privadas que conseguem organizar os assuntos que as circundam, trazendo normas específicas e estruturas de julgamento. Assim como as demais ONGs, elas estão organizadas em torno de uma temática específica (futebol, jogos olímpicos, padronização, internet), mas conseguem se estruturar de forma tão fechada e como um refinamento fático tão intenso que dominam o âmbito temático em que atuam. Elas logram produzir as próprias normas, seus procedimentos de fiscalização e observância de suas normas, organizar os próprios eventos de escala mundial. Conseguem atuar de forma independente e aos Estados e, em determinados casos, eventual ingerência estatal em seus assuntos pode acarretar graves consequências para a federação ou país que busca esta interferência.

Feitas essas considerações relativamente às ONGs, o ponto que deve ficar mais claro é que, mesmo com a falta de reconhecimento formal, as ONGs conseguem desempenhar sim um papel de relevo no âmbito internacional. Elas diluem o poder centralizado internacionalmente e passam a ser mais uma variante que deve ser levada em consideração. Com alto potencial de mobilização social, apoio da sociedade civil, e

com o conhecimento especializado, elas auferem legitimidade não só por procedimentos formais, mas também pela atratividade de suas ideias.

3. 3. 2 O novo papel das multinacionais no contexto internacional

As ONGs e as multinacionais compartilham o mesmo dilema em relação ao não reconhecimento formal do seu *status* de sujeito de Direito Internacional, mesmo que sejam reconhecidas como atores. Assim como o não reconhecimento das ONGs subestima e negligencia o seu papel, o não dimensionamento das multinacionais acarreta ao Direito Internacional uma feição desconexa da realidade.

Um dos fatores que leva as empresas a terem mais espaço no novo contexto social é o fato de que as relações econômicas possuem a marca da independência territorial, pois o desenvolvimento do seu objetivo (auferir lucro) não está necessariamente vinculado a uma base territorial fixa. Essa relativa feição apátrida das empresas faz com que elas possam, assim como as ONGs, se fortalecerem e atuarem no âmbito mundial. Alguns processos específicos estão diretamente relacionados ao fortalecimento das multinacionais: (i) abertura do mercado mundial; (ii) inovações tecnológicas; (iii) desregulamentação e privatização das empresas nacionais. Esses fatores trouxeram para as empresas um campo de atuação cada vez mais amplo para o desenvolvimento de suas atividades. Larry Catá Backer compara tal processo a uma metástase, em que as multinacionais são um dos fragmentos que se desvencilham do centralismo que o Estado-nação exerce (2011, p. 755).

Uma das críticas tradicionalmente posta em relação ao atual papel das multinacionais é o fato de que eventos históricos mais remotos podem ser apontados como prelúdio das atuais multinacionais e do processo de globalização. Somente após a segunda metade do século XX, entretanto, se verificou a consolidação e fortalecimento da globalização das relações econômicas de modo mais estável.

A expansão das relações econômicas mundiais ocorreu de modo mais intenso na tríade composta por Estados Unidos, Japão e Europa. Com a queda do Muro de Berlim e a crise sistêmica nos países do Terceiro Mundo, ocorreu um processo que os direcionou para a reformulação de suas políticas públicas (o que incluiu desregulamentação e privatização), e abertura de suas economias para o comércio mundial. Nesse contexto de integração produtiva e econômica que já ocorria na tríade passou a ter novos mercados disponíveis para racionalizar seu processo produtivo, novos consumidores e maiores

opções de produção. As grandes beneficiárias desse processo de reestruturação estatal e econômica foram as empresas multinacionais que passaram a atuar de modo mais global. Esse novo papel das empresas é descrito de forma precisa por Cassese ao analisar o novo cenário global, o autor assim expõe:

[...] junto a los Estados, hasta ahora los únicos protagonistas de la escena mundial, se sitúan las grandes empresas generalmente de carácter multinacional. De los cien organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas, 49 son Estados. El volumen de negocios de la General Motors es superior al producto interior bruto de países como Arabia Saudita, Turquía o Polonia. Los ingresos de General Electric son comparables a los de Israel y los de IBM son superiores a los de Egipto. Más de 145.000 empresas son multinacionales. En el 2000, el valor en bolsa de la empresa finlandesa Nokia era el doble del producto interior bruto finlandés. (2006, p. 14)

A ampliação e o fortalecimento das empresas no âmbito mundial estão relacionados à reformulação da capacidade estatal de intervenção na economia, realizar a justiça distributiva e tentar conciliar as relações entre capital e trabalho. Na medida em que as empresas conseguem emancipar seu processo produtivo, outrora limitado a um território específico, elas não mais precisam se submeter ao diálogo com os Estados ou com entidades de classe, pois podem simplesmente sair dos países com altos encargos trabalhistas e buscar outro país onde as condições sejam mais precárias, realizando a prática denominada *labor shopping*. Essa emancipação territorial mina a capacidade do Estado de intervir diretamente na economia, uma vez que a transferência territorial de uma empresa acarreta a perda de empregos e diminuição na arrecadação dos tributos.

O fortalecimento das multinacionais ocorre também em virtude da expansão do poderio econômico e tecnológico, fatores que possibilitam que as empresas tenham capacidade de influir direta ou indiretamente em diversos campos. Elas conseguem se esquivar da regulamentação jurídica estatal, regulamentar diretamente algumas das relações de que são parte e até mesmo pressionar por normas jurídicas que lhes sejam favoráveis. O binômio capital e tecnologia, aliado ao enfraquecimento do Estado, é a origem do poder das empresas. Este não se reduz ao aspecto monetário, mas também sua dispersão geográfica faz com que elas possam influir com agilidade nas redes que conectam trabalhadores, fornecedores e consumidores.

Esses fatores conduzem ao redimensionamento do papel da empresa em escala mundial. O planejamento de uma empresa sobre alocação de investimentos e produção atrai vários países que eventualmente possam ser receptores desses investimentos. Como existem diversos que se mostram com potenciais receptores, cria-

se uma concorrência entre eles para a definição de quem irá receber os investimentos e as benesses decorrentes dele. Essa competição entre os Estados faz com que a forma de ser mais atraente para recepção das empresas seja com a redução de benefícios sociais dos trabalhadores e da própria capacidade arrecadatória do Estado. As normas jurídicas passam a ser analisadas pelas empresas como custos de transação comerciais, como uma espécie de *commodities* (BACKER, 2008, p. 7).

Além de analisar os aspectos ligados à produção de caráter mais direto (como acesso a *commodities* e infraestrutura), as empresas podem levar em consideração outros fatores importantes no processo produtivo. Isto permite que as empresas possam escolher onde vão alocar seus investimentos, de acordo com o que os Estados lhes podem oferecer para melhorar sua capacidade produtiva. O funcionamento das empresas pode ser influenciado por fatores de cunho não territorial. O bom desempenho de uma empresa não depende unicamente da disponibilidade de recursos naturais, mas outros fatores podem auxiliar. Jean-Philippe Robé traz alguns exemplos do que são esses elementos não territoriais: “access to technology, lean production techniques, marketing strategies, attention to the need of consumers, quick responses to market change and so on.” (1997, p. 48). Os Estados que têm recursos naturais e conseguem esses elementos não territoriais possuem uma estrutura de desenvolvimento econômico mais abrangente, com recursos naturais e institucionais, no sentido de instituições fortes que podem ajudar no desenvolvimento das empresas.

Além desses aspectos, outros vetores mensuração difícil ou de verificação empírica são levados em conta para a caracterização do ambiente social. Não é possível negar a importância da dimensão cultural e da formação social, uma vez, que mesmo as instituições formalmente constituídas, estão inseridas num âmbito social que fazem seu funcionamento seja distorcido ou prejudicado. Eventual cultura de não cumprimento de contratos, ou recursos protelatórios no Judiciário, podem minar a confiança entre parceiros comerciais, especialmente se há dúvida sobre a independência do Judiciário e sua celeridade processual.

A análise mercadológica do ambiente jurídico faz com que seja desenvolvido um perfil de normas mais adequadas para o bom funcionamento das empresas. O alinhamento com essa diretriz jurídica se torna um fator de atratividade para o investimento estrangeiro. Normas que garantem segurança jurídica, flexibilidade contratual, proteção à propriedade intelectual estão entre os requisitos postulados pelas empresas. A segurança jurídica assegura a proteção jurídica e faz com que as empresas

possam ter estabilidade nas relações contratuais e saber que podem contar com o Estado para assegurar seu cumprimento. A flexibilidade contratual permite que as empresas possam demitir trabalhadores ou criar contratos de uma forma adequada aos fins da empresa. A propriedade intelectual assente que elas possam investir na área tecnológica com a garantia de proteção jurídica para retorno financeiro e proteção do Estado na defesa desses direitos. Na medida em que o Estado consegue a efetivar essas condições jurídicas, as relações comerciais prosperaram de modo mais adequado. Desse modo, o Estado passa a ser bem-visto, mas, por outro lado, se eventualmente produz normas contrárias aos interesses das empresas, eles são classificados como investimentos de riscos, afastando o capital estrangeiro.

Se de um lado as empresas postulam a revisão de normas jurídicas vistas como obstáculos para o seu desenvolvimento são atreladas à perda de direitos sociais, por outro lado, aquelas estão ligadas também ao desenvolvimento econômico. O investimento que as grandes empresas fazem, a tecnologia de produção desenvolvida, a geração de emprego e renda, ajudam a superar o padrão de exclusão social nos países que recebem os investimentos. Elas levam desenvolvimento econômico aos países onde atuam, com investimento, tecnologia e geração de emprego e renda. Além disso, as empresas pressionam os Estados por um aperfeiçoamento na infraestrutura do País, com o intuito de escoar a produção e garantir o próprio funcionamento das fábricas. Esse lado das empresas que trazem investimentos e oferecem empregos fazendo com que os países também sejam beneficiados com as multinacionais.

Desse modo, as multinacionais não podem ser analisadas de forma unilateral. Se de um lado pressionam os países por baixos níveis de proteção social, por outro, trazem geração de renda, emprego e infraestrutura. Essa ambiguidade pode ser vista na discussão sobre os salários e a carga horária. As empresas pagam menos em países subdesenvolvidos do que o valor pago em países centrais e nas suas matrizes e também possuem uma carga horária de trabalho maior. As multinacionais, entretanto, argumentam, que essa comparação é inadequada. A correta comparação seria com os valores e a carga ofertada no país específico onde ela está atuando. Não devem ser comparados o salário e a carga horária de uma empresa na Alemanha com uma na China, por exemplo, mas sim os valores praticados entre as empresas na própria China. Nessa comparação (entre empresas atuantes na China), elas pagam valores mais altos e com menor carga de trabalho do que os ofertados localmente. Se fosse o caso de pagar os mesmos valores pagos nos países centrais, elas não iriam investir nos países

subdesenvolvidos e continuariam a produzir na sua matriz⁶⁷. Essa ambiguidade traz dúvidas se as empresas estariam explorando a mão de obra barata de outros países, praticando uma espécie de *dumping social* ou levando emprego e renda para onde não existem oportunidades.

Além dessas questões, outro problema surgente para algumas multinacionais são condições de trabalho (*sweatshops*) com uma faceta que utiliza a mão de obra escrava ou análoga à de escravo, trabalho infantil, pressão por minoração dos direitos sociais, algumas grandes empresas também passam a figurar no noticiário em grandes escândalos envolvendo corrupção de agentes públicos, desastres ambientais de proporção global. Esses pontos suscitam a possibilidade de os direitos humanos serem violados também por empresas, não somente por Estados (TEUBNER, 2006, p. 328 – 329). Tais fatores aumentam o foco social sobre as empresas multinacionais e fazem que elas sejam de grande importância.

Do ponto de vista jurídico, as multinacionais modificam em duas formas o panorama tradicional de regulamentação. No primeiro momento, os Estados são fragilizados e direcionados por ampla desregulamentação. Já no segundo, ocorre a re-regulamentação, por parte dos atores privados, para que as relações jurídicas ocorrentes além das fronteiras estatais possam ser desenvolvidas de modo mais seguro e estável, garantindo os preceitos básicos para que a atividade econômica possa prosperar (autonomia da vontade, segurança nos contratos, respeito à propriedade privada, especialmente intelectual, mecanismos de resolução de conflito).

Mesmo que as empresas evitem as normas produzidas pelos Estados, uma vez que interferem de forma indevida e insuficiente no campo econômico, tal fator não implica a total dispensa do direito para estabilizar as relações econômicas. As normas dispensáveis e criticáveis são as estatais, pois não conseguem lidar com a complexidade das imbricadas relações comerciais desenvolvidas pelas empresas. São necessárias normas com o intuito de reduzir os custos de transação em caso de conflitos entre parceiros econômicos que possam emergir. Enquanto a regulamentação estatal restar fragilizada, outras formas de regulamentação foram fortalecidas. Esse processo é descrito por Christian Joerges e Christine Godt, que assim expõem:

⁶⁷ Ao igualar os salários, os países subdesenvolvidos iriam perder atratividade para as empresas multinacionais e poderiam deixar de receber o investimento delas. Sem esse aporte financeiro, a situação econômica pode ficar ruim, já que não vão ter novos empregos sendo gerados.

[...] the post-national constellation which Europeanization has generated has led to an erosion of the regulatory powers of TRUDI and of its capability to weigh autonomously the costs and benefits of opening the national economy. But Europeanization has also led to the establishment of sophisticated transnational governance arrangements which nation states could not have accomplished on their own. (2005, p. 94).

Essa nova estrutura regulatória deriva de três fatores: (i) o direito positivo estatal está enfraquecido, uma vez que não compreende a complexidade da racionalidade econômica; (ii) mesmo com a ampliação dos mecanismos internacionais de regulamentação, eles são insuficientes ou são emperrados pela burocracia na sua produção; (iii) as relações econômicas se tornam cada vez mais complexa diante da diversidade de possibilidades de interação econômica e vazios normativos emergem diante dessa acelerada dinâmica (SCHERER; BAUMANN, 2007, p. 208). Observa-se é que as normas produzidas pelas estruturas formais (Estado e organismos internacionais) não conseguem responder à dinâmica social mais acelerada das empresas multinacionais (que criam situações jurídicas de modo mais rápido e criativo). As relações sociais avançam de maneira mais ligeira do que a capacidade de resposta das estruturas formais. As estruturas jurídicas desenvolvidas para criar normas e responder à demanda social possuem um ritmo específico, mas o tempo com o qual são produzidas passa a ser muito lento para a maneira mais rápida em que as relações econômicas se desenvolvem. Além de ter um ritmo vagaroso, essas estruturas não conseguem compreender as necessidades econômicas e podem criar modelos inadequados. Isso acarreta um desnível entre a capacidade de resposta jurídica e a necessidade de normas jurídicas. As relações econômicas precisam de normas de forma rápida e flexível, mas as estruturas disponíveis não conseguem atender a essa demanda⁶⁸. Mesmo que as estruturas formais não consigam responder a essa demanda por normas, elas ainda vão ser necessárias. As empresas vão buscar formas de preencher o vazio deixado pela inépcia das estruturas formais em responder à demanda normativa.

⁶⁸ Esse desnível pode ser reproduzido em termos matemáticos com caráter ilustrativo. As estruturas formais conseguem em um ano produzir normas “N1, N2, N3”, enquanto as empresas em um ano precisam de normas “N1, N2, N3, N4, ... N10”. Além de mais normas, elas precisam que elas sejam mais fidedignas das relações econômicas, buscando as mais específicas, reproduzidas como NE1, NE2, NE3, que não conseguem ser produzidas pelas estruturas jurídicas formais clássicas. Essa situação gera um descompasso entre o que pode ser respondido pelas estruturas formais e o que é necessário para as relações sociais.

Um dos maiores impulsos para a atuação das empresas na criação de normas é o fato que não existem estruturas que consigam responder adequadamente as suas demandas normativas. A consequência disso, para Robé,

They had to provide for their own needs for legal order themselves because they found no institution to supply them with the legal framework in which to structure their exchange relationships, as was the case within the framework of the nation-state during the phase of nationalization of the economy (ROBÉ, 1997, p. 50).

Se não fossem as próprias empresas regulando as relações jurídicas, não haveria outra estrutura para instituir as normas que refletem as suas pretensões da forma adequada. O monopólio da produção jurídica pelo Estado, enquanto se mostrou benéfico no primeiro momento, se fez um fator de engessamento e obstáculo para as relações comerciais além da capacidade de atuação estatal.

O fortalecimento das empresas, aliado às dificuldades estruturais do Estado, revitalizou dois preceitos básicos de inspiração do liberalismo: direitos de propriedade e liberdade contratual. Esses fatores possibilitam que agentes tenham opção de criar as normas que mais se harmonizam à natureza das relações jurídicas e comerciais travadas (ROBÉ, 1997, p. 55).

A produção de normas por parte de atores privados já foi pensada no âmbito interno e a teoria jurídica que defende o Estado como o único produtor de normas tem uma resposta para essa situação. No âmbito interno, existem autonomia contratual e direitos de propriedade. Os particulares têm a liberdade contratual e podem criar normas para regular suas relações. Essas, porém, que são produzidas pelos particulares, não são autônomas em relação à ordem jurídica, e existem por autorização ou delegação do Estado. Essa forma de criar normas só pode existir porque o Estado assim permite. Nesse âmbito, as normas produzidas por particulares podem ser reconduzidas a teoria jurídica do Estado como único produtor de normas. Mesmo situações de distorções jurídicas, como o desenvolvimento de ordens jurídicas criminosas paralelas, tais normas não poderiam receber o qualificativo de Direito, mas seriam falhas em que as normas estatais estão fragilizadas, mas eventual enrijecimento do Estado seria suficiente para corrigir esses problemas. Igual resposta poderia ser utilizada para as normas privadas internacionais. Essas formas de criar Direito existem porque os sujeitos permitem ou delegam a competência para particulares para que eles as façam.

Contrária a essa posição que tenta manter o papel central do Estado⁶⁹, deve-se levar em consideração o fato de que as relações econômicas e tecnológicas produzem normas que são aplicadas em outros espaços territoriais, mesmo contra a vontade de um Estado isolado. A ideia do Estado de Direito e do monopólio da formação jurídica pelo Estado gerou a ocorrência de uma identidade entre espaço jurídico e espaço territorial. Essa correlação é justamente o ponto modificado nas relações globais (ROBÉ, 1997, p. 56). Mesmo que um Estado negue a validade de uma norma produzida por um ente particular, essa norma continuará a ser aplicada em outros locais. Essa insurgência do Estado também pode ter reflexos negativos para o seu desenvolvimento econômico. O poderio das empresas torna a análise da validade de um contrato internacional por parte de um juiz tenha novas variantes que precisam ser levadas em consideração, como Galgano ressalta: “He/she will be aware that holding such a contractual model invalid would mean the economic isolation of he/she country in the contexto of international markets.” (1995, p. 106).

As normas produzidas pelos particulares não vão produzir efeitos por autorização ou delegação dos Estados, mas ela vai ter autonomia para produzir efeitos mesmo se um Estado for contrário a ela. Eventual atitude de conflito em relação aos contratos internacionais pode ter consequências econômicas que vão além dos casos específicos em que o Estado não reconhece validade. As estruturas privadas têm poder de “sancionar” ao Estado insurgente as normas que os particulares produzem. As formas de garantir a centralidade do Estado (reconhecimento e delegação) não têm mais poder de adequação a maior capacidade de produção de normas pelos particulares.

Retomando a discussão sobre a liberdade contratual e os direitos de propriedade, esses fatores garantem que as partes tenham mobilidade suficiente para desenvolver a relação entre eles da maneira como mais lhe aprouver. Para Robé, “The employer commands because he controls the property rights: the employee obey because he has contractually accepted to do so.” (1997, p. 59). Esses dois pontos asseguram que as partes envolvidas (em uma determinada relação contratual), tenham condições de definir, com suporte na autonomia da vontade, os termos da relação jurídica entre eles

⁶⁹ Essas respostas para a produção de normas por particulares (delegação, reconhecimento ou insuficiência do Estado) funcionam como mecanismos autoimunes que a teoria do Estado como único produtor de normas jurídicas. São ferramentas utilizadas para que as distorções no padrão de normalidade reconhecido (só o Estado produz normas jurídicas) possa ser mantido.

sem ser necessária referência a nenhuma ordem jurídica específica. A validade do contrato tem origem numa petição de princípio que acarreta a autovalidação.

A autonomia da vontade e os direitos de propriedade originam diversas facetas de regulamentação por parte das empresas. Elas regulamentam como devem ser as relações jurídicas dentro das suas estruturas e como devem ser as normas sobre o relacionamento com os demais parceiros externos, comerciais, ou tratando sobre a temática de outros subsistemas. Nos dois casos, para Backer, as multinacionais deixam de ser só objeto de regulação e conseguem mais autonomia (2011, p. 762 – 763).

A autonomia na regulamentação, para Backer, pode ser vista até mesmo na possibilidade de escolher a quais normas as empresas irão se submeter. Mesmo que os Estados regulamentem determinadas áreas, as empresas conseguem racionalizar seu processo produtivo: “By carefully choosing the place, form, and method of operation, it can effectively decide the manner in which it will be regulated.” (2011, p. 763). Mesmo nas áreas que o Estado regulamenta, essa capacidade proporciona as empresas o agir estratégico sobre a qual normas se submeterem.

Esses fatores acarretam as empresas um novo papel global, no qual elas criaram estruturas de regulamentação. Elas se apresentam de algumas formas, quais sejam: (i) desenvolvimento de contratos; (ii) resolução de conflitos em cortes arbitrais e jurisdições adequadas as pretensões empresariais (iii) regras de conduta interna; (iv) adoção de standards voluntários.

Essas quatro maneiras de atuação das empresas podem ser inseridas em dois grandes campos: (i) *lex mercatoria*; (ii) responsabilidade social da empresa. Enquanto o primeiro campo tem por intuito tratar sobre as questões comerciais e econômicas, o segundo já avança em outras áreas que não podem ser visualizadas do ponto de vista estritamente econômico, mas como compromissos assumidos pelas empresas, de maneira voluntária, na busca pela preservação e promoção de determinados valores, como meio ambiente, direitos sociais, padrões de produção e qualidade.

3. 3. 2. 1 *A lex mercatoria como revitalização da autonomia contratual e desafio à produção jurídica unicamente estatal*

No âmbito da *lex mercatoria*, os contratos são utilizados pelos atores econômicos como forma de definir a estrutura das relações jurídicas, o local para resolução dos conflitos que podem advir, as obrigações e direitos das partes. Já as normas

contratuais de cunho não comercial podem ser incorporadas por meio de códigos de conduta interno ou contratos. Elas fazem parte da ideia de responsabilidade social da empresa que emerge na medida em que passam a receber pressão social por uma reformulação na sua atuação. Na medida em que a sociedade civil toma consciência de que as empresas podem ofender bens jurídicos importantes, ela tenta reagir contra a insuficiência dos Estados aos abusos das empresas. A sociedade civil pode reagir por meio de protestos, boicotes, mídias sociais e imprensa, e gera as empresas um risco de ter sua imagem com os consumidores afetada e o lucro reduzido.

Antes de analisar essas demonstrações normativas, é interessante apontar outra crítica a essa estrutura normativa. Elas são visualizadas como *soft law*⁷⁰ o que pode minar sua credibilidade e aptidão para produção de efeitos. A melhor forma de pensar, no entanto, talvez seja como Backer expõe, as normas que devem ser realmente tidas como *soft law* não são as adotadas pelas empresas, mas sim as normas estatais, já que as empresas não reconhecem sua legitimidade e atuam de forma a evitar sua aplicação (2011, p. 764 – 765). A nova força que as empresas têm no cenário global acaba invertendo a relação entre *hard law* e *soft law*. As normas produzidas pelo Estado recebem pressão por parte das estruturas privadas e são ineficazes, enquanto as normas *soft* produzidas pelas empresas possuem mecanismos mais eficazes. Teubner analisa esse processo de alteração entre normas *soft* e *hard*. O autor expõe assim expõe:

The codes reveal an inversion of the hierarchy between state and private ordering. This reversal is striking in the hard law / soft law dimension. States rules are now only 'soft law', while the mere private ordering of transnational corporations has gained in strength to become 'hard law'. (2012, p. 48).

As considerações feitas agora têm por intuito localizar as empresas na produção normativa nos dois grandes campos expressos. Não é o intuito fazer uma análise pormenorizada desses dois campos que possuem muitas variantes e uma vasta bibliografia. A análise que será feita visa a auxiliar na formação da óptica sobre como a configuração das relações jurídicas desenvolvidas no pós-Segunda Guerra foi modificada ante dos fatores até então indicadas.

Serão feitas considerações iniciais sobre o fortalecimento da *lex mercatoria* que remonta à expansão das relações comerciais no pós-Segunda Guerra. A ampliação do comércio internacional e a abertura dos mercados levava as relações comerciais a se

⁷⁰ Estruturas que não são normas no sentido tradicional, normas obrigatórias, uma vez que não foram feitas pelas autoridades competentes ou que não trazem contornos claros sobre sua obrigação.

tornasse mais complexas e que a regulamentação delas fosse mais delicada. Três questões jurídicas básicas para os atores econômicos podem surgir e que são de grande relevo para o desenrolar das relações comerciais: (i) qual lei aplicar; (ii) onde processar o feito; (iii) como executar a decisão.

A *lex mercatoria* tem por intuito desenvolver normas próprias que buscam novos locais para a discussão e a resolução dos conflitos comerciais, na intenção de reduzir os custos de transação ante a pulverização normativa e a possibilidade de quebras contratuais que podem emergir em uma relação comercial. Enquanto a intromissão excessiva de normas estatais pode aumentar o custo de transação das relações comerciais, a ausência de normas ou a ambiguidade sobre a norma aplicável também pode dificultar as relações comerciais. Mesmo com a redução de normas estatais, as novas relações comerciais envolvem uma pluralidade de países e de situações que podem trazer inconvenientes para qual legislação aplicar, Jürgen Basedow exprime algumas situações que podem ser vistas como obstáculos às relações comerciais com o viés jurídico:

These costs have various reasons: uncertainty about the applicable law, the fragmentary nature of that law, in particular the absence of rules on certain issues relevant for the contract at hand, difficult access to legal literature on the applicable law, language problems, the lack of precision inherent in the foreign legal language relevant to the case at hand, the difficulty of obtaining advice on the foreign law, etc. (2007, p. 710).

Essa diversidade de situações faz com que os custos das relações comerciais entre parceiros de países sejam altos, ante a diversidade de normas e outros fatores que podem interferir de forma substancial em caso de eventual conflito jurídico. A existência desses custos influencia de forma negativa para que as relações comerciais ocorram, uma vez que as partes não se sentem estimuladas a realizar operações comerciais umas com as outras em razão de custos pós-contratuais que podem levar a uma atitude não cooperativa e dos riscos que podem surgir no caso de um litígio.

A resposta para altos custos de transação com a diversidade de normas e situações jurídicas atreladas à relação comercial é o desenvolvimento de contratos que possam reduzir os problemas que advêm da possibilidade de ausência de compromisso mútuo entre as partes e da diversidade de normas aplicáveis à relação jurídica. As relações comerciais precisam de previsibilidade e segurança para que possam se desenvolver de modo estável. Os contratos têm o poder de uniformizar as normas e com isso reduzir os

incentivos ao descumprimento das normas contratuais, gerando mais segurança jurídica para as partes.

Alguns exemplos ajudam a ilustrar bem os problemas que podem surgir no novo âmbito das relações comerciais mundiais. Um negócio jurídico envolvendo uma empresa e um Estado é um caso que pode envolver assimetria de poder e ser prejudicial a uma empresa. Ao contratar com um Estado, as empresas podem sofrer problemas no âmbito do Judiciário desse país e também com as normas produzidas por esse Estado. Para escapar desses problemas, se a empresa tiver condições de evitar o Judiciário nacional e as normas nacionais, será o mais seguro para ela.

Além da possibilidade de uso da legislação interna para beneficiar uma parte, o desenvolvimento de normas privadas pelas partes também é estimulado quando a definição da legislação aplicável se torna complexa. O Direito Internacional privado é a área que deve trazer a resposta para tais situações, mas, em virtude da complexidade de determinados casos, mesmo diante da existência de normas prévias, isso pode ser problemático para a relação jurídica. Mendes oferece uma situação levada a Câmara de Comércio Internacional⁷¹, onde o caso dizia respeito a um contrato de afretamento envolvendo uma *offshore* liberiana, cuja sede administrativa é na Espanha e os proprietários são russos. O contrato foi assinado em Londres e os navios que eram os objetos do afretamento são de bandeira liberiana e de propriedade de uma *offshore* também da Libéria, mas que também é controlada por uma empresa russa. As hipotecas do contrato eram em favor de bancos russos, os arrestos foram realizados em Singapura e nas Ilhas Seichelles e a causa é o lucro cessante decorrente do atrasado na entrega do objeto do contrato de afretamento dos navios, que impossibilitou um outro contrato de subafretamento com uma companhia chinesa. Nesse complexo caso, o Tribunal afirmou que não seria necessário fazer menção a nenhuma legislação nacional específica (2010, p. 32 – 33).

O problema com a diversidade de normas e a insuficiência delas em atender aos interesses econômicos faz com que o contrato, no comércio mundial, represente uma porta para a criatividade jurídica, a definição das normas aplicadas ao caso e escolha do local para discussão em caso de conflito de interesses. A criação ou a escolha de uma

⁷¹ A Câmara de Comércio Internacional tem o objetivo de facilitar as relações comerciais. Dispõe tanto de um fórum para resolução de controvérsias, como de uma estrutura de normas conhecidas como Inconterms. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/> Acessado em: 02 de setembro de 2015.

legislação mais adequada ao processamento do caso tem sua razão na busca de uma solução mais eficiente para as partes. Além disso, a escolha de uma sede arbitral ou um determinado país para resolver o conflito também pode preservar valores como privacidade, celeridade, independência e eficiência na resolução do litígio. Todos esses fatores contribuem para que o contrato assuma função que agrega a flexibilidade e a segurança que as empresas buscam, sem ter que passar pela imobilidade das normas estatais e dos custos que a jurisdição em determinados países pode representar.

A liberdade contratual tem uma diversidade de funções no âmbito de uma relação comercial internacional, todas direcionadas para a redução de custos de transação. Esse caráter mais ativo na atuação contratual faz o processo criativo normativo ter seu centro modificado do Estado para grandes corporações e escritórios jurídicos. Francesco Galgano ressalta esse ponto:

In most cases they are atypical contracts, created not by legislators but by the legal offices of big multinationals or by the legal advisers of international associations of the various entrepreneurial categories. Their names, which are always in English, testify to the American origin of those models: leasing, franchising, performance bonds, etc., have spread from their country of origin around the world. These elements have no nationality. Their function is to create a legal unity within the unity of markets. (1995, p. 105).

O novo contexto socioeconômico, ante a expansão das relações comerciais e enfraquecimento do Estado, possibilita o desenvolvimento da doutrina defensora da existência de uma nova *lex mercatoria*. A antiga *lex mercatoria* foi desenvolvida nos séculos XI e XII, com o renascimento do comércio na Europa, e tinha o propósito de assegurar a existência de normas uniformes para as relações comerciais em decurso de expansão e pelo fato de que as normas jurídicas disponíveis não conseguiam captar de forma adequada a realidade comercial em curso. O desenvolvimento e fortalecimento do Estado Moderno, que já foi trabalhado, teve o condão de tornar todas as normas jurídicas produzidas exclusivamente pelo Estado e isso enfraqueceu a autonomia da *lex mercatoria* (TOMAZETTE, 2012, p. 94 – 95).

Na atual dinâmica econômica e jurídica, ocorreu o desenvolvimento de novas normas e outras maneiras de resolução de litígios em que a realidade econômica possa ser devidamente dimensionada, sem receber influências indevidas na sua aplicação por atores que não conseguem lidar com sua complexidade. Aos anos 1970 e 1980 (o período de crise e da ascensão do neoliberalismo que representa a consagração de valores básicos como autonomia da vontade e direitos de propriedade) ocorreu a amplificação do uso de

cortes arbitrais para resolução dos conflitos jurídicos emersos dessas relações já mais complexas e fogem aos padrões nacionais (MENDES, 2010, p. 30 – 31).

A crise do *Welfare State* enfraquece as formas de regulamentação clássica e a expansão das relações comerciais. Em virtude do alargamento da regulamentação internacional, esses mecanismos não se mostram adequados para captar a racionalidade, a necessidade de flexibilidade, agilidade das relações comerciais, e isso faz com que ressurgja: “a *lex mercatoria* como um instrumento mais adaptável às necessidades do mercado, fugindo das amarras da atuação exclusivamente estatal da produção normativa.” (TOMAZETTE, 2012, p. 110).

A nova *lex mercatoria* atua de forma paralela, complementar e até mesmo divergente da regulamentação estatal. As normas produzidas são aplicadas pelos tribunais competentes de acordo com a forma específica de racionalização econômica, além da existência de mecanismos para que as decisões sejam efetivadas. Para Tomazette, mesmo a ausência de uma estrutura que possa garantir a coercibilidade das decisões não pode implicar a ausência de caráter jurídico das decisões prolatadas, tendo em vista que o próprio mercado consegue desenvolver outros mecanismos de sanção para efetivar por outros meios a decisão proferida (2012, p. 113).

Essa nova estrutura de regulamentação advém justamente quando as relações comerciais passam a ser mais constante, ante a liberalização comercial e a possibilidade de confusão entre diversos ordenamentos jurídicos estatais para as mesmas situações. O intuito da nova *lex mercatoria* é fazer frente a fragmentação regulatória, reduzir incertezas. Com a difusão de práticas contratuais comerciais no mundo ocorre uma padronização (sem implicar necessariamente engessamento), das relações entre os diversos parceiros econômicos, de normas que representam de modo mais próximo o espírito a guiar as relações comerciais (GALGANO, 1995, p. 108). A existência dessas normas serve para reduzir custos de transação sobre a norma e garantir que os comportamentos dos agentes econômicos possam ocorrer de forma previsível.

A disseminação de modelos jurídicos privados para as relações comerciais tem vários centros propulsores de racionalidades e padrões contratuais, os quais se destaca o papel da Câmara de Comércio Internacional de Paris, que desenvolveu contratos internacionais padrão, conhecidos como *Incoterms (International Commercial Terms)*. Rechsteiner acentua que essa padronização contratual não se resume à Câmara de Comércio Internacional de Paris, mas que existem outras instituições tentando trazer estabilidade para as relações comerciais. Mesmo com essa diversidade, dois princípios

básicos servem como guia para a produção de normas e para resolução de conflitos: boa-fé e *pacta sunt servanda* (2012, p. 99 – 100). Esses princípios agem como metaprincípio para as partes e indicam o modo como a relação econômica deve ocorrer para evitar que agentes econômicos boicotem ou obtenham benefícios pessoais em detrimento da lisura comercial e contratual.

A segunda dimensão de atuação jurídica por parte das empresas está relacionada à resolução de conflitos. Mesmo que o desenvolvimento de normas ajude na estabilização da relação entre as partes, é inegável que isso não elide os riscos atinentes a uma relação social. Se a ausência de normas ou contratos traz custos sociais, a sua existência não os elimina, mas ocorre é que outra faceta de custos emerge. Pugliese e Salama explicam dois custos específicos nessa fase da relação comercial: (i) monitoramento da relação contratual com a outra parte; e (ii) eficácia dos remédios disponíveis no contrato ou no país onde a demanda pode ser processada em caso de inadimplemento contratual (2008, p. 19).

A questão passa a ser o que ocorre no caso de inadimplemento por uma das partes da relação contratual. Seria o caso de recorrer ao Judiciário nacional para buscar a resolução do contrato? Em caso de resposta afirmativa, tal opção iria trazer os mesmos problemas que a deficiência cognitiva normativa estatal possui e que a produção de normas comerciais próprias visa a evitar. Os juízes nacionais, em tese, enfrentam problemas como: (i) adstrição à vastidão das normas estatais e procedimentos burocráticos que acarretam sobrecarga e demandam mais tempo para a resolução do conflito; (ii) dificuldades de lidar com a peculiaridade dos contratos internacionais.

Pugliese e Salama ressaltam que esses problemas do âmbito estatal são minorados na arbitragem internacional. Os autores apontam que o tempo que as partes litigam sobre um determinado contrato implica que elas ficam privadas de negociar o objeto de litígio e podem perder oportunidades comerciais sobre os bens que estão *sub judice*. Além de serem privadas do uso de determinados bens, o trato jurídico sobre questões de grande complexidade pode ser mais difícil no âmbito estatal. Pugliese e Salama usam como exemplo a indústria petrolífera. Tal matéria pode ser trabalhada de modo mais adequado por um árbitro que tem anos de especialização no tema do que no Judiciário, em que litígios envolvendo tais temas são raros. A especialização do árbitro possibilita que as sentenças sejam menos sujeitas a erros e mais suscetíveis de reconhecimento voluntário pelas partes. Esses fatores, de acordo com os autores, asseguram que a arbitragem seja mais rápida, em tese, mais acertada, e diminuem os

custos de um contrato internacional, pois, mesmo havendo quebras contratuais de uma parte, o contrato prevê procedimentos céleres e confiáveis para a resolução de conflitos (2008, p. 20).

Essas considerações de Pugliese e Salama são confirmadas por Luciano Benetti Timm. O autor expõe uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Varga no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pesquisa analisou o tempo máximo e mínimo do processo judicial em duas categorias: Direito societário e Mercado de capitais. Na primeira matéria, o menor tempo foi 233 dias e o maior de 3.993 dias, já na segunda matéria, o menor tempo foi de 888 dias e o tempo máximo de 5.049 dias. Já no âmbito do STJ, o tempo para o julgamento de um recurso consome em média 801 dias. Esse tempo em que as demandas ficam no Judiciário acarreta o que Timm chama de “eternização da demanda”. (2009, p. 21 – 22).

Além das fraquezas estatais em relação a tempo para solução do litígio e cognição da matéria específica, Timm também aponta o sigilo como um fator favorável as cortes arbitrais. Em demandas que envolvem grandes empresas, a divulgação de assuntos de relevo das empresas pode representar um fator de significativos prejuízos para as empresas (2009, p. 23 – 25). Cerca 90% dos contratos internacionais têm uma cláusula definindo um tribunal arbitral como o foro competente em caso de eventual discussão jurídica. As partes preferem sair do Judiciário nacional em razão dos custos que eles podem representar e buscar foros especializados (RECHSTEINER, 2013, p. 104).

A produção jurídica autônoma, atrelada à existência de estruturas que desempenham função jurisdicional, possibilitam que a *lex mercatoria* tenha um relativo fechamento operacional das suas funções jurídicas. Ela conta com estruturas para dizer quais normas devem ser aplicadas, bem como órgãos para dirimir os conflitos que possam advir. A *lex mercatoria*, mesmo não possuindo um verdadeiro consenso doutrinário em relação ao seu aspecto jurídico, consegue desempenhar de modo mais sofisticado as funções jurídicas em estruturas privadas.

Deve ser feita a ressalva de que a relativa disseminação desse modelo baseado na autonomia da vontade contratual não implica em hegemonia. Mesmo que as empresas possam buscar modos de assegurar sua validade por outros caminhos, os Estados podem resistir aos influxos do processo de autorregulamentação da *lex mercatoria* ao criar critérios diferentes para a definição do Direito aplicável aos contratos, contrariando a vontade das partes, ou interpor entraves para a execução da sentença arbitral, com base no argumento de fraude à lei ou contrariedade à ordem pública. Alguns países da América

Latina concedem preferência a outros critérios, em detrimento da autonomia da vontade, comportando-se de modo divergente (ARAÚJO, 2011, p. 387 – 388). Os riscos desse não alinhamento, porém, como já abordado, são de o Estado ser malquisto pelo mercado e afugentar capital internacional.

3. 3. 2. 2 A responsabilidade social da empresa como forma de efetivação e proteção dos direitos humanos

Ponto interessante e que vem a contrabalancear a posição das multinacionais em relação à exploração da atividade econômica é o fortalecimento da ideia de responsabilidade social da empresa. A diversidade de atuação das empresas e o impacto gerado por elas fazem com que elas se tornem alvo de pressão por diversos grupos políticos como ONGs que, por vezes, contam com apoio velado de Estados e organizações internacionais, quando estes não pressionam diretamente (VOGEL, 2009, p. 151). Tal atuação faz com que, mesmo não sendo o foco principal das empresas no âmbito regulatório, outro tipo de demanda passa a ser exigido pelos diversos atores e sujeitos internacionais. As empresas recebem pressões para serem regulamentadas, disciplinarem os limites de sua atuação empresarial, e também desenvolverem uma dimensão social mais adequada às relações contratuais de que são parte.

Em razão de maior facilidade de comunicação, as empresas passam a ser expostas de modo mais intenso pelas atitudes que elas tomam. (BANTEKAS, 2004, p. 310). A questão da exposição negativa de uma marca, para empresas que gastam enormes cifras em publicidade, mina a credibilidade delas e cria um *marketing* negativo, o que é por demais nocivo para as grandes corporações e pode ter reflexo na venda e na reputação das empresas. Quando as organizações passam a ser vistas como agentes praticantes de ofensas aos direitos humanos, ataque ao meio ambiente, destroem tradições culturais e outras práticas que demonstram o intuito lucrativo voraz e desmedido, o que produz uma visão negativa para a empresa.

Na medida em que as empresas passam a se submeter a um escrutínio público mais intenso, seja por parte da mídia, ou por outros órgãos de atuação política, isso reflete de forma negativa nos investidores e nos consumidores. O próprio escopo lucrativo da empresa é prejudicado pelas suas práticas produtivas invasivas socialmente e, ao final, mesmo que produzindo de forma barata, o custo social pode acarretar queda nas vendas e na imagem das empresas.

A ideia de responsabilidade social da empresa surge nesse âmbito que busca que as corporações passem a ter conduta empresarial socialmente adequada. A discussão por vezes é travada no sentido de que as empresas estão atuando além do intuito lucrativo em si, mas, ao que parece, há uma interdependência dessa atuação socialmente adequada e do próprio faturamento da empresa.

Uma organização que tem conduta socialmente inadequada e só se preocupa (em tese) com os acionistas, pode ter comportamento corporativo insuficiente em um mercado mais complexo e que submete as empresas a críticas públicas pelo seu comportamento empresarial. Essas críticas e o *marketing* negativo podem refletir diretamente na imagem, nas vendas e no lucro da empresa. Essa cadeia de eventos faz com que o capital a ser direcionado para os acionistas seja menor, em razão de uma imagem empresarial ruim. Ao pensar de forma limitada sobre o seu comportamento e a maneira de buscar lucro, as empresas prejudicam a organização e os próprios acionistas afetados em um mercado mais vigilante e exigente. Não analisar o impacto social da empresa diante disso, leva ao não dimensionamento devido dos projetos de longo prazo da atividade comercial.

Essa nova forma de pressão empresarial decorre justamente do enfraquecimento do Estado e do fortalecimento das empresas. O vácuo normativo ocorrente com a desregulamentação estatal leva as empresas a atuarem mais livremente, o que não quer dizer que elas não sejam pressionadas de outras maneiras. Assim como estas buscam produzir suas normas para as questões econômicas, elas passam a ser pressionadas pela como se comportam no âmbito mundial.

Nesse panorama, à demanda de normas que possam ser mais abrangentes para as empresas, com um cunho socialmente adequado, algumas formas de regulamentação da atividade empresarial despontam para tentar mitigar essa atuação desenfreada, cabendo destacar: (i) códigos de conduta público, feitos no âmbito do direito internacional público; (ii) códigos de conduta empresarial individuais feito pelas empresas; (iii) códigos de conduta feito por associações industriais de cunho nacional; e (iv) códigos de conduta feitos por ONGs (WAWRYK, 2003, p. 53).

A regulamentação por meio do Direito Internacional Público, para Wawryk, pode ocorrer sob três aspectos: (i) regulamentação direta do comportamento das multinacionais por meio de normas obrigatórias; (ii) regulamentação por meio de códigos de conduta voluntários; e (iii) atuação indireta nas empresas, ao pressionar os Estados a para aperfeiçoarem os mecanismos de proteção (2003, p. 54).

A regulamentação direta por meio de normas internacionais denota diversidade de problemas, de acordo com Wawryk. O primeiro ponto é o fato de que os Estados, tradicionais sujeitos do Direito Internacional, não se sentem estimulados a desenvolverem essas normas pelo fato de que podem ter o controle mitigado sobre a definição dos parâmetros de atuação empresarial em seus países. Essas normas dificultam a flexibilização pelos Estados de sua estrutura normativa para atrair empresas, o que a princípio pode parecer positivo, faz com que outros países não são signatários do tratado passem a receber os aportes financeiros afugentados pela elevação de padrões normativos internacionais. Além desse fator, o não reconhecimento das empresas como sujeitos no âmbito internacional, só possibilitam que sejam regulamentadas de forma indireta. A tentativa de elevar o *status* das empresas esbarra na atitude dos Estados que também se portam de forma reticente em reconhecer tal personalidade para as empresas pelo fato de que o poder formal concentrado em suas mãos seria diluído (2003, p. 54 – 55).

Mesmo com tais dificuldades, algumas formas de regulamentação pública foram encontradas. As espécies de regulamentação podem ser vistas de três modos: (i) mandatórias ou obrigatórias; (ii) voluntárias; e (iii) modelos híbridos. Cada uma dessas traz pontos positivos e negativos. O modelo obrigatório tem seu maior “porém” nos custos que a adoção de tais normas representa, em razão da má vontade dos Estados em aceitarem tais normas, além do tempo necessário para que os tratados sejam desenvolvidos e pelo fato de que os Estados em desenvolvimento e subdesenvolvidos não dispõem dos recursos para ter os mecanismos de fiscalização adequados (WAWRYK, 2003, p. 56 e 58 – 59).

No âmbito das normas voluntárias, três marcos internacionais importantes passaram a pressionar as empresas. O primeiro é o guia da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) sobre Princípios Empresarias. O segundo modelo voluntário é o Pacto Global da ONU e o terceiro a Declaração sobre Princípios E Direitos Fundamentais Dos Trabalhadores, da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O guia da OCDE, por exemplo, contém recomendações sobre direitos humanos, emprego, relações industriais, meio ambiente, suborno, interesses dos consumidores, ciência, tecnologia, competição e tributação. Essas normas não são diretamente obrigatórias. Foram classificadas como *soft law*. Buscam persuadir as empresas para que elas modifiquem seu comportamento de modo voluntário (BANTEKAS, 2004, p. 319). O Pacto Global, por exemplo, já conta com 8.346 companhias como parceiras, atuando

em 161 países com 32.506 relatórios públicos disponíveis⁷², que trabalha com dez princípios nas áreas de: Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente, e Combate à Corrupção⁷³.

A segunda forma de regulamentação das atividades exposta por Wawryk é por meio de normas desenvolvidas pelos próprios agentes privados. O número e a dimensão de empresas que possuem códigos de conduta corporativo é indicativo de uma nova postura empresarial global. Grandes companhias possuem códigos de conduta⁷⁴ com o intuito de sinalizar uma preocupação com valores transpostos ao mercadológico. Além das empresas confeccionarem seus códigos de responsabilidade, algumas companhias estão reunidas em torno de empresas como a *PVH Corp* que engloba o programa de responsabilidade social de marcas como Calvin Klein, Tommy Hilfiger, Van Heusen, IZOD, ARROW, Speedo⁷⁵, além dessas empresas: “A range of other corporations have adopted private internal codes, including Body Shop, BP, Nokia, PepsiCo, Petro-Canada, Rio Tinto, Royal Dutch/Shell, Statoil, Volkswagen and Xerox”. (WAWRYK, 2003, p. 59).

Vogel analisa a ampliação normativa por agentes não estatais e chama tais estrutura de *global civil regulations*, o que abrange tanto as normas produzidas por ONGs como por empresas. O autor acentua que esse processo começou nos anos de 1990 e que atualmente está em praticamente todas as áreas comerciais: “[...] forestry, fisheries, chemicals, computers and electronic equipment, apparel, rugs, coffee, cocoa, palm oil, diamonds, gold, toys, minerals and mining, energy, tourism, financial services, and athletic equipment” (2009, p. 158). Além de apresentar a abrangência de áreas, Vogel também ressalta a variedade de formas de regulamentação privada e como estas têm adesão de setores empresariais. Ele ressalta a Carta para o Desenvolvimento Sustentável da Câmara de Comércio Internacional, que conta com a adesão de cerca de 2.300

⁷² Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁷³ Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁷⁴ Coca cola: Disponível em: http://assets.coca-colacompany.com/51/be/fa1c9a664de5bb38e0304d6ce2af/CCI_CSR_2011.pdf Acessado em: 30 de julho de 2015. Nike: Disponível em: <http://www.nikebiz.com/crreport/content/pdf/documents/en-US/full-report.pdf> Acessado em: 30 de julho de 2015. Apple: Disponível em: https://www.apple.com/jp/supplier-responsibility/pdf/Apple_Supplier_Code_of_Conduct.pdf Acessado em: 30 de julho de 2015. Nestlé: Disponível em: <http://www.nestle.com/csv> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁷⁵ Disponível em: http://pvhcsr.com/csr2013/content/pdf/csr_2013_full_report.pdf Acessado em: 30 de julho de 2015.

empresas, além do cada vez maior número de empresas certificadas pelo ISO 14001⁷⁶ (2009, p. 158).

O curso natural desse aumento normativo é o questionamento sobre se eles são efetivos. As normas, por si, não modificam a realidade social, podem ser simplesmente retóricas. São necessárias formas de garantir que tais regras sejam cumpridas. Uma pesquisa feita pela Forbes analisou a eficácia e a imagem da empresa, e trouxe um *ranking* com as empresas que possuem as melhores reputações dos consumidores sobre seus códigos de responsabilidade corporativa. A importância da imagem da empresa é cada vez maior. Pesquisa do Instituto de Reputação de Nova Iorque assevera que 60% da predisposição dos consumidores para comprar, recomendar, trabalhar ou investir em uma empresa estão relacionados à imagem que eles têm sobre ela, enquanto 40% guardam relação com o produto ou o serviço que ela vende⁷⁷.

A participação das empresas na promoção e proteção de valores como direitos humanos, proteção ao meio ambiente e sustentabilidade levanta questionamentos acerca do objetivo das empresas ao agirem de tal forma (mercadológico, retórico) e também sobre se essas normas realmente são eficientes ou meras formas de tentar amenizar a pressão que as empresas recebem (simbólico). O primeiro questionamento, ao que parece, dificilmente pode ser alvo de considerações mais objetivas, porquanto é impossível aferir os motivos internos que levaram as empresas à feitura de tais normas. Já o segundo analisa, independentemente das razões que subjazem a sua adoção, em que medida essas normas de fato são efetivadas por parte das empresas.

O segundo questionamento (efetividade) deve servir como verdadeiro norte para as maiores digressões acadêmicas sobre o tema. Não é possível verificar se o intuito da empresa é realmente a preservação do meio ambiente, proteção dos direitos humanos, sustentabilidade econômica ou se a adoção de tais padrões é somente uma estratégia de *marketing* sem correspondente real na sua vontade. Pode ser analisado a efetividade de tais formas de regulamentação no mundo. A discussão, pois, adentra outro patamar. Em

⁷⁶ O número de empresas certificadas pela ISO 14001 em 2013 e 2012, de acordo com dados divulgados pela organização, foi de 301.647 e 284.654, respectivamente. Disponível em: http://www.iso.org/iso/iso_survey_executive-summary.pdf?v2013 Acessado em 30 de julho de 2015. No caso brasileiro, a ISO traz o dado que em 1999 foram concedidos 169 certificados. A ISO também apresenta a evolução no número de certificados concedidos até 2013, ano em que foram concedidos 3695 certificados. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/standards/certification/iso-survey.htm?certificate=ISO%2014001&countrycode=BR#countrypick> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁷⁷ Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/jacquelynsmith/2013/10/02/the-companies-with-the-best-csr-reputations-2/> Acessado em: 30 de julho de 2015.

tese, não se trata mais de convencer as empresas da importância de outros valores além do lucro em si, pois elas já adotam normas nesse sentido. O ponto de fulcro passa a ser a fiscalização e a promoção de tais valores, desenvolvimento de formas que possam garantir que tais normas estão sendo cumpridas e observadas, além do aspecto retórico e mercadológico.

Wawryk arrola sete requisitos para que o processo de autorregulamentação empresarial possa ser mais efetivo. As empresas devem buscar implementar: (i) treinamentos para a formação de funcionários, parceiros contratuais e subcontratados; (ii) implementar de mecanismos de monitoramento contando inclusive com visitas surpresas as fábricas; (iii) incorporar formas de monitoramento externo; (iv) possibilitar formas de reclamação dos funcionários; (v) sanções em caso de descumprimento das normas por parte dos contratados e subcontratados; (vi) mecanismos de coleta e disseminação de informações sobre a atuação da empresa; e (vii) arranjos institucionais para que as regras sejam modificadas e mais detalhadas (2003, p. 60 – 61).

A opção pelos códigos de conduta por parte das empresas deriva do fato de que são mais rápidos de serem produzidos (não passam pelo intenso processo de deliberação internacional), mais flexíveis (como são produzidos pelas empresas, elas conseguem saber de modo mais adequado quais as condições de produção e os problemas a enfrentar). Além desses aspectos, Wawryk, também ressalta que em países onde a legislação e a estrutura estatal são fracas, as empresas conseguem desempenhar essas atribuições de modo mais adequado do que os próprios Estados (2003, p. 61).

Além desses códigos internos, as empresas também podem usar os contratos firmados com seus parceiros comerciais como modos de impor indiretamente obrigações normativas. Os contratos são utilizados como meio para que os códigos de conduta das empresas sejam vinculados também para os seus parceiros comerciais, afetando a sua cadeia de fornecedores. Li-Wen Lin assinala que empresas como Gap, Wal-Mart, HP e várias outras corporações impõe em seus contratos de compra e venda a necessidade de o fornecedor respeitar normas como SA800 e da ISO 14001, cláusulas sobre respeito aos direitos sociais e sustentabilidade (2009, p. 715).

Esse intento de tentar obrigar os fornecedores a terem maior consideração por valores sociais e ambientais deriva da possibilidade de exposição negativa da empresa. Essa metodologia de transplantar obrigações jurídicas para os vendedores é chamada de códigos de conduta do fornecedor. Representa um aperfeiçoamento dos códigos de conduta internos das empresas uma vez que estas passaram a ser criticadas não só pelas

suas práticas, mas também pela relação com fornecedores que têm uma estrutura de produção vista de forma negativa pelos consumidores (LIN, 2009, p. 719). A maneira que as empresas encontram para responder a essas críticas do mercado é tentando fazer com que seus parceiros comerciais também tenham uma conduta socialmente adequada. Corroborando essa tendência contratual, Lin traz um estudo feito por Michael Vandenberg, que analisa os contratos das dez principais corporações em diversas áreas. Os resultados mostrados por Lin apontam que 50% das empresas possuem normas contratuais tratando sobre questão ambiental e que 11 de 52 acordos realizados continham normas ambientais para os fornecedores não obrigatórias pela legislação do seu país (2009, p. 723).

A terceira regulamentação empresarial expressa por Wawryk ocorre por meio de associações empresariais reunidos em torno de um determinado tema e passam a desenvolver normas para guiar a atividade de um setor específico. São normas voluntárias também, mas que, em virtude do espírito associativo que as une, elas têm força entre as empresas. O autor exprime dois exemplos desse tipo normativo: *Responsible Care*⁷⁸, que traz normas para as empresas do setor químico, e o *American Petroleum Institute's*⁷⁹, no âmbito petrolífero (2003, p. 64).

O último exemplo trabalhado por Wawryk são os padrões desenvolvidos por ONGs. O autor ressalta os princípios CERES⁸⁰ que trazem guias básicos para a proteção no âmbito ambiental e desenvolvimento sustentável (2003, p. 69).

Dentre as quatro situações indicadas, as mais importantes, no momento, são as desenvolvidas pelas próprias empresas na dimensão associativa, na autolimitação e o desenvolvimento de padrões para os fornecedores como forma de vincular a conduta de seus parceiros comerciais. Serão analisadas duas situações que podem ajudar a compreender melhor. A primeira trata sobre o papel do Wal-Mart e a segunda situação envolve a Apple, como a dimensão normativa dessas empresas foi modificada com a ampliação da complexidade social.

Wal-Mart é uma das maiores lojas de departamento do Mundo, que trabalha com fornecedores de 60 países e que tem um código de conduta para seus fornecedores que aborda vários temas sobre o processo produtivo, contando com um processo global de inspeção, auditoria e sanções que podem chegar à resolução contratual com o

⁷⁸ Ver em: <http://www.icca-chem.org/en/Home/Responsible-care/> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁷⁹ Ver em: <http://www.americanpetroleuminstitute.com/> Acessado em: 30 de julho de 2015.

⁸⁰ Ver em: <http://www.ceres.org/> Acessado em: 30 de julho de 2015.

fornecedor (BACKER, p. 2007, p. 16). Os fatores que fizeram o Wal-Mart passar a ter maior consideração sobre seu processo produtivo é reproduzido por Backer em um discurso realizado pelo CEO da empresa H. Lee Scott que palestrava para alguns fornecedores do Wal-Mart:

The factories in China are going to end up having to be held up to the same standards as the factories in the U.S.," Scott said. "There will be a day of reckoning for the retailers. If somebody wakes up and finds out that children that are down the river from that factory where you save three cents a foot in the cost of garden hose are developing cancers at a significant rate—so that the American public can save three cents a foot—those things won't be tolerated, and they shouldn't be tolerated. (2007, p. 17).

O CEO do Wal-Mart reconhece a necessidade de adequar os padrões de produção dos seus fornecedores para que determinados valores sejam preservados. Não é adequado submeter crianças a risco para que alguns centavos sejam economizados na cadeia produtiva. A publicidade negativa que as notícias sobre a exploração de mão de obra infantil representam custos maiores para o Wal-Mart. Em virtude disso, antes de remediar o problema da publicidade negativa, é muito mais adequado buscar condições de trabalho mais dignas.

A análise de Backer diz respeito ao código de conduta do Wal-Mart e do papel das ONGs no monitoramento (2007, p. 18) da mídia na divulgação dessas informações (2007, p. 20), e como isso impacta nos consumidores e investidores da empresa (2007, p. 21). Essa imbricada relação envolvendo quatro estruturas que não fazem parte da feição tradicional do Direito Internacional (empresa, ONG, mídia e sociedade civil) já demonstra como esses atores trabalham em torno de um determinado objetivo e, mesmo sem ter o devido reconhecimento, desempenham importante papel.

Com essas considerações teóricas, Backer tenta ir para o nível empírico ao analisar o caso envolvendo a ONG *National Labor Committee* que realiza trabalhos com a conscientização de trabalhadores nos EUA e a fiscalização de empresas estadunidenses na exploração de mão de obra no Exterior. Em maio de 2006, a ONG publicou um relatório apontando que milhares de empregados estrangeiros eram mantidos na Jordânia sem seus passaportes em um regime de servidão por dívida, produzindo roupas para diversas empresas, entre elas o Wal-Mart. Essa situação foi alvo de um relatório que levantou e compilou dados por um ano, o qual contou com a ajuda da sociedade civil local e com a constante atividade de campo por parte dos ativistas. A divulgação do relatório

teve impacto na mídia em uma longa reportagem no *New York Times*⁸¹. A reportagem refletiu no Congresso dos EUA que pressionou o Secretário de Estado e os representantes comerciais estadunidenses para que alguma medida fosse tomada (2007, p. 24 – 26).

Backer relata que, enquanto as indústrias da Jordânia pouco ou nada mudaram em sua atitude, o Wal-Mart enviou dois representantes para verificar as condições de trabalho na Jordânia e pressionar as indústrias por aperfeiçoamento nas condições humanas. A ONG *National Labor Committee*, mais uma vez, fiscalizou as condições de trabalho na Jordânia para verificar as providências tomadas e realmente houve um aprimoramento em até 80% das fábricas em relação às condições de trabalho. Mesmo com o aprimoramento, a ONG verificou que quatro fábricas ainda perduravam com as práticas desumanas em relação aos seus trabalhadores e que as indústrias contavam com a conivência do Estado nas suas atividades (2007, p. 27). Mais uma vez, a ONG obteve espaço na mídia⁸² pela continuidade das práticas na Jordânia. O Wal-Mart, ao tomar ciência dessa situação, respondeu à ONG de uma forma a tentar reverter o quadro de publicidade negativa. A empresa incentivou o papel da sociedade civil no monitoramento das fábricas e ressaltou como a empresa tem interesse em fazer com que seus fornecedores tenham uma conduta adequada. A intenção da empresa era utilizar a própria ONG como forma de tentar demonstrar para o mercado e para os consumidores o cuidado com uma atuação mais responsável socialmente (2007, p. 29).

Já no caso da Apple, ela foi protagonista de uma impactante mudança empresarial. Mesmo que já tivesse códigos corporativos de conduta, seu comportamento antes de janeiro de 2012 era de não revelar o impacto ambiental de seus produtos, nem de abrir seu processo produtivo para auditores independentes analisarem de modo mais imparcial o cumprimento das normas do seu programa de responsabilidade social (BACKER, 2013, p. 836).

A reestruturação produtiva e de delegação do processo de montagem dos produtos fez com que a Apple contratasse empresas chinesas para realizar essas tarefas. Uma dessas empresas é a gigante chinesa Foxconn, que monta produtos no âmbito eletrônico; além da Apple, a empresa também é responsável pela linha de montagem de várias organizações que possuem componentes tecnológicos (BACKER, 2013, p 838). A

⁸¹ Disponível em:

<http://www.nytimes.com/2006/05/03/business/worldbusiness/03clothing.html?pagewanted=all> Acessado em: 30 de julho de 2015

⁸² Disponível em: <http://articles.latimes.com/2006/oct/16/business/fi-jordan16> Acessado em: 30 de julho de 2015.

Foxconn passou a figurar na mídia internacional em escândalos envolvendo o suicídio coletivo de funcionários em razão das péssimas condições de trabalho⁸³. As diversas empresas que têm relações contratuais com a Foxconn passaram a ter sua imagem e credibilidade manchadas por manterem relações contratuais com essa organização.

Backer ressalta que tanto a Apple quanto a própria Foxconn possuem códigos de conduta e normas de responsabilidade social empresarial, mas que esses códigos não evitaram que esses eventos traumáticos ocorressem (2013, p. 839 – 840). A ineficiência dos códigos de conduta demonstra justamente como as críticas podem ser acertadas e que, por vezes, os códigos não passam de um artifício retórico e mercadológico. Mesmo os funcionários abrangidos pelo código de conduta da Apple, em virtude da relação contratual entre as empresas, e pelo código de conduta da Foxconn, pelo *status* de funcionários da empresa, a realidade se mostrava bem mais dura e chegou ao ponto de levar funcionários ao suicídio coletivo.

Os impactos dos suicídios coletivos para a Foxconn e para as empresas que mantinham relações contratuais, na mídia mundial, foi imediato. A Foxconn se comprometeu a melhorar as condições de trabalho, aumentar o salário, reduzir as extenuantes horas de trabalho, instalou redes antissuicídio, foram travados diálogos com os funcionários para que estes não cometessem suicídio e buscou ajuda de profissionais numa lista que incluiu de psicólogos até monges budistas para expurgar os maus espíritos das fábricas. Mesmo com esses esforços, foi noticiado pela ONG *China Watch* outro caso de suicídio na fábrica da Foxconn (BACKER, 2013, p. 841 – 842).

A continuidade dos eventos trágicos nas facilidades da Foxconn ganhava cada vez mais atenção na mídia e refletia negativamente na imagem da Apple. A situação se tornou ainda mais grave para a Apple quando o noticiário dos Estados Unidos (um importante e imenso mercado), passou a dar mais atenção aos problemas que ocorriam na Foxconn e relacionando com seus parceiros contratuais, como a Apple. A imprensa verificou que suicídios na Foxconn ocorriam em um período mais antigo do que os que foram noticiados. A contínua pressão midiática na Foxconn colocava a Apple em uma situação cada vez mais delicada. Tal situação ajudou a propiciar um ambiente para uma grande mudança no comportamento da Apple. Nas palavras de Backer,

⁸³ Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/1187242/foxconn-enfrenta-ameaca-de-suicidio-coletivo-na-china> Acessado em: 30 de julho de 2015.

On January 13, 2012, Apple disclosed an almost complete list of its direct suppliers for the first time and announced their new membership in the Fair Labor Association. This shift in policy may reflect a number of realities—the recent loss of a charismatic and famously willful executive, a capitulation to skepticism from NGOs and investors about the validity of autonomous reporting, or an actual shift of internal corporate culture. (2013, p. 845).

Além de trabalhar com a *Fair Labor Association*, a Apple também firmou parcerias com as ONGs *Verité* e *Institute of Public and Environmental Affairs*, que também trabalham com questões envolvendo condições de trabalho e respeito aos direitos humanos. Ao trabalhar em conjunto com essas ONGs, a Apple tem por objetivo aprimorar as condições de trabalho nas fábricas onde seus produtos são montados e aumentar sua legitimidade social, atrelando sua marca à legitimidade conquistada pelas ONGs. Essa posição fez a Apple submeter seu programa de responsabilidade social a agentes externos, em tese, terceiros imparciais (BACKER, 2013, p. 845 – 846).

A situação envolvendo o Wal-Mart e a Apple demonstra as várias facetas no âmbito da regulamentação por empresas. Mesmo com normas que buscavam a proteção ao trabalhador, elas se mostravam ineficazes pela inexistente fiscalização e clausura dos processos produtivos. As normas, nessa fase, poderiam ser vistas como simbólicas, porquanto não conseguiam modificar de forma verdadeira o comportamento social e utilizadas mais como meio mercadológico. A veiculação dos eventos que ocorreram na Jordânia e na China chamaram a atenção mundial e fizeram com que as empresas fossem pressionadas por importantes mercados consumidores e por ONGs. A publicidade negativa fez o Wal-Mart aprimorar sua fiscalização e, no caso da Apple, liberar as informações sobre seus fornecedores, impacto ambiental de seus produtos e passar a trabalhar com ONGs para o desenvolvimento de relatórios imparciais e a fiscalização por instituições independentes.

Esses eventos ajudam a entrever que o potencial regulatório e o compromisso social por parte das empresas não estão imunes a críticas, mas que podem ser aperfeiçoados por meio de irritações sociais às estruturas empresariais ao atacar em valores caros para elas, como imagem e credibilidade (que vão afetar o faturamento). Antes de renegar a importâncias desses padrões de regulamentação, eles podem ser utilizados contra as próprias empresas na tentativa de aprimorar os padrões de fiscalização e disseminação das informações.

3. 3. 2. 3 As multinacionais e o lobby nas estruturas formais e processos produtivos de normas internacionais

Para finalizar as considerações sobre as empresas, é interessante destacar como elas se relacionam os sujeitos formais, medida em que Estados e organizações internacionais regulamentam as relações internacionais por meio das tradicionais formas de regulação, no caso os tratados e convenções. Quando os sujeitos de Direito Internacional começam a se movimentar em relação a alguma área que seja alvo de interesse das grandes empresas, elas ficam em alerta às negociações, com o intuito de que as normas produzidas não se mostrem prejudiciais aos seus objetivos.

O interesse das empresas nas normas internacionais faz com que elas passem a desempenhar um papel de relevo em praticamente todas as fases de desenvolvimento e aplicação das normas, desde as primeiras reuniões até o processo de interpretação judicial. Stephen Tully traz algumas fórmulas que as empresas utilizam para tentar influir no desenvolvimento do Direito Internacional: “study groups, disseminating reports and economic analysis, conducting surveys and interviews, contributing to parliamentary inquiries, organizing speeches and seminars and recruiting public relations firms, consultants or law firms.” (2004, p. 220).

Um dos pontos interessantes que representa um momento de conexão entre os mecanismos formais e informais é o papel dos códigos de condutas adotados pelas empresas, uma vez que eles são mecanismos importantes que ajudam na lubrificação do processo produtivo de normas internacionais. Stephen Tully aponta a postura que foi adotada pelas empresas após o acidente envolvendo Torrey Canyon e a empresa Exxon Valdez. As empresas tentaram evitar a regulamentação internacional com o desenvolvimento de códigos de conduta, novos princípios e seguros. Essas tentativas das empresas facilitaram a elaboração da Convenção Internacional sobre poluição de óleo de 1990 (2004, p. 221).

No âmbito da Convenção sobre Biodiversidade, também emergiram situações envolvendo potenciais conflitos de interesse das empresas. De acordo com Stephen Tulley, a Câmara de Comércio Internacional se mostrava reticente em relação a eventual conflito envolvendo os direitos de propriedade intelectual assegurados sob a égide do acordo TRIPS. As empresas também participaram no âmbito das discussões sobre armas químicas. Enriquecimento de urânio para a produção de energia e seu desvirtuamento para a produção de armas nucleares tem uma tênue linha. A legislação sobre fiscalização

do processo produtivo teria que ser feita de tal modo que não implicasse eventual ofensa à propriedade intelectual utilizada no enriquecimento nem inviabilizasse a geração de energia. As empresas, então, aturam de forma a tentar compatibilizar os interesses econômicos com o propósito de fiscalização dos processos produtivos nucleares (2004, p. 223 – 224).

A participação das multinacionais não se limite a tentar complementar ou influir no desenvolvimento das normas internacionais, mas elas atuam de forma intensa para bloquear eventuais avanços normativos que se mostrem inadequados para as suas pretensões. As multinacionais pressionam os Estados onde suas operações são realizadas para que eles representem seus interesses no âmbito internacional e avancem em áreas onde as empresas não concordem sejam minados. Existe uma dupla faceta das empresas multinacionais: elas tanto podem facilitar o avanço da regulamentação, atuar de forma decisiva no concernente a estagnação de determinadas discussões. As normas produzidas internacionalmente entre Estados refletem diretamente na capacidade de atuação e nos objetivos das empresas. Limites a emissão de gás carbônico no combate às mudanças climáticas, por exemplo, influenciam no parque industrial de vários países e sua matriz energética. Elas não são parte das discussões, mas são atingidas e prestam atenção aos rumos das negociações, desempenhando papel importante nos bastidores.

O outro modo de atuação das empresas no âmbito internacional é por meio dos Estados nos quais elas estão localizadas ou que conseguem fazer *lobby*. Buscam utilizar esses Estados para que eles levem suas demandas comerciais para a OMC no âmbito do seu órgão de solução de controvérsias. Varella assinala que os Estados atuam como verdadeiros porta-vozes das empresas na OMC, levando as discussões e casos que são de interesse da comunidade econômica. As empresas têm interesse direto no deslinde das questões levadas à OMC. Em virtude disso, as empresas auxiliam os Estados com serviços jurídicos especializados, contratam escritórios de advocacia para acompanhar e auxiliar de forma cuidadosa as discussões travadas (2013, p. 68).

Feitas essas considerações sobre as empresas, mesmo sem exaurir a diversidade de possibilidades de situações nesse campo teórico, é possível asseverar que elas atuam em uma diversidade de situações no âmbito internacional. Passam a produzir as próprias normas, recorrem aos próprios tribunais e são pressionadas para que modifiquem seu comportamento e dos seus parceiros comerciais, além de também atuarem rente as tradicionais formas de regulação internacional.

Cada um dos fatores que foi mostrado da atuação empresarial representa um mundo no qual a pesquisa teórica e prática tem um vasto campo de atuação a ser explorado. O intuito ao analisar o papel das empresas não é exaurir ou fechar as discussões atreladas a ela, mas destacar o potencial jurídico e político das empresas. O propósito, assim como da análise dos sujeitos formais e das ONGs, é demonstrar uma nova complexidade, com a inserção de novas variantes. Com a superação desses aspectos, é possível analisar a arquitetura jurídica delineada. Como o Direito se estrutura nesse contexto? É possível verificar a ampliação de sujeitos e atores, bem como a expansão normativa em todas as direções (áreas de regulamentação) e com diversas facetas (*hard* e *soft law*), expansão de órgãos jurisdicionais. Qual o desenho institucional das relações e quais os reflexos disso para a teoria do Direito que foi constituída na base da unicidade de um poder soberano?

4 JURIDIFICAÇÃO E REFLEXOS TEÓRICOS

Depois de explanado sobre o desenvolvimento e fortalecimento dos agentes internacionais, é possível analisar adequadamente as consequências jurídicas e a feição dessa estrutura que aos poucos se mostra. O Globo passou a ser mais povoado e a ter mais relações sociais. Quais os reflexos dessas modificações para o direito? Em que medida mudanças sociais acarretam mudanças jurídicas?

O que se defende é uma correlação entre alterações sociais e alterações jurídicas. Na medida que a sociedade desenvolve uma diversidade de relações sociais, ante a ampliação do número de agentes, o direito é pressionado a responder as demandas sociais que surgem. Não há como pensar o Direito de forma dissociada da sociedade, na medida que a sociedade passa por modificações, o Direito também é pressionado a se atualizar. Essa nova dinâmica faz com que os sujeitos internacionais regulem de modo mais ativo, bem como incorporaram outros temas para o âmbito de interesse internacional, assim como os atores emancipados territorialmente criam mecanismos que pretendem ter um caráter jurídico para regular seus interesses.

As modificações no âmbito jurídico são reflexo de alterações que ocorrem na sociedade, o direito precisa se adaptar as modificações sociais. Um dos aspectos interessantes é que o Direito também passa a ser um fator de mudança social, assim como o Direito é reflexo de alterações na sociedade, ele também faz com que a sociedade tenha que se adaptar as mudanças que o Direito acarreta. Quando uma norma é criada internacionalmente, as demais variantes precisam se adaptar aos reflexos que essa norma acarreta, a inserção de normas e tribunais também acarreta mudanças na dinâmica social.

Na medida em que há mais participantes e o cenário global passa a ser de fato um ambiente onde as relações sociais ocorrem de forma mais constante, esse contexto possibilita conflitos de interesse entre as partes. É pacífico o entendimento do Estado como um ambiente de intensa dinâmica social, tendo em vista as alterações que passou no decorrer de sua evolução, com a incorporação de novos direitos e demandas sociais. O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao Direito Internacional, que passa a ser modificado na medida em que há demanda social para alteração de suas bases. O contexto inicial do Direito Internacional demandava normas sobre território, guerra e diplomacia, sem necessidade de muitas normas jurídicas. Na medida que o ambiente social muda, porém, não há por que negar que o Direito Internacional não irá ser

pressionado por mudanças e terá próprio dinamismo para responder às alterações sociais (TRACHTMAN, 2013, p. 1).

Uma das opções para a resolução pacífica de eventuais conflitos entre as partes é recorrer a procedimentos jurídicos. A proliferação de agentes foi seguida por um processo de “juridificação”, termo neológico e não dicionarizado para englobar a ampliação de fontes normativas e órgãos jurisdicionais. Dessa forma, a expansão jurídica é consequência da maior quantidade de relações sociais que ocorrentes no Mundo.

A “juridificação” na sociedade global, entretanto, não pode ser vista da mesma forma que ocorre no âmbito interno. Uma vez que não existe um órgão superior que possa coordenar as atividades, não há um tribunal superior que possa dirimir conflitos de competência ou solucionar antinomias normativas, a dinâmica das relações jurídicas sucede de jeito diferente do processo interno.

As novas estruturas jurídicas possuem potencial de conflito sem que possa ser identificada alguma resposta clara de como resolver tais situações. Um dos diagnósticos chega à conclusão de que o Direito Internacional está fragmentando. A ideia de fragmentação emerge justamente da proliferação social que ocorre sem um ente superior que possa garantir uma organização entre as partes, ocorre de forma pragmática sem analisar a coerência e unidade com as demais áreas.

Algumas percepções sobre esse tema são apontadas por Martti Koskenniemi e Päivi Leino nos discursos dos presidentes⁸⁴ da Corte Internacional de Justiça que alertavam como a proliferação de cortes no Mundo potencializa os riscos do *forum shopping*⁸⁵, sobreposição de jurisdições e inconsistência na jurisprudência. Esses problemas aparecem pelo fato de que essa complexidade ocorreu de forma não planejada e isso acarreta o risco da perda do controle da atuação jurídica, fragmentação e ingovernabilidade (2002, p. 555 - 556).

A fragmentação do Direito Internacional, para Gerhard Hafner, pode ser observada ao final da Guerra Fria e tem cinco causas: (i) proliferação da regulamentação internacional; (ii) aumento da fragmentação política; (iii) ampliação do processo de

⁸⁴ Os presidentes mencionados por Koskenniemi e Päivi Leino são: Stephen M. Schwebel, Gilbert Guillaume e Robert Jennings.

⁸⁵ Jacob Dolinger apresenta um conceito de *forum shopping*: “[...] significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão. [...] O ‘*forum shopping*’ tem relevância do estudo da fraude à lei, pois às vezes as partes se evadem da aplicação de sua lei sem mudar de nacionalidade, sem trocar seu domicílio, mas simplesmente recorrendo ao Judiciário de outro país, que admite sua competência jurisdicional para todos que a ele recorrem [...]” (2008, p. 444)

regionalização; (iv) emancipação do indivíduo em relação ao Estado; (v) a especialização dos regimes de regulação internacional. O autor, antes de analisar de forma peremptória se esse processo é positivo ou negativo, ressalta que pode ser as duas coisas. Positivo pelo fato de que mais normas podem pressionar os Estados a terem uma postura mais adequada. Negativo pela possibilidade de contradições entre os diversos regimes jurídicos (2004, p. 849 – 850).

A fragmentação normativa no âmbito mundial é consequência da ampliação e fragmentação dos atores e sujeitos. As estruturas jurídicas são criadas na medida em que há um ambiente social que demande normas e tribunais para estabilizar as relações. A fragmentação jurídica é uma das facetas de expansão e fragmentação social ocorrente e a dimensão jurídica não pode ser interpretada de forma isolada, sem considerar a fragmentação social.

Com essas considerações preliminares, será feita uma análise sobre dois aspectos: (i) ampliação da juridicidade, um processo que abrange a expansão de instrumentos normativos e jurisdicionais; e (ii) a arquitetura jurídica que pode ser visualizada teoricamente. Esses dois pontos representam o fechamento da análise social sobre a proliferação de sujeitos e atores. A consequência desses dois fatores é um maior número de estruturas jurídicas que tentam organizar as relações sociais. Essa explosão de juridicidade, por sua vez, traz consequências teóricas e práticas ante a inexistência de uma organização superior para coordenar esse processo.

4. 1 O desnivelado processo de juridificação

O Direito pode ter várias utilidades, sendo a mais clara o fato de ser a alternativa que minora o uso indiscriminado da força na resolução de conflitos. Além desse aspecto, o Direito consegue contribuir em outros fatores: reduz custos de transação e expande as bases de comprometimento entre as partes⁸⁶.

⁸⁶ Os custos de transação em uma relação jurídica podem ser vistos como qualquer evento que pode gerar insegurança ou imprevisibilidade nas relações jurídicas. Uma pessoa não se sente tentada a comprar um produto se não tem certeza de que irá receber e se em caso de problema do produto não pode recorrer a procedimentos para reaver o dinheiro pago. As normas jurídicas atuam como mecanismos que diminuem os custos advindos dessas incertezas relacionais. A previsão de instrumentos jurídicos que podem ser utilizados e obriguem a parte a entregar o bem ou devolver o dinheiro permite que as relações jurídicas se desenvolvam de modo mais estável. Essa função de reduzir os custos de transação acarreta a segunda função do Direito no sentido de que os compromissos assumidos entre as partes são expandidos. Os dois lados de uma relação contratual são mais suscetíveis de fazer um negócio jurídico se sabem que podem recorrer a procedimento no caso de eventual problema na relação.

Como as normas de forma isolada não conseguem resolver os problemas sociais, a expansão de normas é tradicionalmente seguida por um processo de desenvolvimento de estruturas judiciais que possam garantir a sua efetividade. A sociedade vivencia uma “juridificação” em três sentidos: mais assuntos passam a ser alvo de regulação, maior quantidade de normas é produzida e maior número de órgãos de cunho jurisdicional são criados.

Essa nova faceta de regulação jurídica não se desenvolve em uma tábula rasa teórica, pois ocorre em um contexto no qual o Direito Internacional já tem determinadas premissas sobre suas fontes. O Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça é reconhecido como o dispositivo que prevê as normas do Direito Internacional. O artigo traz como fontes: (i) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; (ii) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; (iii) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; e (iv) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de Direito. (SHAW, 2010, p. 56).

Essas hipóteses são consideradas as fontes do Direito Internacional e representam a mentalidade do período específico no qual foi confeccionado. Deve-se ter em mente a noção de que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, aprovado junto com a Carta das Nações Unidas, em 1945, representa tal qual o Estatuto da Corte Internacional Permanente de Justiça, ou Tribunal Mundial, confeccionado em 1921, criado no âmbito da Liga das Nações.

O significativo lapso e a intensidade e a diversidade de eventos ocorridos desde a sua confecção já servem como alertar para eventual inadequação entre a nova realidade social e o contexto no qual foi criado o referido artigo.

A juridificação será analisada com amparo em três perspectivas específicas: (i) o processo de expansão normativa tradicional, que tem por foco tratados e convenções, e expansão temática; (ii) o processo de expansão de estruturas que inovam na forma de regulamentar, que é chamado de *soft law*, que englobam normas produzidas pelos sujeitos clássicos, mas que também possuem peculiaridades em relação aos tratados e convenções tidos como *hard law*, pois são produzidas por atores privados; (iii) o último ponto é a análise sobre o processo de expansão e interação dos tribunais criados.

4. 1. 1 A expansão normativa por meio de tratados internacionais

A nova mentalidade em torno da necessidade de normas advém dos eventos que ocorreram ao longo do século XX e que demonstraram a insuficiência das normas. Varela ressalta que o adensamento do Direito Internacional está atrelado a uma variedade de fatores de cunho político, econômico e tecnológico (2013, p. 25). O fim da Guerra Fria, a ascensão do liberalismo são os fatores que levaram os Estados e a terem maior facilidade de intercâmbio social.

Trachtman também analisa o contexto social específico no qual está imerso o Direito Internacional e destaca justamente como as mudanças advindas da globalização, desenvolvimento econômico, expansão demográfica, tecnologias e democratização das sociedades acarreta uma expansão nas áreas afetas ao Direito Internacional. Aliada a esses fatores, Trachtman ressalta a insuficiência dos Estados em atuarem isoladamente para a resolução das questões procedente desses fatores (2013, p. 2). Vale a pena destacar uma passagem onde Trachtman aponta essas modificações:

Just a century ago, none of the categories of international law described in the functionally focused chapters of this book – addressing cyberspace, human rights, environment and health, finance and trade, intellectual property, migration, and investment – were very significant. There were good reasons – functional reasons – why they were not. There simply were few international concerns raised by these types of issues. (2013, p. 3).

O processo histórico levou cenário internacional a ter mais relações sociais ocorrendo. Relações sociais possibilitam conflitos de interesse. O direito deve ser pensado como uma forma de estabilizar as expectativas sociais, fazer com que as relações sociais possam ser desenvolvidas de forma mais previsível e harmônica. Toda vez que a sociedade passa por alterações, é natural esperar que o direito também tenha que ser atualizado para corresponder as novas demandas sociais. Em virtude disso, as relações sociais vão sempre buscar mudanças jurídicas. Essas relações precisam de normas para facilitar o convívio social que ocorre. O direito incorpora determinadas matérias não eram se quer pensadas como alvo de regulação, ou se eram, sua competência era indiscutivelmente nacional. Em termos objetivos, mudanças sociais possibilitam trazer a possibilidade de novos conflitos de interesse. A ferramenta adequada para evitar esses problemas e solucioná-los é por meio de ferramentas jurídicas.

Esses eventos modificaram o Direito Internacional, com a inserção de uma variedade de novos assuntos que não podem ser regulamentados exclusivamente por um país, assim como não podem ficar sem regulamentação. A maior facilidade tecnológica e de locomoção trouxe maior potencialidade para a integração social, mas também possibilita o fortalecimento de práticas antissociais. O mundo passa a enfrentar problemas como terrorismo, “lavagem de dinheiro”, tráfico internacional de drogas, seres humanos, mercadorias, armas etc. Além disso, a explosão econômica e tecnologia determinou questões como as armas e energia nuclear, externalidades ambientais do desenvolvimento econômico irrefletido, empresas mundiais que podem desestabilizar a economia, a relação entre a diversidade de cultural, o trato com refugiados, oriundo de conflitos armados, desastres ambientais, ou aqueles que tentam fugir do esquecimento global de determinadas áreas do mundo, possam ter reflexos em todos os países.

Essa diversidade de eventos que necessitam de normas internacionais, representam a maior dinâmica de uma sociedade internacional que aos poucos se desenvolve e necessita de normas jurídicas. Mesmo antes dessa intensificação, especialmente ao final da Segunda Guerra Mundial, já era possível visualizar uma maior demanda por normas internacionais. Os primeiros eventos que representam esse fortalecimento⁸⁷ na codificação do Direito Internacional remontam ao período após a Primeira Guerra Mundial, sob a égide da Liga das Nações, que criou uma comissão designada para trabalhar com a ampliação das fontes jurídicas internacionais. As incipientes tentativas, no entanto, não foram suficientes para contornar o ambiente político e econômico hostil que existia ao final do conflito. O pós-Segunda Guerra representa a continuidade no ímpeto de codificar o Direito Internacional para que as normas jurídicas aprimorassem a cooperação entre as nações e o recurso ao uso da força fosse minorado. Exemplo maior dessa nova mentalidade cooperativa é a Nações Unidas, que trouxe especial foco à necessidade de estimular o desenvolvimento e a codificação do Direito Internacional, prevendo no artigo treze⁸⁸ da sua carta constitutiva que compete

⁸⁷ O termo fortalecimento é utilizado pelo fato de que mesmo antes das duas guerras é possível verificar tentativas de organização e sistematização do Direito Internacional em 1863, 1868, 1872 e 1911, como é mostrado por Hildebrando Accioly (2009, p. 133).

⁸⁸ Artigo 13. 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação; b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. 2. As demais responsabilidades, funções e atribuições da Assembléia Geral, em relação aos assuntos mencionados no parágrafo 1” (b) acima, estão enumeradas nos Capítulos IX e X.

a ONU promover a cooperação entre as nações (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2012, p 212).

Em razão do objetivo de aprimorar a cooperação entre as nações, a Assembleia Geral criou um comitê especial para analisar o desenvolvimento do Direito Internacional. Este elaborou um parecer para a Assembleia Geral recomendando a criação de um órgão específico para trabalhar a temática. Com o acolhimento do referido parecer, foi criada a Comissão de Direito Internacional, composta de pessoas com notável saber sobre a matéria (ACCIOLY, 2009, p. 135). Vários tratados foram facilitados pelas atividades da Comissão de Direito Internacional, valendo destacar os que versam sobre relações diplomáticas (1961), relações consulares (1963), Direito dos tratados (1969), Estados e organizações internacionais (1975), sucessão de Estados em matéria de tratados (1978), sucessão de Estados em matéria de bens, arquivos e dívida (1983), direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais (1986) (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2012, p 121).

Além da criação dessas normas estruturais, a produção normativa ocorreu de forma intensa em outras áreas, em uma dinâmica identificada como *move to law*, em que diversas áreas antes de competência exclusiva da diplomacia ou dos Estados e não tinham regras jurídicas internacionais, passaram a ter um nível cada vez maior de institucionalização e de regras jurídicas internacionais.

A constatação da expansão normativa deve ser acompanhada da ressalva sobre o divergente nível de institucionalização entre os vários campos. Enquanto em algumas áreas as normas são cumpridas e as decisões judiciais observadas, em outros terrenos, a sua efetividade é dissipada em normas vagas e mecanismos ineficazes para garantir a sua obrigatoriedade. Nesse contexto desnivelado, Judith Goldstein *et alii* definem três elementos⁸⁹ que podem ajudar a compreender a legalização⁹⁰ internacional: (i) nível de obrigatoriedade das normas; (ii) precisão no conteúdo; (iii) delegação, para

⁸⁹ Essas três variantes do processo de legalização do Direito Internacional são apresentadas por Kenneth W. Abbott *et alii*. Possuem uma estrutura gradual onde cada uma das variantes pode ser *high* ou *low* no seu desenvolvimento. As combinações entre as três variantes e as duas possibilidades de nível de institucionalização fazem com que apareçam oito variantes na legalização (2001, p. 22). Essa metodologia utilizada pelos autores é interessante, pois consegue lançar luzes de modo mais adequada sobre a complementaridade e a diversidade de elementos na internacionalização do Direito.

⁹⁰ O termo legalização, se for interpretado de forma estrita, pode ser levado a uma dimensão que se reduz à produção de normas legais, mas, como é ressaltado por Kenneth W. Abbott *et alii*, as três dimensões que fazem parte do fenômeno da legalização (obrigatoriedade, precisão e delegação) tornam o fenômeno mais amplo e compatível com a ideia de “juridificação”, com uma dimensão normativa e uma dimensão jurisdicional (2001, p. 17).

terceiro, de algumas funções interpretativas, monitoramento e implementação (2001, p. 1 – 3).

A internacionalização também pode ser divisada desde a integração regional. Mireille Delmas-Marty analisa alguns reflexos desse processo na Europa⁹¹. A autora faz questão de ressaltar que, mesmo com a resistência de determinadas áreas do Globo, a internacionalização já avança em outras regiões. A autora destaca a Convenção Americana dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos como exemplos. Além do fortalecimento da regionalização, ocorre o fortalecimento também por meio do papel das Nações Unidas, em que a autora destaca as normas do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais, criadas para garantir maior juridicidade a Declaração Universal dos Direitos do Homem (2004, p. 47 – 48).

Algumas consequências da internacionalização no âmbito europeu são apresentadas por Mireille Delmas-Marty, como a descriminalização e a criminalização de condutas. Além disso, essas estruturas conseguem influir em questões envolvendo Direito de personalidade. O primeiro processo (descriminalização) ocorre quando as instâncias internacionais passam a adotar uma jurisprudência contrária à legislação nacional sobre a ilicitude de determinadas temáticas. Essa situação é reflexo natural da ampliação de normas sobre direitos humanos, têm uma dimensão sobre os procedimentos penais e os tipos penais compatíveis com as normas de direitos humanos. O segundo processo (criminalização) ocorre quando, mesmo com ausência de competência para tanto, a Comunidade Europeia passa a pressionar seus membros a produzirem normas que possam garantir a higidez nas finanças da Comunidade Europeia. Os direitos de personalidade também são pressionados pelo Conselho da Europa, por meio de recomendações, para que os Estados produzam normas que possam garantir a devida proteção a esses direitos (2004, p. 49 – 53).

A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos também demonstra um papel mais ativo e capaz de influenciar de modo mais significativo no âmbito nacional. Flávia Piovesan fornece um indicador, dando conta de que, até março de 2010,

⁹¹ É importante ressaltar a seguinte passagem da autora: “Cumpra ainda especificar logo de saída que não existe *uma* entidade jurídica nomeada Europa, nem sequer *uma* visão única e preestabelecida da Europa. A Europa é feita de instituições jurídicas diversas. Cada uma delas se construiu segundo suas próprias regras e vive como uma entidade autônoma.” (2004, p. 47). Essa feição europeia como microssistemas regulatórios é importante para compreender em que medida, mesmo diante do processo de internacionalização e delegação de competência para a União Europeia, ainda resta uma faceta fragmentada nessa integração jurídica.

foram proferidas 211 sentenças. Além do aspecto quantitativo, também podem ser destacados importantes jurisprudências, como o caso Velasques Rodriguez, e “A última tentação de Cristo”, no qual foi declarada a incompatibilidade de uma norma da Constituição do Chile que previa censura prévia com as normas do sistema interamericano (2012, p. 341 e 349).

Modo mais abrangente de apresentar a expansão normativa é indicado por Charlotte Ku, ao utilizar uma tabela que retrata em números a expansão de acordos multilaterais no âmbito internacional em algumas áreas:

Tabela 1: Avanço no número geral e temático de tratados multilaterais por período.

	1648 - 1750		1751- 1850		1851- 1899		1900- 1925		1926- 1950		1951- 1975		1976- 1999	
	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%
Política e Diplomacia	72	84%	64	64%	162	48%	249	38%	292	25%	508	25%	315	19%
Militar	13	18%	8	8%	17	8%	55	8%	99	8%	80	4%	59	4%
Economia	1	1%	13	13%	143	42%	241	36%	546	46%	885	43%	719	44%
Bem-Estar Humano	-		13	13%	11	3%	68	10%	144	12%	158	8%	111	7%
Cultural	-		1	1%	-		7	1%	17	1%	34	2%	24	1%
Meio Ambiente	-		1	1%	3	8%	20	3%	56	5%	134	7%	209	13%
Outros	-		-		2	6%	23	3%	29	2%	248	12%	182	11%

Total:	86 100%	100 100%	338 100%	663 100%	1.183 100%	2.047 100%	1.619 100%
--------	---------	----------	----------	----------	------------	------------	------------

Fonte: Charlotte Ku, *Global Governance and the Changing Face of International Law*, 2001, p. 3.

Com base na tabela, é possível verificar como desde 1900 ocorreu um aumento no número de tratados multilaterais e que outros campos passaram a ser alvo de normas internacionais. Mesmo que os dados da tabela só tragam informações mais precisas até 1999, as duas opções que surgem no período posterior (arrefecimento normativo, contínua expansão) não trazem prejuízo para a análise. Em caso de enfraquecimento do ímpeto regulamentar, como ocorreu no último período (1976 – 1999) em comparação ao penúltimo (1951 – 1975) período, a relativa diminuição representa que as áreas-alvo de regulamentação diminuiriam e que a questão deixa de ser só a positivação e passa a ser a sua efetividade e fiscalização. Já no caso de ampliação normativa, tal situação representa uma continuidade na tendência regulamentar, o que reforça a análise da positivação do Direito Internacional.

Dunoff, Ratnet, Wippman também contribuem com números para demonstrar a expansão normativa de tratados internacionais bilaterais e multilaterais. Os autores ressaltam a grande quantidade de instrumentos normativos depositados nas Nações Unidas: “now fills more than 2,000 volumes, with 100 or more new volumes published every year. The series contains over 40,000 treaties and related instruments, covering almost every conceivable subject.” (2006, p. 37).

Varella faz profunda análise sobre o adensamento do Direito Internacional em cinco áreas específicas: humanitário, penal internacional, comércio internacional, ambiental e direitos humanos (2013, p. 263 – 352). Essas diversas áreas foram afetadas pelos processos sociais abordados ao longo deste ensaio. As considerações que serão feitas têm por escopo correlacionar esse adensamento normativo com a maior complexidade no Direito. Antes de descer amiúde em todos esses processos, o intuito é constituir uma visão que possa trazer margem de segurança para a análise final sobre a arquitetura jurídica e a consequências.

A ideia principal retirada a partir da análise feita por Varella é no sentido que diversos campos temáticos do Direito Internacional estão cada vez mais institucionalizados e cada vez mais conseguem fazer valer as suas normas. Não é possível

pensar o Direito sem levar em conta alguma contribuição que as normas internacionais podem ter. Os Estados estão imersos em uma rede de normas internacionais que existem e os pressionam na confecção de suas normas.

Uma Guerra Civil pode ser alvo de interesse do Conselho de Segurança, haja vista o número de refugiados que podem ir aos demais países. Situações de conflito passam a ser alvo de maior consideração da comunidade internacional para garantir a proteção ao direito humanitário. Eventual desrespeito a este, pode levar ao julgamento e a punição a quem praticou os atos, pelo Tribunal Penal Internacional.

Mesmo em cenários pacíficos, os Estados não podem tratar seus indivíduos da forma quiserem, em virtude da positivação dos direitos humanos. Várias estruturas pressionam os Estados para que eles mantenham padrões de proteção à dignidade humana, não podem usar a soberania para fazerem quais normas para tratarem as pessoas.

A condução da política econômica estatal também é pressionada por instituições fortes, como a OMC. Ao fazer parte da OMC, os Estados abdicam determinadas práticas, sob pena de sanções e retaliações. As discussões em torno de questões comerciais, inclusive, são uma das áreas mais institucionalizadas e que conseguem maior eficácia.

As normas e instituições do Direito Internacional do Meio Ambiente também pressionam os Estados. Estes não podem usar de determinadas estratégias de desenvolvimento, ou tratar o meio ambiente, e a diversidade biológica que existe no seu espaço de qualquer maneira. As normas ambientais limitam e fiscalizam a condução das políticas nacionais e como elas impactam no meio ambiente. Os Estados também não devem ser vistos como imunes para fazer o que quiserem com o meio ambiente.

Essas áreas possuem níveis diferentes de institucionalização. Não é possível afirmar que elas produzem seus efeitos de forma homogênea. Algumas são mais eficazes que as outras (como no caso de normas comerciais, que parem ser as mais eficazes). Mesmo com problemas em relação à eficácia, entretanto, existem estruturas normativa e institucional que pressionam os Estados e faz com que eles não possam ser vistos como detentores exclusivos do que fazer no seu espaço territorial. Mesmo que o Estado atue de forma contrária às instituições internacionais, ele será alvo de críticas e pressão, correndo o risco de ser mal visto internacionalmente e perde o espaço internacional.

A análise da relação entre os diversos campos de regulamentação não é totalmente harmônica e pode trazer vários conflitos. O desnível na institucionalização entre as áreas traz alguns problemas que são apontados por Marcelo Neve ao analisar o

desenvolvimento da ideia de racionalidade transversal (tipo de racionalidade tipo específico de comunicação intersistêmica mundial), ante a ausência de um correspondente que exerça a função da Constituição, ressalta que a comunicação entre os subsistemas parciais não está isenta de riscos e problemas. O autor assim expõe:

A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante a corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um sistema é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente. Assim, se o código 'ter/não ter' (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia. (2009, p. 42 – 43).

Os dois problemas que Marcelo Neves apontada em relação à racionalidade transversal são (i) atomização; e (ii) expansão imperialista. O primeiro ocorre quando uma determinada racionalidade da sociedade é tão forte que simplesmente relega as demais a um papel secundário na sociedade. A economia, por exemplo, passa a ter um nível de consistência interno altamente especializado e ignora as demais demandas dos outros subsistemas parciais. Marcelo Neves ressalta que essa alta consistência interna em detrimento da adequação externa também importa irracionalidade. Já o segundo problema sucede quando o sistema parcial passa não somente a ignorar o código dos demais subsistemas parciais na sociedade, mas também sabota o seu funcionamento, impedindo que o subsistema tenha condições de desenvolver sua racionalidade de forma livre (2009, p. 45 – 47).

Esses problemas podem ser vistos na relação entre economia e meio ambiente, por exemplo. A incapacidade do Direito Ambiente Internacional em reproduzir suas estruturas se dá tanto por ser ignorado pelos subsistemas mais fortes, quanto por ter seu funcionamento interno sabotado por estruturas que querem colonizar sua atuação. Não somente em relação ao meio ambiente e à economia, mas também a relação entre os sistemas tendem a ter essa estrutura que pode ser competitiva e relegar um sistema parcial a atuar de forma a ignorar o papel dos demais subsistemas.

A última área trata relação a expansão sobre os Direitos Humanos. Mazzuoli assinala que os Direitos Humanos constituem campo central da agenda internacional

contemporânea, especialmente em virtude dos horrores do pós-Segunda Guerra, da globalização e do estreitamento das relações internacionais (2014, p. 49).

Os direitos humanos estão inseridos em uma realidade dinâmica e aberta a várias discussões, como a diversidade cultural e o multiculturalismo⁹². É possível questionar um caráter colonizador por parte dos países europeus em relação a doutrina dos direitos humanos, o que representa uma dificuldade de afirmação para os direitos humanos. A expansão dos direitos humanos, entretanto, não foi freada. Outras áreas envolvendo os direitos humanos o processo de expansão continuou de forma intensa e com ampla profusão normativa (VARELLA, 2013, p. 323 – 324).

Cada um desses campos temáticos é constituído por vários pontos e pela interação das diversas camadas de regulamentação, que abrangem o nível nacional, regional, internacional, transnacional, atores públicos e privados. As pequenas considerações sobre esses temas devem ser interpretadas com o cuidado para que a complexidade inerente a cada uma dessas áreas não seja minimizada. Esses campos denotam peculiaridade e subdivisões cada vez mais refinadas e especializadas.

Ao analisar a expansão normativa e temática, deve-se levar em consideração a ampliação no número de sujeitos e atores internacionais. Os diversos Estados (inclusive estruturas subestatais, como Legislativo, Executivo, Judiciário e Estados-membros em estruturas federadas) contribuem para a formação dessas normas, trazendo interpretações próprias sobre as normas internacionais, atuam como fonte irradiadora de experiências jurídicas e irritam as estruturas para que determinadas temáticas sejam alvo de maior consideração nas instâncias internacionais. As organizações internacionais também são importantes centros propulsores em cada uma das áreas que elas atuam funcionalmente. Elas produzem conhecimento especializado com a publicação de relatórios, recomendações, fazem rascunho de convenções e convocam os Estados para participarem de conferências com o intuito de debater determinados temas e avançar na regulação internacional. O intuito das organizações é fazer seu campo temático cada vez mais efetivo e que tenha normas e procedimentos para tanto.

⁹² Flávia Piovesan contextualiza a discussão entre universalismo e relativismo cultural. Enquanto a primeira posição defende os direitos humanos como normas aplicadas em qualquer contexto histórico ou cultural, os relativistas ressaltam a dimensão cultural na formação da concepção humana sobre a formação do indivíduo e o que se compreende por direitos humanos. Para os relativistas, cada cultura tem um discurso próprio sobre direitos fundamentais e direitos humanos, não sendo adequado tentar impor uma concepção ocidental sobre esses temas. (2012, p. 215 – 217),

Além dos sujeitos clássicos, as ONGs também atuam de forma intensa na fiscalização, promoção dos diversos campos temáticos. Desenvolvem relatórios e tentam se fazer ouvir e participar das conferências internacionais e até mesmo atuar nos tribunais como *amicus curiae*⁹³.

As empresas também atuam de forma indireta ou direta nas áreas regulamentadas. Além de atuarem intensamente no campo comercial, podem contribuir para a promoção de normas corporativas que busquem o desenvolvimento de padrões de produção mais humanizados e que seu processo produtivo seja guiado para a sustentabilidade e a proteção do meio ambiente.

Todas essas áreas passam por dificuldades de legitimação e possuem diversos níveis de institucionalização. Os campos temáticos que aos poucos se forma tem uma feição caleidoscópica⁹⁴, ante dos ímpetos centrífugos e contraditórios da sociedade. Além disso, esses campos possuem níveis de institucionalização diversos e são trabalhados com relativa independência. O resultado disso acarreta o fato de que nalgumas áreas já há mais densidade normativa e institucional, enquanto outras áreas ainda precisam fortalecer seu arcabouço institucional. O Direito Internacional do Meio Ambiente, por exemplo, é uma das áreas em que há maior urgência na efetividade de suas normas e fortalecimento institucional, mas é uma das que padece de forma intensa dos bloqueios de outros subsistemas, como o econômico.

4. 1. 2 Normas jurídicas não obrigatórias?

⁹³ A possibilidade de uma ONG participar em rente a um tribunal ou uma corte internacional como *amicus curiae*, em geral, deriva quando a atuação da ONG pode ser favorável para o órgão jurisdicional. Não é somente o interesse da ONG em participar na demanda que justifica eventual inserção como amigo da corte, mas o seu potencial de contribuir para que a decisão judicial seja melhor tomada. Lance Bartholomeusz traz como os diversos dispositivos normativos preveem a possibilidade de reconhecer um amigo da corte: "This interest is stated in various ways: 'in the interest of the proper administration of justice' (ECHR); 'desirable for the proper determination of the case' (ICC; ICTY; ICTR; SCLS); 'desirable in the interest of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue' (WTO Appellate Body"); and 'the ... submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitration of bringing a perspective, particular know ledged or insight that is different from that of the disputing parties' (NAFTA)" (2009, p. 318)

⁹⁴ O termo caleidoscópico é utilizado com referência à ideia de "*Kaleidoscopic World*", desenvolvida por Edith Brown Weiss, para ressaltar a diversidade de eventos que se apresentam ao Direito Internacional. A autora assim expõe: "International law is developed and implemented today in a complicated, diverse, and changing context. Globalization and integration, fragmentation and decentralization, and bottom-up empowerment are arising simultaneously among highly diverse peoples and civilizations. Most importantly, this period is characterized by rapid and often unforeseen changes with widespread effects" (2011, p. 21).

A reformulação vai além da expansão no âmbito temático e no número geral de tratados. O desenvolvimento de normas conhecidas como *soft law* é um fenômeno peculiar que traz mais complexidade à regulamentação. Diversos setores passam a usar esse mecanismo denominado *soft law*, quase-direito, ou *soft norm*, modo de regulação que pode fugir ao previsto no Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como fontes do Direito Internacional.

A dificuldade respeitante ao *soft* deriva do fato que não são, em princípio⁹⁵, normas obrigatórias ou não trazem uma consequência clara no caso de descumprimento. São normas que regulamentam determinados temas (e o âmbito de atuação das normas *soft* passa pela mesma expansão temática das normas *hard*) e que desempenham uma variedade de funções na regulação mundial, mas que fogem ao padrão que é esperado para as normas jurídicas. Essas duas feições iniciais (não obrigatoriedade e sem densidade normativa) podem ser enquadradas no âmbito clássico de produção das normas pelos sujeitos internacionais, a última dificuldade das normas *soft* é o fato que particulares também as produzem. Atores privados produzem essas normas jurídicas e elas servem como guia para suas relações. O reconhecimento de normas *soft* por particulares e o papel que elas desempenham entre eles faz com que o padrão de regulação mundial seja alterado de forma significativa.

Essas três características das normas *soft* (sem densidade normativa, não obrigatoriedade e feita por particulares) parecem gerar dificuldades da concepção clássica das normas jurídicas. Fazer normas com a definição inicial que elas não são obrigatórias⁹⁶ parece ser um contrassenso com que se espera de normas jurídicas. A adoção de normas vagas e com alta abstração é um fenômeno mais corrente no âmbito interno, mas que também apresenta problemas práticos. Quem vai trazer densidade interpretativa para

⁹⁵ Uma das questões da norma *soft* que é interessante é o processo de adoção pelos Estados que as transformam em normas *hard*. A confecção como um caráter *soft* tem por intuito facilitar a produção da norma. Os Estados que observam a norma podem incorporar ela com uma estrutura de *hard* e elas podem produzir seus efeitos de forma mais intensa.

⁹⁶ Ao analisar a teoria que defende a norma como um imperativo jurídico, Arnaldo Vasconcelos traz considerações importantes para a concepção de norma jurídica como um comando. O autor destaca que Hobbes pode ser visto como o fundador do positivismo jurídico. O autor, ao comentar a teoria imperativista, assim destaca a concepção de lei como ordem: “No seu entender, lei é ordem. Ordem do soberano – como tal, o único legislador – aos súditos, na sua qualidade de participantes do pacto social. O trecho em que Hobbes reformula esses princípios tornou-se clássico, tamanha a influência que obteve junto a eminente jusfilósofos das épocas subsequentes, como é o caso de John Austin, considera-lo ponto de partida da sua própria teoria. ‘É evidente, em primeiro lugar – escreve Hobbes –, que lei em geral não é conselho, mas ordem;’ (2006, p. 53). Vasconcelos também ressalta que a teoria imperativista foi desafiada pela distinção feita por Kelsen entre *ser* e *dever ser*, mas Vasconcelos também ressalta que Kelsen acaba por retroceder ao adotar a concepção de imperativo despsicologizado (2006, p. 55 – 56).

essas normas? Elas podem ser usadas pelos tribunais? O último ponto que é ainda mais crítico é afirmar que normas podem ser produzidas sem o Estado. A concepção clássica em torno da soberania defendia que tão somente o Estado pode ser considerado como o competente para a produção de normas jurídicas imperativas⁹⁷.

O caráter não vinculatório das normas *soft*, entretanto, não impede que elas sejam respeitadas pelas partes que as confeccionaram e possam produzir efeitos. A obrigatoriedade da norma não está relacionada mais a possibilidade de ser exigida, mas ao reconhecimento espontâneo dos agentes. A criação de uma norma que é feita por uma estrutura superior, que tem por intuito obrigador os demais, pode ter problemas de reconhecimento entre agentes em posição de igualdade. As normas *soft* não buscam necessariamente a obrigatoriedade das suas disposições, elas buscam o reconhecimento. Antes impor de maneira verticalizada as suas disposições, as normas *soft* atuam de forma horizontalizada com os potenciais agentes destinatários delas. A postura das normas *soft* possui uma dimensão mais inclusiva e dialogada que permite que os agentes reconheçam a sua legitimidade. Esse reconhecimento é mais alto nas normas *soft* porque os agentes atuam diretamente na feitura delas ou porque eles reconhecem elas de forma espontânea.

Isso faz com que elas não precisem ser necessariamente incorporadas para produzir efeitos. Reconhecer a legitimidade de uma norma pode fazer com que o agente modifique seu comportamento mesmo sem estar formalmente obrigado. Matthias Goldmann afirma que as normas *soft* não precisam ser incorporadas pelos Estados para produzir efeitos. Além disso, elas podem ser cumpridas até mesmo por Estados que não foram parte direta da sua confecção (2012, p. 338). O autor apresenta a regulamentação que foi feita no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento, sobre *Export Credits Arrangement*, em que as normas foram um grande sucesso político e eram observadas de forma majoritária pelas partes, mesmo diante da previsão na Seção 2, do arranjo que afirmava que as normas como não obrigatórias, mas sim um acordo entre cavalheiros (2012, p. 335 – 336).

⁹⁷ Vasconcelos também faz uma crítica precisa a confusão que é feita pela doutrina imperativista. O autor assim expõe: “Essa doutrina é fértil em resultados inconseqüentes. Destaquemos apenas dois deles. Inicialmente, comete-se o equívoco de confundir lei com norma jurídica, operando-se desastrosa redução. Isso importa eleger-se o Estado como produtor único e exclusivo do Direito, violentando-se a realidade mesma, que nos oferece o espetáculo da criação diária do Direito por pessoas e individuais e por entes coletivos, tais as instituições. E mais, o que é pior: atribui-se exagerada dose de politicidade ao Direito, com o quê se tenderá a confundi-lo com poder, enredando-o nas malhas astuciosas das ideologias antidemocráticas” (2006, p. 56)

Filippo M. Zerilli faz uma análise que destaca como a não obrigatoriedade não implica em ineficácia das normas. O autor aponta duas situações em que normas *soft* modificaram as relações jurídicas. O primeiro caso ocorreu com a ratificação da Romênia da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse país europeu recebeu recomendações do Conselho Europa sobre vários temas. Em relação aos homossexuais, por exemplo, o Conselho Europa, solicitou que alguns delitos deveriam ser retirados do Código Penal, uma vez que tais crimes seriam incompatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O sistema judicial também deveria ser aprimorado para que fosse desenvolvido de forma independente dos demais poderes e assegurasse o devido processo legal. No âmbito das liberdades individuais, o Conselho recomendou que a Romênia garantisse uma maior proteção aos direitos de propriedade⁹⁸. Além desse caso, o autor apresenta o processo de reformulação do Ensino Superior europeu, baseado em uma metodologia italiana que tentava uniformizar o Ensino Superior na Europa. O que há de comum nos dois casos é que não havia um caráter obrigatório na adoção das reformas. Elas não poderiam ser interpretadas no sentido imperativo, de obrigação de mudar e de se adequar. Mesmo que elas não fossem obrigatórias, elas produziram efeitos. Ao dialogar com um colega, o autor descreve a surpresa dele ao saber que as normas não eram obrigatórias. Para esse amigo, mesmo a não obrigatoriedade, não fazia diferença, já que a maioria dos países europeus estavam de acordo (2010, p. 4 – 5).

Um dos pontos que Filippo M. Zerilli ressalta é a adoção de normas *soft* que traz nova mentalidade sobre os instrumentos de sanção e convencimento. Mesmo que as normas não sejam feitas de acordo com os procedimentos para que possam ser vistas como *hard*, os destinatários das normas podem visualizá-las dessa maneira. O fortalecimento das normas *soft* decorre do igual fortalecimento dos mecanismos *soft* que garantem a efetividade dessas normas, como exposição vexatória, conformidade com parceiros políticos, persuasão argumentativa, interesse próprio, oportunidade ou medo. Esses elementos atuam para que as normas possam produzir efeitos (2010, p. 5).

A expansão no uso do *soft law*, para Kenneth W. Abbott e Duncan Snidal, ocorre quando essa forma se mostra mais atraente do que a legalização desde as normas tidas como *hard law*. Os autores fazem uso do *soft law* utilizando como pano de fundo a

⁹⁸ Todas essas recomendações demonstram um processo de adaptação ou modelação entre a diversidade do Conselho Europeu e a Romênia. Existe uma determinada identidade que aos poucos é criada no âmbito europeu e essas normas *soft* buscam manter uma determinada simetria entre os países. Mesmo que elas não possam ser vistas como obrigatórias, elas fazem parte de um processo de incorporação e adequação que é de interesse da Romênia, ela é compelida a cumprir as normas por outros motivos.

análise apresentada por Kenneth W. Abbott *et alii* em relação às diversas gradações que podem aparecer nas variantes de obrigação, precisão, delegação e as variações entre elas (2001, p. 22), ressaltando que compreender as normas como *soft* ou *hard* não deve ser uma análise dicotômica (2001, p. 38).

A ideia de *soft law* requer uma leitura dos níveis de institucionalização em cada uma dessas três dimensões (obrigação, precisão e delegação). Se a obrigação não é definida como obrigatória, ou se a precisão dos seus termos for vaga, ou não houver a delegação para um terceiro a competência sobre a interpretação da norma, variados níveis de *soft* podem ser verificados nessa norma, dando origem a gradação e variação.

Abbott e Snidal analisam os diversos fatores que tornam a adoção de uma norma *soft* vantajosa comparando às normas *hard*. O primeiro ponto favorável às normas *soft* é o fato que são adotadas de modo mais fácil. Mesmo que as normas *hard* tenham custos de transação⁹⁹ pós-adoção e de manejo menores, elas têm grandes custos para a sua adoção. (2001, p. 50)

A facilidade de adoção e os custos de incorporação são analisados por Abbott e Snidal de forma prática. A OIT, por exemplo, diante da constatação do número decrescente de Estados ratificando suas convenções, pela dificuldade de incorporação, mudou a sua forma de atuar. O temor que a organização caísse em desprestígio fez com que dois diretores modificassem o foco e passassem a atuar com a produção de códigos de condutas e recomendações. O segundo exemplo apresentado por Abbott e Snidal é o uso consciente das dificuldades de incorporação para a convenção não produzir efeitos. Os Estados sabem os desafios para incorporar um tratado e usam essas dificuldades com o propósito que ele seja ineficaz. Essa situação ocorreu quando os Estados Unidos buscavam produzir uma norma no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento com o intuito de desestimular o suborno nas relações comerciais internacionais, já que as empresas americanas eram punidas pela legislação interna dos EUA. No decorrer das deliberações, os demais Estados que se portavam de forma

⁹⁹ A ideia de custos de transação para a adoção de uma norma deve ser compreendida no sentido da dificuldade em se alcançar um consenso entre os países para quem uma norma seja produzida. Ao comparar com o procedimento interno, por exemplo, o processo de emenda à constituição tem custos de transação mais alto do que a confecção de uma lei ordinária, por exemplo. O reduzido número de legitimados e o alto quórum de aprovação fazem com que a adoção de uma emenda seja mais difícil, mais custoso. A confecção de normas *hard* no âmbito internacional requer um maior consenso entre os Estados, mais detalhamento nas estruturas dos artigos e o processo de incorporação. Esses requisitos para criar uma norma *hard* fazem com que elas sejam mais difíceis de serem confeccionadas, tendo em vista a necessidade de um consenso qualificado sobre elas. Por isso que se fala em custos de transação pré-confecção, até que a norma seja feita, é algo que pode demandar muito tempo.

contrária a adoção de qualquer norma, defenderam a confecção de uma norma obrigatória. Essa mudança de postura (não querer nenhuma norma, para querer uma obrigatória) ocorreu porque os Estados tinham consciência do custo da incorporação do tratado e que isso iria fazer com que norma fosse ineficaz (2001, p. 51).

O GATT é um exemplo de sucesso conquistado desde um regime tido como *soft* por Abbott e Snidal. A carta da Organização Internacional do Comércio representava um procedimento com altos custos de transação ante a abrangência das matérias trabalhadas, das custosas negociações, da dificuldade na feitura dos rascunhos e por trazer problemas internos para a sua ratificação, como foi o caso da resistência dos Estados Unidos. Com o insucesso na adoção da OIC, o GATT, um quadro teórico mais ameno, conseguiu desempenhar funções importantes e aos poucos convencer os Estados sobre a necessidade da produção de normas mais *hard* para as questões comerciais (2001, p. 52).

Em decorrência desses fatores, a criação de uma norma *soft*, em alguns momentos, pode ter mais valor do que a confecção de uma norma *hard*.

Com tais considerações iniciais, é possível fazer uma análise sobre o conceito das normas *soft*. Jaye Ellis exprime três possibilidades de classificar uma norma como *soft law*: (i) baixa densidade normativa e impossibilidade de ser veiculada judicialmente; (ii) confeccionada e adotada pelos Estados, mas definida como não obrigatória; e (iii) produzidas por atores não estatais (2012, p. 315).

Para Jaye Ellis, o papel das normas *soft* no âmbito internacional deve ser analisado não com base na rejeição cabal da sua importância, uma vez que algumas situações não fazem parte do rol do Art. 38 do ECJ (hipótese 'ii' e 'iii'). A forma como elas auferem importância está além do formalismo jurídico. São vários fatores que dão importância a elas, como a semelhança com instrumentos jurídicos, capacidade de serem utilizadas no desenvolvimento de discursos jurídicos, o consenso formado em torno delas e a capacidade de influir no comportamento (2012, p. 318 – 319).

As normas *soft* aparecem com diversas nomenclaturas podendo ser resoluções, declarações, programas de ação, memorando de entendimento (SHELDON, 2008, p. 1). As organizações internacionais, por exemplo, usam o *soft law*, pois não possuem capacidade para a feitura de instrumentos obrigatórios e adotam recomendações para fugir desse déficit (SHELDON, 2008, p. 3). A maleabilidade dos instrumentos jurídicos propicia que em algumas situações a norma possa ser obrigatória para uns, e para outros participantes ela seja vista como *soft*. Um exemplo dessa situação é uma decisão judicial, na qual para as partes, ela será obrigatória e para os demais serve como

um norte interpretativo sobre o assunto (SHELDON, 2008, p. 4). Por outro lado, a maleabilidade, um dos argumentos favoráveis ao uso do *soft law*, pode ser um desafio ao seu estudo sistemático. As normas que não podem ser classificadas como *hard* acabam formando a classificação geral que as *soft* representam (GUZMAN; MEYER, 2010, p. 173).

Mesmo com o problema de precisão quanto ao seu conteúdo, a existência desse instrumento passa por maior consistência jurídica, na medida em que figuram de modo mais constante. Elas passam a ser discutidas pela doutrina em novos projetos codificadores e para o esclarecimento de conceitos. A adoção de normas *soft* traz a expectativa de amadurecimento na consciência dos participantes e que isso possa facilitar o caminho para a produção de uma norma mais *hard*. Sheldon ressalta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, é citada no preâmbulo de vários tratados universais e regionais que codificam de modo mais preciso os Direitos Humanos¹⁰⁰. Outra norma *soft* citada de forma intensa é a prevista no Art. 21 da Declaração de Estocolmo de 1972¹⁰¹, a autora ressalta que ela se repete na Declaração do Rio de 1992 e no Art. 3º da Convenção sobre Biodiversidade (2008, p. 10 – 11).

Essa repetição de normas *soft* em outros dispositivos internacionais tem o caráter de contribuir de forma cumulativa para a sua disseminação e conscientização da importância internacional sobre o tema. Mesmo sem o caráter obrigatório, é indiscutível a importância desse processo para a maior segmentação relativamente aos temas veiculados por meio de normas *soft*.

Dentre as funções das normas *soft*, uma é poder complementar o arcabouço normativo de estruturas *hard*. O Art. 8º, j¹⁰² da Convenção sobre biodiversidade traz a obrigação de respeitar as práticas das comunidades locais e compartilhar com estes os benefícios oriundos da obtenção da biodiversidade. Esse era um dos pontos da convenção que Sheldon afirma ser de grande complexidade, ambiguidade e quase contraditório. As

¹⁰⁰ Existe uma discussão se a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *soft law* ou faz parte da categoria *jus cogen*, mas, para esta análise, não vem ao caso adentrar esse debate.

¹⁰¹ Referido princípio tem a seguinte redação: “Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.”

¹⁰² Mencionado artigo tem a seguinte redação: Artigo 8. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

discussões sobre esse artigo só foram relativamente minoradas com a conferência das partes que ocorreu em 2002, na Holanda, onde foi confeccionado o guia de acessos aos recursos genéticos e o justo, equitativo compartilhamento dos benefícios oriundos da sua utilização, uma norma *soft* com o intuito de detalhar de modo mais claro o artigo da convenção (2008, p. 10 – 11).

Outra situação que dá mais força às normas *soft* é a recepção por estruturas *hard* que potencializam as normas *soft*. Essa situação é apontada por Varella ante a aceitação da OMC das normas da ISO e do *Codex Alimentarius* como fontes complementares para a limitar importação por padrões de segurança (2013, p. 99).

A adoção por estruturas *hard* de uma norma *soft* e produzida por um ator privado, no caso da ISO, serve como incentivo à produção das normas *soft*. Essas estruturas normativas entram no âmbito regulatório sem um caráter obrigatório; entretanto, elas têm ao seu lado não a formalidade estrita da validade jurídica, mas um conceito de legitimidade mais amplo, que passa a abranger legitimidade técnica, científica e reconhecimento social. Esses elementos dão legitimidade as normas *soft* de uma maneira mais sutil, fazendo com que estruturas *hard* reconheçam a norma pela correção de suas técnicas e pelos padrões científicos utilizados para sua confecção.

Além desse caminho formal, as normas *soft* também podem passar a fazer parte da prática dos Estados, mesmo que elas não sejam obrigatórias. Os Estados podem se convencer da correção das respostas apresentadas pelas estruturas *soft* para os seus problemas e resolvem incorporá-las com o status de *hard*. A forma como os demais agentes vão interagir com o impulso expelido no sistema por parte de uma norma *soft* é de mensuração difícil. Como o sistema é complexo, não é possível definir antecipadamente como essas estruturas irão se adaptar a esse impulso.

As normas *soft* representam uma relativa tensão na teoria jurídica. Enquanto a teoria jurídica formalista analisava a eficácia mínima como condição geral para a eficácia do ordenamento jurídico, dando maior prioridade aos procedimentos para o reconhecimento das normas jurídicas e com a premissa de que a ineficácia de uma norma não implica o não reconhecimento da sua juridicidade. As normas *soft* passam a trazer um maior foco não sobre o formalismo estrito, mas buscam obter a eficácia das normas em uma estrutura persuasiva em que o argumento reside no refinamento argumentativo, no benefício próprio e coletivo que a norma *soft* pode trazer para os agentes sociais. O foco deixa de ser a forma em sentido estrito e passa a ser o conteúdo e os benefícios da norma.

A relação entre validade e eficácia é alterada com relação às normas *soft*. Enquanto não possuem validade jurídica, elas procuram obter eficácia social por parte dos agentes, fazendo que eles incorporem tais normas às práticas. O reconhecimento do seu caráter jurídico vem depois que a eficácia social está disseminada.

Outra utilidade das normas *soft* é a capacidade de serem utilizadas como mecanismos de pressão política para evitar *free riders*, conhecidos como caronas. As normas *hard* ensejam obrigações entre as partes e outros países que não são signatários podem se beneficiar da não adoção das normas. Enquanto nas normas *hard* não é possível utilizar mecanismos jurídicos para pressioná-los, com as normas *soft* é possível pressão política, pela diversidade de agentes interessados, para que os países adotem os padrões *soft* e deixem de se beneficiar pela não adoção (SHELDON, 2008, p. 15).

A possibilidade de uma norma *soft* produzir efeitos mesmo sem ser jurídica, já modifica o padrão de regulação jurídica e já impõe a teoria jurídica a necessidade de pensar em formas de estimular a conduta dos agentes mesmo sem contar com a coerção como foco primordial para garantir a eficácia das normas. Antes de impor, as normas *soft* podem ser vistas como estruturas dialogadas que são mais eficazes por que podem ser reconhecidas.

As normas *soft* também podem padecer de déficit em relação a produção de seus efeitos. Esse fator também requer repensar as estruturas de fiscalização e persuasão. Se a sanção e um poder Judiciário centralizado não são ferramentas que podem ser utilizadas, quais outras podem auxiliar no aprimoramento da eficácia das normas *soft*? Essas normas são feitas com o intuito de produzir efeitos em rede de agentes internacionais e sociais, a melhor forma de tentar aprimorar a sua eficácia é por meio da ampliação da comunicação entres os agentes que fazem parte da rede, para que eles possam desenvolver mecanismos não coercitivos para compelir que a conduta seja respeitada. Além dos atores que fazem parte da rede, também existem relações sociais que se sobrepõe e que possuem interesse na eficácia da norma *soft*.

4. 1. 3 Normas jurídicas criadas por estruturas privadas?

Foi dito que as normas *soft* poderiam ser vistas de três maneiras: normas de baixa densidade; normas produzidas, mas reconhecidas como não vinculatórias e normas produzidas por atores privados. A primeira opção ainda se encaixa no padrão de fontes reconhecido pelo Art. 38 do ECIJ. Já as normas produzidas, mas reconhecidas não

vinculantes para as partes, receber o qualificativo de jurídicas pode ser contraditório, mesmo que produzam efeitos sociais para os que adotam esses padrões. O desafio são as normas produzidas pelos atores privados. A última hipótese, normas privadas, representa uma situação totalmente fora de cogitação para o reconhecimento como jurídica, haja vista correlação entre direito e Estado como único centro produtor de normas jurídicas.

ONGs e multinacionais passam a participar de modo cada vez mais constante. Uma das formas de atuação desses dois atores é por meio da produção de normas. Essa produção normativa pode ser classificada como *soft law*, já que não são normas obrigatórias, pois não são feitas pelos procedimentos reconhecidos para a produção de normas jurídicas. A problemática surge na medida em que a norma *soft* é aplicada e respeitada, enquanto a *hard* é alvo de esquiva e se torna ineficiente.

A questão envolvendo o desenvolvimento dessas novas estruturas normativas está relacionada aos reflexos da globalização relativamente à emancipação de determinados setores sociais aos limites territoriais a que o Estado está confinado. Teubner ressalta que algumas áreas jurídicas conseguem apresentar indícios de emancipação funcional do Estado, como a *lex mercatoria*, Direito do Trabalho, padronização técnica, direitos humanos, proteção ambiental e *lex sportiva* (2003, p. 10 – 11). O autor também ressalta outros campos temáticos, como ciência, cultura, técnica, saúde, previdência social, transporte, militares, mídia e turismo, que passam a atuar globalmente (2003, p. 13).

A relação social desenvolvida na dinâmica de cada um desses sistemas possibilita a produção de suas normas, não o centro do sistema jurídico que era o Estado. As novas relações jurídicas passam a ser desenvolvidas: “a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais.” (TEUBNER, 2003, p. 14).

Essa estrutura de regulamentação tem uma faceta de rede, com o intuito de que a conduta de seus membros e demais estrutura coligadas venham a ser vinculadas pelas normas produzidas. Os atores privados passam a atuar no âmbito temático e a regulação deixa de ter um caráter territorial. Além disso, a demanda regulatória deixa de ser feita exclusivamente pelas estruturas políticas formais (VARELLA, 2013, p. 240 – 241). A correlação entre espaço jurídico e espaço social, consolidada com o Estado-nação é rompida com a globalização. Varella apresenta a origem e alguns exemplos dessas normas privadas:

Redes de atores privados criam regras próprias de conduta e mecanismos específicos de sanção contra aqueles que infringem tais regras. Algumas ganharam densidade e importância, como *lex mercatoria*, *lex eletronica*, *lex desportiva*, *lex financeira*, entre tantas outras. Atualmente, conjuntos normativos como direitos humanos ganham uma lógica própria que não apenas age de forma relativamente independente dos atores estatais, mas em muitos casos cresce a partir de uma dinâmica contra os Estados. (2013, p. 242).

As considerações sobre a *lex mercatoria* partem dessa premissa. A *lex eletronica*, *lex desportiva*, *lex financeira* também estão inseridas na mesma lógica de emancipação territorial. A estrutura organizacional desses temas consegue se desvencilhar do Estado e regulamentar de forma direta suas atividades, em uma estrutura que vai além da feitura de normas, abrangendo também tribunais para a garantia de que suas normas sejam devidamente observadas.

A racionalidade que orienta a atuação desses subsistemas é feita pela interação entre das principais partes afetadas e que trabalham de modo mais recorrente com o tema. Essas estruturas normativas são produzidas pelos atores que trabalham com elas. Mesmo que os sujeitos clássicos (Estados e organizações internacionais) possam participar, eles não são superiores aos demais agentes (VARELLA, 2013, p. 246). O foco regulatório, vale destacar, deixa de ser territorial e passa a ser temático, deixa de ser só hierarquizado e passa a ser verticalizado.

Fabrizio Cafaggi chama esse processo de *Transnational Private Regulation*¹⁰³(TPR). É um campo temático que abrange estruturas regulatórias atuantes áreas diversas. Temas como segurança de produtos, serviços financeiros, propriedade intelectual, florestas, proteção de dados, aviação civil, comércio eletrônico, práticas anticorrupção e lavagem de dinheiro e outros são regulados por estruturas privadas. O TPR complementa, suplementa e antecipa a regulação pública. Essas estruturas privadas são voluntárias e, em regra, produzem padrões normativos até mais rígidos do que os produzidos pelos Estados (2015, p. 2).

A expansão dos regimes privados de regulação também possui a marca da não homogeneidade entre os diversos campos regulatórios e distintos níveis de institucionalização. Isso significa que os campos não possuem necessariamente o mesmo nível de eficácia nos seus terrenos temáticos. Alguns podem ser mais eficazes do que outros. Além disso, essas estruturas também podem ser feitas de forma híbrida por

¹⁰³ O autor traz um conceito de *Transnational Private Regimes*: “a new body of rules, practices, and processes, created primarily by private actors, firms, NGOs, independent experts like technical standard setters and epistemic communities, either exercising autonomous regulatory power or implementing delegated power, conferred by international law or by national legislation.” (2011, p. 20 – 21)

estruturas públicas e privadas. A complexidade das estruturas também se mostra na possibilidade da diferença entre os sujeitos (ONGs e empresários) e até mesmo nas próprias entre as ONGs e empresas distintas. Essa divergência ocorre pelo fato de existirem ONGs com várias mentalidades (CAFAGGI, 2012, p. 3 – 4).

Fabrizio Cafaggi inventaria quatro maneiras específicas de regulação privada. A primeira ocorre pelo modelo de autorregulação, em que os atores diretamente envolvidos criam as normas para limitar a conduta. A segunda hipótese é a regulação por parte de atores externos (ainda privados), que criam normas para regulamentar determinada área temática e que os atores atuantes nesse campo são pressionados pelo mercado ou pela sociedade à adoção desses padrões. O terceiro exemplo ocorre quando os envolvidos na conduta e atores externos regulamentam a ação e passam a trabalhar de modo conjunto na criação das normas, como no caso do *The Forest Stewardship Council* (FSC) que conta com ONGs e empresas na produção de seus dispositivos¹⁰⁴. A quarta possibilidade de regulamentação ocorre por parte de estruturas privadas, reconhecidas pela sua expertise técnica e científica, como a ISO (2012, p. 12 – 13).

A origem desses regimes privados pode advir de três situações: (i) eles são criados de forma espontânea; (ii) sua criação ou a definição de sua agenda é influenciada por alguma dimensão pública; (iii) são criados por específica delegação por parte de reguladores públicos (CAFAGGI; RENDA, 2014, p. 47).

Para Cafaggi, os motivos que levam à feitura desses regimes têm origem na deficiência dos Estados como reguladores globais, em um contexto que remonta ao início do século XX, fortalecido na segunda metade desse século e intensificado ainda mais nos últimos 25 anos¹⁰⁵ (2011, p. 23). O autor arrola sete motivos específicos que impulsionaram o papel de estruturas privadas no âmbito mundial. Tais motivos são: (i) necessidade de harmonização nas legislações; (ii) fraqueza dos Estados como legisladores no âmbito global; (iii) insuficiência do Estado no monitoramento; (iv) as dificuldades do Direito Internacional diante do novo cenário social; (v) avanços tecnológicos; (vi) padrões técnicos; (vii) governança de efeitos distributivos (2011, p. 25 – 30).

¹⁰⁴ O modelo que tem reguladores e os regulados, para Fabrizio Cafaggi, tem o potencial de aprimorar a cooperação entre as esferas, reduzir conflitos e aumentar a legitimidade das normas produzidas, uma vez que recebem o conhecimento e a visão dos dois lados sobre o tema regulado (2012, p. 12).

¹⁰⁵ Esses lapsos destacados por Cafaggi guardam correspondência com os momentos de reformulação da sociedade internacional, Primeira e Segunda Guerra Mundial, apogeu do constitucionalismo e crise do Estado-nação.

Esses motivos levam ao desenvolvimento de estruturas privadas. O primeiro ponto (harmonização) advém da diversidade normativa existente. É possível que uma determinada situação possa estar submetida a diversas regulações nacionais, o que acarreta dificuldades em reconhecer a legislação aplicável. O segundo, terceiro e quarto pontos estão correlacionados ao insuficiente papel do Estado e do Direito Internacional para coordenar os novos problemas globais. A globalização traz desafios que as antigas teorias não conseguem responder adequadamente. Os pontos cinco e seis estão relacionadas as novas relações tecnológicas, que tornam a comunicação mais rápida (facilitando a integração social). Além disso, os padrões técnicos em determinadas áreas minoram a possibilidade de apreciação política nesses campos. A evolução científica faz com o aspecto técnico possa até mesmo se sobrepor ao político. O último ponto está relacionado a dissipação dos custos na produção e fiscalização das normas. Os entes privados são compelidos a se organizarem para que os custos que determinados problemas possuem para serem resolvidos sejam diluídos¹⁰⁶. Ante a necessidade de um padrão técnico, ou uma estrutura para resolução de conflitos é mais adequado que todos paguem um pouco para que essa estrutura exista e possa ajudar na resolução dos problemas (CAFAGGI, 2011, 25 – 30).

As redes de regulação privada representam a própria pulverização social que ocorre em diversos temas e ambições da sociedade. A sociedade global possibilita que questões temáticas antes limitadas territorialmente possam se emancipar e buscar a confluência de racionalidades no âmbito global. Os diversos subsistemas nacionais temáticos passam a interagir e se fundem diante da convergência temática que há entre eles. Padrões sobre construção civil, internet, Medicina, futebol, dentre outros campos, não devem ser diferentes por estarem relacionados a um ou a outro país. Essas são áreas que possuem potencial de integração cosmopolita e passam a regulamentar suas normas e procedimentos.

Cafaggi e Renda trazem diversas áreas em que a regulação privada atua e também destacam alguns pontos que advogam em prol da regulação privada. Atualmente, há cerca de 300 códigos industriais ou de produtos; mais de 3000 empresas globais divulgam de forma regular relatórios sobre questões sociais e ambientais do seu processo

¹⁰⁶ A governança de efeitos distributivos tem como ideia a noção que é mais eficiente para as estruturas regulatórias e fiscalizatórias que esse processo seja dissipado entre diversas estruturas. Antes de ser centralizado na mão de poucos órgãos, mas sim garantir que o maior número possíveis de agentes na sua fiscalização.

produtivo. Várias dessas empresas possuem os próprios códigos corporativos ou adotaram outros privados. Os autores também ressaltam o número de empresas filiadas ao *Global Compact* da ONU e as mais de 2.300 empresas que endossaram a Carta do Comércio para o Desenvolvimento Sustentável da Câmara Internacional do Comércio. O número de empresas certificadas pelo ISO 14001, cerca de 70 das grandes instituições financeiras globais são signatárias dos Princípios das Nações Unidas para o Investimento Responsável, que representa um capital total de U\$ 4,5 trilhões. Os milhões de certificados que representam bilhões em vendas anuais em produtos como café, chá, chocolate, açúcar e frutas, que são concedidos por *Fairtrade*, *Rainforest Alliance* ou *UTZ Certified*. Além disso, 20 mil produtos foram certificados *Marine Stewardship Council*. 180 milhões de hectares certificados pela *Forest Stewardship Council* (FSC). Grandes empresas, como o McDonalds, que se comprometeu a só comprar peixes certificados para os seus 14 mil restaurantes nos EUA. A FSC tem 20 mil empresas, incluindo gigantes do mercado como Kimberly-Clark e Office Dep associada e que buscam observar os padrões normativos produzidos. A empresa Hershey também se comprometeu a certificar toda a sua cadeia produtiva de cacau nos próximos anos, colaborando na busca de garantir que 30% da produção no Mundo sejam certificados até 2020. O último ponto destacado pelos autores foi o fato de que nos jogos olímpicos de Londres, em 2012, todo o chá, café, açúcar e bananas eram produtos certificados (2014, p. 7 – 8).

Cafaggi e Renda também trazem os resultados de algumas experiências regulatórias privadas. O relatório de impacto da *Marine Stewardship Council* afirma que os ecossistemas marinhos nas áreas certificadas melhoraram em comparação às áreas não certificadas. A extração de cacau em países certificados como Gana e Costa do Marfim melhorou em até 90% após as certificações. O rendimento de cafeicultores colombianos certificados chega a ser 87% maior dos não certificados. A certificação *Fairtrade* está relacionada a melhores condições de trabalho e à possibilidade de planejamento futuro para os trabalhadores. A ONG *GoodWeave* reduziu o número de crianças trabalhando nos teares de tapete de um milhão para 250 mil crianças (2014, p. 8).

Os exemplos analisados por Cafaggi e Renda estão inseridos em uma complexidade que pode envolver situações de autorregulamentação por parte dos atores privados e outros casos em que há maior envolvimento por parte de estruturas governamentais, casos de corregulamentação. A questão que reside nessas formas de regulamentação é uma maior proeminência para as estruturas privadas, seja na feitura, implementação ou monitoramento. Os autores apresentam cinco requisitos para eventual

definição de uma estrutura como pertencente a um regime privado: “(1) the nature and origin of the scheme; (2) the definition of regulated and their status vis-à-vis the organization; (3) its beneficiaries; (4) its level of contestability; and (5) the regulatory functions it performs and the regulatory objectives it pursues.” (2014, p. 16 – 17).

Ao definir os critérios para identificar os regimes regulatórios, tendo alguma feição de maior relevo feita por estruturas privadas, os autores exemplificam estruturas que podem ser inseridas em suas premissas. Ao todo, são 26 estruturas que possuem uma feição privada e que atual globalmente com normas e estruturas de fiscalização (2014, p. 17 – 47).

Cada uma dessas organizações busca atuar em um determinado campo temático e influir para que os agentes se portem de acordo com a sua orientação normativa. A EFRD busca promover o consumo de moderado de álcool. A IFBA desenvolve padrões para o consumo de bebida (não alcoólicas) e alimentos que possam levar a uma vida mais saudável e uma dieta balanceada. Os princípios do Equador constituem um quadro normativo, desenvolvido para grandes instituições financeiras, que visa a minorar, determinar e avaliar os riscos ambientais e sociais de grandes projetos. O GRI atua na promoção de valores econômicos, ambientais e que visem à sustentabilidade social, sendo um dos *standards* adotado por mais de quatro mil empresas de vários setores e em 60 países. *The International Social and Environmental Accreditation and Labeling Alliance* funciona como *standards* para *standards*, com o objetivo de aprimorar a eficácia dos *standards* que são feitos para garantir eles tenham um melhor impacto, definindo padrões de credibilidade e que eles sejam de fato sejam eficazes.

O arrolamento dessas estruturas tem por intuito demonstrar a complexidade e a diversidade de estruturas privadas. Todas essas organizações trazem maior pressão política nos respectivos campos de atuação e que o processo de regulação seja influenciado pelas suas pesquisas e contribuições. Os Estados e organizações internacionais convivem com essas estruturas diante do compartilhamento de interesse em determinados temas e a regulação passa a ter normas privadas e as públicas são influenciadas também pela contribuição que os atores privados podem trazer.

É interessante ter em mente a noção de que o arrolamento dessas instituições não chega nem perto de cobrir o que de fato a sociedade desenvolve e das estruturas que atuam ao redor dos mais variados temas. A sociedade possibilita que as pessoas se organizem em torno de determinados temas e objetivos. Com essa união, eles passam a rente às estruturas formais para alcançar êxito nas suas áreas. Essas estruturas nem

visíveis, fazem parte de realidades particulares, por vezes não analisadas do ponto de vista macrossocial. Elas são protuberantes, mas podem ser vistas como mecanismos autolimpantes da sociedade; “anticorpos” que a liberdade social possibilita no combate às mazelas sociais e a determinados problemas da sociedade.

Algumas dessas estruturas são de tal refinadas que conseguem o fechamento operativo de suas operações, com o desenvolvimento de normas e procedimentos para julgar a validade das condutas dos atores que fazem parte do seu campo temático. No caso da *lex mercatoria*, os tribunais arbitrais desempenham essa função. No âmbito da *lex digitalis* a função é realizada pelo *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN), estruturas privadas que atuam sem um tratado internacional para lhe dar suporte (HOLMES, 2014, p. 1142).

A regulamentação por parte dos particulares obtém sua legitimidade não pela observância dos procedimentos previstos para que elas possam ser consideradas normas jurídicas, mas outra faceta de legitimidade, como a expertise no manejo temático. Essas estruturas privadas podem ter uma dimensão regulatória, mesmo sem possuir formalmente tal poder (HOLMES, 2014, p. 1147).

A sociedade mundial passa por uma fragmentação nas estruturas políticas entre diversos subsistemas que diluíram o centralismo do Estado, outrora centro propulsor, de intermediação e necessário de todos os subsistemas. As novas estruturas regulatórias privadas que emergem na sociedade mundial são reflexos dessa diluição do poder, da constante diferenciação funcional que passa a atuar na esfera global. As estruturas de regulamentação privada, então, refletem,

[...] uma nova forma de acoplamento entre poder e direito, que não mais se dá em termos político-constitucionais fundados em ordens democráticas e procedimentos políticos inclusivos. Em lugar disso, ganha importância a emergência de ordens privadas e arranjos autorregulatórios baseados no surgimento de mecanismos alternativos de resolução de conflitos tais quais a arbitragem. (HOLMES, 2014, p. 1148).

A efetividade de suas decisões chega às diversas localidades da rede de relações de que elas fazem parte. Mesmo que um determinado país se porte de forma contrária à decisão, a efetividade nos demais âmbitos da rede de regulamentação faz que a insatisfação pontual não tenha condições de obliterar a efetividade geral da ordem. A insurgência do Estado em relação à decisão, em vez de representar um problema geral para a ordem, pode trazer consequências danosas para esse Estado.

Eventual desrespeito à decisão de uma Federação Esportiva Mundial, por exemplo, pode fazer que a federação nacional seja descredenciada e os atletas atrelados a essa federação não possam participar de nenhum outro evento mundial organizado pela Federação. A FIFA no Art. 15, “1” do seu estatuto traz normas que disciplinam as hipóteses de expulsão de uma confederação associada, no caso: (i) não pagamento das obrigações financeiras rente a FIFA; (ii) violação séria ao estatuto, regulações ou decisões da FIFA; (iii) se a associação perder o status de representante no futebol nacional no país¹⁰⁷. Outras federações esportivas internacionais também trazem dispositivos semelhantes nas suas *constituições*¹⁰⁸, como a Federação Internacional de Natação (FINA)¹⁰⁹ e a Associação Internacional das Federações Atléticas (IAAF)¹¹⁰.

O questionamento que surge é como compatibilizar essas normas, em razão do seu inquestionável impacto na estrutura social, com as normas e a teoria consolidada criadas para dizer quais são as normas jurídicas e as fontes do Direito Internacional, no caso, o Art. 38 do ECIJ. Varella afirma que rechaçar de pronto o seu reconhecimento como fonte para o Direito Internacional seria o mesmo que alçar o referido artigo a um dogma, como uma “Bíblia sagrada” para o Direito Internacional e não levar em consideração as relevantes mudanças que ocorreram nos últimos oitenta anos (2013, p. 356). Antes de trazer respostas fechadas, essas situações, devem ser um convite à reflexão, de como as relações sociais e jurídicas se estruturam globalmente.

As normas que passam a regular as relações jurídicas no âmbito mundial são fruto tanto das tradicionais formas de regulação internacional, mas, além dessas, outros

¹⁰⁷Disponível em:

http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/58/14/48/2015fifastatutesen_neutral.pdf
Acessado em: 10 de agosto de 2015.

¹⁰⁸ O termo Constituição é utilizado pelas duas federações para fazer menção ao seu corpo normativo. É interessante ter em mente em que medida o uso por essas instituições privadas pode entrar em choque com o uso histórico e consolidado sobre do termo Constituição. Marcelo Neves, por exemplo, se mantém refratário ao uso inflacionário do termo constituição, nas palavras do autor: “Afasto-me dessa tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea. Partindo da sólida noção de que a Constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica [...]” (2014, p. 205).

¹⁰⁹ A previsão na *Constituição* da FINA está no seu Art. 12.1 que afirma que são suscetíveis de punição: que prevê seis sanções: “*Any Member, member of a Member, or individual member of a Member may be sanctioned*”. As penas previstas no âmbito da FINA são: (i) aviso; (ii) multa; (iii) suspensão; (iv) expulsão; (v) cancelamento dos resultados; (vi) retorno de prêmios, medalhas. A *constituição* da FINA traz no seu Art. 12.4 que as decisões impostas a um competidor, uma pessoa, ou a um membro, esta decisão deve ser reconhecida por todos os demais membros. Disponível em:
http://www.fina.org/H2O/docs/rules/2015/FINA_constitution.pdf Acessado em: 10 de agosto de 2015.

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.iaaf.org/about-iaaf/documents/constitution#iaaf-constitution> Acessado em: 10 de agosto de 2015.

tipos de regulação passam a ser cada vez mais constantes, como as normas conhecidas como *soft*. As normas jurídicas passam por uma expansão temática e contam com uma variedade nas formas de regulação.

Um dos pontos que deve ficar de mais patente é a ausência de um centro propulsor único para a produção de normas. Esse desenvolvimento não possui um centro que comanda as atividades regulatórias, mas se forma como um caráter multicêntrico, mais adequado de ser visualizado como uma rede, onde os diversos nós tentam regulamentar a sua respectiva área de atuação.

As normas se multiplicam, seja por parte dos sujeitos clássicos, ou por parte dos atores que passam a produzir as normas privadas. Se o problema inicial no âmbito internacional era a escassez normativa, a atual configuração possui um número cada vez maior de normas que modificam o Direito. A dificuldade deixa de ser a ausência de normas, mas passa a ser o que é direito, coerência, unidade e fragmentação

Além da questão normativa, a outra dimensão do processo de expansão das estruturas jurídicas mundiais é a proliferação de estruturas que exercem funções jurisdicionais ou quase-jurisdicionais. As normas, por si, não garantem a efetividade de suas disposições. A maior densidade social mundial requer, além de normas, estruturas jurídicas que possam desempenhar o papel de resolução de conflitos que podem emergir na engarrafada e atribulada diversidade normativa.

4. 1. 4 O fortalecimento do Judiciário internacional e a internacionalização do Judiciário nacional

A ampliação das estruturas normativas não é necessariamente o fim dos problemas jurídicos envolvendo as relações sociais. Na medida em que existem mais normas disponíveis, o foco das discussões jurídicas passa a ser sobre fiscalização e resolução de litígios que possam advir. A ampliação do número de cortes é um fenômeno correlato à expansão das relações sociais e normativa.

Ao discorrer sobre a expansão na densidade normativa, em alguns momentos, foram feitas menções a órgãos jurisdicionais que servem como reforço as normas que são produzidas e que juridificam o cenário mundial. A relação entre normas e tribunais tem uma ligação forte de caráter para que o Direito possa atuar de modo mais autônomo e eficaz nas relações jurídicas que visa a regulamentar.

Mesmo que a criação de normas tenha ocorrido de modo intenso, sua confecção não é isenta de obstáculos, ante a não inclinação dos Estados em limitarem sua soberania. Criar uma corte, delegar funções de fiscalização e possibilitar a aplicação de sanção ou medidas outras de caráter sancionatório representam custos ainda mais elevados para os Estados que não querem ver sua soberania limitada.

O papel do Judiciário pode ser analisado de duas perspectivas: (i) uma análise descritiva da proliferação de estruturas que desempenham funções jurisdicionais; (ii) maior interação entre as estruturas nacionais e internacionais. Esses dois pontos estão inseridos na “juridificação” mundial e modificam como o Judiciário nacional decide e analisa as questões jurídicas.

Esses dois eventos dão origem à possibilidade de conflitos entre as decisões dos tribunais, mas também possibilitam a interação, a comunicação e a acomodação entre as decisões judiciais. Eles serão analisados separadamente, mas fazem parte do contexto de “juridificação” do Direito mundial.

4. 1. 4. 1. A ampliação no número de cortes e tribunais internacionais

Mesmo com reticência dos Estados em ampliar o número de cortes e tribunais, Karen J. Alter apresenta uma tabela com o total de 25 cortes permanentes, que podem receber alguma reclamação judicial, em um campo temático que abrange questões econômicas, direitos humanos, criminais e cortes que cumulam competências gerais com as competências específicas. Além da tabela, a autora exprime também dados sobre a obrigatoriedade da jurisdição delas e o avanço no número de decisões. Cada um desses pontos é de grande relevo para ter uma visão geral sobre a expansão da jurisdição (2013, p. 347 – 348). Do ponto de vista temático, 17 tratam sobre questões econômicas¹¹¹, cinco

¹¹¹ 4 Cortes na Europa: European Court of Justice (1952) Benelux court (1974) Economic Court of the Common Wealth of Independent States (ECCIS) (1993); European Free Trade Area Court (1992); 4 na América Latina: Andean Tribunal of Justice (ATJ) (1984) Central American Court of Justice (CACJ) (1992) Caribbean Court of Justice (CCJ) (2001) Southern Common Market (MERCUSOR) (2004); 4 Cortes na África: West African Economic and Monetary Union (WAEMU) (1995); Common Court of Justice and Arbitration for the Organization for the Harmonization of Corporate Law in Africa (OHADA) (1997); Court of Justice for the Common Market of Eastern and Southern Africa (COMESA) (1998); Central African Monetary Community (CEMAC) (2000); Court of Justice of the East African Community (EACJ) (2001); Economic Community of West African States Court of Justice (ECOWAS CCJ) (2001) Southern African Development Community (SADC) (2005); 1 na Ásia: Association of Southeast Asian States (ASEAN) (2004) e 1 de competência universal: World Trade Organization Appellate Body (1994). (ALTER, 2013, p. 347)

direitos humanos¹¹², três acerca de questões criminais¹¹³. Ainda na questão temática, nove cortes acumulam o tema específico com jurisdição geral. No âmbito regional, a divisão se mostra com seis na Europa (três sobre questões comerciais; um sobre direitos humanos; um criminal e um com competência geral), cinco para a América Latina (quatro sobre questões econômicas e um sobre Direitos Humanos), nove para a África (sete sobre questões econômicas, um sobre Direitos Humanos e um sobre questões criminais), um para a Ásia sobre questões econômicas e quatro de cunho universal. Eis as que possuem jurisdição universal são: a Corte Internacional de Justiça (1945), a Organização Mundial do Comércio (1994), Tribunal Internacional do Mar (1996) e o Tribunal Penal Internacional (2002) (ALTER, 2013, p. 348).

Alter divide as Cortes em *old style* e *new style*, não do ponto de vista necessariamente cronológico, mas em relação ao caráter compulsório da jurisdição e abertura a outras estruturas além dos Estados. As *old style* são as cortes cuja jurisdição é voluntária, depende do Estado acatar ou não. Enquanto as *new style* são as cortes que já possuem alguma jurisdição obrigatória e que permitem atores não estatais possam dar início aos processos. Mais uma vez a autora apresenta alguns dados: das 25 cortes, 21 (84%) possuem alguma jurisdição obrigatória; 13 (52%) permitem que o processo seja iniciado por atores internacionais institucionais; 16 (64%) permitem o início do processo por parte de não estatais (2013, p. 348).

As novas cortes refletem a expansão da função jurídica confiada ao Direito Internacional. Não seria possível que o Direito efetuasse suas funções de forma adequada se o manejo judicial ainda fosse adstrito às estruturas confeccionadas quando as normas e os assuntos eram mais limitados e as situações de conflitos eram de menor monta. A ampliação do acesso a atores privados tem por intuito superar problemas no início da atividade do tribunal. Os Estados, por exemplo, não se sentem motivados a iniciar um processo, pois são reticentes que outros Estados possam retaliar analisando os seus problemas internos e levá-los ao tribunal. Estruturas com função de procuradorias ou comissões já possuem mais autonomia, mas também podem passar por pressão política e deixar de perseguir determinados casos. Já os atores privados, como são mais numerosos

¹¹² 1 na Europa: European Court of Human Rights (1958); 1 na América Latina: Inter-American Court of Human Rights (1979); 3 na África: Inter-American Court of Human Rights (1979) ECOWAS CCJ (2005); Southern African Development Community can hear national appeals that can involve human right issues. (ALTER, 2013, p. 347)

¹¹³ 1 na Europa: International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) (1993); 1 na África: International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) (1994); 1 uma de competência universal: International Criminal Court (2002). (ALTER, 2013, p. 347)

e não facilmente desestimulados a buscar seus objetivos, fazem com que as cortes tenham uma função mais ativa (ALTER, 2014, p. 5 – 7).

Outro dado interessante que é mostrado por Alter é a expansão na atuação das cortes. Até 2011 foram expedidas mais de 37 (trinta e sete) mil decisões judiciais. 88% foram decisões e opiniões proferidas após o final da Guerra Fria. A autora expressa que as cortes não conseguem ser tão ativadas e desempenhar um papel de grande relevo internacional, por qualquer problema que seja, não devem ser consideradas como totalmente sem importância. Os primeiros anos de uma corte internacional tende a ser de pouca atividade e elas só passam a ter um papel mais importante quando possuem uma dinâmica mais ativa. Esse primeiro momento de pouca atividade da corte ocorreu também com cortes que são ativas na atualidade, como Corte Europeia de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Essas cortes, nos primeiros 20 anos de atuação, processaram 558 (quinhentos e cinquenta e oito) e 22 (vinte e dois) casos, respectivamente (2013, p. 349).

Alter analisa o papel das Cortes Internacionais. Na atualidade, passa por um momento de reformulação mesmo sem um Estado Mundial ou sem mecanismos coercitivos para garantir a efetividade das suas sentenças. A autora critica a visão do Direito em termos austinianos, reconhecendo o papel das sentenças judiciais somente ante da possibilidade de serem reforçados pelo soberano ou pelo uso da força. O papel das cortes internacionais advém, especialmente, do fato de ser um terceiro imparcial que irá decidir as questões internacionais. Os ganhos com a criação de um terceiro imparcial, para Alter, podem ser vistos de modo mais clara quando analisam os problemas que surgem na ausência de uma corte. A ausência de uma corte permite que a parte interprete unilateralmente as normas. Delegar a função interpretativa unicamente para a parte pode ter o risco que essa seja feita sempre da forma que será mais conveniente para si. Não é adequado deixar a fiscalização para a estrutura que é fiscalizada, uma vez que esse processo poderá ser muito parcial. A delegação a um terceiro faz com que a interpretação possa vir a ser uniformizada e traga mais segurança para as partes (2014, p. 8 – 9).

Assim como há um processo de maior criatividade na elaboração de normas, com a inovação do *soft law*, o processo de judicialização das relações internacionais passa por mudanças com o desenvolvimento de estruturas não judiciais no sentido estrito, mas desempenham funções que se assemelham a estruturas judiciais. Essas estruturas são chamadas de *quase-judiciais*.

No contexto da análise sobre a ampliação das cortes no âmbito internacional, um dos mais completos exames é feito por Cesare Romano. O autor empreende uma análise profunda sobre a taxonomia das estruturas judiciais disponíveis. O intuito do autor é atualizar uma análise que realizou em 1998, bem como os critérios utilizados para a confecção de um quadro sinótico para o projeto sobre cortes e tribunais internacionais. Referido projeto catalogou um total de 125 estruturas entre judiciais, quase-judiciais, com funções de implementação, controle ou algum corpo de solução de controvérsias¹¹⁴, ante o dinamismo do lapso e das novas alterações sociais (2011, p. 241).

A ideia de taxonomia desenvolvida em Romano tem o rigor analítico de organizar as estruturas jurisdicionais de forma cuidadosa, com critérios que vão do geral ao específico. Ao todo são sete critérios utilizados por ele: domínio (Organizações Governamentais Internacionais); reino (Procedimentos e estrutura baseada nas regras internacionais); classe (obrigatório e não obrigatório); ordem; família; gênero e subgênero das estruturas judiciais (2011, p. 245 – 246).

Romano justifica a escolha do domínio como as organizações governamentais internacionais com o intuito de delimitar o campo temático, tendo em vista que a escolha de um domínio mais abrangente traria outras estruturas para o âmbito classificatório, como organizações não governamentais, com o intuito lucrativo ou sem esse propósito. Os critérios que definem esse domínio são três: (i) associações de Estados ou de organizações internacionais; (ii) criadas por tratados ou outro instrumento hábil de cunho internacional; (iii) capazes de atuar e ter vontade distinta da vontade dos seus criadores. O segundo critério tem um caráter mais abrangente para englobar também resoluções do Conselho de Segurança, que criaram os tribunais Iugoslávia e Ruanda, e a Corte de Primeira Instância Europeia, criada por uma decisão do Conselho de Ministros. O critério mais importante para Romano é a autonomia das estruturas, fator decisivo para desempenhar a função jurisdicional (2011, p. 249 – 250).

A divisão “reino”, que contém essa classificação sobre procedimentos e estruturas vinculadas a *rule of law* internacional possui três critérios: (i) aplicação de normas jurídicas internacionais; (ii) atuam com base em procedimentos pré-determinados; (iii) ao menos uma das partes é um Estado ou uma Organização internacional. O primeiro engloba funções de monitoramento e resolução de conflitos, utilizando especialmente normas internacionais, mesmo que sejam possíveis estruturas

¹¹⁴ Disponível em: http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf Acessado em 16 de agosto de 2015.

híbridas, como o Tribunal de Serra Leoa. O segundo critério tem por objetivo garantir que os órgãos que venham adentrar essa classificação estejam vinculados de forma prévia a normas e procedimentos jurídicos internacionais. Romano lembra que algumas estruturas podem exercer função com caráter decisório, mas que não se encontram vinculados a procedimentos específicos, como o Conselho de Segurança e Assembleia da União Africana. Já o terceiro critério, objetiva ressaltar o caráter internacional da estrutura decisória. O autor não nega a importância da Câmara de Comércio Internacional, da Câmara de Comércio de Londres e Estocolmo, mas como estes só tratam sobre questões entre particulares, não se harmonizam (2011, p. 251 – 253).

Romano faz uma análise dos reinos e traz duas classes distintas com a possibilidade de adjudicação. O reino pode ser dividido em: obrigatórias e não obrigatórias. O critério básico para a divisão entre as classes é se a decisão final é ou não vinculante para as partes (2011, p. 253).

As estruturas “não adjudicatórias” produzem relatórios e recomendações não obrigatórias, cabendo aos Estados aceitar ou não. A classe “não obrigatória” é dividida por Cesare em outras estruturas, e existem aproximadamente 75¹¹⁵ que desempenham essa função, divididas entre: (i) estruturas sobre direitos humanos; (ii) Revisão internacional, responsabilidade, fiscalização e mecanismos auditorias; (iii) mecanismos de cumprimento de acordos ambientais multilaterais. O primeiro critério possui subdivisões próprias que analisam desde o viés universal ou regional da estrutura. O segundo é dividido desde como os mecanismos de fiscalização são realizados, por meio de estruturas independentes, prestação de contas pelas estruturas internas e fiscalização ou auditoria internacional (2011, p. 255).

Os três pontos classificatórios em relação às estruturas ‘não obrigatórias’ possuem vários e órgãos que buscam maior conformidade com as normas internacionais. No âmbito dos Direitos Humanos, Romano lista 32 órgãos, espalhados em estruturas universais (16), regionais: Europa (8), América (3), África (2), Países Árabes (2), Ásia e Pacífico (1) (2011, p. 256 – 257). Nos instrumentos de fiscalização, Romano também faz uma listagem em três âmbitos: mecanismos de independente de fiscalização (7); Prestação de Contas e supervisão (8); Auditoria Internacional (3); Mecanismos de

¹¹⁵ O número total de cortes, na classificação de Romano chega é muito grande, em virtude disso, não seria interessante catalogar todas as que são mencionadas por Romano. Mas o acesso é fácil no site que traz esse catálogo. Disponível em: http://www.pict-pecti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf
Acessado em: 16 de agosto de 2015.

cumprimento de acordos ambientais multilaterais (18) (2011, p. 256 – 261). O autor afirma que o número é de 75, mas a soma das estruturas que arroladas chega ao número específico de 68.

Esses mecanismos de cunho “não obrigatório” atuam de forma similar às normas de *soft law*. Eles não são obrigatórios, mas tentam persuadir as partes desde mecanismos *soft* de aplicação de seus preceitos. Os vários órgãos, nos distintos contextos geográficos e temáticos, vão possuir variados níveis de persuasão para os agentes internacionais. Decisões por parte de tribunais comerciais como a OMC são mais efetivas do que outros tribunais, que não possuem o mesmo nível de institucionalização; entretanto, assim como as estruturas de *soft law*, as decisões desses órgãos podem ganhar mais força e mais legitimidade na medida em que passam a atuar de modo mais constante. A comunidade internacional pressiona os Estados para que esses mecanismos sejam reconhecidos e suas decisões possam balizar a atuação dos Estados, a fim de que eles tenham uma conduta mais adequada internacionalmente.

A classe “estruturas obrigatórias” é dividida em três ordens específica: (i) cortes e tribunais; (ii) arbitragem; (iii) estruturas de reivindicação e compensação internacional. O primeiro grupo possui uma diversidade de subdivisões, enquanto os outros dois grupos, que não possuem subdivisões, Romano apresenta a existência de 16 e três estruturas, respectivamente, neles (ROMANO, 2011, p. 263 – 264).

O grupo cortes e tribunais é subdividido em cinco famílias: (i) Tribunais Administrativos (16); (ii) Cortes de Direitos Humanos (3); (iii) Cortes Exclusiva para Estados (3); (iv) Cortes Regionais de Integração Política e Econômica (24); (v) Cortes Internacionais Criminais (11). Além de nove gêneros que esmiúçam as famílias. A soma das cortes na classe obrigatória chega ao total de 76 (ROMANO, 2011, p. 263 – 271).

A soma total de cortes de caráter não vinculante (68) com as que possuem algum caráter vinculante (76) chega a um total de 144 órgãos que desempenham função jurisdicional ou quase-jurisdicional em temas e regiões.

Os números visualizados da descrição de Romano são expressivos. Mesmo que o autor não tenha considerações sobre a efetividade desses tribunais, o processo de “juridificação” no Direito Internacional demonstra um fôlego que em outro momento não era sequer cogitado para o referido campo.

4. 1. 4. 2. O maior intercâmbio cognitivo entre os juízes nacionais e internacionais

Um aspecto faz que o papel das cortes tenha maior relevo internacional é que as decisões que vão sendo gradativamente proferidas servem como norte para os demais agentes internacionais na identificação sobre o comportamento e a interpretação das cortes diante de determinados temas. As decisões das cortes, aos poucos, criam uma jurisprudência internacional nos temas que passam a ser decididos de forma constante.

Esse aspecto de norte de decisão é analisado por Laurence R. Helfer e Erik Voeten. Os autores ressaltam que a obrigatoriedade da decisão de uma corte internacional é só para as partes do litígio. Isso quer dizer que, mesmo sendo parte do instrumento que criou a Corte Internacional, se o Estado não foi parte do processo específico, ele não pode ser vinculado pela decisão. Os autores fazem a ressalva de que, mesmo não sendo obrigatórias para os demais, as decisões da corte têm uma dimensão que busca ser *erga omnes*, ou seja, valer para todos. Os autores citam decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e da OMC que vão nesse sentido:

[...] ‘determinates issues on public-policy grounds in the common interest, thereby...extending human rights jurisprudence throughout the community of [European] Convention States’. [...] ‘the legal interpretation embodied in adopted panel and Appellate Body reports becomes part and parcel of the *acquis* of the WTO dispute settlement system ...Absent cogent reasons , an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case’. (2013, p. 78).

A ideia que a decisão será *erga omnes* tem como premissa o fato que as cortes, para situações similares, irá decidir da mesma forma com a qual já decidiu outros casos. Mesmo não sendo parte, se o Estado atua de forma contrária à decisão de uma corte, caso seja levado a julgamento, espera-se que ela mantenha a coerência e decida igualmente.

Mesmo que as decisões não sejam necessariamente obrigatórias para as partes, os autores identificam uma tendência de que os Estados busquem manter uma coerência entre a decisão da corte e suas políticas internas. Helfer e Voeten identificam três fatores que pressionam os demais Estados em razão do julgado: (i) possibilidade de futuros processos e possíveis condenações; (ii) a autoridade persuasiva do argumento desenvolvido pela corte; (iii) a possibilidade de influir na agenda de discussão (2013, p. 80 – 81).

Antes de analisar os três elementos que levam o Estado a modificar sua política interna, Helfer e Voeten apresentam três situações que a decisão em julgado mudou a posição de um Estado que não era parte do processo. O primeiro caso foi a modificação da política do Canadá de zero *dumping*, após a condenação dos EUA na OMC. O segundo caso foi a modificação das cortes da Argentina e da Colômbia, após a declaração de incompatibilidade da lei de autoanistia do Peru pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O último caso foi a modificação da postura da Alemanha, após um julgamento da Corte Internacional de Justiça, que ela não foi parte do julgado, mas mudou sua postura após a decisão da corte¹¹⁶ (2013, p. 81).

Além da protuberância numérica e do potencial argumentativo para expandir a força dos seus julgados, temas que carecem de maior interpretação ou que são obscuros, quando levados à discussão nas cortes são preenchidos e as dúvidas esclarecidas. Um exemplo que pode ser destacado é o caso da doutrina do *ex delicto non oritur actio*, que impossibilita atos ilegais receberem algum remédio legal para a sua resolução. Roger P. Alford exprime que esse conceito foi desenvolvido no painel de comissários da Comissão das Nações Unidas para Compensações Criminais. A questão foi desenvolvida no contexto do pedido de compensação por prejuízos comerciais durante a Guerra do Golfo, mas que ocorreram burlando o embargo comercial. A comissão decidiu que as atividades comerciais feitas após 6 de agosto de 1990 não eram mais compensáveis, porque violavam os termos do embargo econômico. (2000, p. 160 – 161).

As cortes ganham mais legitimidade e mais espaço na medida que conseguem atuar de modo mais constante. Elas passam a citar os próprios precedentes e são mais requisitadas para resolver questões jurídicas internacionais. Mesmo que sejam pouco requisitadas no início de suas atividades, a força que move as cortes é um processo mais constante de atuação e reconhecimento da sua valia para que as questões jurídicas sejam resolvidas de forma pacífica.

Alguns casos podem ajudar a visualizar a emergência de um processo de judicialização global e como estruturas jurídicas internacionais contribuem para certas situações. Os casos são: (i) Mendaro e o Banco Mundial, (ii) pesca de atum envolvendo

¹¹⁶ Os autores não chegaram a especificar em qual âmbito temático ou qual foi o julgado específico que fez a Alemanha mudar sua posição, eles afirmam somente: “and the German Federal Constitutional Court deferred to the International Court of Justice (ICJ’s) interpretation of a treaty that Germany had ratified, although the country was not a party to the case.” (2013, p. 81)

Nova Zelândia, Austrália e Japão; e (iii) um caso envolvendo a atuação do ICANN (BENEDETTI, 2008, CAROTTI; CONTICELLI, 2008, CAROTTI, 2008).

O primeiro trata sobre uma ex-funcionária do Banco Mundial que sofreu assédio sexual e buscou reparação em estruturas administrativas e judiciais dos Estados Unidos, após ser demitida em 1979. O caso se torna problemático ante a garantia de que as organizações internacionais possuem imunidade de jurisdição. Em virtude da imunidade, tanto o Órgão Administrativo como o Judiciário, inclusive em grau recursal, reconheceram a ausência de jurisdição para julgar o caso. Um detalhe no caso é a existência, desde 1980, de um Tribunal Administrativo do Banco Mundial. No dia 27 de dezembro de 1983, Mendaro preencheu uma reclamação nesse órgão. O Tribunal Administrativo reconheceu a competência para analisar o caso sobre assédio sexual. O contrato é a estrutura para a análise jurídica da relação entre o Banco e o funcionário. Mesmo não havendo previsão para esse tipo de situação, existem previsões implícitas na relação contratual. Além desse argumento, caso não reconhecesse a competência, os funcionários não teriam outro local para levar questões desse tipo. A segunda questão envolvendo o caso Mendaro era a tempestividade da demanda. Como os eventos haviam ocorrido antes de 1º de julho de 1980, o estatuto do Tribunal Administrativo previa, no Art. XVII, que as situações ocorridas após 1º de janeiro de 1979 deveriam ser preenchidas em até 90 dias após o Tribunal Administrativo entrar em vigor, sendo o prazo máximo 29 de setembro de 1980. Como a reclamação só havia sido preenchida em 1983, o Tribunal Administrativo arquivou a reclamação pelo fato de que não foi solicitada no tempo adequado (BENEDETTI, 2008, p. 141 – 143).

A origem dos tribunais administrativos, para Benedetti, advém da própria estruturação das organizações internacionais. Como estas são corpos jurídicos singulares, uma vez que são criadas e governadas com base nos próprios estatutos, elas precisam de mecanismos que possam servir como remédio efetivo contra posturas abusivas dos supervisores. Na medida em que a organização é imune à jurisdição de outros órgãos, somente com a criação de estruturas próprias é possível resolver queixas dos funcionários que sofreram alguma agressão (2008, p. 143 – 144).

O segundo caso envolve Nova Zelândia, Austrália e Japão. Os dois primeiros relataram uma violação por parte do Japão da Convenção para a Conservação do Atum *Bluefin* do Sul, que o Japão excedeu o total de pesca autorizado pela comissão para a conservação do atum. As negociações no bojo da convenção falharam e os dois países apresentaram a demanda a um tribunal arbitral no contexto da Convenção das Nações

Unidas sobre Direito do Mar. Antes da decisão ser proferida, os Estados apelaram para o Tribunal do Mar para requerer medidas cautelares. O problema passou a girar em torno de qual lei e qual estrutura de resolução de conflitos eram as competentes, a Convenção para a Conservação do Atum entre os três países ou se era a Convenção sobre Direito do Mar. A questão foi decidida de forma diferente entre o Tribunal, que reconheceu a competência da Convenção de Montego Bay e que a Convenção dos três países seria complementar, enquanto o Tribunal Arbitral reconheceu a especialidade da convenção para a preservação do atum como norma especial e declinou a sua competência (CAROTTI; CONTICELLI, 2008, p. 145 – 148).

O último caso é em relação ao papel do ICANN, uma agência privada, sem fins lucrativos, criada para supervisionar a regulação da internet e questões de propriedade intelectual na web. Um dos problemas enfrentados pelo ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) era em relação à natureza legal dos domínios e adequada relação com os direitos de marca. Diversos tribunais nacionais divergiam em relação as normas aplicáveis a esses conflitos em relação à internet. Essa diversidade levou o ICANN a criar um órgão único e global para a resolução de conflitos sobre essas questões *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP), baseado nas normas da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO). O intuito era evitar casos envolvendo *cybersquatting* que consiste em registrar um domínio com o nome de uma empresa com o intuito de usar a sua credibilidade ou caso de *domain grabbing* uma prática que visa a registrar o domínio de uma marca famosa com o intuito de vender posteriormente (CAROTTI, 2008, p. 154).

O caso analisado por Carotti nesse contexto envolve o registro do domínio www.barcelona.com por uma empresa de turismo estadunidense, Bcom. Inc., e o Município de Barcelona. O caso, ao ser levado a um painel da WIPO (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), reconheceu que a empresa dos EUA agia com má vontade em relação ao uso do *site* e que tinha interesse posterior em vender o domínio. Então, reconheceu que o domínio deveria ser transferido para a cidade de Barcelona. A empresa, insatisfeita com a decisão, entrou com uma ação judicial no Distrito de Virgínia, que inicialmente rejeitou a reclamação da empresa, mas a decisão foi revertida em sede de apelação (2008, p. 156).

Esses casos já demonstram maior dinâmica entre cortes internacionais, estruturas privadas e cortes nacionais. O caso envolvendo o Banco Mundial demonstra a atuação de cortes nacionais e um tribunal administrativo. O caso envolvendo a pesca de

atum denota a relação entre tribunais internacionais e regimes jurídicos internacionais. O último caso, envolvendo os domínios de internet, demonstra a interação desses regimes privados (ICANN) e o Judiciário nacional. No caso do Banco Mundial, por exemplo, um direito deixou de ser garantido porque não foram manejados os instrumentos adequados.

Além desses casos, outras situações delineadas também demonstram a maior densidade da atuação judicial, como no caso Mox Plant, no qual três estruturas jurisdicionais foram envolvidas. O caso envolvendo a extradição do ditador Pinochet, em que os Judiciários inglês e espanhol desempenharam papel importante.

Essas considerações demonstram que o papel das cortes internacionais está imerso em quadro de interação e complexidade que também abrange cortes privadas e cortes nacionais. Um dos preceitos básicos do Judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, e o próprio sentimento de resguardo pela sua jurisdição e regime jurídico, esses preceitos levam que os tribunais em poucas situações não se reconheçam como competente para o julgamento de algum caso apresentando. As questões internacionais e nacionais, na medida em que se confundem, criam zonas cinzentas entre as estruturas jurisdicionais. Isso faz com que cortes em variados níveis interagem em questões comuns.

Como exposto, o duplo processo de ampliação temática e normativa do Direito Internacional aproxima as matérias e normas internacionais e nacionais. Carl Baudenbacher acentua há similitude entre as questões discutidas internamente, as que são discutidas internacionalmente (em outros países e em fóruns internacionais). Questões como suicídio assistido, aborto, discurso de ódio, direitos dos homossexuais, proteção ambiental, privacidade, democracia, e problemas econômicos estão sendo postas em discussão em vários países e em instâncias internacionais também (2003, p. 506).

Esse estreitamento entre o nacional e o internacional leva os juízes nacionais, a enfrentarem situações envolvendo casos regulados no âmbito externo, sejam pressionados pela argumentação de outras cortes. Não somente as cortes internacionais podem ser levadas em consideração, mas também a argumentação da corte de outros países pode exercer um poder persuasivo. As discussões compartilhadas sobre cotas raciais, pena de morte e tratamento prisional são globalizadas quando os direitos humanos passam a ser uma matéria constante e as cortes nacionais de outros países também enfrentam esses temas.

As estruturas nacionais representam o primeiro momento de proteção e interpretação das normas jurídicas. Mesmo que as cortes internacionais exerçam papel cada vez mais proeminente, as primeiras cortes chamadas a discutir determinado caso são

as nacionais. A estrutura jurisdicional desenvolvida com uma corte no ápice do ordenamento leva que a supremas cortes tenham um papel importante na unificação e interpretação do Direito nacional e internacional. A importância dos juízes locais e o papel que as cortes internacionais possuem acarretam uma estrutura de interpretação jurídica multinível, onde o nacional e o internacional têm importância na discussão e interpretação dos casos levados as suas jurisdições.

A interação e o papel de relevo de cada uma dessas estruturas jurisdicionais (nacional e internacional), para Slaughter, dá origem a um processo que ela chama de *transnational litigation*, um conceito que abrange essas duas estruturas. O reconhecimento desse compartilhamento de assuntos leva a mudanças na forma como interagem e nos casos decididos. Os juízes nos vários níveis passam a se encontrar de forma cada vez mais constante em seminários e treinamentos e os juízes também passam a ler e citar a opinião dos outros. O resultado desse intercâmbio é que os juízes deixam de ver os outros como representantes de uma política particular e passam a vê-los como colegas de profissão com os quais podem aprender e cooperar. Além disso, Slaughter destaca dois fenômenos específicos que emergem dessa relação mais próxima entre os juízes: *cross fertilization* e uma relação de cooperação e conflito em casos transnacionais (2003, p. 192 – 193).

A comunhão de assuntos debatidos possibilita o contato argumentativo entre as cortes. Na ocorrência desse contato, é possível que suceda o fenômeno da fertilização cruzada em que a ideia básica é “a existência de um diálogo entre os juízes, que passam a se interessar, estudar e utilizar as interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais.” (VARELLA, 2013, p. 177). O diálogo entre os juízes é facilitado na medida em que a tecnologia possibilita o conhecimento da decisão dos outros países, das cortes internacionais, e que grupos de pressão política interna buscam argumentos estrangeiros que possam dar suporte as suas demandas. A sociedade pulverizada e fragmentada, em diversos grupos de interesses divergentes, busca um argumento sólido possa estar. Ao encontrar alguma argumentação de valor, esses grupos levam para discussão no âmbito interno legislativo ou até mesmo judicial.

O diálogo entre juízes, no âmbito da fertilização cruzada, exerce vários papéis na interação dos juízes. O primeiro deles é o refinamento argumentativo que a autoridade de outras decisões no Globo pode exercer sobre o tema discutido. O segundo ponto é a consolidação de diversas decisões sobre o mesmo tema que podem ser vistas como um compartilhamento de entendimento sobre o assunto. A terceira faceta do diálogo é que,

mesmo negando a validade ou adequação da decisão feita no estrangeiro, por motivos de cunho histórico, cultural ou político, destacando especificidades do seu país, isso ainda se mostra um diálogo, uma vez que a definição da sua identidade, a partir da negação da alteridade, pressupondo o diálogo para essa diferenciação. Um exemplo marcante de autoridade persuasiva apresentado por Slaughter foi a decisão da Suprema Corte da África do Sul sobre pena de morte, em que os juízes citaram as cortes dos EUA, Canadá, Alemanha, Índia, Hungria e Tanzânia (2003, p. 195).

Outra forma de diálogo internacional que ocorre entre juízes e é apresentado por Berman é a postura reflexiva dos juízes de evitar atuações que podem ser vistas como uma espécie de “imperialismo legal”, no sentido de impor as normas nacionais para as relações jurídicas de outro país. Berman ainda expõe a ressalva feita por Eric Posner no sentido que a atuação de um juiz estrangeiro em um determinado caso pode representar a não aplicação de uma legislação democraticamente desenvolvida. Aplicar normas as normas nacionais, determinando como as pessoas de um outro país devem conduzir suas vidas jurídicas, pode ser antidemocrático. A análise de Berman destaca que mesmo essa postura de não aplicar as normas nacionais para outros países já acarreta no juiz um papel cosmopolita. A atuação mais cuidadosa já representa reconhecimento da diversidade normativa e um papel mais dialogado (2004, p. 102).

O que possibilita a comunhão argumentativa entre os diversos países e entre os diversos níveis institucionais é a proximidade dos temas que são debatidos. Quando diferentes países ou diferentes cortes internacionais lidam com a mesma temática, os argumentos do caso podem ser utilizados em outros países e auxiliar na feitura da decisão. A relação entre as cortes se desenvolve a partir de um viés argumentativo, sem uma relação hierarquizada. Os juízes buscam o melhor argumento para o seu posicionamento possa prevalecer. Marcelo Neves descreve como as questões constitucionais se emanciparam territorialmente:

Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. (2009, p. 120)

Esse entrelaçamento entre os problemas constitucionais, de acordo com Neves, modifica a relação entre os tribunais na sociedade mundial. Se a corte suprema

exerce um papel central no âmbito do Estado-nação, na sociedade mundial, as cortes passam a ter uma relação de centro e periferia. As cortes nacionais tendem a ver sua organização e suas decisões como as centrais da organização jurídica, e as demais cortes nacionais e internacionais tendem também a ver as demais cortes como periferias da sua organização (2009, p. 117).

Slaughter analisa a postura dos juízes ao olhar para o exterior, não implicando uma posição de deferência ou subordinação ao que foi decidido por outros juízes, mas sim uma forma dos juízes buscarem melhores argumentos para que eles possam desempenhar seu papel de decidir melhor. As decisões estrangeiras têm uma autoridade persuasiva, não obrigatória. Elas podem ensinar algo que os juízes não saibam no trato da situação ou esclarecer um ponto obscuro. Essa interação amplia o leque de ideias e experiências disponíveis para decidir as questões postas no Judiciário seja mais amplo (2003, p. 201).

Esse argumento de Slaughter é apresentado por Ruti Teitel e Robert Howse que reinterpretem a decisão no caso Tadic no qual o ICTY (Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia), tomou uma decisão de forma contrária a uma jurisprudência firmada pela CIJ no caso julgado em 1986 para julgar a Nicarágua pela responsabilidade do governo por atos dos militares¹¹⁷. O que os autores destacam é que a reação do ICTY contra a decisão da CIJ representa uma negar a obrigatoriedade em acatar a decisão de outra corte, negar a existência de uma autoridade superior ou alguma espécie de norma superior (*grundnorm*). A relação entre os tribunais não é hierarquizada (2009, p. 8). Em tese, não há que se falar em vinculação dos demais tribunais as decisões que foram tomadas por outros. Deveria a CIJ ser vinculada as decisões tomadas por outros tribunais? E por que estaria a CIJ em uma posição especial em relação as demais cortes? A reação do ICTY é contra o intuito de construir alguma estrutura hierarquizada em um contexto horizontal.

As considerações em relação a esse processo de interação entre as cortes nacionais têm por intuito ressaltar o papel que as cortes nacionais desempenham, especialmente as cortes superiores desses países. Enquanto já se percebe uma proliferação

¹¹⁷ Martti Koskenniemi e Päivi Leino trazem duas situações de conflitos entre decisões judiciais que foram apresentadas pelo juiz Guillaume na Assembleia Geral das Nações Unidas para alertar para o risco da fragmentação do Direito Internacional: “the interpretation by the European Court of Human Rights (‘ECHR’) in 1995 in Loizidou 4 concerning the effect of territorial reservations that differed from the way his Court had dealt with the issue, and the way the Judgement by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (‘ICTY’) in the Tadic case 5 in 1999 had deviated from the ‘effective control’ test that the ICJ had used in Nicaragua in 1986 to govern the responsibility of a state over acts of military groups.” (2002, p. 555)

de cortes e estruturas de cunho jurisdicional e quase-jurisdicional, as cortes superiores dos Estados passam a desempenhar papel mais internacionalizado, também, ante a maior proximidade entre o nacional e o internacional. Elas passam a desempenhar importantes funções quando interpretam as normas jurídicas confeccionadas e quando analisam os assuntos compartilhados pelos vários países e organizações internacionais.

O papel das cortes nacionais corrobora as considerações em torno da impossibilidade de negligenciar as estruturas estatais na configuração da complexidade das relações jurídicas. O papel das cortes, interagindo e buscando uma coerência entre suas interpretações, faz parte de uma nova estrutura teórica que busca trazer coerência nas relações jurídicas constituídas.

4. 2 Os reflexos teóricos na arquitetura jurídica

Uma análise teórica do processo exposto até o momento tem duas facetas. A primeira é a desconstrução da estrutura jurídica desenvolvida com base na ideia do soberano de forma exclusiva e que deu base para o Direito Internacional. A segunda é uma análise que visa a reconstituir a teoria de uma forma que possa abranger as dimensões que foram exibidas. O intuito da recomposição teórica é que se possa realmente refletir sobre a realidade que se pretende descrever. Uma teoria que descreve uma realidade de forma parcial passa a ser inadequada e deve ceder espaço para explicações que possam trazer maiores contribuições na descrição da realidade e para contribuir com novas pesquisas.

Foi feita uma inicial descrição da atual dinâmica da sociedade, que conta com uma diversidade de novos agentes e temas. Com essa descrição, novos estudos podem ser confeccionados de forma tal que possam dar contribuições para o aperfeiçoamento da estruturação social. Em vez de buscar as mesmas respostas em velhas teorias, que não se mostram mais adequadas, uma nova concepção teórica que se expresse mais abrangente e que seja uma representação da sociedade mais adequada pode trazer um novo manancial teórico e prático para a resolução dos problemas vivenciados.

Dessa forma, serão feitas considerações sobre: (i) os problemas de compatibilização entre as diversas racionalidades normativas; (ii) a desconstrução da teoria jurídica baseada na unicidade do soberano; (iii) a reconstrução em bases pluralistas.

4. 2. 1 Conflitos normativos ou conflitos de racionalidade?

Ao analisar a formação da teoria jurídica moderna, as considerações foram encerradas com a afirmação de que a teoria do soberano desenvolvida por Thomas Hobbes foi incorporada, mesmo que de forma indireta, na configuração da teoria jurídica e política contemporânea. A adoção da premissa teórica de Hobbes da existência de um soberano condicionada o direito, interno e externo, a serem feitos pela vontade do soberano. O intuito desta análise é trazer alguns pontos correlacionados à unicidade do soberano e como eles são afetados. A ideia básica é a insuficiência desse paradigma baseado na unicidade do soberano e na estatalidade do Direito para explicar como ocorre o funcionamento do Direito na sociedade global.

Uma das questões básicas do processo que pode ser visualizada que foi descrito até o momento é o caráter descentralizado das estruturas de poder. Na sua origem o Direito Internacional foi pensando a partir da existência exclusiva de Estados soberanos. Não havia uma só estrutura que conseguisse fazer valer de forma soberana as normas produzidas. A evolução do Direito Internacional só fez acentuar o caráter descentralizado. Se antes poucos Estados eram os soberanos, atualmente tem as estruturas de poder ainda mais descentralizada, mais Estados, organizações internacionais universais e regionais e atores privados. Todos esses agentes desempenham funções sobrepõem, entram em choque, mas podem cooperar também. A descentralização entre Estados foi acentuada significativamente e passou a ser descentralização entre outros agentes de relevo internacional.

Esse povoamento dos espaços globais foi acompanhado por intensa expansão das relações jurídicas, o que passou a contar com uma maior quantidade de assuntos sendo regulados, um maior número de normas (com várias gradações, incluindo estruturas privadas) e mais tribunais jurisdicionais e quase-jurisdicionais.

O processo descrito, do ponto de vista da teoria jurídica e política, implica fragmentação. As relações outrora concentradas nos Estados passa a conviver com outras estruturas de poder que fazem suas pretensões normativas sejam regularmente aplicadas para as áreas em que atuam. O poder concentrado nas mãos dos Estados é diluído entre os diversos agentes que conseguem utilizar seus poderes para influir nas suas respectivas áreas de atuação.

Essa dinâmica importa em vários desafios para a clássica configuração da estrutura regulatória. A ideia de “normalidade” de externalização e comportamento do

fenômeno jurídico passa a denotar fenômenos que fogem a esse padrão. Dois problemas básicos podem ser identificados: (i) a dificuldade de compatibilizar as diferentes instituições e regimes normativos que trazem disposições que podem ser contraditórias entre si; (ii) o problema em classificar as normas que são produzidas por estruturas privadas e passam a servir como norte para o comportamento dos agentes. O primeiro problema alerta para a coerência. Já o segundo questionamento é ainda mais grave para a teoria jurídica, pois reconhecer que existem normas produzidas por estruturas privadas é atacar o fundamento da unicidade do poder soberano e as derivações teóricas desenvolvidas com procedência nessa premissa.

Ao que parece, os dois problemas interagem e podem estar correlacionados com a maior complexidade da sociedade, seja no âmbito interno ou externo. As relações sociais passam a ser cada vez mais especializadas e as estruturas formais que surgem lidam com questões cada vez mais específicas e que entram em choque com outros campos regulatórios, o que acarreta dificuldades em compatibilizar as áreas¹¹⁸. A atividade regulatória para campos cada vez mais especializados ocorre de forma autônoma nas estruturas jurídicas estatais (se eventualmente as estruturas formais não conseguem responder as demandas normativas que são criadas pelos regimes parciais), dando origem às estruturas privadas de regulamentação. Dessa forma, os dois problemas (compatibilidade entre regimes e regimes privados) advém da fragmentação social.

Ao ter a fragmentação em mente, tal configuração distorce do que era especulado para o futuro do Direito Internacional. Uma das críticas feita ao Direito Internacional ressaltava ausência de estruturas que pudessem lhe dar a mesma feição que o Direito interno, sendo-lhe atribuído o caráter de um direito primitivo¹¹⁹. O desafio do Direito Internacional seria superar as suas dificuldades jurídicas e que ele pudesse ser

¹¹⁸ Ao analisar esse fenômeno, Teubner apresenta essa nova faceta dos conflitos na sociedade mundial: “Los análisis posteriores añadieron una predicción más: en caso que el derecho de la sociedad global se viera enredado con interdependencias sectoriales, surgiría un nuevo tipo de normas de conflicto: unas normas de conflicto 'inter-sistémicas' que no se derivarían de una colisión entre los distintos derechos privados nacionales, sino de una colisión entre diversos sectores globales sociales.” (2005, p. 115 – 116)

¹¹⁹ Hart, em relação ao Direito Internacional, afirma que: “Pois, embora seja compatível com a prática dos últimos 150 anos usar nesse caso a expressão ‘direito’, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição compulsória e sanções centralmente organizadas vem inspirando apreensão, pelo menos entre os teóricos do direito” (2009, p. 276). Em outro momento, Hart analisa qual seria eventual solução para esse problema: “Pois isso seria resolvido se um dia o direito internacional viesse a ser reforçado por um sistema de sanções, ao passo que a objeção de que agora nos ocupados se baseia numa incoerência radical, na ideia de um Estado ao mesmo tempo soberano e sujeito à lei” (2009, p. 285). Essas duas passagens retratam como o Direito Internacional era pensando a partir do viés nacional, tanto na identificação de seus problemas como a solução para eles.

aperfeiçoado estruturalmente. Essa ideia de aperfeiçoamento, de forma implícita, assume o pressuposto de que a configuração jurídica a ser alcançada é a estatal.

A resposta para o problema do Direito Internacional seria repetir a organização do Direito estatal hierarquizado, onde no topo da organização não estariam mais as normas estatais, mas sim as internacionais. As pessoas não estariam vinculadas somente aos Estados, mas iriam gozar de direitos humanos em uma federação mundial sob a égide do Direito Internacional. As estruturas nacionais são utilizadas como paradigma a ser alcançado pelas estruturas internacionais.

É interessante ter em mente o fato de que a visualização do Direito Internacional como um conjunto de normas superiores até mesmo as normas estatais, sendo o fundamento de validade para as demais normas, organizando os Estados em torno de uma federação mundial, não representa a refutação da ideia de Hobbes da unicidade de poder. Essa estrutura do Direito Internacional, se realmente existisse, antes de demonstrar a refutação da teoria de Hobbes, seria a sua aplicação no âmbito internacional e a comprovação de que a superação da anarquia e o estabelecimento da ordem só ocorre por meio da concentração do poder nas mãos de uma estrutura superior.

Visualizar as relações entre os Estados como anárquicas e achar que a solução é a criação de uma estrutura superior aos Estados que possa fazer normas com caráter vinculante e superior a todos eles, estruturada em um Estado Mundial, é, indiretamente, a reprodução do discurso do estado de natureza que Hobbes utilizou para a justificar o Estado nacional. As pessoas seriam os Estados, o estado de natureza a relação anárquica entre eles e o Leviatã seria o Estado Mundial criado para domar os ímpetus egoísticos de cada Estado.

Pensar no Direito Internacional nos moldes do Direito nacional, para Koskenniemi, pode ser reflexo de uma tendência de que o mundo vai ser de acordo com as estruturas já em curso, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, com inspiração em algo “familiar, doméstica e domesticada” (2004, p. 1). Essa analogia com o Estado-nação, para Koskenniemi, significa que: “The international, we Europeans have learned to think, is fundamentally just another domestic - larger, perhaps more complex, but there is no qualitative difference between it and the domestic.” (2004, p. 2).

A ideia de um Estado Mundial ou Constituição mundial faz parte do projeto cosmopolita. Esse projeto, aponta Koskenniemi, teve momentos de maior e de menor esperança. A criação da Liga das Nações representa um ponto positivo, mas seu fracasso

arrefece os ânimos. Mesmo assim, o projeto voltou com a ONU, onde se discutia se ela poderia ser vista como um governo mundial incipiente (2007, p. 3).

Três fatores específicos são indicados por Koskenniemi que problematizam esse projeto: (i) desformalização; (ii) império; (iii) fragmentação. O primeiro é desenvolvido com esteio nas lições de Max Weber que analisa o mundo gerido de modo mais intensa por formas flexíveis e informais, que se estruturam em redes de cunho não territorial para resolver determinados assuntos de maneira mais rápida e eficiente. A ideia de império, como Koskenniemi trabalha, destaca o papel de superpotências, com especial destaque para o descompromisso dos Estados Unidos com as normas internacionais (2004, p. 3 – 6). Já a ideia de fragmentação, deriva do fato que

[...] the new developments in the law did not point to unity. The more powerfully they dealt with international problems - problems of economics, development, human rights, environment, criminality, security - the more they began to challenge old principles and institutions. Specializations such as 'trade law', 'human rights law', 'environmental law', 'criminal law', 'security law', 'European law' and so on started to reverse established legal hierarchies in favour of the structural bias in the relevant functional expertise. (2007, p. 4).

As diversas áreas que tiveram ampliado o seu campo de regulamentação não guardam uma conexão ou compatibilidade necessária entre si. Além disso, não há um princípio superior, nem é possível identificar algum órgão com o caráter de governo mundial que possa garantir a coerência e a unicidade das estruturas que se reproduzem mundialmente. A arquitetura do Direito Internacional, antes de ser direcionada para um viés hierarquizado, com normas claras no ápice, foi fragmentada em grupos temáticos cada vez mais especializados.

Koskenniemi retrata a fragmentação temática desde uma experiência pessoal quando o autor pleiteava uma vaga na comissão de Direito Internacional da ONU e buscava apoio nas diversas agências especializadas dessa organização. O autor foi até o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, Alto Comissariado para Refugiados e a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. Ele perguntou a esses órgãos o que a Comissão de Direito Internacional poderia fazer por eles que respondiam como um retumbante “nada” e pediam que a Comissão ficasse afastada de suas áreas e que elas seriam mais bem trabalhadas pelos seus especialistas (2004, p. 12).

Essa pulverização temática condiciona a resposta para determinados casos dependendo de quem vai decidir. Algumas questões se encontram em zonas cinzentas relacionadas a dois regimes com lógicas e princípios diferentes. Koskenniemi exemplifica

tal situação no caso de 1998, levado à OMC, sobre *Beef Hormones*. Deveria a questão ser analisada desde o viés comercial ou ambiental? A OMC, ao discutir nesse caso a possibilidade de aplicação do princípio da precaução no seu regime jurídico, rechaçou esse transplante normativo, afirmando que o referido princípio não se aplicava ao seu arcabouço jurídico (2007, p. 5).

Marcelo Neves também rechaça a possibilidade de utilizar os modelos de um Estado Mundial como eventual solução para os problemas da sociedade global. O autor afirma que o debate em torno de uma eventual “paz perpétua”, nos moldes kantianos, permanece no plano das idealizações filosóficas, ante a ausência de elementos empíricos que possam demonstrar a organização da sociedade de forma unitária, da assimetria e da fragmentação da sociedade global (2009, p. 85 – 86).

A impossibilidade de recorrer aos modelos conhecidos para descrever as relações jurídicas internacionais chamou a atenção dos estudiosos do Direito Internacional e da própria ONU. Era necessário compreender como a codificação se desenvolvia, como os diversos campos interagiam e em que medida a coerência sistêmica era mantida. Esse temor fez com que fosse designado um grupo de peritos, sob a coordenação de Koskenniemi, para estudar o tema da fragmentação internacional. Esse grupo de estudos confeccionou um relatório da ONU sobre o temática, e a seguinte passagem merece destaque:

The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledge’s as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and institutions. (2006, p. 11).

O Direito Internacional deixa de ser compreendido como um todo unitário, se é que um dia foi assim, e passa a ser subdividido em uma diversidade de campos normativos relativamente autônomos entre si.

As questões postas para a discussão internacional enfrentam o problema preliminar de saber em qual âmbito temático específico ela se enquadra. A adoção de um ou de outro regime jurídico tem como consequência a adoção de princípios, normas e mentalidades diferentes, que podem afetar o caso. Um mesmo fato social pode ser analisado desde regimes diferentes, e cada regime tem forma própria de lidar com a

situação. Essa possibilidade de um mesmo fato ser analisado por distintos regimes pode levar a concorrência e sobreposição de regimes particularizados e conflitos não somente entre normas, mas também das mentalidades que estão por trás da confecção da norma.

Koskenniemi expressa vários casos em que é possível visualizar essa fragmentação de discursos jurídicos e que a opção por um ou outro pode levar a resultados diferentes. O primeiro caso foi a discussão na CIJ sobre os Muros da Palestina. A corte poderia decidir o caso com suporte na ideia de autodeterminação nacional, autodefesa contra o terrorismo ou sobre o viés do direito humano/humanitário. O segundo caso deriva de uma situação na Inglaterra, onde um homem com dupla cidadania (iraquiano e britânico) foi preso por dez meses sem acusação. O reclamante afirmou que a sua prisão violava o *Human Rights Act* de 1998. A corte, por sua vez, optou por lidar com a questão desde o viés da segurança coletiva, situando a questão dos direitos humanos de forma subsidiária. Além de casos concretos, Koskenniemi também traz uma situação hipotética. Um caso sobre transporte de substância perigosas em alto mar pode ser visto como uma questão comercial, transporte marítimo, proteção ambiental e sobre direito do mar. A proximidade entre esses regimes acarreta que eventual lide sobre esse tema possa ser discutida em cada um desses âmbitos regulatórios (2007, p. 7 – 8).

Essa fragmentação não se resume a questões que possam ser vistas com um viés político ou mais ideológico. A fragmentação leva que até mesmo questões que são havidas como técnicas possam denotar diversas interpretações e soluções, como Koskenniemi expõe:

[...] for what might be ‘reasonable’ for an environmental expert is not what is ‘reasonable’ to a chemical manufacturer; what is ‘optimal’ to development engineer is not what is optimal to the representative of an indigenous population; what is ‘proportionate’ to a humanitarian specialist is not necessarily what is proportionate to a military expert. (2007, p. 10).

Uma forma de contornar o problema da fragmentação jurídica é a ideia de constitucionalismo e a tentativa de identificar um conjunto de regras que possam ser colocadas em uma posição de superioridade hierárquica em relação às demais, como a ideia de normas *jus cogens* ou obrigações de cunho *erga omnes*¹²⁰. O problema é

¹²⁰ Ideias que são variações da estrutura hierarquizada que podem tentar justificar eventual Estado Mundial, Constituição Global, República Mundial, Federação Global ou termos outros. Marcelo Neves questiona a possibilidade dos conceitos de obrigações *erga omnes* e *jus cogens* atuarem como correspondentes no cenário mundial a função que a constituição desempenham no âmbito interno. O autor destaca três fatores: (i) o forte papel das superpotências na política mundial; (ii) os direitos humanos não conseguem desempenhar o papel correspondente a ideia dos direitos fundamentais tendo em vista o alto

identificar quais são essas normas que podem contribuir para essa unidade entre as normas. Os diversos setores especializados identificam as próprias premissas como os valores básicos. Koskeniemi afirma que, para as estruturas comerciais, o valor será o livre comércio, direitos humanos para os órgãos de direitos humanos, meio ambiente para os regimes ambientais e segurança para o Conselho de Segurança. A tentativa de buscar normas que possam ser identificadas desde um senso compartilhado de justiça, Direito ou projeto compartilhados, no âmbito internacional, parece ser inviável ou até mesmo mais problemática (2007, p. 16).

A fragmentação internacional que ocorre no âmbito mundial é reflexo do próprio êxito regulamentar que o campo alcançou no pós-Segunda Guerra. A infinidade de normas produzidas tornou a situação mais densa, mas também mais suscetível a conflito. A estrutura anterior do Direito Internacional podia ser pensada como coerente em virtude da baixa quantidade de normas que existiam e do caráter incipiente do Direito Internacional¹²¹. Quando a sociedade passou a ter uma maior demanda normativa, e essas regras jurídicas foram criadas de modo autônomo, é que foi possível se pensar em fragmentação das estruturas normativas. (TRACHTMAN, 2011, p. 6). O que ocorre a medida em que mais normas passam a ser produzidas, há possibilidade de colisão entre as normas, ante um quadro mais congestionado entre determinados campos normativos (TRACHTMAN, 2011, p. 8).

A fragmentação antes de ser visualizada como um problema para o Direito Internacional, pode ser pensando como fase de transição. É possível identificar em quatro fases para o Direito Internacional: (i) incipiente: poucas normas e poucas relações jurídicas; (ii) desenvolvimento: um cenário que já passa a ser povoado por mais normas, mais órgãos jurisdicionais. Um período de fôlego no ímpeto regulamentar e fortalecimento da área. (iii) crise: ocorre quando o momento de desenvolvimento mais acelerado arrefece e determinados problemas aparecem (fragmentação, incoerência, antinomias, sobreposição de competência, concorrência, ineficiência). Esse momento representa uma crise que leva a refletir criticamente os pressupostos teóricos da sua atuação, (iv) maturidade ou aperfeiçoamento. Esse momento pode ser visto como um

caráter simbólico de suas normas; (iii) não é possível verificar também um modelo de separação dos poderes adequados, tendo em vista a supremacia que o Conselho de Segurança exerce na ONU (2009, p. 92 – 94).

¹²¹ A ideia básica dessa caracterização do Direito Internacional é apresentada por Bruno Simma e Dirk Pulkowski: “Early 20th-century accounts conceived of the international system as a hierarchical pyramid structure comprising relatively few norms, in which states, perceived as opaque and unitary actors (‘billiard balls’), interacted in a largely unconstrained manner” (2006, p. 484)

modo de superar as dificuldades do Direito Internacional, no qual é necessário refletir sobre seu fundamento e aperfeiçoar as concepções teóricas acerca do tema.

O período de crise que foi expresso, antes de representar necessariamente algo ruim, faz parte da própria dinâmica evolutiva da sociedade e do Direito. A forma como o Direito se organiza no âmbito internacional precisa passar por essa reflexão teórica para que possa garantir consistência teórica e retomar o êxito. Entre os problemas que podem ser pensados, os conceitos de unidade e coerência parecem ser insuficientes para responder ao novo contexto. A utilização do termo fragmentação tem como pressuposto uma distinção entre unidade e fragmentação (CRAVEN, 2002, p. 4 – 5). Dessa forma, o diagnóstico algo é fragmentando tem como premissa um preconceito (não no sentido pejorativo) acerca dessa distinção. O caminho para reconstruir a teoria jurídica passar por contextualizar a ideia de unidade e coerência e resignificar com base em outra teoria.

4. 2. 2 A desconstituição da teoria jurídica baseada na unicidade do soberano

Identificar o que significa unidade e fragmentação remonta à teoria jurídica desenvolvida como base na existência de um soberano. Essa elaboração teórica da unicidade do soberano tem algumas características que podem ser destacadas: definição do que é Direito e do que não é Direito, fator básico que leva à possibilidade de unicidade e à coerência do ordenamento. Será feita uma análise de como esses conceitos foram desenvolvidos com base na unicidade do soberano e como as derivações obtidas com base nele podem ser problematizadas com a fragmentação da estrutura de poder político que o Estado exercia de forma centralizada.

Um dos maiores problemas para a Ciência do Direito é traçar a diferença entre uma norma social e uma norma jurídica ou fazer uma teoria jurídica que possa abranger as diversas formas de expressão do fenômeno jurídico (as particularidades históricas de cada país), de maneira tal que possam ser respondidas pela mesma teoria. Kelsen tenta desenvolver uma estrutura científica para o Direito que responda a essas questões e afirma que seu propósito básico é construir: “uma teoria do Direito positivo – do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais.” (2009, p. 1).

Essa teoria que Kelsen desenvolve acaba tem algumas premissas que são formas de conseguir consistência teórica para o seu propósito – a noção de norma fundamental. Essa norma única é que torna possível constituir a unicidade do Direito.

Toda e qualquer norma é jurídica quando é possível ser redirecionada para essa norma; a unidade do ordenamento deriva de que fato que todas às normas remontam a mesma norma:

[...] um sistema de normas cuja unicidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. [...] Uma norma singular é jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 2009, p. 33).

Outro aspecto importante para o ordenamento jurídico, de acordo com Kelsen, é a estruturação desde um viés que possa usar a coação para garantir o cumprimento de suas normas. Kelsen acentua que a ideia de coação deve ser vista como “um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.” (2009, p. 35). Para Kelsen, o Direito como uma ordem coativa é um ponto essencial para distinguir o Direito de outras ordens sociais (2009, p. 37) e também se conecta à monopolização da coação por parte da comunidade jurídica. Na medida em que a sociedade se desenvolve, os mecanismos de coação deixam de ser permitidos a todos as pessoas e passam a ser centralizados pela comunidade jurídica, ressalvados alguns casos de legítima defesa (2009, p. 40). A justificativa de Kelsen para esse processo é bem interessante:

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhes estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se em segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. (2009, p. 40).

A argumentação de Kelsen guarda proximidade com o raciocínio desenvolvido por Thomas Hobbes para justificar a ascensão do soberano. A diferença entre os dois modelos é que o soberano deixa de ser o rei absolutista e passa a ser a ordem jurídica que condiciona o uso da força. A teoria jurídica tem necessidade de uma instituição que possa ser superior às pessoas como forma de garantir a própria liberdade e tem como solução o mesmo raciocínio da unicidade de uma ordem soberana que controla o uso da força e define as normas aplicáveis dentro de um território.

A teoria de Kelsen também tem um refinamento que não reduz o Direito ao uso da força. Mesmo que a sanção e o monopólio da força exerçam importantes papéis no sistema jurídico de Kelsen, o autor faz uma distinção entre sentido objetivo e subjetivo

da norma (2009, p. 3). Ele usa essa distinção para analisar a diferença entre a sentença de execução proferida por um juiz de um assassinato cometido ou entre a ordem fazendária de pagar determinado tributo e um ladrão que ordena que os pertences pessoais sejam entregues a ele. Enquanto o sentido subjetivo é a ação específica que ato representa (executar a pessoa ou retirar uma fração do patrimônio) e é possível a coincidência no âmbito jurídico e âmbito social¹²², o sentido objetivo do ato diverge na relação jurídica e na relação social. O que autoriza o Estado a realizar a execução ou a retirada de uma parte do patrimônio possui um sentido objetivo, uma outra norma jurídica que permite que a norma seja identificada como jurídica e não como ameaça; já o ato do malfeitor não possui norma em sentido objetivo que faça com que sua conduta seja respaldada juridicamente.

O argumento de Kelsen, antes de resolver de forma definitiva o problema sobre o que define uma norma como jurídica, remete tal questionamento para um outro nível. Se a sentença que determina a execução recebe seu qualificativo de jurídica pelo fato de ser autorizada por uma norma jurídica, o que, por sua vez, define a norma que autoriza o juiz como norma jurídica? A resposta para qualificar essa norma como jurídica seria que outra norma também a qualifica como tal. Essa situação leva a uma cadeia sucessiva de questionamento na qual cada norma jurídica que autoriza a anterior. Conduz a um regresso ao infinito. Kelsen tenta evitar esse problema com o desenvolvimento da sua norma hipotética fundamental, que representa um pressuposto para o fechamento lógico do sistema.

Ao identificar o fundamento de uma norma como outra norma, Kelsen tem o mérito de descobrir outro campo de estudos para a teoria jurídica. O autor deixa de considerar a definição do jurídico com base na norma de forma isolada e passa a refletir sobre o critério de validade de uma norma, seu reconhecimento como direito, desde a teoria do ordenamento jurídico. Bobbio ressalta justamente esse processo de ampliação no foco da teoria jurídica e a impossibilidade de analisar o caráter jurídico de uma norma desde sua análise isolada:

[...] não nos foi possível dar uma definição do direito assumindo o ponto de vista da norma jurídica; mas tivemos de ampliar nosso horizonte para considerar o modo como uma determinada norma é tornada eficaz por uma organização complexa que determina a natureza e a importância das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução. (2010, p. 188).

¹²² Kelsen é expresso quanto a esse ponto: “na medida em que apenas se tome em linha de conta o sentido subjetivo do ato em questão, não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um saltador de estrada e a descrição do comando de um órgão jurídico.” (2009, p. 49).

Kelsen, identificando o Direito como um sistema de normas que regulam a conduta humana, questiona o que garante a unidade de uma pluralidade de normas que fazem parte do sistema social. A forma de responder a tal pergunta, mantendo a coerência da separação entre *ser* e *dever-ser* que é adotada por Kelsen, é reconhecer que o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma (2009, p. 215).

Ao afirmar que uma norma fundamenta outra, Kelsen reconhece duas formas específicas de relacionamento entre as duas normas. A primeira tem caráter estático e a segunda possui um caráter dinâmico. A ligação da validade entre as normas desde o viés estático é uma derivação do conteúdo material da primeira norma para a segunda. Kelsen acentua que normas como o dever de não mentir, de não fraudar, de respeitar os compromissos firmados, todas remontam, substancialmente, à norma que prescreve o dever com a verdade. A norma de amar ao próximo também pode ter derivações substanciais como o dever de não matar, não prejudicar de qualquer forma o outro. Todas as normas fazem parte de uma norma fundamental que pode ser trabalhada e as demais aparecem como derivações lógicas da norma básica. Mesmo reconhecendo essa possibilidade teórica de estrutura normativa, Kelsen assinala que o conceito de uma norma evidente pressupõe uma razão prática que possa identificar essa norma, mas que isso não é possível em virtude da própria função da razão, que é conhecer e não *querer* o estabelecimento de uma norma¹²³ (2009, p. 217 – 218).

A estrutura dinâmica pode ser mais bem compreendida diretamente com as palavras de Kelsen:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legislador ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (2009, p. 219).

Kelsen tenta explicar a norma como pressuposto de uma estrutura sem conteúdo, mas simplesmente determina como devem ser criadas as normas. As normas são feitas a partir de autorizações recíprocos na relação entre normas superiores e

¹²³ A rejeição dessa estrutura de derivação racional entre uma norma básica também é rechaçada por Kelsen, porque, se tal situação fosse possível, poderia ser vista como forma de razão natural, ou Direito natural, possibilidade negada por Kelsen. Se a razão consegue visualizar essa ligação necessária entre normas, por que não identificar a existência de normas valorativas superiores que fundamentam todo o sistema?

normas inferiores. Não há um conteúdo moral, substancial, que relacione a validade das normas, mas sim uma estrutura de autorizações. É possível perguntar e reconstituir o caminho da norma que a torna jurídica, sendo que cada norma vai pertencer ao ordenamento por autorização de outra norma. Ante essa relação, as normas vão formando um sistema e o critério básico para identificar uma norma como jurídica, para Kelsen, é a pertença ao ordenamento. A ideia de pertença está relacionada à possibilidade de verificar o caminho que a norma percorreu para entrar no ordenamento jurídico, por meio de sucessivas normas que chegam à norma fundamental (2009, p. 219 – 220).

Foi exposto brevemente sobre o desenvolvimento de uma teoria do Direito que tem como forma de identificar uma norma como jurídica desde a pertença ao ordenamento jurídico. Para a formação desse sistema, ao menos três elementos são necessários: centralização do poder, institucionalização do sistema e eficácia geral da ordem. Carlos Santiago Nino expõe de forma clara os dois primeiros:

Quando antes se disse que o sistema jurídico regula o exercício do *monopólio* da força estatal, indicava-se o aspecto de coatividade, mas se pressupunha este outro traço distintivo, que consiste na institucionalização do sistema. De fato, se o sistema não estabelece órgãos centralizados que são os únicos autorizados a aplicar medidas coativas, não há monopólio da força estatal. O fato de o sistema jurídico regular o uso da força e, além disso, regulá-lo como um monopólio de certos órgãos, é o que permite distingui-lo de outros sistemas normativos. (2010, p. 124).

O terceiro elemento faz parte de um Kelsen que já busca inserir na sua estrutura jurídica a importância da eficácia social para que a ordem jurídica possa ter semântica social. O autor reconhece que a ordem jurídica, mesmo que a eficácia não seja condição para a validade da norma, requer que ela seja eficaz de uma forma geral para que possa regular devidamente as relações jurídicas (2009, p. 12).

O fechamento das considerações em relação à configuração do ordenamento jurídico baseado na mentalidade de Kelsen tem como premissa básica a citação que segue:

[...] fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. Nas páginas que seguem começaremos por considerar apenas a ordem jurídica estatal, quer dizer, uma ordem jurídica cuja validade é limitada a um determinado espaço, o chamado território do Estado, e é tida como soberana, quer dizer, como não subordinada a qualquer ordem jurídica superior (2009, p. 222).

Na passagem destacada, é possível verificar que Kelsen tem como premissa para a configuração do ordenamento jurídico estatal a existência de um soberano em uma

determinada delimitação territorial. Em outro momento, Kelsen novamente reafirma o papel da soberania para a configuração da ordem jurídica:

O 'poder' do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos. (2005, p. 365).

As três premissas básicas para a configuração do Direito são: (i) um soberano que consegue ser o único centro de poder; (ii) um determinado espaço territorial onde o poder é institucionalizado; (iii) eficácia geral da ordem. Com base nessas premissas é que Kelsen consegue desenvolver sua teoria jurídica. Com a caracterização de um direito feito por um soberano em um território, é possível desenvolver a teoria da norma fundamental, identificar a estrutura escalonada das normas que garante unidade ao ordenamento jurídico (que remete a norma fundamental que é posta pelo soberano) e desenvolver mecanismos de resolução de conflito intrassistêmico (lei superior, lei especial e lei posterior) para manter a coerência do ordenamento jurídico.

A definição das normas jurídicas possibilita a caracterização do ordenamento como um todo unitário (exclusão de todas as demais normas que não são jurídicas e possibilidade de recondução de todas as normas a norma fundamental) e a possibilidade de buscar a coerência. Nos moldes kelsenianos, unidade e coerência são derivações possibilitadas pela existência de um poder soberano no espaço territorial delimitado que consegue garantir a eficácia geral da ordem.

Na medida em que é possível identificar a existência de um centro produtor das normas, as demais são excluídas por não terem sido confeccionadas de acordo com o procedimento estabelecido, por não poderem ser reconduzidas à norma fundamental. Todas as normas produzidas devem ser redirecionadas a uma só norma superior. Essa estruturação entre norma superior e inferior desenvolve a faceta de uma pirâmide que remonta ao soberano e ao fundamento de validade final das normas. Todas as normas fazem parte dessa mesma estrutura.

Essa estruturação do Direito traz peculiar descrição em relação à teoria das fontes do Direito. Ao delimitar o soberano como o que tem capacidade para produzir as normas, Kelsen reduz o Direito produzido ao Direito estatal. A redução é tal que falar em Estado de Direito chega a ser um pleonasma, tendo em vista que só pode ser Direito se

for Direito estatal. Essa correlação entre Estado e Direito é que dá origem à doutrina do monismo jurídico que defende o Estado como único centro produtor de normas.

Kelsen também analisa que, com a unidade do ordenamento jurídico, é possível resolver conflitos entre proposições jurídicas que se contradizem. Para o autor, seria ilógico um ordenamento jurídico determinar que “A deve ser” e “A deve não ser” ao mesmo tempo. O conhecimento científico, que busca descrever seu objeto, estaria em dificuldades se não conseguisse superar essas contradições. A possibilidade de resolução de tais conflitos ocorre pela via da interpretação (2009, p. 228 – 229).

A ideia de coerência no âmbito da teoria do Direito tradicional pode ser identificada pelo fato de que eventuais contradições que possam existir entre normas podem ser solucionadas com determinados critérios formais: hierárquico, especialidade ou cronológico. Enquanto a unidade analisa as normas individuais e sua relação com as normas superiores até chegar à norma fundamental, a ideia de coerência analisa a relação entre o conteúdo das diversas normas entre si. O ordenamento jurídico deve ser coerente, mas, em caso de eventual incompatibilidade entre as normas, isso não traz prejuízo para todo o ordenamento jurídico, mas, como Bobbio destaca, para uma ou, no máximo, para as duas normas envolvidas (2010, p. 239).

Na aplicação dos critérios de resolução de antinomias, Bobbio reconhece que existem dois critérios fortes (hierárquico e especialidade) e um critério fraco (cronológico), que sucumbe diante dos outros dois critérios. Ocorre que, mesmo com a ideia de coerência sendo desejável, Bobbio identifica a possibilidade de insuficiência dos critérios (normas de igual hierarquia, contemporâneas e igualmente gerais) e também a possibilidade de conflito entre os dois critérios fortes (uma norma geral hierarquicamente superior e uma norma especial) (2010, p. 254 – 265).

Interessante ter em mente é que a ideia de coerência tem como pressuposto que as normas que eventualmente entrem em conflito fazem parte do mesmo sistema jurídico, do mesmo ordenamento jurídico. Não haveria por que falar em conflito se as normas tivessem âmbito de validade diferentes, já que a unidade do Direito delimita o que é e o que não é Direito.

Pelo exposto, a teoria do ordenamento jurídico como um todo unitário e que pode buscar a coerência advém da premissa básica da existência de um soberano em uma determinada base territorial que consegue obter a eficácia geral do ordenamento jurídico. A definição do que é Direito, coerência e unidade acabam está relacionada a essas premissas, desse modelo descritivo do que é o direito.

Essa forma de pensar o Direito nunca foi necessariamente consensual, não obstante tenha obtido significativo espaço. A elaboração teórica que é feita pelo positivismo jurídico baseada na hierarquia das normas foi alvo de vários ataques. De acordo com Teubner, as críticas ao monismo vêm de vários flancos, com a Sociologia clássica (Karl Marx, Max Weber, Eugen Ehrlich), autores de correntes jurídicas, escolas que defendem o pluralismo jurídico, institucionalismo legal, análise crítica do Direito, Análise Econômica do Direito e teoria sobre regimes privados de governança. Esses ataques, entretanto, foram insuficientes e não conseguiram obter êxito no seu propósito de desconstruir a ideia de hierarquia das normas no âmbito estatal. Teubner afirma que os “dois corpos do rei”¹²⁴ permaneciam firmes (1997, p. 765).

Mesmo eventos normativos que eram apresentados e que poderiam implicar em ranhuras para a teoria jurídica baseada na ideia de hierarquia e que possui uma concepção estatal de fontes do Direito não conseguiam atacar o fundamento da unicidade do Direito estatal. Teubner apresenta a possibilidade de regimes privados serem vistos como regimes jurídicos paralelos, mas, em virtude da força que a ideia de hierarquia possui no momento, os paradoxos não tinham força suficiente para derrubar o conceito disseminado. Essas estruturas podiam receber qualquer qualificativo, menos o de Direito. Eram vistas como simples fatos, mas não normas jurídicas. A ideia de regimes privados era concebida com base na delegação ou autorização do Estado, ou seja, as normas produzidas só podiam obter reconhecimento se fossem devidamente reconduzidas à matriz estatal de produção, o que mantinha a lógica da unicidade do Estado como única fonte produtora do Direito (1997, p. 768).

Ao analisar o panorama regulatória e a crise que a ideia de desconstrução da concepção hierarquizada do Direito, Teubner ironiza ao afirmar que os culpados não são nem Derrida nem Luhmann, mas sim a globalização. As dúvidas que outrora eram silenciadas e minoradas no seio do Estado-nação não mais conseguem ser ignoradas pela teoria do Estado e do Direito que protegem a unicidade do fenômeno jurídico com suporte em fonte única. Novas práticas jurídicas passam a ter cada vez mais espaço no cenário global e conseguem atuar de forma independente ao Estado (1997, p. 769).

¹²⁴ A ideia de dois corpos do rei é uma referência ao livro de Kantorowicz na qual o autor analisa a existência de um corpo humano e um corpo divino para o rei, que legitima o seu poder e garante a perpetuidade do governo. A frase: “O rei morreu, viva o rei” pode retratar esse paradoxo e os dois corpos do rei. Um rei que é corpo físico e o rei que tem seu caráter místico que é a instituição que define as regras jurídicas. A morte de um rei implica no nascimento de um outro rei.

Os paradoxos da estrutura jurídica estatal já existiam antes mesmo de eles serem evidenciados de modo mais patente pelo fenômeno da globalização¹²⁵, mas como eles podiam ser contornados por argumentos internos de autoimunização da ideia hierarquizada estatal (delegação de competência, autorizações ou ausência estatal), esses paradoxos não eram vistos como ameaças que podiam desconstruir a relação hierarquizada, mas distorções de menor importância; entretanto, na medida em que as distorções passaram a ser cada vez mais numerosas e o enrijecimento Estatal não possui a mesma força para corrigir os problemas regulatórios, o paradoxo se torna mais forte. Teubner traz como exemplo desse processo a estrutura da *lex mercatoria*, mas o autor afirma que o fenômeno de regulação privada vai além:

However, *lex mercatoria*, the transnational law of economic transactions, is only one of the numerous cases of a global law where the Political Sovereign has lost his power. It is not only the economy but also various sectors of world society that are developing a global law of their own. (1997, p. 770).

Teubner acentua que o cenário jurídico foi desconstruído em razão das dificuldades que a teoria jurídica passou a enfrentar fruto da prática jurídica global que passou a criar formas de regulamentação que fugiam ao modelo hierarquizado (1997, p. 772). A ideia de regulação por parte de atores não estatais, a formação de normas por parte das empresas, atores não estatais atuando de modo cada vez mais constante, são não somente questões pontuais, mas verdadeiras condições de possibilidade para que as relações sociais e jurídicas possam ocorrer de modo mais constante e trazem contribuições significativas.

Ao que parece, o problema enfrentado no âmbito mundial e até mesmo no âmbito interno, é fruto de uma elaboração teórica que delimita de forma significativa a definição do que é e do que não é Direito. Ao atrelar a ideia de unidade e coerência da ordem jurídica a uma estrutura soberana territorialmente, a teoria jurídica que foi desenvolvida com bases nessas premissas fica para trás ante o processo de diferenciação funcional que levou os diversos campos sociais a serem cada vez mais especializados e atuando de forma cada vez mais autônoma.

¹²⁵ Teubner afirma que os paradoxos permaneceram em estado de latência e que o fato deles ficarem encobertos ou encobertos são questões históricas. Anteriormente, a teoria jurídica conseguia responder de forma satisfatória a questão de estruturas privadas, de tal modo que absorvia os paradoxos da regulamentação privada (1997, p. 771).

O processo de ampliação dos Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas multinacionais e outros atores transnacionais propiciou que as relações sociais transbordassem da estrutura de regulamentação unicamente estatal. Isto faz com as premissas de sustentação da teoria jurídica estatal fossem problematizadas.

O próprio Direito interno, na análise de Teubner, passa a se desenvolver de uma forma mais complexa. O autor afirma: “Para lidar com as diferentes subesferas sociais, o novo direito flexível elabora categorias jurídicas que, por definição, não podem aspirar a uma consistência jurídica universal.” (1993, p. 212). O problema que o Direito enfrenta atualmente é fruto justamente dessas relações complexas e diferenciadas funcionalmente. Essa maior complexidade das relações sociais desconstrói os ímpetus de unidade e coerência que a teoria clássica atribuía ao Direito.

Teubner e Lescano analisam uma previsão feita por Luhmann em 1971 sobre o futuro do Direito. Para Luhmann, o Direito iria enfrentar uma radical fragmentação não de cunho territorial, mas em setores sociais específicos. Além da previsão sobre a fragmentação social, o autor também destaca que o direito global vai ter como desafio uma estrutura de conflitos normativos, não do tipo que ocorre no âmbito do Estado-nação ou relacionados ao Direito Internacional Privado, mas colisões entre as diferentes estruturas sociais fragmentadas¹²⁶. Esse novo tipo de conflitos emerge quanto a sociedade deixa de ser organizada em estruturas nacionais e passa a ser globalizada (2004, p. 1000).

A estrutura dos conflitos que emergem na sociedade mundial, em uma análise que subdimensiona a nova realidade que se mostra, poderia ser contornada com o desenvolvimento da hierarquia entre as normas ou um tribunal no ápice. Teubner e Lescano, no entanto, ressaltam que essa solução, baseada em algo próximo à hierarquização das relações jurídicas no âmbito do Estado-nação, antes de resolver o problema, não analisa adequadamente que os conflitos são fruto de contradições mais profundas na sociedade. Eventual recurso às fórmulas de unidade, hierarquia das normas, hierarquia judiciária, não iriam resolver o problema, mas iriam piorá-los (2004, p. 1003).

A origem desse processo e dessa nova estrutura de conflitos normativos pode ser dimensionada adequadamente, para Teubner e Lescano, com suporte em seis teses

¹²⁶ Teubner afirma que: “Do ponto de vista histórico e sociológico, é perfeitamente concebível falar-se de uma mutação fundamental de ênfase de conflitos entre unidades territoriais, políticas e nacionais para conflitos entre subsistemas funcionais da sociedade mundial.” (1993, p. 215). Essa estrutura de conflito diverge das feições clássicas de conflitos normativos, uma vez que existe uma divergência mais profunda entre o que está em desacordo. A norma que conflita é a ponta do iceberg de um conflito de racionalidade.

que buscam esclarecer de forma diferente a teoria social e jurídica. Ao elucidar essas teses, os conflitos que emergem na sociedade global podem ser compreendidos (2004, p. 1005).

A primeira tese que Teubner e Lescano trabalham é que a globalização não pode ser vista como um fenômeno exclusivamente econômico. O conceito que os autores utilizam é o de globalização policêntrica, desenvolvido por David Held. Eles fazem questão de destacar que a questão da independência territorial ocorre em vários setores sociais além do mercado e da economia. Áreas como ciência, cultura, tecnologia, saúde, questões militares, esportes, transporte e turismo conseguem atuar de modo mais globalizado. Para os autores, a relação que essas diversas áreas têm entre si é qualquer coisa menos harmônica. Essa emancipação faz com que cada área possa trabalhar dentro do seu sistema, sem ter que levar necessariamente em consideração o ambiente social. Esse fenômeno pode ser compreendido como a ideia de politeísmo de valores, que remete a Weber, mas que é pensando atualmente como colisão de discursos ou de racionalidades (2004, p. 1006).

A segunda tese defende a necessidade de abandonar a concepção que de que o sistema legal só existe no âmbito do Estado-nação. É necessário abandonar as concepções de unidade baseada em um caráter estrutural e passar a pensar unidade em processos, que ocorre especialmente com base nos tipos de conexão entre as relações jurídicas (TEUBNER; LESCANO, 2004, p. 1007).

A terceira tese já foi ventilada no decorrer deste trabalho e parte da concepção de que os conflitos e a aplicação das normas deixam ter como premissa a análise sobre o viés territorial da questão. Na medida em que o Direito passa a ser fragmentado e globalizado, a delimitação territorial em relação à ocorrência do fato, mesmo que relevante, levanta outras questões que podem ser consideradas para verificação de qual regime que será aplicado. Se as normas de proteção ambiental, comercial, ou direitos humanos buscam ter um caráter universal, o fator determinante para a aplicação de uma ou outra norma deixa de ser a territorialidade de forma isolada e passa a ser a pertinência temática do fato com o regime normativo. Fatos que ocorrem em diversos locais do Globo podem ser analisados por distintos regimes normativos e cada um desses regimes pode ter a pretensão de regular esse fato. O “porém” é justamente que cada regime parcial, com pretensão de universalidade, pode acarretar colisões mais intensas. O conflito deixa de ser entre as normas, mas entre as racionalidades que estão por trás da confecção delas (TEUBNER; LESCANO, 2004, p. 1009).

Além desses desafios, a quarta tese de Teubner e Lescano ressalta que as teorias clássicas do Direito não respondem de forma adequada ao fenômeno da produção de normas por atores privados. A produção de normas destes advém da necessidade que eles têm e da impossibilidade ou insuficiência por parte das estruturas formais em atender a essas demandas. Os autores assim expõe:

‘Transnational communities,’ or autonomous fragments of society, such as, the globalized economy, science, technology, the mass media, medicine, education and transportation, are developing an enormous demand for regulating norms which cannot, however, be satisfied by national or international institutions. Instead, such autonomous societal fragments satisfy their own demands through a direct recourse to law. Increasingly, global private regimes are creating their own substantive law. They have recourse to their own sources of law, which lie outside spheres of national law-making and international treaties. (2004, p. 1010).

A quinta tese é uma derivação do reconhecimento de regimes normativos além do Estado. A nova relação é dividida entre centro e periferia do sistema jurídico. O centro é ocupado pelas cortes e a periferia pela diversidade de regimes normativos que se desenvolvem de forma autônoma. A periferia é povoada por uma diversidade de normas que se multiplicam: “contratos padrões, acordos de associações profissionais, rotinas padrões de organizações, padrões técnicos e científicos, normatização de comportamentos, consensos informais entre ONGs, a esfera social e midiática” (TEUBNER; LESCANO, 2004, p. 1012 – 1013).

As cortes no sistema mundial, ao defrontarem um caso específico, são pressionadas a levar em consideração não somente as normas que fazem parte do seu regime jurídico. No desenvolvimento do conflito, as teses jurídicas apresentadas pelos dois lados têm uma capacidade criativa que pode ser vista como uma ligação entre a periferia normativa de abundância criativa e o centro judicial mais formalizado. Em uma lide no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, por exemplo, o Estado pode ir além das normas comerciais estritas para justificar eventual barreira comercial e utilizar normas do regime ambiental ou qualquer outro argumento que faça parte da periferia jurídica mundial que possa vir a ser útil. Essa relação entre centro e periferia, evidenciam os conflitos que estão latentes na periferia jurídica mundial em conflitos judiciais. Mesmo que os juízes rechacem a aplicação de normas de outros regimes em seus arcabouços normativos especializados, não há um impedimento *a priori* que a argumentação da parte seja feita com base também em argumentos de regimes privados ou de outros subsistemas. O conflito, quando levado a um órgão judicial, é um ponto de

interconexão necessária entre das diversas formas de racionalidade e choque entre periferia e centro¹²⁷.

A questão dos conflitos entre os campos normativos deriva do fato de que eles estão acoplados a setores sociais que representam mentalidades específicas. Contratos da *lex mercatoria*, por exemplo, estão associados à lógica econômica e podem colidir com as normas produzidas pela OMS, guiada pela lógica do sistema de saúde; assim como a *lex constructionis* pode entrar em conflito com as normas do Direito Internacional do meio ambiente ou o conflito que pode emergir nos painéis da OMC com os regimes de direitos humanos e direito ambiental (TEUBNER; LESCANO, p. 1013).

A origem do conflito, antes de poder ser reduzida ao conflito normativo, tem um nível mais profundo, que é o conflito entre discursos direcionados e confeccionados por duas mentalidades divergentes.

A sexta tese de Teubner e Lescano é uma análise da fragmentação social e jurídica para a teoria constitucional. Os autores analisam como esses regimes especializados vão além da criação de normas primárias, mas também desenvolvem normas secundárias de reconhecimento, feitura e sancionatórias. Essa estrutura reflexiva, sobre as próprias normas, para os autores, faz com que esses regimes desenvolvessem constituições civis¹²⁸ (2004, p. 1016).

Ao analisar o regime privado de determinados setores esportivos, foi destacado o fato de que eles utilizam o termo “constituição” para referir as normas que organizam o esporte e determinam as sanções e procedimentos adequados para os atletas

¹²⁷ Os conflitos que ocorrem nos órgãos têm duas questões: (i) a questão jurídica patente; (ii) o conflito intersistêmico latente, que representa o conflito de racionalidade. Ao decidir de uma ou outra forma, o juiz pode privilegiar uma determinada interpretação do direito e da realidade social. O momento de crise que fica patente no conflito no primeiro momento pode dar lugar a um momento de compatibilização entre diferentes regimes normativos. Os juízes que rechaçam de pronto qualquer possibilidade de interação entre diferentes regimes normativos só fazem potencializar o conflito, que continuará sendo posto de formas diferentes e âmbitos judiciais. Negar a interconexão e o conflito intersistêmicos, não traz estabilidade as relações sociais, só faz aumentar a insatisfação dos subsistemas parciais ignorados. Essa forma de conflito requer uma nova forma de interação e busca por compatibilidade entre os regimes normativos. Os preceitos básicos que podem auxiliar são: reconhecimento, abertura, interação e diálogo. Reconhecer a diferença, se portar de forma aberta à participação dos outros subsistemas, ter uma postura que possa trazer interação entre a diversidade e um diálogo aberto e participativo que possa trazer ganhos mútuos.

¹²⁸ Marcelo Neves é crítico à concepção de Teubner sobre a existência de constituições civis globais. Neves, nessa situação, traz a seguinte ponderação se o termo Constituição não estaria sendo utilizado de forma indevida ao que é definido por Luhmann, como acoplamento entre direito e política. Diante disso, o autor levanta a possibilidade de um uso inflacionário ou inadequado do termo Constituição por Teubner (2009, p. 110). Outro ponto que Neves destaca é que as estruturas jurídicas desenvolvidas por esses subsistemas parciais não teriam condições de operar de forma autônoma, mas seriam instrumentos da ordem política ou econômica, sendo duplamente corruptível (2009, p. 112).

vinculados à federação. A ideia de constituições civis¹²⁹ é reforçada por esses exemplos que buscam criar sua estrutura normativa com caráter reflexivo e que vão além da definição de normas primárias, mas também trazem normas secundárias.

A conclusão a que os autores chegam após a análise dessas seis premissas é de que o problema do conflito de normas é um epifenômeno em relação ao verdadeiro e mais intenso problema social que é a fragmentação de várias racionalidades que tornam o discurso cada vez mais especializado e hermético. As normas produzidas e antagônicas são reflexos de conflito entre esses subsistemas parciais que produzem as próprias normas de forma tal que elas são reflexo dessa diversidade de pensamentos entre os grupos sociais (2004, p. 1017).

Ante a ausência de um soberano mundial ou órgão central que possa compatibilizar as normas e não há nenhuma norma hipotética fundamental que todas as demais normas possam ser redirecionadas parece tornar inaplicável a busca por unidade ou coerência nos moldes que foi estabelecido a teoria interna. As normas jurídicas produzidas fazem parte de blocos jurídicos que tendem a se expandir e entram em choque. Pensar em unidade ou coerência nos moldes em que foi desenvolvido pela teoria que tem como premissa um soberano e um espaço territorialmente delimitado parece inadequado¹³⁰. Teubner e Lescano afirmam que pensar em unidade e hierarquia, nesses termos, seria criar mais problemas para a realidade social (2004, p. 1017).

Vale ressaltar que, mesmo com a ausência de um soberano e de uma norma fundamental que possa garantir a unidade nos moldes estatais, isso não implica um novo

¹²⁹ Um “porém” deve ser feito em relação a esses processos que ocorreram na sociedade civil e que buscam a autonomia funcional. O desenvolvimento dessas constituições civis não está isento de problemas em relação ao seu fechamento operativo. Em alguns casos, os sistemas não conseguem uma blindagem adequada a forças corruptivas, como dinheiro, pressão política, e acabam distorcendo seu funcionamento em virtude de ímpetos colonizadores. Essa situação pode ser bem visualizada no caso envolvendo a FIFA e compra das sedes para a Copa do Mundo ou escândalo envolvendo a Agência Mundial Antidoping em que alguns atletas ganhadores de medalhas olímpicas poderiam ter feito seus tempos com o uso de substâncias ilegais. Esses problemas representam como a própria ordem constitucional desenvolvida por esses regimes privados e que são suscetíveis aos mesmos problemas que as ordens constitucionais nacionais passam. A resposta para esses problemas pode ser vista como o aperfeiçoamento das estruturas de proteção e uma maior democratização e transparência das suas atitudes. No caso do futebol, por exemplo, a realidade brasileira tem o grupo “Bom Senso Futebol Clube” que, talvez, possa ser visto como uma tentativa de ampliar a relação entre os órgãos formais de estruturação do futebol e os atletas que podem ser vistos como os “cidadãos” desse regime. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150527_entenda_fifa_lab Acessado em 02 de setembro de 2015. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/02/deportes/1438514432_064182.html Acessado em 02 de setembro de 2015.

¹³⁰ Até mesmo porque o processo de fragmentação jurídica no âmbito interno também faz com que a busca por coerência entre os diversos campos jurídicos existentes no âmbito do Estado-nação seja cada vez mais difícil se alcançar. As dificuldades de compatibilização principiológica levam a distorções no sistema jurídico que é visto como cada vez mais casuístico e incoerente.

conceito de unidade e de coerência jurídica não poder ser constituído de forma tal que possa dar conta da complexidade das relações sociais. A relação entre regimes teria a faceta heterárquica, que pressupõe a ordem e a coordenação de atividades mesmo sem a existência de um centro que coordena todas as operações.

Com a ausência de um soberano e proliferação de regimes privados, a ideia do Estado como único centro produtor de normas jurídicas parece sofrer abalo significativo. Fechar os olhos para a nova realidade e as novas estruturas de regulação é negligenciar a noção de que o mundo passa a conviver e tem necessidade dessas normas para que o seu funcionamento ocorra de modo mais estável. Claro é que a estruturação global não deixa o Estado em um plano secundário ou de menor importância, mas faz que os demais agentes sejam redimensionados.

Outro aspecto que parece sofrer com a profusão normativa global é a distinção entre internacional e nacional. Na medida em que os dois campos são hipertrofiados com novas demandas regulatórias, a possibilidade de choque e interação dos dois níveis se torna cada vez mais constante. No âmbito nacional, regional, internacional e transnacional, algumas matérias são regulamentadas e isso possibilita sobreposições temáticas entre as esferas.

A quebra da unidade do ordenamento jurídico (possibilidade de todas as normas serem redirecionadas até a norma hipotética fundamental), também tem reflexos para no âmbito da resolução de antinomias. As normas no âmbito mundial pertencem a distintos âmbitos de validade e possuem racionalidades próprias e específicas que dificultam a aplicação dos clássicos critérios de resolução de antinomias. Normas que são igualmente especiais, ou que buscam superioridade hierárquica para os seus preceitos dificultam a solução em caso de conflito.

A insuficiência dos critérios, no âmbito interno, pode ser contornada em virtude de um corpo jurídico unificado. O conflito entre os critérios é resolvido pela Corte Suprema que escolhe qual aplicar e garante a consistência do ordenamento. O questionamento é o que fazer quando órgãos, de igual hierarquia, acham que as normas reguladoras da sua estrutura institucional são igualmente especiais. O que fazer em caso de bloqueios recíprocos sem o recurso a uma estrutura superior que possa dar a uma resposta final?

A título de síntese, as dificuldades teóricas abordadas podem ser assim apresentadas: (i) as concepções clássicas de hierarquia, unidade e coerência do direito parecem ser inaplicáveis ao cenário mundial; (ii) a delimitação do Estado como o único

centro produtor de normas jurídicas parece ser problematizada diante da pulverização de estruturas que produzem normas; (iii) a postura de renegar a alteridade normativa e continuar a usar os mecanismos clássicos de resolução de antinomias parece ser insuficientes; e (iv) a fronteira entre as matérias de competência nacional e internacional também passam a ser cada vez mais turvas, ante o compartilhamento de interesses entre os diversos níveis.

Cada uma dessas conclusões pode ser alvo de problematização própria. Mesmo o reconhecimento de que o Estado não seja o único, reconhecer outras estruturas como produtora de normas jurídicas também pode ter consequências negativas, especialmente na definição do que é o Direito e quais devem ser as normas aplicáveis. A abertura desmesurada do sistema jurídico, com a inclusão de outras normas, pode fazer com que o Direito perca sua identidade e capacidade operativa ante da sobrecarga de normas que buscam o rótulo de jurídicas. Antes de uma total anarquia metodológica sobre o que são normas jurídicas, o desenvolvimento de critérios mais flexíveis e mais inclusivos no processo deliberativo e decisório já podem auxiliar nas relações jurídicas.

Mesmo com as dificuldades teóricas que existentes, o ponto que talvez seja mais visível é a impossibilidade de manutenção de uma postura unilateral e negação peremptória entre os diversos níveis de regulação e atuação global. Não há como negar a necessidade de maior integração, cooperação e diálogo entre as diversas formas de externalização dos fenômenos sociais e jurídicos. Os diversos níveis devem buscar cooperar entre si para que os objetivos compartilhados e os interesses que se chocam possam ser resolvidos de forma conjunta.

Manter a posição de ignorar totalmente as relações jurídicas difusas e negar a complexidade que há, pode acarretar bloqueios mútuos e impossibilidade de harmonizar as diversas relações sociais e jurídicas. Negar o conflito e a alteridade é uma forma de potencializar o conflito, já que soluções são postergadas. Em determinados casos, especialmente, negar o conflito não traz só inconsistência ou irracionalidade ao sistema social, mas pode ter consequências mais graves. Incompatibilidade entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental não se mostra só nos conflitos intersistêmicos, mas tem reflexos na própria organização biológica do Planeta. As discussões sobre o aquecimento global podem perdurar, enquanto os efeitos práticos podem se apresentar independentemente se os países aceitam ou não a sua existência ou desenvolvem formas para amenizar o problema.

4. 2. 3 A reconstituição pluralista

As ideias de ordem, coerência, caos e anarquia são elaborações humanas que tentam explicar a realidade, tornar mais fácil a percepção humana para compreender o funcionamento das coisas. Ao observar a natureza e notar que ela se comporta de determinada forma, o homem identifica um padrão e atribui a esse comportamento a ideia de normalidade. Em situações que fogem aos padrões, a Ciência tenta fazer com que as distorções possam ser enquadradas em alguma exceção e assim manter a regra geral. O fazer, porém, quando as distorções passam a ser de tal monta que não parecem mais exceções? A natureza, a sociedade, passam a se comportar de forma inadequada ao que era esperado pela teoria. O que fazer?

A natureza, quando os homens utilizam modelos explanatórios inadequados para a sua apresentação, não vai simplesmente deixar de apresentar seus eventos pelo fato de que eles não correspondem ao que os livros e estudos humanos esperam dela. A sociedade também não vai deixar de funcionar, operar suas atividades, pelo fato de que a concepção humana dela não corresponde ao esperado. As Ciências Sociais são influenciadas por condicionamentos históricos e o modelo adequado a uma realidade, se torna inadequado se as premissas são modificadas. Então, o que precisa ser alterado é a teoria, não a sociedade. A teoria precisa ser repensada de uma forma que possa ser uma representação adequada da sociedade.

A pulverização das estruturas de poder, de campos temáticos e os diversos eventos relacionados a esse processo, mesmo não recebendo adequadamente o reconhecimento por parte das estruturas formais, ocorressem modificações no âmbito jurídico e social. Esse processo de desconstrução da estrutura jurídica baseada na unicidade do soberano e seu poder exclusivo para a confecção de normas traz consequências para o que se espera do Direito e a teoria que é utilizada para explicar o seu funcionamento.

A maior densidade de agentes no âmbito mundial acarreta maior demanda por normas para regulamentar as relações que ocorrem. A produção dessas normas sucede mesmo sem que os Estados atuem diretamente, por meio de regulamentação privada. A sociedade global passou a se desenvolver de forma centrífuga, onde a forma pulverizada de expansão dos agentes serve como norte básico para que a arquitetura das relações jurídica e políticas seja diferente. A expansão mundial se deu de forma a dissipar entre diversos centros e vários discursos especializados as relações sociais e jurídicas. Ao

contrário do que ocorreu no âmbito estatal, onde o processo foi centrípeto, em direção ao centro estatal e ao soberano, as relações mundiais foram pulverizadas em vários pontos específicos.

As considerações que feitas entre os diversos agentes demonstram o caráter descentralizado na forma de estruturação do poder. Mesmo que cada um desempenhe papéis importantes para a semântica regulatória e administrativa mundial, nenhum pode ser visto como intrinsecamente superior aos demais. Estados, organizações internacionais, ONGs e multinacionais trabalham e atuam onde não é possível identificar nenhum como eminentemente superior. As relações são horizontalizadas entre os diversos agentes.

Essa forma específica em que a sociedade mundial se organiza é diferente do modelo que foi desenvolvido no âmbito do Estado-nação, com a existência de um soberano que pode definir as normas aplicáveis e dirimir conflitos de jurisdição entre os diversos órgãos jurisdicionais.

Os esforços depreendidos na descrição da sociedade mundial, com o mapeamento das estruturas que produzem normas, atuam com caráter administrativo ou judicial, pode ajudar a identificar a feição da sociedade. As relações desenvolvidas com base no princípio da soberania não servem mais como premissa factual para a constituição da teoria jurídica atual. A sociedade se caracteriza e se desenvolve de forma diferente, logo, será o caso de repensar a teoria jurídica.

O desafio posto à teoria jurídica e social é que essa realidade fatural possa ser processada em matriz teórica que possa abranger essas diversas estruturas. Conseguir explicar essa realidade pode trazer contribuições posteriores com o intuito de canalizar esforços para que a sociedade possa funcionar melhor.

A teoria jurídica desenvolvida com origem no viés hierarquizado tem dois défices básicos nesse contexto apresentado: (i) não consegue descrever o cenário adequadamente; (ii) não fornece meios adequados que possam ser utilizados, já que os feitos com base na premissa da unicidade do soberano fazem uma leitura inadequada. Nesse contexto, o problema é manter um modelo explanatório que não abrange a existência de vários centros temáticos e de poder. Persistir nesse modelo acarreta inefetividade do sistema.

Em resposta a esses défices teóricos deve ser postulada uma teoria que busque se adequar à forma de estruturação. A teoria deve ser uma que possa abranger a complexidade apresentada; pensar de uma forma que mesmo sem um soberano seja

possível buscar ordem, coerência, e unidade. Esse novo contexto, que parece passar por dificuldades com as premissas estatais, pode ser ressignificado em um contexto pluralista. Bobbio traz uma definição sobre o que é o pluralismo:

Na linguagem política chama-se assim a concepção que como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado. Como tal, o Pluralismo é uma das correntes do pensamento político que sempre se opuseram e continuam a opor-se à tendência de concentração e unificação do poder, própria da formação do Estado moderno. (1998, p. 928).

Com origem no conceito de Bobbio, é possível verificar como ele é adequado ao propósito das considerações feitas em torno da superação da faceta centralizada da atividade política e jurídica que outrora cabia unicamente ao Estado.

Os diversos agentes estão em constante intercâmbio e contato¹³¹. Eles criam pontos de atrito e cooperação. Estados são pressionados por empresas, por ONGs, por outros Estados e por organizações internacionais; assim como todos os demais agentes buscam influenciar um ao outro. Antes de se falar em um centro de comando, é o caso de pensar uma dinâmica multicêntrica, no qual vários pontos proeminentes atuam como propulsores de irritação e interação.

O pluralismo é uma das teorias que historicamente se opõe ao centralismo estatal e por isso não se mostra como um conceito novo. A diferença entre as antigas teorias e o novo pluralismo se dá pelo fato de que as relações globais tornam o pluralismo mais resistente aos meios autoimunes do centralismo estatal. Dessa forma, o objetivo básico do pluralismo é combater o centralismo legal desenvolvido desde as revoluções burguesas. John Griffiths visualiza essa concepção com um caráter quase ideológico e traz de forma clara a localização do problema:

In the legal centralist conception, law is an exclusive, systematic and unified hierarchical ordering of normative proposition, which can be look at either from the top downwards as depending from a sovereign command (Bodin, 1576; Hobbes, 1651; Austin, 1832) or from the bottom upwards as deriving their validity from ever more general layers of norms until one reaches some ultimate norm (s) (Kelsen, 1949; Hart, 1961). (1986, p. 3).

¹³¹ A ideia de interação e contato deriva da unicidade do fato social ante a pluralidade de racionalidades. O mesmo fato pode ser interpretado de vários modos. Esta situação permite que ocorra interação entre os diversos agentes que interpretam o fato social.

Essa concepção do direito está correlacionada à ideia de Hobbes e como esta foi incorporada no decorrer do pensamento jurídico contemporâneo. Griffiths acentua que o centralismo legalista tem até mesmo um viés ideológico e confunde entre a descrição do que a lei é do que com que a lei deve ser. Essa ideologia e redução do direito ao produzido pelo Estado seriam os maiores obstáculos para uma observação acurada de como a lei funciona e se relaciona com outras estruturas normativas da sociedade (1986, p. 3 – 4).

Griffiths faz a distinção entre dois sentidos de pluralismo jurídico. Um forte e um fraco. O pluralismo forte é aquele que consegue desenvolver suas operações sem referência necessária as normas estatais, enquanto o pluralismo em sentido fraco é o que indiretamente não é bastante para refutar o monismo jurídico (1986, p. 5).

Ao tratar sobre a diversidade de normas em um mesmo espaço territorial, foram mencionados mecanismos de caráter autoimune que o Estado utiliza para garantir a exclusividade na produção jurídica. O ente estatal recorre a mecanismos para incorporar a diversidade de normas na sociedade. A primeira forma de atuação do Estado pode se dar com a delegação da competência para as estruturas privadas. Mesmo que particulares sejam responsáveis pela produção de alguma norma ou atividade administrativa, a sua legitimidade só advém por ter sido delegada pelo Estado. A outra forma é por meio do reconhecimento, do Estado, das normas produzidas pelos particulares no âmbito da autonomia contratual, por exemplo. O Estado faculta às pessoas, que no curso da vida civil, produzam normas devidamente reconhecidas como jurídicas pelo fato de que elas são autorizadas pelo Estado. Seu caráter jurídico advém em razão do centralismo estatal. A última possibilidade é o caso de omissão estatal. Em determinados contextos de exclusão social, é possível que normas paralelas sejam desenvolvidas pelas estruturas marginalizadas, mas, mesmo nesse contexto, a resposta não é conceder o *status* jurídico para essas manifestações, mas sim como distorções que podem ser devidamente corrigidas com o enrijecimento do Estado.

Essas explicações são formas de garantir a teoria do monismo jurídico consistência mesmo diante da produção de normas por parte de particulares e em situações extravagantes. A teoria estaria salva já que, as demais espécies normativas, só existem em virtude da permissibilidade que a ordem jurídica estatal concede. Essa feição pluralista, em sentido fraco, para Griffiths, é uma maneira de externalização de um monismo pluralista, onde a diversidade seria incorporada e relacionada a uma só fonte de validação (1986, p. 8).

Essa feição do pluralismo em sentido fraco é criticada por Griffiths e foi desenvolvida especialmente no choque entre racionalidade e sistemas jurídicos em situações coloniais, por exemplo. Como as normas que já existiam na Colônia e que guiavam o comportamento das pessoas que habitavam a localidade passam a se relacionar com as normas da Metrópole que tentam garantir que o sistema jurídico que seja aplicado seja o seu. Essa estrutura de análise do pluralismo, como exposta na crítica de Griffiths, provavelmente é insuficiente para combater a ideologia em torno do monismo jurídico de forma adequada. É necessário repensar o próprio pluralismo para que ele possa fazer frente ao monismo jurídico de modo mais preciso.

O pluralismo fraco também é criticado por Teubner. O autor acentua que a pluralização do pluralismo jurídico não deve ser analisada tão-somente no âmbito dos grupos e comunidades, mas também deve incorporar a dimensão dos discursos sociais. Nas sociedades hiperecomplexas, os discursos se tornam cada vez mais especializados e criam as estruturas normativas. Essa situação precisa ser pensada em termos de pluralismo jurídico, para o autor. Então, caso o pluralismo jurídico seja visualizado como modo fraco, ele corre o risco de ser marginalizado nessa nova forma que é até mesmo mais exuberante de configuração do fenômeno jurídico (2005, p. 96).

Antes de se apresentar como uma doutrina uniforme, o pluralismo é uma doutrina plural, ante a diversidade de concepções em torno do tema. Miguel Reale ensina ser possível visualizar concepções pluralistas entre fascistas, neoliberais, institucionalistas católicos e sindicalistas revolucionários (2000, p. 265). Além do primeiro alerta, Miguel Reale também ressalta o perigo das doutrinas pluralistas adotarem uma postura “sociologista” mais acentuada do que jurídica. Ao acusar os monistas de formalistas, os pluralistas poderiam ir para o outro extremo ao afirmarem que o Direito é fruto exclusivo das relações socioeconômicas (2000, p. 266).

Na elaboração das características básicas do pluralismo jurídico, Wolkmer destaca alguns pontos, como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância. Em relação a eficácia dessas estruturas, Wolkmer assevera que ela dependerá da liberdade de atuação e da mobilização em torno de seus objetivos¹³². A ideia de descentralização, por sua vez, é analisada no sentido de reconhecer a mobilização

¹³² Ao analisar as ONGs, foi ressaltado que não é possível ter garantia na eficácia de suas estruturas, que a sua densidade é fruto de uma mistura de êxito nos seus objetivos e reconhecimento social. Ao que parece, essa ideia se adéqua ao que Wolkmer expõe sobre a relação entre atuação e mobilização. Essas estruturas vão ter mais espaço globalmente se conseguirem ser eficazes e a conquista dessa eficácia ocorre sem passar necessariamente pelo domínio Estatal.

de estruturas por novos sujeitos coletivos¹³³. Há possibilidade de participação quando as estruturas estão mais diluídas (2001, p. 175).

Todos esses pontos podem ser visualizados na realidade social expressa. Os diversos subsistemas jurídicos parciais tendem a atuar de forma autônoma e descentralizada na busca dos seus objetivos. A expansão dos diversos campos temáticos tende a ocorrer de uma forma que não leva em consideração os reflexos para as demais áreas que podem ser afetadas pelo fato social regulado. As relações sociais também são abertas e possibilitam a participação de outras agentes. Os obstáculos existentes são de índole organizacional e de perseverança. ONGs são criadas e conseguem ter alguma atuação com o passar do tempo e com a efetividade de suas ações¹³⁴. Além disso, os locais (particularidades) também são de grande importância para o sucesso e para a interpretação da diversidade de mentalidade que há no Globo¹³⁵. Por fim, os últimos pontos, participação e tolerância. Mesmo que seja de inserção difícil, onde as racionalidades buscam a sobreposição de suas mentalidades, e são seletivas no reconhecimento da atuação dos diversos agentes, é possível visualizar determinadas experiências na atualidade e um futuro no qual as estruturas busquem acomodação¹³⁶¹³⁷ entre as diversas

¹³³ A expressão utilizada por Wolkmer é especificamente “sujeitos coletivos”. Ao ser transposta para esse trabalho, poderia ser visualizada como agentes, que engloba sujeitos e atores internacionais. Esse ponto foi uma das questões mais ressaltadas no decorrer do trabalho. A sociedade global conta com uma maior densidade de atores e sujeitos. Negar seu papel no desenvolvimento das relações jurídicas é ignorar uma realidade que se põe de forma fatural na organização da sociedade.

¹³⁴ Por outro lado, é possível notar que determinadas localidades são mais adstritas aos seus territórios. A globalização é assimétrica entre incluídos e excluídos. Estes são a maioria da população mundial que não tem acesso aos meios básicos de desenvolvimento e não conseguem ter voz.

¹³⁵ Como destacado no caso envolvendo a vedação de importação de amianto encapsulado por parte da União Europeia, tendo em vista os hábitos específicos dos consumidores europeus.

¹³⁶ Teubner trabalha a ideia de interdiscursividade, no sentido de separação dos discursos, mas, ao mesmo tempo, existe uma ligação entre eles. A ideia de Teubner parte da premissa de que há diversidade discursiva, mas o fato social é único. Um fato social pode ser interpretado do viés proeminentemente econômico, mas outros discursos sociais também podem analisar esse mesmo fato de uma estrutura discursiva diferente. Na medida em que o processo interdiscursivo se torna mais constante e mais suscetível de conflitos entre os discursos, Teubner afirma que há uma tendência para a coevolução e para a formação de acoplamentos estruturais, formas que objetivam a comunicação e a interação dos discursos de forma tal que eles possam manter a sua autonomia (2005, p. 91 – 92). Marcelo Neves também desenvolve o conceito de racionalidade transversal. O autor traz o seguinte conceito: “Então, cabe falar de racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma ‘ponte de transição’ específica entre elas”. (2009, p. 42). Esses dois conceitos são formas de buscar um compartilhamento de estruturas sem que implique a existência de um metadiscorso que possa se sobrepor às diferenças.

¹³⁷ A ideia de desenvolvimento sustentável pode ser vista como uma forma de garantir uma interconexão do Direito Ambiental com o Direito ao desenvolvimento. É um conceito híbrido, uma ponte de transição de conexão ambiental e econômico. Esse discurso tenta conciliar essas mentalidades diferentes. O reconhecimento por parte da OMC das normas desenvolvidas no âmbito do *Codex Alimentarius* ou por parte da ISSO, no seu arcabouço normativo, também podem ser vistas como formas de o discurso

particularidades que elas têm entre si. Conflitos não servem unicamente para demonstrar zonas de atrito, mas também são momentos que possibilitam atuações criativas para soluções compartilhadas e acomodação mútua.

Essas formas de caracterização do pluralismo, não conseguem se adequar de forma mais intensa na sociedade global, dão origem a sua faceta de uma teoria em relação à sociedade. Ela tem a função de descrever a sociedade, mas, onde não consegue ser efetiva, ela pode ser utilizada como norte para aperfeiçoar a sociedade. No âmbito dos excluídos socialmente, por exemplo, que têm a sua possibilidade de participação minorada, devem ser buscados meios para que eles possam participar, ser incluídos socialmente. O pluralismo que apresentado não serve só como norte descritivo da sociedade, mas serve também como objetivo a ser alcançado.

As características utilizadas por Wolkmer são compatíveis com as trabalhadas por Backer ao descrever a nova estrutura do Direito global. O autor ressalta que os traços básicos que podem ser visualizados para a organização do Direito global são fraturado, fluído, permeável e policêntrico. Backer acentua que entender essa nova dinâmica global de regulação requer aprender uma linguagem própria que está além do Estado e dos limites territoriais (2012, p. 181 – 182). Essas estruturas possuem uma organização própria:

These characteristics speak to a dynamic system in which order is dependent on the ability of actors to form and deploy a large number of governance structures simultaneously, where the state continues to assert a substantial power, but in which it can no longer claim pride of place. (BACKER, 2012, p. 182).

A ideia de fratura (*fracture*) trabalhada por Backer analisa como o Globo passa por um processo de ruptura de nivelamento hierarquizado entre Estado, grupos não estatais, religiosos e outras espécies de coletividade. Essa organização está relacionado à emancipação territorial de diversos grupos temáticos que deixam de se preocupar exclusivamente com a questão territorial e passam a ser organizados mundialmente em torno de uma vontade, uma comunhão de interesses. Essas estruturas desterritorializadas conseguem autonomia autoconstituente e a sua existência não deriva mais do autorizamentos de um Estado particular (2012, p. 182 – 183).

econômico aceitar estruturas desenvolvidas pelo discurso científico e técnico. As estruturas fragmentadas aos poucos vão desenvolvendo mecanismos de inclusão que permitem a inserção de outras mentalidades (não implica em atuação direta) ao seu arcabouço institucional.

Um dos pontos interessantes da análise de Backer é que a ideia dessa organização ‘fraturada’ não deve ser vista como o fim da ordem, mas sim reorganização, reestruturação das relações sociais. As estruturas privadas saem da sombra dos Estados (*shadow of the state*) e conseguem ter autonomia e mais espaço. Esse processo também modifica a própria ideia de lei. Backer analisa esta de maneira mais ampla (foco na funcionalidade, em vez na formalidade), afirmando que aquilo que pode servir para moldar comportamentos, pode ser visto como lei. O autor destaca a mudança no papel do contrato de arranjos bilaterais para instrumentos que podem compelir determinadas condutas, como prova dessa nova faceta da estrutura regulatória (2012, p. 184).

Uma das questões que Backer expõe é a remodelação também em matéria de coesão e legitimidade. Os espaços jurídicos globais permitem a coesão de grupos de países diferentes e que são unidos por afinidade em determinados temas. Além disso, é necessário repensar a própria ideia de legitimidade democrática na atuação deles (2012, p. 185). Cassese também faz considerações nesse mesmo sentido, afirmando que esses novos campos de estudos¹³⁸ não podem contar com os paradigmas clássicos do Direito público e, ao final, questiona se um vinho novo pode ser colocado em garrafas velhas¹³⁹ (2010, p. 762).

Essas duas considerações servem como um estímulo para repensar a ideia de legitimidade democrática com origem em padrões não eleitorais de legitimação. A formação do Direito interno baseado na estrutura hierarquizada levou o Direito a um estágio em que a mera legalidade não fosse suficiente para conter as demandas de validade normativa, pois era necessário que a legitimidade fosse aprimorada. Mesmo sem se afastar do princípio da unicidade do soberano, a ideia de legitimidade foi desenvolvida especialmente com a noção de Estado Democrático de Direito, com a proteção de direitos fundamentais e procedimentos de participação democrática abrangendo a vontade da maioria e o respeito às minorias.

Adotar o pluralismo tem como desafio também repensar formas de garantir legitimidade democrática a essas estruturas. Vários conceitos precisam ser repensados ou desenvolvidos para que essas estruturas atuais possam ser otimizadas. Antes de fechar

¹³⁸ Cassese, no caso, faz menção específica ao Direito Administrativo Global, que pode ser um dos campos teóricos onde as considerações feitas conseguem se adequar de modo mais abrangente. (2010, p. 762).

¹³⁹ A metáfora utilizada por Cassese é no sentido de que determinados conceitos antigos, baseado no paradigma estadocêntrico, como legitimidade democrática, talvez precisem ser repensados para que possam se adequar a essas relações. Essa ideia não quer dizer que legitimidade democrática não seja importante, mas as formas de pensar sobre legitimidade é que precisem ser repensadas.

os olhos e negar sua existência, reconhecer que elas fazem parte da sociedade, que podem ser aperfeiçoadas e aprimoradas é um caminho para pensar e refletir sobre elas e os problemas que existem e devem ser desenvolvidos. O pluralismo não pode ser visto como resposta acabada. Deve ser visto, isto sim, como um convite a refletir criticamente e a buscar novos mecanismos teóricos e práticos para otimizar a sociedade. Entre as novas formas de legitimidade, os nortes básicos devem ser responsabilidade, inclusão, transparência, participação e fiscalização. Na medida em que esses mecanismos são inseridos, é possível pensar em estruturas mais responsáveis socialmente e mais legítimas, mesmo sem utópicas ideias de cidadania global.

Essas novas estruturas jurídicas articuladas passam a ter reflexo na sociedade, de acordo com Backer, desde o reconhecimento social costumeiro por parte das pessoas do grupo (2012, p. 187). Os diversos grupos sociais correlatos a essa norma guiam seu comportamento de acordo com as prescrições feitas nelas. Além disso, essas estruturas também criam meios que buscam assegurar a sua validade em caso de inobservância da norma. Os grupos desenvolvem mecanismos mais sofisticados de sanção que vão além da capacidade coercitiva. O ganho geral em previsibilidade da ordem e confiança recíproca nas relações faz que situações de descumprimento das normas sejam danosas para aquele que busca alguma forma de atuação oportunista. A rede que os atores integram, com capacidade rápida da disseminação de informação, leva que o descumprimento de uma norma seja rapidamente disseminado para os demais pontos da rede que podem recusar novos negócios jurídicos, ou que podem acarretar um processo de publicidade negativa que vai ter efeitos nocivos para os infratores.

É com origem em um pensamento pluralista que essas novas formas de reconhecimento, sanção e interação que já existem e conseguem se fazer valer (mesmo sem o recurso necessário aos Estados ou sem recurso à força) conseguem ser explicadas. O desafio que surge é desenvolver as ramificações ao adotar o pluralismo, aperfeiçoar as relações jurídicas e sociais. O pluralismo requer uma nova postura sobre o Direito e a sociedade. Essa nova atitude tem como desafios novos meios metodológicos que precisam ser aperfeiçoados e pensadas para garantir a eficácia geral da ordem social.

As diversas áreas de regulação se acham congestionadas por uma diversidade de normas que são fruto de estruturas nacionais, internacionais, não estatais e da possibilidade de combinação entre essas estruturas (BERMAN, 2007a, p. 1159). A dinâmica própria do Direito Internacional e as prerrogativas que eram exclusivas do Estado devem ser repensadas ante essa situação. Berman descreve essa situação:

Thus, we have seen increasing attention to the important – though sometimes inchoate – processes of international norm development. Such processes inevitably lead scholars to consider non-state norms, including norms articulated by international bodies, NGOs, multinational corporations and industry groups, indigenous communities, transnational terrorists, networks of activists, and so on. (2007b, p. 310).

O autor destaca as variantes que apresentadas e ainda traz outros grupos sociais que devem ser levados em consideração, como grupos indígenas¹⁴⁰¹⁴¹. Antes de pensar em termos monológicos e com o Estado como único centro, deve-se pensar em termos mais plurais e mais suscetíveis ao reconhecimento dos demais agentes que podem influir e influenciam.

Ao que parece, a estrutura regulatória e política mostrada necessita ser interpretada desde o viés pluralista para que possa fazer sentido. A conscientização da sociedade de forma plural pode ajudar a modificar a posição dos diversos participantes e diversas estruturas normativas. Eles devem buscar o diálogo e evitar agir de forma unilateral, o que pode acarretar bloqueios, ineficácia ou desníveis de efeitos nos diversos pontos da rede.

A nova metodologia do pluralismo advoga, mesmo ciente dos desafios, uma postura de abertura à alteridade e do diálogo entre as diversas racionalidades. As dificuldades que existem na tradução da linguagem, peculiar de cada regime parcial, só podem ser minoradas se a postura hermética e de não abertura inicial for modificada. Na

¹⁴⁰ A questão das comunidades indígenas, por exemplo, pode ser pensada no choque entre uma tribo e uma empresa que busca desempenhar determinada atividade no seu território. Isso dá origem a um choque entre a mentalidade e a estrutura social que existe no grupo indígena e a racionalidade monetária da empresa. Falar que determinado solo é sagrado ou determinado rio é um Deus pode não fazer sentido para uma sociedade mais laica e para uma empresa que não compreende muito essa forma de pensar dos grupos indígenas, mas, mesmo assim, esses grupos devem ser levados em consideração e o choque entre essas racionalidades faz parte da dinâmica social global. Na experiência brasileira, por exemplo, um fato inédito foi a criação de júri composto exclusivamente por indígenas para julgar um homicídio praticado por dois índios que mataram um outro índio, pois acreditaram que ele estava dominado por entidade espiritual conhecida como “Canaimé”. Eventual julgamento desse caso por um grupo de pessoas que não compartilha da cultura e da religião dos indígenas poderia ser inadequado para os índios, já que a possibilidade de uma pessoa ser dominada por um espírito parece ser algo mais distante do padrão do homem médio. O resultado do julgamento teve um índio absolvido e o outro condenado por lesão corporal leve. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/tentativa-de-homicidio-sera-julgada-por-juri-indigena-em-reserva-de-rr.html> Acessado em: 04 de setembro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html> Acessado em 04 de setembro de 2015.

¹⁴¹ Ao analisar o transconstitucionalismo como forma do diálogo entre ordens locais extraestatais, Marcelo Neves destaca que no âmbito de comunidades indígenas existe um duplo desafio a teorias constitucionais clássicas e a postura de interação em relação a essas comunidades, para que não resulte em outorga unilateral de uma visão de mundo e sobre direitos humanos. Temas como infanticídio (não no sentido técnico jurídico) e poligamia precisam de uma posição de maior cautela, tendo em vista que lidam como uma questão de ainda maior complexidade e de racionalidade diferente (2009, p. 216 – 229).

medida em que os sistemas e os operadores de cada campo buscam reformular sua posição de um modo mais inclusivo, é possível postular uma sinergia de esforços e o desenvolvimento do diálogo entre os subsistemas. Berman destaca como o pluralismo pode ajudar a conciliar os problemas entre as racionalidades:

Indeed, developing procedural mechanisms, institutions, and practices along pluralist lines may sometimes be a useful strategy for managing, without eliminating, hybridity. Such mechanisms, institutions, and practices can help mediate conflicts by recognizing that multiple communities may legitimately wish to assert their norms over a given act or actor, by seeking ways of reconciling competing norms, and by deferring to alternative approaches if possible. (2007a, p. 1164).

A fragmentação e os conflitos normativos, se forem analisados no âmbito do pluralismo, são eventos naturais que fazem parte da própria diversidade da sociedade. A interação da diversidade pode ser vista até mesmo como um ponto positivo, haja vista que os regimes jurídicos são compelidos a se organizarem e trabalharem de forma cooperativa. Um regime jurídico que atua de forma unilateral e é pressionado por outro sistema a reformular sua conduta pode ignorar a pressão realizada por outros sistemas normativos, mas, na medida que os seus efeitos danosos se intensificam, a pressão por parte de ONGs, Estados, OIs, pessoas, demandas judiciais, faz com que ocorra um aumento da pressão pela reformulação do seu comportamento, até que a atuação unilateral seja ampliada para abranger as outras demandas dos subsistemas.

Uma teoria que busca auxiliar na reformulação, e que pode estar conexa ao pluralismo jurídico, busca inspiração na ideia de sistemas adaptativos complexos. Tal teoria, ao ser utilizada no âmbito jurídico, pode ser de grande valia para a correta interpretação e o seu funcionamento da sociedade. J. B. Ruhl traz um conceito do que é um sistema adaptativo complexo: “the study of systems comprised of a macroscopic heterogeneous set of autonomous agents interacting and adapting in response to one another and to external environment inputs.” (2007, p. 887); uma teoria desenvolvida inicialmente nas Ciências Físicas, como Ruhl expõe, mas que foi utilizada na Economia, Ecologia, Sociologia e em outras áreas (2007, p. 887).

Para Ruhl, o que torna o sistema complexo é: “[...] how the rules, when set in motion among the diverse species and physical attributes of an ecosystem, produce nonlinear relationships between different agents and attributes.” (2007, p. 892). O autor traz como exemplos situações no âmbito da Biologia, como a modificação do tipo de aranha “sit and wait” (‘senta’ e espera pela caça), para aranhas com atividade de caça

ativa que pode levar a modificar significativas alterações na vegetação¹⁴². A atuação das aranhas não é diretamente na vegetação, mas sim na sua interação com gafanhotos que precisam modificar o seu hábito alimentar diante de uma nova estratégia de caça da aranha. Na medida que algum ponto da arquitetura *network* recebe alterações, deve-se esperar também *feedbacks* adaptativos para essas alterações (2007, p. 893).

Um dos pontos ressaltado em Ruhl é que a compreensão de sistemas adaptativos complexos requer uma forma de analisar mais holística as estruturas. A análise separada das aranhas, dos gafanhotos ou da vegetação não conseguiria fazer a conexão entre os três. Para compreender a dinâmica e a relação que há entre os três, Ruhl afirma que só será possível, em algum momento, uma análise mais afastada, que tente compreender a paisagem de forma mais ampla. O autor sintetiza essas considerações: “It is when we make the move from studying agents to studying systems that the particular attributes of complex adaptive system become prominent.” (2007, p. 894).

A ideia de ampliar o foco de estudo de agentes particularizado para uma visão mais ampla da relação entre eles no âmbito social foi um dos objetivos desse trabalho. Pensar a estrutura das relações mundiais de forma particularizada, sem dimensionar a diversidade de agentes e como eles interagem parece inadequado na configuração complexa dessas relações. Estados, OI, ONGs, multinacionais e outras estruturas que atuam “ecossistema mundial” influenciam e são influenciadas de forma diferente na dinâmica mundial. As posturas adotadas por esses agentes acabam refletindo de forma que não pode ser facilmente mensurada no globo. Um Estado, ao adotar determinada postura sobre a temática ambiental, por exemplo, pode esperar *feedbacks* por parte dos demais Estados, ONGs ou empresas. Os demais agentes vão analisar, processar e buscar se adaptar ao impulso dado pelo Estado.

Essa forma de ver o sistema mundial pode ser analisada em termos de um sistema adaptativo complexo. Os diversos agentes reagem aos eventos que ocorrem de forma diferente e intensa. Na medida que a mudança é processada, as demais estruturas

¹⁴² Outro exemplo de maior magnitude em relação a uma pequena modificação no ecossistema foi a reintrodução de lobos no parque de Yellowstone. O número de cervos e veados estava muito alto e distorcia toda a estrutura do parque. Quando os lobos voltaram, mesmo em pequeno número, eles modificaram os hábitos alimentares desses animais, além de caçarem alguns. Permitiram que a vegetação à margem do rio crescesse novamente, já que os cervos não se alimentavam nesses locais por serem mais suscetíveis aos lobos. A vegetação ficou mais densa, e com árvores. Isto fez com que pássaros e castores tivessem um ambiente mais propício para o seu desenvolvimento. Cada modificação atua como vetor para outras alterações no ecossistema do parque. A mudança final destacada foi a estabilização do curso do rio. Com a estabilização da vegetação na margem e o fortalecimento das florestas, o processo de erosão do solo passou a ser menos acentuado e o curso do rio mais estável. Disponível em: <http://noctulachannel.com/lobo-yellowstone-cadeia-alimentar/> Acessado em 04 de setembro de 2015.

mudam seu comportamento no Globo de acordo com o impulso dado. Eventos traumáticos ou emblemáticos, como a foto da criança síria morta na praia da Turquia, podem gerar uma cadeia de efeitos que chamam a atenção mundial para eventos que não eram devidamente dimensionados ou subdimensionados¹⁴³. Neste trabalho, foi dada mais atenção ao papel dos Estados, OI, ONGs e multinacionais, mas eventos traumáticos como esses têm o potencial de modificar a política sobre refugiados¹⁴⁴ de uma intensidade que os agentes destacados provavelmente não conseguiriam. Os demais agentes absorvem esses eventos e buscam reforçar a importância que eles têm no Globo e o mundo passa por uma readaptação ante as novas condições.

O pluralismo jurídico e político trabalhado como uma forma de repensar a cadeia de eventos e de interação que existem na sociedade global está relacionado também a essa forma de pensar o Direito como um sistema adaptativo complexo.

Ruhl analisa a possibilidade de adoção de teoria de sistemas adaptativos complexos no âmbito jurídico e afirma que as características de estruturação desses sistemas estão presentes no direito, como: (i) heterogeneidade: legisladores, cortes, órgãos administrativos, advogados, clientes; (ii) regras determinadas: cortes interpretam atos legislativos, legisladores fazem normas sobrepondo as cortes, cortes superiores revisam ou confirma decisões de cortes inferiores, agências administrativas recebem delegação do legislativo; as estruturas administrativas desenvolvem suas normas e implementam suas políticas; tribunais analisam a atuação administrativa; advogados atuam de forma conflituosa ou cooperativa com todos os demais; (iii) relações não lineares: o comportamento dos diversos agentes são suscetíveis de alteração, como mudança na legislação, mudança em uma interpretação judicial, novas formas de atuação por parte dos administradores; (iv) redes conectadas de feedbacks: a postura de um agente é interpretada e pode levar que os demais agentes políticos também mudem sua atuação. A posição de uma corte é analisada por toda a heterogeneidade de agentes e eles tomam posições de acordo com elas, assumem novas estratégias, criticam ou defendem a decisão tomada. (2007, p. 898).

¹⁴³ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/09/1677028-foto-de-menino-refugiado-morto-na-praia-atraiu-atencao-para-crise.shtml> Acessado em: 04 de setembro de 2015.

¹⁴⁴ A própria questão envolvendo refugiados não pode ser interpretada de forma isolada. Repensar essa política tem reflexo na postura do Globo em questões envolvendo guerras civis, problemas econômicos que fazem populações abandonarem seus países em busca de melhores condições de vida. Eventos 'isolados' são processados e ressignificados em várias áreas.

Essas considerações também podem ser visualizadas no contexto mundial. Há uma heterogeneidade de agentes e a relação entre eles já é previamente determinada por normas internacionais, há uma estrutura prévia que pode ser vista como as regras básicas de interação. A não linearidade de ações também é patente ante a diversidade de posições que podem ser verificadas com a tomada de posição por parte de um agente e também é possível verificar uma rede de *feedbacks*, formais ou informais, na decisão tomada. Os Estados, OI, ou qualquer outro agente podem ser alvo de críticas ou elogios pelas suas posições; o sistema irá processar a atitude e ter um comportamento diante dela.

Além da ideia de sistema adaptativo complexo, o pluralismo pode ser visualizado também no novo campo que se chama Direito Administrativo Global (DAG). Os autores que estudam o DAG têm como premissa as modificações na sociedade global que possui mais normas regulamentando assuntos transgovernamentais e estruturas administrativas criadas para campos interdependentes. Sabino Cassese afirma que esse novo campo possui três características principais: (i) é um projeto de cunho realmente global, superando o positivismo jurídico e as bases de formação unicamente contratual do Direito Internacional; (ii) trabalha com um campo temático relativamente novo, que foi desenvolvido de forma mais intensa nos últimos vinte anos, lidando com tratados, regras, standards, instituições e procedimentos que estão além da fronteira nacional, desenvolvidos por Estados ou por outras instituições globais¹⁴⁵; (iii) a necessidade de pensar essas estruturas fora do paradigma do direito público clássico. Estruturas desenvolvidas no contexto nacional como eleições periódicas e o devido processo legal para a proteção dos Direitos Humanos não podem ser transpostos de forma mecânica¹⁴⁶ (2010, p. 762).

Além desses pontos, Cassese também analisa a própria feição do que pode ser definido como lei. O primeiro ponto problematizado por Cassese é a impossibilidade de transposição da divisão entre jurídico e não jurídico no âmbito nacional (que se dá em virtude da existência de uma autoridade superior que consegue estabelecer essa linha divisória) para o global. Esse novo campo regulatório, mesmo sendo altamente formalizado, não ocorre em termos que podem ser vistos como legais no sentido

¹⁴⁵ Cassese ainda ressalta que essa nova estrutura é confusa, ao ser analisada pelas tradicionais concepções. As normas são vistas como jurídicas, mas não são obrigatórias. As instituições que são criadas conseguem atuar, no máximo, a partir do método de tentativa e erro, tendo em vista que não são reconhecidas de forma generalizada (2010, p. 762)

¹⁴⁶ A impossibilidade de transposição não implica que esses campos não sejam importantes, mas que eles precisam ser pensados de forma que possam se adequar respeitando as diferenças.

tradicional. O autor utiliza como exemplo os documentos que trazem as “políticas” do Banco Mundial, que, mesmo não sendo normas jurídicas, não podem ser considerados como menos relevantes que as leis nacionais. Essas normas podem ser até aplicadas por atores privados ou pelo Judiciário de certos países, como África do Sul e na Índia. Diante desses fatores, Cassese levanta alguns questionamentos: o que não é obrigatório, não pode ser considerado lei? No âmbito da distinção entre normas *hard* e *soft*, só é possível modificar o comportamento dos agentes com obrigações diretas e *hard*? (2010, p. 764 – 765).

Cassese destaca a existência de um espaço jurídico global, mas que não pode ser visualizado como um corpo unitário e unificado de normas jurídicas. O que se observa é a pluralidade de pelo menos dois mil regimes jurídicos (2010, p. 766). Cassese essas relações a um bolo de mármore (*marble cake*), tendo em vista que não é possível visualizar de forma clara as linhas que dividem as estruturas nacionais, internacionais e privadas. O autor conclui afirmando que: “In the case of shared powers of this sort, the rule is not strict separation and rigid hierarchy, but rather permeability, intermingling, interpenetration.” (2010, p. 768).

Os termos utilizados por Cassese (permeabilidade, entrelaçamento, interpenetração) se adequam bem à tônica pluralista da arquitetura jurídica defendida. As normas e as instituições devem buscar complementaridade entre os seus discursos e devem interagir. A sociedade não pode ser descrita de forma fechada e com teorias que não conseguem se adaptar à fluidez e pulverização estrutural que confere a feição atual das relações sociais descritas.

Nessas relações permeáveis e entrelaçadas, as instituições, criadas para desempenhar funções de cunho administrativo em determinados campos temáticos, possuem força e poder persuasivo mesmo sem a possibilidade de coerção. Rajeshwar Tripathi destaca o papel do Banco Mundial, por exemplo, que estabelece “condições” ou “conselhos” para que os Estados venham a receber o financiamento. Essas normas não são diretamente obrigatórias, mas se os Estados querem os empréstimos, vão ter que se adequar a esses padrões. Os Estados tornam unidades administrativas que precisam dialogar e interagir com os padrões normativos criados pelas organizações internacionais (2011, p. 356).

Esse espaço global de regulação, para Benedict Kingsbury, é preenchido por estruturas transnacionais de regulação, corpos híbridos em parceiros públicos e privados, que envolvem Estados e organizações internacionais. Essa diversidade de agentes faz que

essa estrutura administrativa global seja altamente descentralizada e não muito sistemática (2009, p. 25); mas o pluralismo absorve essa descentralização e essa organização não necessariamente sistemática. O desorganizado e caótico pode ser em outro contexto teórico organizado e harmonioso. O pluralismo tem como base a ideia de descentralização e defende ser possível, mesmo sem um centro, buscar a ordem

Um dos marcos do DAG é a insuficiência dos Estados em atuar de forma unilateral na resolução de determinadas situações. A consequência disso é a criação de tratados designados para operacionalizar essas áreas e redes informais que também são criadas com o mesmo objetivo. Além desses mecanismos, estruturas privadas e híbridas são para auxiliar na organização desses campos. Algumas áreas são destacadas como mais suscetíveis dessa estrutura, como segurança, condições de desenvolvimento e assistência financeira para países em desenvolvimento, proteção ambiental, regulação financeira e bancária, aplicação da lei, comércio de serviços e produtos, telecomunicações, propriedade intelectual, padrões de trabalho, movimentos transfronteiriços de populações e refugiados (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, p. 16).

As estruturas incluídas no bojo do que representa o DAG trazem um melhor dimensionamento dos agentes que fazem das relações globais. A seguinte passagem de Kingsbury, Krisch e Stewart ajuda a visualizar a abrangência que os autores dão ao campo do DAG:

Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance. (2005, p. 16).

A passagem destaca o papel de estruturas formais e informais dos sujeitos clássicos, além de estruturas nacionais, instituições híbridas de cunho público e privado, além de estruturas privadas. Demonstra a abertura e a inclusão dos diversos agentes estudados ao longo deste trabalho e dimensiona a estrutura regulatória global de modo mais abrangente. O DAG tem como premissa analisar o funcionamento e a dinâmica regulatória global desde um viés mais pragmático, que analisa como o mundo funciona e quais as estruturas que colaboram nesse processo.

Kingsbury, Krisch e Stewart expressam que boa parte das ações que ocorrerem no Globo podem ser visualizadas com um viés administrativo. Os autores

afirmam que essas estruturas da governança global desempenham funções que, para quem estuda o Direito interno, seriam classificadas como de caráter administrativo. Essas estruturas desempenham funções de caráter legislativo, não somente por meio de tratados internacionais, mas utilizando *standards*, e também possuem formas específicas para garantir a validade de suas decisões (2005, p. 17).

Ao que parece, o DAG também pode ser visto como uma forma de externalização da leitura da sociedade em moldes plurais que também subjaz à teoria dos sistemas adaptativos complexos. Essas duas formas de compreender a sociedade tentam destacar a maior fluidez, dinâmica e complexidade nas relações sociais. Representam novas formas de descrever a sociedade e como esta opera.

A diversidade normativa e a diversidade institucional são absorvidas pela teoria pluralista, no sentido de que elas fazem parte da realidade social. O mundo tem essa diversidade e complexidade. O desafio é como operacionalizar essas diferenças, buscar cooperação, interação e reconhecimento. O primeiro passo para trabalhar esses problemas é superar a posição de isolamento e atuar de forma mais inclusiva, quer do ponto de vista institucional ou normativo.

O final das considerações em relação ao pluralismo é que ele não pode ser visto como uma teoria única, mas como um referencial teórico mais amplo que traz uma determinada descrição da realidade e meios teóricos para interpretá-lo. Diversas teorias podem utilizar esse referencial básico e descrever com nomes diferentes dinâmicas sociais próximas, como no caso de sistemas adaptativos complexos ou DAG.

A ideia básica que pode estar por trás dessas duas formas de visualizar as relações sociais é no sentido de aceitar a complexidade inerente à sociedade. A melhor forma de organizar a sociedade pode ser por meio da desorganização, ou descentralização entre diversos agentes. Estimular e reconhecer a diversidade, a pulverização de estruturas e de agentes pode ser o norte para que a sociedade possa trabalhar de forma descentralizada, mas sem que isso implique descoordenação. A própria dinâmica social direciona os esforços em prol de objetivos comuns.

A ampliação do número de ONGs pode ser uma forma de a sociedade civil se organizar e cooperar em torno de objetivos que estruturas formais não conseguem atuar isoladamente. Elas representam mais pessoas trabalhando em torno de objetivos que podem ser socialmente válidos. As empresas também devem ser pressionadas a garantir a efetividade de seus códigos de conduta, não permitir que possam ser vistos de forma meramente simbólica. As normas *soft* devem ser levadas em consideração na confecção

de políticas públicas e decisões judiciais, assim como novos critérios formais mais suaves devem ser desenvolvidos para filtrar a amplitude de normas *soft*, sem que isso implique bloqueio ao seu reconhecimento.

A sociedade possui dinâmica própria e pode ajudar na resolução dos problemas. Não se trata de defender a mão invisível, mas de dar visibilidade a mecanismos de enumeração difícil, mas que atuam na sociedade e que a ajudam na forma como esta se organiza. Mesmo sendo um referencial teórico que pode descrever de forma adequada essa sociedade, não é adequado pensar que é algo isento de problemas. Outras situações e desafios, como esforços duplicados, que geram atuação ineficiente, precisam ser pensados e contornados. O reconhecimento do pluralismo como modelo descritivo da sociedade precisa ser aprimorado para que possa auxiliar também como um modelo operativo da sociedade.

5 CONCLUSÃO

O problema básico que guiou este trabalho reside em refletir como o fenômeno jurídico passou a ser estruturado ante as modificações sociais no âmbito interno e externo; como as premissas teóricas sobre o que é o Direito, baseada na soberania, foram modificadas em um contexto social mais denso internacionalmente, de mais agentes e que passou por ampla de “juridificação”.

Ao destacar as mudanças sociais, o intuito era apresentar um desenho cartográfico dos novos agentes que atuam nessas relações. Antes de analisar a dinâmica isolada de cada um deles, o objetivo é ressaltar a dinâmica da inter-relação dos diversos sujeitos e atores e como todos possuem importância na sociedade global. Por opção metodológica, foram analisados: as organizações internacionais, os Estados, as organizações não governamentais e as empresas multinacionais, uma vez que analisar todas as variantes seria algo inviável. Além disso, as ONGs e multinacionais são os atores mais proeminentes e que atuam de forma cada vez mais constante.

As organizações internacionais e Estados são as duas estruturas definidas como os sujeitos do Direito Internacional. Além deles, foi adotada a classificação que reconhece a importância de atores, determinadas estruturas que, mesmo não sendo devidamente reconhecidas, conseguem atuar no mundo. Essa posição inclusiva representa o primeiro marco metodológico de um comportamento plural: reconhecer a diversidade de modo mais abrangente.

O termo cartográfico foi utilizado com o intuito preciso de descrever o objetivo desta pesquisa. Antes de analisar todos os detalhes que envolvem cada um desses sujeitos e atores, o objetivo foi demonstrar como essas antigas e novas estruturas modificam e são modificadas desde a cadeia de eventos sociais interconexos que ocorrem globalmente. Essa dinâmica interativa levou que o sistema estabelecido em torno da unicidade da soberania e do Estado como o único sujeito do Direito Internacional passe por severas dificuldades.

Os Estados, representantes da antiga feição do Direito Internacional, mesmo nesse novo contexto, não deixam de ter um papel importante na estruturação política que se apresenta. O Estado-nação se tornou um modelo de organização social global no pós-Segunda Guerra. As colônias que ainda existiam ao final do conflito conseguiram emancipação política e passaram a ter mais liberdade para a consecução de seus objetivos

específicos. A remodelação do papel dos Estados se deu com crise que ocorreu em 1970 e mudou o papel do Estado interventor na economia, passando por uma grande retração. Além disso, o desenvolvimento de estruturas supranacionais e transnacionais também restringiram o campo de atuação soberano dos Estados. Mesmo com esses problemas, os Estados, principalmente as superpotências, são de grande relevância para as questões mundiais. Os Estados são a fonte territorial de legitimidade democrática e são também o *locus* específico em que as decisões devem ser aplicadas. Por isso que o Estado não pode ser desconsiderado.

A proliferação de organizações internacionais é fruto de uma nova mentalidade entre os Estados que buscam construir estruturas mais firmes para a de interação das nações não seja ameaçada pelo risco de uma nova guerra mundial com proporções devastadoras. Além disso, elas também atuam de forma importante para resolver problemas que não podem ser resolvidos de forma unilateral pelos Estados. As organizações internacionais são de grande importância para estabilizar as relações e promover a cooperação entre os Estados.

Mesmo as organizações internacionais sendo criadas e mantidas pelos Estados, algumas conseguiram alcançar mais autonomia funcional para os seus campos de atuação e estabelecem uma reputação nas áreas que estudam, especialmente ao final da Guerra Fria. Elas convocam conferências, criam organizações, entram em projetos em parceria com outras e estimulam a criação de normas internacionais.

A evolução das organizações internacionais deixou que elas fossem vistas como simples extensão da vontade dos Estados, mas passem a ter cada vez mais autonomia funcional; entretanto, o nível de autonomia não ocorre de forma homogênea, enquanto algumas organizações são mais fortes e sólidas e exercem posturas que bloqueiam as demais organizações. Além disso, determinados campos temáticos enfrentam dificuldades para que organizações internacionais sejam criadas, já que os Estados se sentem menos inclinados a instituir tais organizações para questões mais sensíveis, como Direito Ambiental. Mesmo que elas alcancem maior emancipação após a sua criação, o processo de criação de uma organização internacional ainda passa pelos Estados, que se sentem menos inclinados diante do êxito que elas conseguem posteriormente.

A análise social que dava maior foco às estruturas mais proeminentes no campo político e jurídico (Estados e organizações internacionais), ficou relativamente

ultrapassada com o processo de ampliação e emersão das estruturas políticas, econômicas e jurídicas que passaram a ocorrer na periferia das relações sociais.

O trabalho foi desenvolvido com a premissa de que existem distintos níveis de evolução jurídica e social, que a sociedade evolui de forma rápida que o Direito, não resta dúvida. O problema era analisado com origem no aumento significativo da evolução entre os dois níveis. A sociedade, bem mais à frente do que o Direito, tem condições de responder. Essa situação se torna insustentável para a organização da sociedade. O Direito é meio essencial para estabilizar as expectativas normativas para relações sociais. Na medida em que os meios operativos do próprio Direito o tornam inepto para a sua efetividade social, novas formas de externalização do fenômeno jurídico são desenvolvidas. O formalismo desenvolvido para operacionalizar o Direito tornou ineficiente e obsoleto.

A maior dinâmica de evolução da sociedade ocorre com a ampliação das relações sociais eram confinadas ao Estado. Enquanto no primeiro momento histórico as estruturas políticas eram realmente delimitadas no Estado, e o Direito estatal clássico conseguia responder as demandas sociais, esse panorama foi alterado. Após a segunda metade do século XX, vários grupos sociais foram emancipados e não podem ser vistos de forma subordinada aos Estados.

A globalização permitiu que determinadas relações sociais que passaram a ter marca da independência territorial conseguissem se emancipar do Estado. Essas estruturas passam a ter mais organização e força, que se traduz em grandes associações formadas em torno de objetivos específicos. Conseguem mobilizar pessoas e recursos para a proteção de determinados objetivos. As empresas também passam a atuar de forma cada vez mais global na busca de melhores condições de produção e maior margem de lucro.

Essas mudanças são fruto da revolução tecnológica e da abertura do mercado mundial, eventos que são pano de fundo das mudanças sociais e jurídicas. Determinadas questões que eram limitadas aos Estados se tornaram globais. As ONGs, que hoje somam milhares, passam a perseguir seus objetivos específicos, ante a insuficiência das estruturas formais em garantir a devida proteção. Atuam rente às organizações internacionais, Estados e empresas, para que os seus objetivos sejam alcançados. As ONGs conquistam legitimidade por um processo diferente da legitimidade política clássica. Elas são reconhecidas pela combinação efetividade das suas ações e reconhecimento dos seus objetivos. As ONGs também são reconhecidas como centros de produção de

conhecimento de qualidade, o que pode contribuir para os grandes debates que se desenvolvem.

Assim como as ONGs, as empresas multinacionais também passam a ser uma variante de importância. Elas também possuem a marca da relativa independência territorial no seu objetivo. As multinacionais ganham mais espaço também em virtude da revolução tecnológica e da abertura dos mercados. Elas crescem ante a fragilização do Estado em regulamentar a economia e intervir diretamente nelas.

As empresas conseguem regular suas operações com o redimensionamento da autonomia da vontade e dos direitos de propriedade. Elas criam as próprias normas e suas demandas são julgadas por estruturas que possam corresponder à complexidade da questão econômica trabalhada, com a celeridade e com a descrição necessárias para a atividade empresarial.

As empresas também passam a ser pressionadas em virtude de uma atuação danosa que o objetivo de auferir lucro de forma inconsequente pode acarretar. Em virtude disso, elas são pressionadas a modificar seus padrões de produção e escolher de forma mais adequada seus fornecedores. Essa pressão dá origem aos códigos de conduta corporativa e os códigos de conduta do fornecedor. Antes de serem visto como respostas definitivas aos problemas que ocorreram na relação entre mercado e direitos humanos e ambiental (especialmente em virtude da inquestionável ineficácia de alguns), eles podem ser vistos como modelos que podem ser aprimorados.

Diante do objetivo de uma construção cartográfica, um mapeamento dos agentes que possuem peso e força institucional suficiente, a multiplicação de Estados, organizações internacionais, ONGs e empresas serve como indicativo de um cenário que é modificado, um cenário com mais possibilidade de interação e mais complexo.

O último desafio proposto era correlacionar esse cenário com a teoria jurídica forjada no âmbito do Estado-nação. Foi feito um delineamento de algumas áreas específicas que podem servir como norte interpretativo para a identificação do cenário regulatório e jurídico que se desenvolve.

A ideia de “juridificação” foi utilizada para englobar a maior quantidade de assuntos, normas e cortes de cunho jurisdicional e quase-jurisdicional que podem ser visualizadas globalmente. Além desses três aspectos, a proliferação normativa tem o desafio de incorporar instrumentos regulatórios clássicos e normas que fogem ao padrão reconhecido como fontes do Direito Internacional. Ocorreu amplo processo de utilização

de uma estrutura conhecida como *soft law* que engloba até mesmo normas produzidas por estruturas privadas.

A expansão normativa reflete um ponto da evolução da sociedade mundial: a especialização funcional em campos temáticos cada vez mais especializados. A sociedade mundial se estrutura em sistemas parciais onde cada um representa uma racionalidade específica e busca que seu código seja aplicado. A análise sociológica da especialização funcional tem grande relação com o processo que ocorre no âmbito do Estado-nação e no mundial. O direito deixa de ser visto como um todo unitário, e passa a ser analisado de forma setORIZADA em que as normas produzidas são reflexo de uma racionalidade específica.

As diversas normas produzidas são permeadas pela dúvida da compatibilidade entre si. Os diversos regimes regulatórios não são necessariamente harmônicos e podem apresentar soluções diferentes para o mesmo caso.

Esse processo social, fortalecido pela dimensão fática de sua existência, foge à descrição da teoria jurídica em relação ao que é Direito e à arquitetura do Direito. Problemas na definição do que é 'jurídico' acarretam dificuldades nos conceitos de unidade e coerência do Direito. O processo de "juridificação" mundial é tachado de fragmentando e incoerente.

A teoria jurídica desenvolvida não consegue responder a forma de organização do Direito na sociedade mundial. A questão é que a sociedade não deixa de ser estruturada dessa forma, não deixa de possuir tais estruturas. O problema está na teoria que descreve a sociedade, a teoria que deixa de ser coerente.

Analisar essas relações requer repensar os conceitos de unidade e coerência; deixar de lado o imobilismo e o dogmatismo que a teoria da soberania e da unicidade do Direito estatal possuem e buscar uma teoria que possa abranger a complexidade da nova organização social; uma nova metodologia descritiva que tenha como abranger a complexidade dessa estrutura.

Sair da concepção hierarquizada, fechada, que a soberania estatal representa, e adotar o pluralismo como forma de descrever as relações sociais e jurídicas, é uma forma de descrever as relações sociais e jurídicas mais adequadas.

Antes de visualizar as relações de forma fragmentada e autônoma, é o caso de repensar o que significam fragmentação e unidade. Em contraposição à diversidade de racionalidade, há a unicidade do fato social, fator a fazer que os sistemas parciais sejam interdependentes. Não haverá mercadoria para ser vendida ou mercado a ser aberto se a

proteção ambiental não for devidamente assegurada. Não haverá consumidores se a pobreza for endêmica.

O próprio pluralismo precisa ser repensando. Mesmo sujeito às dificuldades inerentes de qualquer área de estudo, ele pode contribuir para o aprimoramento dos elos de ligação entre os diversos sujeitos e atores. Fortalecer e criar elos em relações horizontalizadas é tentar aprimorar o funcionamento geral do sistema. As relações sociais e jurídicas, se devidamente dimensionadas e interconectadas, podem trabalhar de forma sinérgica em prol da eficácia geral dos diversos campos de regulamentação. Esses desafios entram na dimensão prescritiva do pluralismo jurídico. O papel da teoria não é só descrever a sociedade, mas também prescrever meios teóricos que possam ser utilizadas para o seu melhor funcionamento, contribuir de modo mais atraente por mudanças.

Essa estrutura prescritiva deve ser de tal forma que os diversos setores sociais possam ser canalizados a trabalhar de uma forma que traga ganhos mútuos; mas isso requer mudanças na mentalidade de unicidade desde um vértice soberano. Os diversos campos atuam como uma rede de informação que são ou podem ser conectados. Alguns *links* dessa rede podem funcionar de modo mais eficiente e outros podem estar sendo bloqueados. As demandas de determinados grupos sociais não processadas adequadamente ensejam insatisfação social, irritação nos subsistemas que se portam de forma unilateral. O processo de indiferença à demanda social parcial tem uma dimensão cumulativa que agrava os problemas e só tornem a situação pior. Antes de precisar de eventos ainda mais traumáticos, a posição de inclusão pode ser um norte para evitar catástrofes. A teoria jurídica precisa pensar o Direito com base nessa rede de relações e buscar as formas como cada campo dessa rede possa transmitir informações de forma adequada para o sistema todo, garantir a operacionalização dos vários subsistemas parciais e impedir os bloqueios de comunicação.

Os aspectos que fecham a conclusão deste trabalho destacam a necessidade de pensar diferente. As relações jurídicas globais não podem ser pensadas desde uma matriz hierarquizada. Mesmo que a teoria clássica defenda a existência de hierarquia, o mais correto é interpretar que existem centros mais proeminente. Grandes Estados e organizações internacionais desempenham papel de destaque, mas isso não deve importar em isolamento e fechamento ao reconhecimento de outras estruturas. Mesmo as estruturas mais institucionalizadas precisam se portar de forma inclusiva.

As respostas que defendem Estado Mundial – Federação Mundial – não conseguem ver a complexidade das relações sociais. Eventual concentração do poder nas mãos de um determinado grupo provavelmente será extremamente nocivo para a liberdade individual, para a democracia e para a diversidade cultural e de pensamento. Se não é possível pensar a unidade dessa forma, é possível repensar a unidade como compartilhamento de um mesmo espaço territorial mundial e o compartilhamento de problemas e desafios. O “porém” é constituir formas de aprimorar os meios de cooperação em um contexto sem hierarquia, mas com uma necessidade de eficiência e respostas para os problemas mundiais.

Os problemas de fragmentação e coerência do Direito Internacional, haja vista as considerações que foram expostos, dependem da teoria que está por trás e que dá suporte a esses conceitos. Se a teoria for baseada na unicidade do soberano e no cenário hierarquizado, o Direito Internacional passa por problemas de coerência e unidade de difícil resolução. Por outro lado, se for pensando com base em uma teoria pluralista, a fragmentação é vista como um fenômeno natural de uma sociedade complexa. Os conflitos e a incoerência também são eventos normais e que são até mesmo possibilidades para soluções compartilhadas. Os problemas que foram apresentados não são problemas da sociedade, mas problemas de uma concepção específica sobre ela. Repensar a teoria que descreve a sociedade faz com que os problemas possam ser reinterpretados de um modo que traz uma descrição adequado.

A conclusão deste trabalho indica a imperiosa necessidade de repensar o Direito desde uma estrutura complexa e plural, incluir a diversidade, aceitar os conflitos e a diversidade, uma vez eles são os eventos antecedentes que possibilitam uma solução compartilhada. Aceitar a complexidade, acatar os conflitos e a diversidade é um caminho para que o funcionamento do Direito e da própria sociedade seja otimizado. Além dessas conclusões, também é possível visualizar novos problemas e desafios. Como garantir que as relações entre os diversos sistemas que fazem parte dessa rede horizontalizada possam ser harmonizadas e compatibilizadas? A sociedade irá alcançar um equilíbrio homeostático nas suas relações sem a intervenção externa? Ou é possível ao Direito e à Política atuarem de uma forma a contribuir para o equilíbrio da sociedade e o sonho da formação de uma sociedade justa e solidária?

REFERÊNCIAS

- ABI-SAAB, Georges, **Fragmentation Or Unification: Some Concluding Remarks** International Law and Politics, v. 31, 1999, p. 919 – 933.
- ABBOTT, Kenneth W.; *et alii*. **The Concept of Legalization** In GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O.; SLAUGHTER, Anne-Marie (Org.) Legalization in world politics. Cambridge, MIT Press, 2001, p. 17 – 35.
- ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. **Hard and Soft Law in International Governance** In GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O.; SLAUGHTER, Anne-Marie (Org.) Legalization in world politics. Cambridge, MIT Press, 2001, p. 37 – 72.
- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. v. 1. 3ª ed, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 20ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- ALFORD, Roger P. **The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance**, Scholarly Works, Paper 9. p. 160 – 165, 2000, Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/9
- ALTER, Karen J. **The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review**. In (org) DUNOFF, Jeffrey, L; POLLACK, Mark A. Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: the state of the art, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 345 – 370.
- _____. **The new terrain of international law: courts, politics, rights**. Princeton e Oxford, Princeton University Press, 2014.
- ALVAREZ, José E. **International Organizations: then and now**, *In*, 100 Am. J. Int'l L. 324 2006, p. 324 - 347.
- AMERASINGHE, Chittharanian Felix. **Principles of the Institutional Law of International Organizations**. 2ª ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.
- ARCHER, Clive. **International Organizations**, 3ª ed, Londres; Nova Iorque, Routledge, 2001.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4ª ed, rev, ampl, atual, São Paulo, Globo, 2008.

BACKER, Larry Catá. **Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order** *In* Indiana Journal of Global Legal Studies, n. 18, v. 2, 2011, p. 751 – 802.

_____. **Multinational corporations as objects and sources of transnational regulation**, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 14, No. 2, 2008.

_____. **Transnational Corporations' Outward Expression of Inward Self-Constitution: The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc** *In* Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 20, No. 2, 2013, p. 805-879.

_____. **Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator**. University of Connecticut Law Review, Vol. 39, No. 4, 2007, p. 1 – 46. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=953216>

_____. **The Structure of Global Law: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity**. CPE Working Paper No. 2012-7; Penn State Law Research Paper No. 15, p. 177 – 199, 2012. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2091456>

BANTEKAS, Ilias. **Corporate Social Responsibility In International Law** *In* Boston University International Law Journal, Volume 22, Issue 2, 2004, p. 309 – 347.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador) *Constituição e Crise Política*, Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 97 – 157.

BARTHOLOMEUSZ, Lance. **The amicus curiae before International Courts and Tribunal** *In* (org) BIANCHI, Andrea, *Non-state actos and international law*, Farnham, Ashgate, p. 253 – 332, 2009

BASEDOW, Jürgen. **Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective**, *Unif. Law Rev*, v. 12 n. 4, 2007, p. 697-713.

BAUDENBACHER, Carl. **Judicial globalization: new development or old wine in new bottles**. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003, p. 505-526.

BENEDETTI, Mariangela. **The Rise of International Administrative Tribunals: The Mendaro Affair** *In* (org) CASSESE, Sabino *et ali*. *Global Administrative Law: Cases, material, issues*. 2ª ed. 2008, p. 139 - 144.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: por uma crítica do constitucionalismo**. 2ª ed. São Paulo, Quartier Latin, 2013.

BERMAN, Paul Schiff. **From International Law to Law and Globalization**. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, p. 485 – 556, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=700668>

_____. **Global Legal Pluralism**. *Southern California Review*, v. 80, Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 08-001, 2007, p. 1155 – 1238. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=985340>

_____. **A Pluralist Approach to International Law**. Yale Journal of International Law, Vol. 32, p. 301 – 329, 2007; Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 07-001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=970688>

_____. **Judges as Cosmopolitan Transnational Actors**. Tulsa Journal of Comparative & International Law, Forthcoming, 2004, p. 101 – 112. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=812973>

BERNS, Laurence. **Thomas Hobbes** In STRAUSS, Leo; CROSPEY, Joseph (org). História da Filosofia Política, Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 355 - 376.

BERSTEIN, Serge e MILZA, Pierre. **História do Século XX: de 1973 aos dias atuais**. A caminho da globalização e dos dias atuais. v. 3 (direção) BERSTEIN, Serge e MILZA, Pierre) Tradução Fernando Santos. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2007.

BERNSTEIN, William J. **A Splendid Exchange How Trade Shaped the World-** **Atlantic Monthly Press**, Nova Iorque, Atlantic Monthly Press, 2008.

BHUTA, Nehal. **The role of International actors other than state can play in the New World Order** In (org) CASSESE, Antonio, Realizing Utopia: the future of international law, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 61 – 75.

BIANCHI, Andrea. **Globalization of human rights: the role of non-state actors** In (org) BIANCHI, Andrea, Non-state actors and international law, Farnham, Ashgate, p. 375 – 408, 2009

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme, **Curso de Filosofia do Direito**, 4ª ed, São Paulo, Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliese, *et al*, São Paulo Ícone, 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed. Tradução Denise Agostinetti, revisão Silvana Cobucci Leite, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

_____. **Pluralismo**. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.) Dicionário de Política, 11ª ed, tradução: Carmen C, Varriale et ai, Brasília, Universidade de Brasília, 1998, p. 928 – 933.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani, Barueri, Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 9ª ed, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. **Teoria Geral do Estado**, 8ª ed, São Paulo, Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed, São Paulo, Malheiros, 2010.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4ª ed, São Paulo, Malheiros, 2009.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**, tradução: Maria Manuela Farrajota *et ali*, Lidboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da américa latina: consenso de Washington ou crise fiscal?** *In* Pesquisa e Planejamento Econômico 21, Rio de Janeiro, p. 3-23, 1991.

CAFAGGI, Fabrizio. **Transnational Private Regulation: regulating private regulators** A ser lançado em: CASSESE, Sabino. Research handbook on global administrative law, Edward Elgar, 2016, Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2615694>

_____. **The Architecture of Transnational Private Regulation**. Osgoode CLPE Research Paper No. 20, 2012, p. 2 – 25. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2144407>

CAFAGGI, Fabrizio; RENDA, Andrea. **Measuring the Effectiveness of Transnational Private Regulation**, Stribis Foundation Report, 2014, Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2508684>

CAROTTI, Bruno; CONTICELLI, Martina. **Settling Global Disputes: The Southern Bluefin Tuna Case** *In* (org) CASSESE, Sabino *et ali* Global Administrative Law: Cases, material, issues. 2ª ed. 2008, p. 145 - 149.

CAROTTI, Bruno. **Alternative Dispute Resolution: The ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP)** *In* (org) CASSESE, Sabino *et ali* Global Administrative Law: Cases, material, issues. 2ª ed. 2008, p. 154- 159.

CASSESE, Antonio. **States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community** *In* (ed) FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. The Oxford Handbook of the history of international Law, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 49 – 70.

CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Traducción de Luis Ortega, Isaac Martín Delgado y Isabel Gallego Córcoles. Madrid; Barcelona: INAP; Marcial Pons, 2006.

_____. **Is There a Global Administrative Law?** *In* (ed) BOGDANDY, Armin von; *et ali*. The exercise of public authority by international institutions: Advancing International Institutional Law, Heidelberg, Springer, p. 761 – 776, 2010.

CHARNOVITZ, Steve, **Nongovernmental Organizations and International Law** *In* (org) BIANCHI, Andrea Non-state actors and international law, Farnham, Ashgate, 2009, p. 147 - 171.

CRAVEN, Matthew. **Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law**, Finnish Yearbook of International Law, Vol. XIII, 2002.

CULLEN, Holly; MORROW, Karen. **International civil society in international law: The growth of NGO participation, Non-State Actors and International Law**, v. 1, 2001, p. 7 – 39.

CONDORELLI, Luigi; CASSESE, Antonio. **Is Leviathan still holding sway over International Dealings?** In (org) CASSESE, Antonio, *Realizing Utopia: the future of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 14 – 25.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. **Positivismo jurídico e autoritarismo político: A falácia reduction ad hitlerum.** In DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (org.s). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo, Método, 2008. p. 103 – 127.

COX, Richard H. **Hugo Grócio** In STRAUSS, Leo; CROSPEY, Joseph (org). *História da Filosofia Política*, Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 346 - 354.

DELMAS – MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo, Método, 2006.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** parte geral. 9ª ed, atual, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

DRI, Clarissa Franzoi. **Antiformalismo Jurídico e Direito Internacional:** Teoria e Prática à Luz do Pensamento de Georges Scelle. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 6, 2010, p. 122 - 151. Disponível em: http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/clarissa_dri.pdf

DUNOFF, Jeffrey L; RATNET, Steven R; WIPPMAN, David. **International Law Norms, Actors, Process:** A Problem-Oriented Approach, 2ª ed, New York, Aspen, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EICHENGREEN, Barry. **The Political Economy of the Smoot-Hawley Tariff** In FRIEDEN, Jeffrey A, LAKE, David A (orgs) *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*-Routledge, p. 37 – 46, 1999.

ELLIS, Jaye. **Shades of Grey:** Soft Law and the Validity of Public International Law. *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, p. 313 – 334.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Conjuntura.** 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro.** In COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* Tradução: Carlos Alberto Dastoli, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 417 – 464.

FINDLAY, Ronald, O'ROURKE, Kevin. **Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium**, Princeton; Oxford, Princeton University Press, 2007.

FRIEDEN, Jeffrey A. **O capitalismo Global**, tradução: Vivian Mannheimer, Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

GALGANO, Francesco. **The New Lex Mercatoria** In Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2: Iss. 1, Article 7, 1995. Disponível em: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=annlsurvey>

GOLDMANN, Matthias. **We need to cut off the head of the king**: past, present, and future approaches to international soft law. Leiden Journal of International Law, 25, 2012, p. 335-368.

GOLDSTEIN, Judith, *et alii*. **Introduction**: legalization and world politics. In GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O.; SLAUGHTER, Anne-Marie (Org.) Legalization in world politics. Cambridge, MIT Press, 2001, p. 1 – 15.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, Tradução: Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. **Os fundamentos da ordem jurídica**, Tradução: Cláudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? Journal of Legal Pluralism, n. 24, 1986, p. 1 - 55.

GROSS, Leo. **The Peace of Westphalia, 1648-1948**, The American Journal of International Law, Vol. 42, No. 1, 1948, p. 20 – 41.

GUZMAN, Andrew T; MEYER, Timothy. **International Soft Law**. The Journal of Legal Analysis, Vol. 2, No. 1, Spring, UC Berkeley Public Law, 2010, p. 171 – 225. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1353444>

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos, Tradução: Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

_____. **A era das transições**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

HAFNER, Gerhard. **Pros and cons**: ensuing from fragmentation of international law. Michigan Journal of International Law, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004, p. 849 – 863.

HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. Oxford, Oxford University Press, 2005.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

HELPER, Laurence R.; VOETEN, Erik. **International Courts as Agents of Legal Change**: Evidence from LGBT Rights in Europe. International Organization, p. 77 – 110, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1850526>

HERZ, Mônica; HOFFMAN, Andrea Ribeiro. **organizações internacionais** : história e prática, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

- HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos**, tradução: Marcos Santarrita, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- HOEKSTRA, Kinch, **Hobbes on the Natural Condition of Mankind** In SPRINGBORG, Patricia (org) *The Cambridge Companion To Hobbes's Leviathan*,
- IRIYE, Akira. **Global Community: the role of international organizations in making of the contemporary world**, Berkeley; Los Angeles; London, California Press, 2002.
- IRWIN, Douglas A., C; MAVROIDIS, Petros; SYKES, Alan O. **The Genesis of the GATT**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- KEOHANE, Robert. O. **Power and governance in a partially globalized world**, London and New York, Routledge, 2002,
- KINGSBURY, Benedict. **The Concept of 'Law' in Global Administrative Law**, *The European Journal of International Law* Vol. 20 n. 1, 2009, p. 23 - 57.
- KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. **Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties**. *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, p. 553-579.
- _____. **Global governance and public international law**. Frankfurt: Kritische Justiz, 2004. Disponível em: http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Talks_Papers_MK.htm
- _____. **The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics**. *Modern Law Review*, Vol. 70, No. 1, p. 1 – 30, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=955377>
- KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria Geral do Estado: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Tradução: Urbano Carvelli, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2009.
- KU, Charlotte. **Global Governance and the Changing Face of International law**, John W. Holmes Memorial Lecture, ACUNS Reports & Papers, 2001.
- JOERGES, Christian; GODT, Christine. **Free trade: the erosion of national, and the birth of transnational governance** In(org) ZÜRN, Michale; LEIBFRIED, Stephan, *Transformation of the state?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 93 – 117.
- LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- LIN, Li-Wen. **Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example**. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, No. 3, 2009, p. 711 – 744. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1318745>

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**, tradução: Gustavo Bayer, Rio de Janeiro Tempo Universitário, 1985.

MATHEWS, Jessica T., **Power Shift**. Foreign Affairs, Vol. 76, No. 1, 1997, pp. 50 – 66.

MATTEUCCI, Nicola, **Soberania** In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.) Dicionário de Política, 11ª ed, tradução: Carmen C, Varriale et ai, Brasília, Universidade de Brasília, 1998, p. 1179 – 1188.

_____. **Contratualismo** In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.) Dicionário de Política, 11ª ed, tradução: Carmen C, Varriale et ai, Brasília, Universidade de Brasília, 1998, p. 272 – 283.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo, Método, 2014.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.

MINGST, Karen A; KARNS, Margaret P. **The United Nations in 21st Century**, 4ª ed, Colorado, Westview Press, 2012.

NETO, José Cretella, **Teoria Geral das organizações internacionais** , 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

_____. **(Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, v. 93, 2014, p. 201 – 232. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto, Martins Fontes, São Paulo, 2010.

OPPENHEIM, Lassa. **International Law: treaties**. Vol I. Peace. 8ªed, H. Lauterpacht, Londres, 1955.

ONU. Relatório: **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**, ILC Report, Fifty-fourth session, 2002, Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed, rev e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2012.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem**: escolha racional e geração de valor. *Rev. Direito GV*, 2008, vol.4, n.1, pp. 15-27.

RAMOS FILHO, Wilson. **Crise Capitalista e direitos sociais**: O processo político eleitoral em Weimar e a ascensão do nazismo. *Revista Fórum Trabalhista - RFT*, v. 1, p. 129-151, 2013.

RAUSTIALA, Karl. **Institutional Proliferation and the International Legal Order** *In (org) DUNOFF, Jeffrey, L; POLLACK, Mark A. Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: the state of the art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 293 – 320.

REALE, Miguel, **Teoria do Estado e do Direito**, 5ª ed, rev, São Paulo, Saraiva, 2000.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática. 17ª ed, rev e atual, São Paulo, Saraiva, 2012.

REMEC, Peter Ravel. **The position of the individual in international law**: according to Grotius and Vattel. Haia, Martinus Nijhoff, 1960.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo, Saraiva, 2011.

ROBÉ, Jean-Philippe. **Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order** *In (org) TEUBNER, Gunther. Global Law Without State*, Brookfield, Dartmouth, 1997, p. 45 – 78.

ROMANO, Cesare P.R. **A Taxonomy of International Rule of Law Institutions**, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, 2011, p. 241–277.

ROSENAU, James N. **Governança, Ordem e Transformação na política mundial**. *In (org) ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernst Otto. Governança sem governo: Ordem e transformação na política mundial. Tradução: Sérgio Bath, Brasília, UnB, 2000, p. 11 - 46.*

ROTH, André-Noël. **O Direito em crise**: fim do estado moderno *In (org) FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica; implicações e perspectivas*, 1ª ed, 4º tir. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 15 – 27.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte, Delrey, 2013.

SANDS, Philippe. **Turtles and Torturers**: The Transformation of International Law, *New York University School of Law, New York University Journal of International Law and Politics*. 527, 2001, p. 537– 559.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**, tradução: Ronaldo Cataldo Costa, Porto Alegre, Artmed, 2010.

SCHERER, Andreas Georg; BAUMANN, Dorothee. **The role of the transnational corporation in the process of legalization**: insights from Economics and Corporate Social Responsibility. *In* (org) BRÜTSCH, Christian; LEHMKUHL, Dirk; Law and Legalization in Transnational Relations, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2007, p. 202 – 225.

SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

SHELTON, Dinah L., **Soft Law** *In* Handbook Of International Law, Routledge Press, 2008; GWU Legal Studies Research Paper No. 322; GWU Law School Public Law Research Paper No. 322. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1003387>

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. **Of Planets and the Universe**: Self-contained Regimes in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 17, n.3, 2006, p. 483 – 529.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A global community of Courts**. *Harvard International Law Journal* v. 44, n. 1, 2003, p. 191 – 219.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2ª ed, rev e atual, Belo Horizonte, DelRey, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SPIRO, Peter. J. **Nongovernmental Organizations in International Relations (Theory)**, *In* (org) DUNOFF, Jeffrey, L; POLLACK, Mark A. Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: the state of the art, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 223 - 243.

STRAUSS, Leo. **Nicolau Maquiavel**. *In* STRAUSS, Leo; CROSPEY, Joseph (org). História da Filosofia Política, Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 267 - 284.

TEITEL, Ruti; HOWSE, Robert L. **Cross-Judging**: Tribunalization in a Fragmented But Interconnected Global Order. *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-04, 2009, p. 1 – 38. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1334289>

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo, Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**, *In* Impulso, Piracicaba, 2003, p. 9 – 31.

_____. **Societal Constitutionalism**: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? *In* (org) JORGES, Christian, SAND, Inger Johanne, TEUBNER, Gunther, Transnational Governance And Constitutionalism, Oxford, Portland e Oregon, Hart, 2004, p. 3 - 28.

- _____. **Direito, sistema e policontexturalidade**, tradução de Dorothe e Susanne Rüdiger et al, São Paulo, Unimep, 2005.
- _____. **The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors**. *Modern Law Review*, Vol. 69, pp. 327-346, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=893106>
- _____. **The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy**. *Law and Society Review*, Vol. 31, pp. 763-787, 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=894425>
- _____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- _____. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- _____. **El derecho como Sistema autopoietico de la sociedad global**. (ed) DÍEZ, Carlos Gómez-Jara, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 2009.
- THÜRER, Daniel. **The Emergence of non-governmental organizations and transnational enterprises in International Law and the changing role of the State** *In* (org) BIANCHI, Andrea Non-state actors and international law, Farnham, Ashgate, 2009, p. 57 – 78.
- TOMAZETTE, Marlon. **Internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação**. *In* Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 93-121.
- TRACHTMAN, Joel P. **The Future of international law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- _____. **Fragmentation and Coherence in International Law**, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1908862>
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- _____. **Direito das organizações internacionais**, 4ªed, rev, atual, ampli, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- TULLY, Stephen. **Corporations and International Lawmaking**, (tese para a obtenção do título de Doutor em Filosofia do Direito pela The London School of Economics and Political Science), Londres, 2004.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**, Brasília, UniCEUB, 2013.
- _____. **Direito Internacional público**, 5ª ed, São Paulo, Saraiva, 2014.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. **Da unidade à fragmentação do direito internacional**: O caso Mox Plant. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)*, v. 54, 2009, p. 119 – 140.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

VERBEEK, Bertjan **International organizations**: The ugly duckling of international relations theory? *In* (org) REINALDA, Bob; VERBEEK, Bertjan, *Autonomous policy making by international organizations*, London; New York, Routledge, 1998, p. 11 – 26.

VILLA, Sergio Moratiel. **The philosophy of international law**: Suárez, Grotius and epigones. *International Review of the Red Cross*, v. 37, Special Issue 320, 1997, p. 539 – 552.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

VOGEL, Daniel. **The Private Regulation of Global Corporate Conduct** *In* (org).

MATTLI, Walter; WOODS, Ngaire. *The Politics of Global Regulation*, Princeton e Oxford, Princeton a University Press, 2009, p. 151 – 188.

ZUMBANSEN, Peer, **Defining the Space of Transnational Law**: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism. Osgoode CLPE Research Paper No. 21, 2011, p. 2 – 37, Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1934044>

_____. **Law after the Welfare State**: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper, 2008, p. 1 – 38.

ZÜRN, Michale; LEIBFRIED, Stephan. **Reconfiguring the national constellation** *In* (org) ZÜRN, Michale; LEIBFRIED, Stephan, *Transformation of the state?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 1 – 36.

WAWRYK, Alex. **Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct** *In* (org) FRYNAS, Jędrzej George; PEGG, Scott. *Transnational Corporations and Human Rights*, Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2003, p. 53 – 78.

WEISS, Edith Brown, **The rise or the Fall of International Law?** 69 *Fordham L. Rev.*, 2000, p. 345 – 372, Disponível em:

<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=facpub>

_____. **International Law in a Kaleidoscopic World**. *Asian Journal of International Law*, v. 1, p. 21 – 32, 2011.

WEISS, Thomas G. **Global Governance**: what? why? Whither?, Cambridge, Polity Pres, 2013.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 2ª ed, Tradução: António Manuel Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILLIAMSON, John A **Short History of the Washington Consensus** *In* STIGLITZ, Joseph E. SERRA, Narcís (org) *The Washington Consensus Reconsidered*, Oxford, Oxford, 2008, p. 14 – 30.

WOLKMER, Carlos Antônio. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura jurídica. 3^a ed. rev e atual. Alfa Omega, São Paulo, 2001

ZERILLI, Filippo M. **The rule of soft law**: An introduction, *Focaal*, n. 56, Spring, 2010, p. 3 – 18.