

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 9 • N. 4 • 2012
NÚMERO ESPECIAL: INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONALIZATION OF LAW

O presente número temático teve o apoio financeiro da Capes e do CNPq, por meio de bolsas e auxílio à pesquisa. Trata-se do resultado de três anos de pesquisa em conjunto de uma rede internacional de pesquisas. A baixa percentagem anual de endogenia foi mantida na revista, de forma a evitar qualquer prejuízo para a sua boa avaliação no sistema Qualis.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

ISSN 2236-997X

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 9	n. 4	p. 1-272	dez.	2012
--	----------	------	------	----------	------	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado

Marcelo Dias Varella

Editor

Prof. Dr. Marcelo D. Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas (herdando sua avaliação B3), que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.

2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras.

A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados as disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Comitê editorial

André Lipp Pinto Bastos Lupi, Universidade do Vale do Itajaí

Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Wagner Menezes, Universidade de São Paulo – USP

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Disponível em:

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

O conteúdo dos artigos é de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília,
Programa de Mestrado e Doutorados em Direito do UniCEUB.
– vol. 9, no. 4 (especial 2012)- . Brasília : UniCEUB, 2012- .

Semestral.

ISSN 2236-997X

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e
Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I.
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. II.
Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Os números da revista são temáticos.
Os próximos números serão sobre direitos humanos, direito internacional econômico e direito humanitário.

Sumário

- 1** Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos
Internationalisation of Law: overcoming state paradigm and the insufficiency of dialogue structures
Marcelo D. Varella
- 7** Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o amicus curiae como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos
The fragmented ways of human protection: the subject right of petition, the concept of victim and the amicus curiae as indicators of access to the Inter-American and European Human Rights Protection Systems
André Pires Gontijo
- 27** O pluralismo jurídico e efetividade jurídica na relação entre proteção ambiental e investimentos estrangeiros: os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed
Legal pluralism and legal effectiveness in the relationship between environmental protection and foreign investment: Santa Elena, Metalclad and Tecmed cases
Gabriela Garcia Batista Lima
- 59** Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial
The transnational cartels and the transnationalization of antitrust law decisions
Karla Margarida Martins Santos
- 93** Internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação
Intenationalization of law beyond the State: the new lex mercatoria and its application
Marlon Tomazette
- 123** A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito?
Is transitional justice the most advanced stage of internationalization of Law?
Christiani Amaral Buani
- 151** Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda
Ebony and ivory: Restorative Justice and the ICC orchestrated in pursuit of sustainable peace for Uganda
Raquel Tiveron

- 169** Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional
Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law
Ruitemberg Nunes Pereira
- 201** Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo
The recalcitrant areas of international law: moral and religious diversity in the criminal law as an obstacle to the common law: the case of abortion of anencephalic fetus
Geilza Fátima Cavalcanti Diniz
- 229** Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes
Law globalization and judicial pluralism: cooperation limits in the magistrates dialogue
Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes
- 249** Do império da lei à lei do império: quem governa o direito?
From the rule of law to the law of the empire: who rules the law?
Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Internacionalização do
Direito:** superação do
paradigma estatal e a
insuficiência de estruturas
de diálogos

**Internationalisation
of Law:** overcoming
state paradigm and the
insufficiency of dialogue
structures

Marcelo D. Varella

Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos

Internationalisation of Law: overcoming state paradigm and the insufficiency of dialogue structures

Marcelo D. Varella¹

O processo de internacionalização do direito pressupõe novos níveis de interação entre os diferentes atores nacionais e internacionais. De um lado, o direito internacional se forma a partir de novas formas de criação, implementação e controle de normas pelos Estados. De outro, a partir da intensificação de formas de relacionamento entre os atores transnacionais e subnacionais, públicos e privados. O presente trabalho busca analisar este cenário. Trata-se do resultado do aprofundamento por alguns anos do grupo de pesquisa sobre internacionalização do direito. Sistemáticamente, o conjunto é dividido em duas partes. A primeira cuida da interação entre os atores não estatais. A segunda, das diferentes formas de relacionamento entre os Estados ou Organizações Internacionais, mas também de atores subnacionais, sobretudo de um tema particularmente importante hoje, o diálogo de juízes.

Os fenômenos estudados na primeira parte apontam para o fortalecimento da interação entre atores subnacionais ou transnacionais. No primeiro caso, trata-se da construção de pontes de acesso para os indivíduos junto aos sistemas internacionais de proteção à pessoa humana, desenvolvido por André Pires Gontijo. Depois, nos três textos seguintes, a construção de conjuntos normativos privados, com pretensão de autonomia, operados contra ou de forma independente aos Estados. Cuida-se da proteção do direito internacional do meio ambiente por meio de instrumentos privados. No terceiro, as formas de interação entre empresas multinacionais e as dificuldades dos Estados em lidar com o fenômeno dos cartéis transnacionais. Por fim, de forma mais geral, a pretensão de autonomia de uma nova *lex mercatoria*.

Primeiro, em relação ao fortalecimento dos indivíduos em direitos humanos. Nos últimos vinte anos, houve um fortalecimento importante dos tribunais de direitos humanos. Seja no plano multilateral, seja no bilateral, houve a multiplicação de instrumentos de controle. Isso ocorre por meio de diferentes movimentos de expansão: especialização dos núcleos temáticos de proteção dos direitos humanos, com novas estruturas para efetivar o seu controle; e fortalecimento das estruturas de controle já existentes ou criação de novas estruturas, como conselhos ou tribunais internacionais.

No tocante à especialização dos núcleos temáticos, nota-se que há dois momentos bastante distintos na história da proteção internacional da pessoa humana. Em um primeiro momento, que vai até quase os anos 90, houve a criação e o início dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que exercia controle em torno de alguns poucos tratados, a exemplo da Convenção

¹ Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília. Pesquisador do CNPq. Email: marcelodvarella@gmail.com

de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos e a Convenção sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A partir dos anos 90, essas duas convenções recebem mecanismos de controle adicionais e novos tratados são criados. Os mecanismos de reforço dos documentos antigos são o Protocolo Opcional de Nova Iorque, de 2008, sobre a Convenção de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, que cria mecanismos de controle; a emenda à Convenção sobre todas as formas de Discriminação Racial, de 1992; e a emenda à Convenção contra todas as formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1999. O número de Estados-parte nesses tratados foi ampliado significativamente após os anos noventa.

Novos tratados são criados e quase todos acompanhados por sistemas de controle próprio, que podem receber denúncias de diferentes pessoas para iniciar seus trabalhos de investigação, oitiva e publicação de pareceres contra os Estados signatários. Destacam-se a Convenção sobre Tortura e Outras Formas Cruéis de Punição, de 2002,² e seus protocolos adicionais que reforçam a imprescritibilidade dos crimes de tortura; a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1999,³ e seu protocolo adicional; a Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, e os protocolos adicionais sobre seu envolvimento em conflitos armados,⁴ sobre venda, prostituição ou pornografia, ambos de 2000, e sobre procedimentos de notificação de violações, de 2011; a Convenção sobre a Proteção dos Migrantes e seus Familiares, de 1990⁵ e 2008, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais, de 2006, e seu protocolo adicional, também de 2006,⁶ e a Convenção sobre a Proteção Contra o Desaparecimento Forçado, de 2006.⁷

² Adotado pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 54/200, de 18.12.2002, em vigor a partir de 22.06.2006.

³ Adotado pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 34/180, de 18.12.1979, em vigor a partir de 03.09.1981, cujo Protocolo adicional, aberto para ratificação pela Resolução 54/4 de 06.10.1999, apenas entrou em vigor em 22.12.2000.

⁴ Adotado pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 44/25 de 20.11.1989, em vigor a partir de 02.09.1990. Os Protocolos adicionais entraram em vigor respectivamente em 12.02.2002 e 18.01.2002.

⁵ Adotado pela Resolução 45/158, de 18.11.1990, em vigor em 01.07.2003.

⁶ Adotado pela Assembleia Geral por meio da Resolução 51.106, de 13/12/2006, em vigor a partir de 03.05.2008.

⁷ Adotado pela Resolução 61/177, de 20.12.2006, em vigor a partir de 23.11.2010.

Outro movimento foi o fortalecimento dos tribunais internacionais ou criação de novos tribunais. De um lado, houve a ampliação do Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De outro, a criação de início dos trabalhos da Corte Africana de Direitos Humanos e a recente criação de uma Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático.

Todos esses instrumentos de cooperação entre os Estados empoderam atores subestatais, como os indivíduos. Torna-se possível que associações privadas, não governamentais, ou indivíduos atuem contra Estados para resolver conflitos envolvendo a reformulação de políticas públicas nacionais. Em outras palavras, as estruturas internacionais não apenas viabilizam, mas potencializam a ação de grupos não estatais contra os Estados.

O primeiro texto, de André Gontijo, busca analisar as modificações na percepção do indivíduo entre sujeito e objeto de direito internacional. Muito embora não seja considerado como um sujeito pelos diferentes atores, consegue atuar no plano internacional por meio de mecanismos criados pelos sistemas de controle em matéria de direitos humanos. Um primeiro aspecto analisado cuida do direito de petição, um segundo no conceito de vítima, depois a ideia do *amicus curiae*.

O estudo procura fazer uma análise da jurisprudência europeia, cotejada à luz da prática latino-americana. De fato, nota-se que a experiência europeia serviu de suporte para a consolidação da Corte Interamericana. Contudo, com o passar do tempo, a CIDH criou mecanismos próprios para se fortalecer, que voltaram a influenciar a CEDH nos anos seguintes. Nesse sentido, o autor desenvolve uma visão sobre a possível fragmentação ou maior complexidade do direito internacional dos direitos humanos, a partir de diferentes processos de interação por meio dos indivíduos.

No segundo texto, Gabriela Lima desenvolve uma ideia pouco trabalhada no Brasil: como o direito ambiental pode se concretizar por meio de instrumentos de direito privado, muitas vezes criados pelo Estado, mas em outras, completamente autônomo ou mesmo contrários a práticas Estatais. Concentra-se sobre investimentos estrangeiros. As duas perguntas centrais são os limites e as possibilidades da atuação dos Estados com a proteção dos investimentos estrangeiros.

O artigo se desenvolve por meio de alguns estudos de caso, que foram apreciados pelo ICSID (*Metalclad v. México*, *Tecmed v. México* e *Santa Helena v. Costa Rica*). Os casos são o mecanismo para uma discussão teórica de alguns fundamentos do direito internacional, em torno da validade das normas internacionais e para a definição de um objeto para ele. A análise da prática mostra que muitas vezes há incompatibilidade entre as teorias estruturantes do direito internacional e a realidade, o que mostra a necessidade de adaptar e transformar algumas ideias centrais para que o conjunto continue a fazer sentido.

Nesse ponto, a autora analisa diferentes modelos teóricos alternativos, que melhor dão coerência ao direito internacional atual. Passa pelas ideias de pluralismo jurídico e teoria dos sistemas, para caminhar em direção à ideia de maior complexidade do direito internacional, a partir da potencialização dos efeitos de atores privados por meio de instrumentos internacionais, a multitudine de racionalidades e de interferências entre diferentes campos jurídicos.

O texto de Karla Margarida Santos continua a discussão da construção do processo de internacionalização por meio do Estado atuando em conjunto ou em reação aos atores privados. Concentra-se no aumento de fluxo de investimentos internacionais, característico do processo de globalização. No entanto, a análise agora porta sobre a insuficiência dos Estados de conseguirem lidar os cartéis internacionais. O objetivo do texto é analisar a necessidade e a efetividade dos instrumentos de cooperação internacional e se eles são meras práticas discursivas, fortemente limitadas pela manutenção de interesses econômicos particulares dos Estados mais influentes.

Nesse sentido, há uma relativização do conceito de soberania, que agora se curva também à atuação de grupos econômicos mais fortes, protegidos por múltiplos Estados. Todo esse cenário levou à necessidade de criação de novos instrumentos de cooperação, em que os Estados cedem informações essenciais e têm que abdicar de parte de sua autonomia de investigação e de punição, em nome de uma ação concertada, a ser operada no plano multilateral.

O texto de Marlon Tomazette é ainda mais focado nos atores privados e discute se haveria uma nova *lex mercatoria*. Apresenta uma análise mais teórica, que consegue por meio de explicações teóricas e práticas discutir o sur-

gimento de um conjunto de normas, com pretensão de autonomia em relação ao direito estatal, a partir da *lex mercatoria*. A nova *lex mercatoria* seria o resultado dos múltiplos processos de integração normativa infraestatal ou transnacional, como a coordenação por intercruzamentos normativos e jurisprudenciais, a harmonização por aproximação, a unificação com os sistemas de integração, entre outros. Assim, da análise dos casos à teoria geral, a primeira parte, centrada em atores não estatais, avalia os limites do paradigma estatal como fundamento do direito vigente no âmbito internacional nos dias de hoje.

A segunda parte da obra é tão inovadora quanto à primeira. Agora, concentra-se em interações entre atores estatais ou subestatais. Parte-se de uma análise mais geral, de internacionalização do direito após a destruição de muitas barreiras nacionais, uma particularidade dos Estados colapsados, objeto de ingerência das Nações Unidas. Na mesma linha, discutem-se em seguida algumas opções da comunidade internacional para punir os responsáveis por crimes de guerra, de forma a evitar a escalada do sentimento de insatisfação das comunidades atingidas.

As interações, entretanto, nem sempre são positivas ou mesmo ocorrem. Os textos seguintes criticam diferentes aspectos do processo e apontam suas falhas, no plano subnacional ou interestatal. Analisam-se as dificuldades da interação entre juízes, os obstáculos para integrar determinados temas, até o domínio de algumas potências sobre a construção de um novo direito global.

Em relação ao primeiro texto, de Christiani Buani, destaca-se o conceito de “justiça de transição”, como sendo aquela aplicável a sociedades de pós-conflitos armados. Nota-se a tentativa de formação de redes administrativas em múltiplos níveis para construir novos modelos de justiça, com base em experiências importadas de diferentes países que participaram do processo de ingerência. Como era de se esperar, a mescla de diferentes modelos implementados em culturas fragilizadas demonstram no médio prazo baixa efetividade.

Em países destruídos por conflitos armados de ampla escala, após a ingerência das Nações Unidas, nota-se que o modelo adotado segue certa constância: os Estados que participaram dos conflitos exportam modelos de estruturas administrativas que consideram adequadas, ou seja, uma globalização hegemônica de grandes potências. Há vários problemas: primeiro, as estruturas locais

têm dificuldade em filtrar as experiências para construir instituições que lhes sejam mais úteis, de acordo com suas culturas; segundo, a existência de múltiplos modelos de inspiração distintos leva à falta de diálogo entre as diferentes soluções importadas; terceiro, muitas vezes, mesmo as melhores experiências não trazem soluções possíveis em Estados que estão em momentos distintos, com todas as características sociais mais importantes muito distantes daquelas que estão sendo importadas.

Em seguida, analisa-se um caso específico, mais voltado para o direito penal internacional: a justiça restaurativa em Uganda. Uganda foi palco de um conflito interno em larga escala, que gerou a atuação do Tribunal Penal Internacional.

O texto de Raquel Tiveron analisa a questão da justiça restaurativa em Uganda. O conflito em Uganda, provocado pelas disputas de poder envolvendo Museveni e o *Lord's Resistance Army* causou dezenas de milhares de mortes, atingindo países vizinhos como Sudão do Sul (então parte do Sudão) e Congo. Ao total, estima-se que os conflitos tenham gerado aproximadamente um milhão de refugiados.

A construção da paz na região foi desenvolvida por dois movimentos distintos: no plano nacional e no plano internacional. No plano doméstico, aprovou-se uma lei de anistia, com perdão a todos os cidadãos envolvidos no conflito, desde 1986. No plano internacional, com fundamento na ideia de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, entre os quais vários cometidos em Uganda, o Tribunal Penal Internacional passou a julgar diferentes atores envolvidos. O conflito de lógicas é evidente. O texto de Raquel Tiveron aponta, com qualidade, os desafios do diálogo entre dois modelos muito distintos e as dificuldades na tensão entre a construção de uma paz sustentável no âmbito local versus a imposição de modelos universalizantes por nações hegemônicas.

A autora aponta como uma possível solução modelos alternativos, o que denomina justiça restaurativa. Trata-se de uma ideia ainda em elaboração, mas que pretende envolver todos os atores na construção de soluções que restaurem o equilíbrio social e promovam a paz. Seu texto dialoga, assim, de forma muito próxima com o capítulo anterior e aplica, a partir de um exemplo concreto, os limites levantados da justiça de transição. A dificuldade, contudo, como bem aponta, estaria nas

estruturas internacionais em absorver mecanismos distintos daqueles dos países hegemônicos para promover a paz no âmbito africano.

Passa-se em seguida à discussão das interações diretas entre atores subnacionais. Ruitemberg Nunes Pereira discute a proposta de um “diálogo entre juizes”, para criticar que exista de fato uma interação horizontal, plural na construção de uma sociedade democrática global, como pretendem alguns teóricos. Na visão do autor, nota-se a criação de um mercado de ideias, no sentido em que há um conjunto de valores criados e “vendidos” por determinados Estados mais influentes e consumidos pelos demais países do mundo. Os principais fornecedores de valores civilizatórios continuam a ser alguns Estados europeus, sobretudo França, Alemanha e Reino Unido, além dos Estados Unidos, o que varia conforme o tema.

O texto se fundamenta em diferentes aspectos da realidade. De um lado, nota o fluxo de referências cruzadas entre os tribunais, bem como a qualidade de alguns casos analisados. De fato, como aponta o autor, os tribunais dos países acima se citam bastante e são fontes contínuas dos demais Estados, mas ignoram o desenvolvimento intelectual nos tribunais “periféricos”. Mesmo entre os principais órgãos internacionais de solução de conflitos, nota-se uma assimetria importante, de fato, e não de direito, o que mostra a construção de um monólogo de cortes, mais do que um diálogo.

Nesse sentido, o autor aponta alguns problemas com a visão de autores liberais que consideram a existência de construção de redes de relacionamento entre atores subnacionais, sobretudo de países democráticos. A interpretação da realidade não caminharia para a construção de relações mais democráticas globais, mas na construção de novas formas de colonialismo cultural.

Passa-se, então, a mais um texto crítico, de Geilza Cavalcanti Diniz. A análise segue na mesma linha dos artigos anteriores, que discutem limites do processo de internacionalização do direito. O foco, no entanto, agora, é a dificuldade de construir instrumentos de diálogo sobre temas relacionados a elementos nucleares das culturas locais, como o direito à vida e à religião. O exemplo analisado é o caso do aborto. O fio condutor lógico segue primeiro com a descrição de alguns ordenamentos nacionais, de forma a apontar diferenças importantes existentes hoje.

Em seguida, a autora analisa diferentes estudos de jurisprudência, para verificar quais os argumentos utilizados pelos juízes para construir pontes de diálogo ou realçar divergências entre os tribunais. Os casos analisados são interessantes por trabalhar o tema em uma zona cinza, que coloca em xeque a racionalidade moderna e elementos religiosos. O caso central do capítulo, o aborto dos anencéfalos, foi escolhido de forma exemplar, pois revela, mesmo dentro de tribunais dos países centrais, certa tensão entre diferentes percepções. Os países escolhidos: Holanda, Argentina e Brasil demonstram como o problema foi abordado de forma distinta em um país do Ocidente e dois Estados do extremo Ocidente. Em si, os antagonismos encontrados revelam dificuldades da construção de processos de diálogos em temas sensíveis.

Carla Patrícia Lopes caminha no mesmo sentido. Em vez de fazer uma análise comparativa, busca analisar um caso específico no Brasil, relacionado à liberdade de imprensa. O artigo se inicia com uma reflexão de diferentes modelos teóricos para produção do direito em um ambiente de pluralismo e transconstitucionalismo. Assim, alguns autores chaves para a compreensão do fenômeno, como Mireille Delmas-Marty e Marcelo Neves servem de base de argumentação do pano de fundo teórico. A autora busca, na teoria geral analisada na primeira parte desse livro, elementos que demonstram os diferentes fenômenos de diálogo entre juízes e os limites apresentados na construção do processo de internacionalização do direito.

O estudo de caso neste capítulo tem um objetivo distinto. Busca analisar o tema de diálogo entre juízes, em uma lógica de heterarquia de influências. O tema, já colocado em discussão em diferentes países, coloca em xeque duas posições difíceis: o direito constitucional de liberdade de imprensa versus o direito de privacidade. O exemplo se torna interessante porque, em vários países onde foi analisado, usa-se a jurisprudência estrangeira para construir as bases para o julgado e, sobretudo, porque não há posição pacífica no plano internacional. Ao

contrário do exemplo anterior, marcado pelas dificuldades de interação pelas diferenças culturais refletidas em julgados concretos, aqui, as peculiaridades dos casos concretos diferentes servem de argumento para estimular um diálogo e não para afastá-lo.

Por fim, Alessia Chevitarese fecha o conjunto de textos com um capítulo com uma discussão de teoria geral. Parte da pergunta “quem governa o direito?”. Constrói a resposta a partir dos argumentos desenvolvidos no livro e de alguns autores clássicos que servem de fundamento comum aos vários capítulos apresentados. Assim, os argumentos de Norberto Bobbio, Jose Eduardo Faria, Hans Kelsen e Verdross são analisados à luz do que hoje chamamos internacionalização do direito. O capítulo caminha pela apresentação da justificativa de validade e legitimidade de normas no plano internacional.

O objetivo da autora é verificar se as tradicionais estruturas de explicação do direito internacional são suficientes para explicar os novos processos de internacionalização. A autora considera que há limites importantes nas teorias clássicas e passa a analisar novos autores como teoria dos sistemas, em Luhmann e Teubner, e outras visões distintas, que poderíamos chamar de mistas, como Mireille Delmas-Marty, Nickel e Jurgen Habermas, que hoje teriam melhores argumentos para dar uma coerência às diversas manifestações de direito dentro de uma lógica de globalização.

Assim, o conjunto de textos traz uma visão interessante, com base nos autores que são atualmente considerados os melhores na área, para discutir como o processo de globalização altera a construção do fenômeno jurídico contemporâneo. Trata-se de uma obra refletida, discutida ao longo de vários anos, entre doutorandos em Direito, com ampla experiência de docência e prática relacionada com o que escrevem. Por tudo isso, acreditamos que se trata de um trabalho que pode ser útil à compreensão e à disseminação do debate qualificado no Brasil.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos

The fragmented ways of human protection: *the subject right of petition, the concept of victim and the amicus curiae as indicators of access to the Inter-American and European Human Rights Protection Systems*

André Pires Gontijo

Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos*

The fragmented ways of human protection: the subject right of petition, the concept of victim and the *amicus curiae* as indicators of access to the Inter-American and European Human Rights Protection Systems

André Pires Gontijo¹

Resumo

O relatório de pesquisa no âmbito do direito constitucional-internacional, cujo objeto é o acesso universal aos sistemas de proteção de direitos humanos, questiona qual o papel do sujeito perante estes sistemas, no contexto de uma idéia de fragmentação do Direito. Em pesquisa epistemológica e aplicada, com investigação documental e bibliográfica, (re)discute-se a noção de sujeito que, em virtude da fragmentação da pós-modernidade, se apresenta em sua dupla dimensão: como vítima de violação de direitos humanos e como fomentador da construção de uma esfera pública em matéria de direitos humanos. Como delimitação ao tema, realiza-se a comparação jurídica entre os sistemas regionais – europeu e interamericano – de proteção dos direitos humanos, em três perspectivas: análise institucional, exame do acesso ao sistema e verificação da construção jurisprudencial dos conceitos em matéria de direitos humanos com a participação do sujeito. A pesquisa é realizada no âmbito do grupo de pesquisa Internacionalização do Direito. A discussão das hipóteses de pesquisa está estabelecida em dois pontos. O primeiro diz respeito ao avanço dos sistemas regionais – europeu e interamericano – de proteção dos direitos humanos na construção jurisprudencial e na efetivação dos valores fundamentais protegidos pelas respectivas Convenções, que permitem o acesso direto do indivíduo aos respectivos órgãos de controle. O segundo se refere à atuação do sujeito como vítima, na condução de valores comuns, e a criação de condições de possibilidade do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos podem ser o início da construção de uma esfera pública comunicativa mundial, em matéria de direitos humanos. O sistema europeu e o sistema interamericano, que se encontram em diferentes momentos e possuem diferentes velocidades, desenvolveram um pano de fundo comum, acerca da necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana. Todavia, no momento atual, em que se examina o processo de fertilização cruzada à luz da Internacionalização dos Direitos, percebe-se um sistema interamericano preocupado em evoluir em sua saga na busca da concretização dos direitos humanos e em um modelo de

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Doutorando e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Pesquisador do grupo de Pesquisa Internacionalização dos Direitos (UniCEUB/*Collegè de France*), Professor da Graduação em Direito e em Relações Internacionais e da Pós-Graduação *Lato Sensu* do UniCEUB. Líder dos grupos de pesquisa Debatendo com o STF e Efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Email: andre.gontijo@gmail.com

racionalidade que permita o acesso direto do indivíduo perante a Corte, sem a destruição do patrimônio simbólico construído pela Comissão Interamericana; enquanto o sistema europeu, a seu turno, se vê em um momento de atenção, principalmente no choque entre as demandas da economia (o “combate” aos imigrantes ilegais) e a alma construída em torno dos direitos humanos (a proteção da pessoa humana, independentemente de sua origem ou de seu patrimônio jurídico).

Palavras-chave: Direito constitucional-internacional. Acesso do sujeito aos sistemas de proteção dos direitos humanos. Papel do sujeito na construção jurisprudencial dos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos.

Abstract

The research report has elaborated in constitutional-international law context, and the object is the universal access to the human rights protection systems. The research question is what is the subject role in these protection systems. That is an epistemology and applied research, with documentary and bibliographical technical research, that (re)discusses the notion of subject in the post-modernity fragmentation context, that is presented in double dimension: as victims of human violations and to encourage the construction of the public sphere of human rights. As the demarcation issue, the comparison is made between the European and Inter-American human rights systems in three perspectives: institutional analysis, examination of access and verification of the construction of legal concepts on human rights with the participation of the subject. The search is performed within the research group of Internationalization of Law. The discussion of research hypotheses is based on two points. The first concerns the advancement of European and Inter-American human rights protection systems in judicial construction and realization of fundamental values protected by the Convention. The second refers to the actions of the subject as a victim conduct to build common values, and creating conditions of possibility individuals and other actors to access the human rights protection systems can be the start the construction of a communicative public sphere world on human rights. The European and Inter-American system, which are at different times and have different speeds, developed a common background,

about the need to respect the dignity of the human person. However, at present, which analyzes the process of cross-fertilization in the light of Internationalization of Law, we can see an Inter-American system concerned with evolving saga in his quest for the realization of human rights and a model of rationality that allows direct access to the person before the court, without the destruction of the symbolic heritage built by Inter-American Commission of human rights, while the European system, in turn, finds herself in a moment of attention, especially in the clash between the demands of the economy (the “combat” to illegal immigrants) and soul built around human rights (protection of the human person, regardless of their origin or of their legal heritage).

Key-words: Constitutional-International Law. The subject access to European and Inter-American human rights system. The subject role in judicial construction of European and Inter-American human rights system.

1 Introdução

Atualmente, os Estados enfrentam um contexto internacional antes não existente, em que atores públicos, *experts* e atores privados possuem vez e voz no processo de tomada de decisão. Discute-se um processo amplo de mudança, o qual desloca as estruturas destes processos centrais de tomada de decisão das atuais sociedades e abala os quadros de referência, responsáveis por conferir aos sujeitos uma ancoragem estável no mundo social. Vive-se uma “crise de identidade” em que as antigas noções de identidade do sujeito – que estabilizaram o mundo social – estão em declínio, em virtude da assunção de novas identidades, fragmentadoras do sujeito moderno, considerado unificado.²

A crise de identidade surge a partir do processo de deslocamento ou “descentração” do sujeito, que consiste no deslocamento dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural, quanto dele próprio. Trata-se de uma mudança estrutural que está transformando as sociedades no final do século XX e início do século XXI, com a fragmentação das paisagens culturais – de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade – que

² HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 7.

mantinha sólida as localizações do sujeito no plano da identidade social e no plano da identidade pessoal, como sujeito integrado.³

O sistema jurídico, como um todo, convive com pelo menos três concepções diferentes de identidade no seu cotidiano: (a) a identidade do sujeito do Iluminismo; (b) a identidade do sujeito sociológico; e (c) a identidade do sujeito pós-moderno.

O sujeito do Iluminismo centra-se na perspectiva individualista do eu, na identidade de uma pessoa, de um indivíduo totalmente centrado e unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação.⁴

Por outro lado, a noção de sujeito sociológico reflete a complexidade na qual o mundo moderno a reflete, e a consciência de que o centro não é apenas a autoconsciência do sujeito, mas sim a relação com outras pessoas, em que se verifica a troca de experiência e valores, sentidos e símbolos – em resumo, a formação da cultura.⁵

A partir dessa concepção, a identidade é formada pela interação do eu com a sociedade. Constitui o núcleo essencial do sujeito o “eu real”, mas este dialoga continuamente com as esferas culturais “exteriores” e com as outras identidades por elas oferecidas. Desse modo, há o preenchimento do espaço pessoal com a esfera pública, com o alinhamento dos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos, a partir da projeção dos valores individuais nessas identidades culturais e, simultaneamente, a internalização dos significados e valores do mundo externo. Assim, o sujeito é “costurado” à estrutura a partir da identidade.⁶

Anteriormente, com uma identidade unificada e estável, o sujeito passava por grandes transformações: passando agora a ser considerado um sujeito fragmentado, composto de várias identidades; em função das mudanças estruturais e institucionais, as identidades estão entrando em colapso, sendo que o próprio processo de identificação do sujeito constitutivo tornou-se mais pro-

visório, variável e problemático.⁷

Passa-se a ter um reconhecimento de uma identidade do sujeito no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Em função da fragmentação, além do papel de vítima, o sujeito passa a ter o papel de fomentador do sistema, com o acesso universal, contribuindo para o processo de tomada de decisão em matéria da luta contra a violação dos direitos humanos.

Isso porque, sob certas circunstâncias, seus diferentes elementos e identidades podem ser conjuntamente articulados, cuja estrutura da identidade, entretanto, sempre permanece aberta. Embora seja uma articulação parcial, cuida-se de uma “[...] recomposição da estrutura em torno de pontos nodais particulares de articulação”⁸ que, na verdade, constitui a formulação de um sujeito adaptado à realidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos.

Todavia, cada sistema regional parte de pelo menos um ponto comum – a proteção de direitos humanos –, mas desenvolve identidades culturais diversificadas, a partir da relação de pertencimento às culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas e de cada Estado-Parte.⁹

O processo de reconhecimento dos direitos da pessoa humana não tende à difusão de um modelo único, a partir de um ponto único. Concentra-se, sobretudo, na emergência de diversos pontos (ou regiões) do mundo, nascendo de uma vontade compartilhada de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos. Nesse aspecto, a universalidade dos direitos fundamentais à pessoa humana implica a troca de culturas e valores e não o desejo de se construir um sentido único e universal. Logo, cada sociedade vivencia, de algum modo, os aspectos dos direitos humanos, à sua maneira, mas permite a aproximação das “diferentes culturas”, em uma perspectiva evolutiva, a fim de que se enriqueçam com a troca mútua de experiências e procedimentos.¹⁰

³ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 9.

⁴ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 10.

⁵ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 11.

⁶ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 11.

⁷ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 12.

⁸ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 18.

⁹ Cf. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2007. p. 8.

¹⁰ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção européia de direitos humanos*. Leme: J. H. Mizuno, 2007. p. 19.

Nesse contexto, as lógicas próximas, porém, distintas e diferenciadas dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos podem dialogar entre si, a fim de se alcançar o aperfeiçoamento da interpretação dos conteúdos essenciais que visam resguardar a dignidade do ser humano. Essas lógicas apresentam-se fragmentadas, em diferentes processos de interação, mas se revelam conexas por meio de diferentes instrumentos, como a compreensão dos julgados e a sua fertilização cruzada, e o acesso dos diferentes tipos de sujeito aos processos de tomada de decisão nestes sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

O indivíduo não é considerado sujeito de direito internacional, mas consegue ter acesso ao processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos por meio da Internacionalização dos Direitos, a qual expressa a convivência nunca antes tão próxima e tão complexa entre o nacional e o internacional.

Para se adequarem ao fenômeno que lhes apresentam, fórmulas são buscadas pelos Estados. Alguns se retiram em um ambiente fechado, outros apresentam uma falsa abertura ao externo, enquanto há aqueles que se preocupam em conjugar uma ordem constitucional saudável com uma esfera internacional em formação. O presente ensaio visa apresentar, a título comparativo, a perspectiva institucional do acesso do indivíduo aos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos. O foco da pesquisa será o diálogo jurisprudencial entre as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos. Isto é, vai-se investigar o tema, buscando sistematizar padrões conceituais e metodológicos que permitam avaliar o processo de tomada de decisão perante as Cortes regionais (europeia e interamericana) de proteção dos direitos humanos, no que se refere à concretização dos valores fundamentais, por meio da atuação do sujeito mediante o direito de petição.

Nesse contexto, os processos de interação entre as esferas regionais de proteção dos direitos humanos, em um ambiente de fragmentação do direito, permitem que os indivíduos atuem efetivamente sobre a construção do acervo normativo internacional, superando a discussão do indivíduo como sujeito ou objeto do direito internacional.

Como hipótese de pesquisa, acredita-se que a fragmentação do direito internacional, utilizando-se como

instrumento a metodologia dos processos de internacionalização do direito, permite mapear os procedimentos e valores jurídicos considerados comuns no âmbito dos sistemas (regionais) de proteção dos direitos humanos, a fim de se criar uma esfera pública, com *status* de regime normativo próprio em matéria de direitos humanos.

Para comprovar essa hipótese, foram selecionadas, como forma de delimitação temática, três formas de o indivíduo se apresentar perante os sistemas regionais: o peticionamento individual, a definição do conceito de vítima e a intervenção de terceiros. Cada um desses tópicos visa, de acordo com os parâmetros traçados, apresentar precedentes jurisprudenciais (na medida em que eles existem) que constroem os respectivos instrumentos no âmbito dos sistemas regionais, por meio da interpretação e integração dos institutos.

O conceito de vítima dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos pode ser considerado o embrião do mapeamento de valores comuns, realizado pelos estudos jurídicos comparativos para a internacionalização do direito. A fertilização cruzada entre os sistemas regionais de proteção dos direitos pode demonstrar diferenças culturais entre os sistemas, mas, em contrapartida, identificar metodologias e conceitos comuns na proteção e na luta contra a violação dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, a criação de condições de possibilidade do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos pode contribuir para densificar os elementos já existentes na esfera pública comunicativa mundial em matéria de direitos humanos, conferindo a possibilidade de esta esfera pública ser o instrumento de uso comum para a irradiação dos direitos humanos por meio do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos, desenvolvendo-se, pela fragmentação do direito, um regime comum em matéria de direitos humanos.

2 O acesso aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos via peticionamento individual

2.1 Sistema europeu

Perante o reforço do caráter judicial do sistema, a apreciação do direito de petição como método de implementação dos direitos humanos no plano internacional

deve levar em conta a legitimidade dos peticionários e as condições do uso e da admissibilidade das petições. Os dois instrumentos – tanto do artigo 33 como do artigo 34 da Convenção – são aptos a realizar a verificação de compatibilidade dos sistemas jurídicos nacionais com os ditames do conteúdo normativo previsto pela Convenção Europeia, o chamado controle de convencionalidade. Todavia, inicialmente, apenas os Estados-Partes tinham a autorização para realizar tal verificação em concreto (em um caso específico) e em abstrato, enquanto que o exercício de petição individual permitia o exame da convencionalidade apenas em concreto. É o que entendia a Corte Europeia no caso *Golder vs. Reino Unido*,¹¹ em que o indivíduo não poderia suscitar à Corte Europeia que determinada lei não era compatível com a Convenção, mas apenas poderia fazê-lo se a lei fosse aplicada em prejuízo a um direito fundamental, previsto na Convenção.

A Corte Europeia evoluiu seu posicionamento de modo que o indivíduo pode acessar a Corte se demonstrar que uma lei supostamente contrária aos ditames da Convenção (a partir da avaliação de percepção de risco) possa lhe ser aplicada, o que feriria o seu direito fundamental em abstrato. Desse modo, qualquer indivíduo pode atacar a convencionalidade de qualquer norma geral de seu Estado. Este entendimento restou consignado no caso *Norris vs. Irlanda* (1988), em que a Corte Europeia asseverou:

A Corte também concorda com o Governo que as condições que regem cada pedido ao abrigo do artigo 25 da Convenção não são necessariamente as mesmas que os critérios nacionais relativos ao *locus standi*. As regras nacionais a este respeito poderão servir finalidades diferentes das contempladas pelo artigo 25 e, ao mesmo tempo em que às vezes podem ter os mesmos efeitos análogos, eles não precisam ser sempre assim [...].

¹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Golder vs. The United Kingdom (Application n.º 4451/70)*, j. 21.2.1975. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 21 ago. 2008. Ver, em especial, o seguinte trecho do § 39: “(...) It is not the function of the Court to elaborate a general theory of the limitations admissible in the case of convicted prisoners, nor even to rule in abstracto on the compatibility of Rules 33 para. 2, 34 para. 8 and 37 para. 2 of the Prison Rules 1964 with the Convention. Seised of a case which has its origin in a petition presented by an individual, the Court is called upon to pronounce itself only on the point whether or not the application of those Rules in the present case violated the Convention to the prejudice of Golder (De Becker judgment of 27 March 1962, Series A no. 4, p. 26).”

Seja como for, a Corte decidiu que o artigo 25 da Convenção habilita os indivíduos para sustentarem que uma lei viola os seus direitos por si só, na ausência de uma medida individual de implementação, se eles correm o risco de serem diretamente afetados por ela [...].¹²

É importante destacar que, embora a Corte Europeia tenha permitido a abstração com o direito de petição, este não pode ser exercido mediante “ação popular”, isto é, o requerente não pode se queixar em nome da população em geral. Até mesmo o Estado-Parte, na competência do artigo 33, o faz na função de proteção diplomática do indivíduo ou de grupos específicos.¹³

Assim, sob o manto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a construção de uma jurisprudência reconhecendo a autonomia do direito de petição individual vem sendo desenvolvida, o que transforma o direito ao recurso individual na pedra angular do mecanismo de salvaguarda instaurado pela Convenção.¹⁴ Além do controle em abstrato de convencionalidade, outra consequência decorrente destes julgados é a interpretação do conceito de vítima, a qual deve ser vista de forma autônoma, independentemente de conceitos de direito interno.

2.2 Sistema interamericano

O sistema de peticionamento é definido pelo artigo 44, em que qualquer indivíduo ou grupo de pessoas ou, ainda, organização não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da OEA pode apresentar petições que contenham denúncias ou

¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Norris vs. Ireland (Application n.º 10581/83)*, j. 26.10.1988. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008. Tradução livre de: “The Court further agrees with the Government that the conditions governing individual applications under Article 25 (art. 25) of the Convention are not necessarily the same as national criteria relating to locus standi. National rules in this respect may serve purposes different from those contemplated by Article 25 (art. 25) and, whilst those purposes may sometimes be analogous, they need not always be so] Be that as it may, the Court has held that Article 25 (art. 25) of the Convention entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in the absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it [...].”

¹³ Por todos, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Segi and gestoras pro-ammistia vs. 15 States of European Union (Application(s) n.º(s) 6422/02 e 9916/02)*, Decision of inadmissibility in 23.5.2002. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

¹⁴ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção europeia de direitos humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007. p. 33.

queixas de violação dos direitos humanos previstos pela Convenção por um dos Estados-Partes.

Diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos, para ser objeto de “ataque” do sistema de petição, o Estado-Parte deve declarar que reconhece a competência da Comissão Interamericana para receber e examinar as comunicações de violação dos direitos humanos, nos termos do artigo 45. Caso o Estado-Parte não apresente declaração deste tipo, a Comissão Interamericana não poderá admitir nenhuma comunicação contra ele.

O tratamento do direito de petição individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos não dispõe do acesso universal e irrestrito do indivíduo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um primeiro momento. Neste sistema regional, o acesso universal é franqueado apenas à Comissão Interamericana, consoante o disposto no artigo 44 do Pacto San José da Costa Rica.¹⁵

Com o decorrer da evolução do sistema interamericano, outros mecanismos de proteção dos direitos humanos facultaram o acesso do indivíduo, grupos de indivíduos e entidades não governamentais ao sistema. O Protocolo Adicional de San Salvador determina a utilização do peticionamento individual perante a Comissão Interamericana (e eventualmente perante a Corte Interamericana) quando o direito à organização sindical (artigo 8º, inciso I, alínea “a”) e o direito à educação (artigo 13) forem violados por uma ação diretamente imputável a um Estado-Parte signatário do Protocolo.¹⁶

Nessa mesma linha, a terceira parte do artigo 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece que, se as pessoas são submetidas à tortura, o caso poderá ser submetido às instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado, uma vez esgotados os procedimentos jurídicos internos.

Com o Regulamento da Comissão Interamericana,¹⁷ no seu artigo 23, a possibilidade de o indivíduo, grupo de indivíduos e ONGs acessarem o sistema tornou-se institucionalmente elasticada, visto que as petições podem ser interpostas sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos em todos os tratados protetivos do sistema interamericano: na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento.

Por um lado, esse sistema de peticionamento merece ser revisto com certa urgência, uma vez que os indivíduos não estão legitimados para levar uma demanda perante a Corte Interamericana diretamente. Dessa forma, se um Estado-Parte obteve a vitória em um assunto no âmbito da Comissão Interamericana, não há incentivo (seja pela Comissão Interamericana, seja pelo Estado-Parte) de submeter (ainda que seja outro o julgamento) à Corte Interamericana, a qual representa a

¹⁵ “Artigo 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.”

¹⁶ A crítica que permanece, a partir de outra leitura deste dispositivo, é a possibilidade de o sistema Comissão Interamericana/CORTE Interamericana restringir o acesso do peticionamento individual quando da violação de outros direitos, em função de uma leitura restritiva deste enunciado do Protocolo.

¹⁷ Aprovado pela Comissão em seu 109º período extraordinário de sessões, realizado de 4 a 8 de dezembro de 2000, e modificado em seu 116º período ordinário de sessões, realizado de 7 a 25 de outubro de 2002, em seu 118º período ordinário de sessões, realizado de 6 a 24 de outubro de 2003 e em seu 126º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2006.

única via para que todos os meios de proteção operem de forma plena.¹⁸

A violação dos direitos humanos conduz o sujeito à posição central do sistema, na medida em que as atrocidades cometidas despertam a consciência jurídica dos povos para a necessidade de revisar as próprias bases do sistema internacional. Esta mudança corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados respondam pela maneira como tratam as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, a fim de evitar novas ofensas aos direitos humanos.¹⁹

A sentença de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos serve para um amplo propósito, pois não apenas resolve as questões jurídicas suscitadas em um caso concreto, mas também tem o escopo de esclarecer e desenvolver o sentido das normas de direitos humanos e, desse modo, contribuir para a sua obediência pelos Estados-Partes.²⁰

Com essa orientação, no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, a Corte Interamericana consagrou a natureza jurídica e o alcance do direito de petição individual. Além de resgatar a posição do sujeito como parte cen-

tral do sistema jurídico, assevera que o direito de petição contribui para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados-Partes, incluindo a influência na mudança do sistema jurídico interno e da prática dos Órgãos públicos do Estado. Afirma, ainda, que a legitimidade do direito de petição estende-se a todo e qualquer peticionário, inclusive pode prescindir da manifestação da própria vítima, o que amplia a eficácia de sua abrangência, isto é, além de qualquer pessoa – nacional, estrangeira, refugiada ou apátrida – poder peticionar, necessariamente não precisa ser vítima, podendo resguardar o direito de terceiros.²¹

Foi o que aconteceu no caso em análise, em que a entidade peticionária – FASIC, entidade não governamental com registro no Chile – não precisou adequar-se aos requisitos legais de um determinado ordenamento jurídico interno, pois supriu o requisito exigido pelo artigo 44 da Convenção Americana: é registrada em um dos países membros da OEA. Além de demonstrar a característica da desnacionalização,²² a proteção dos direitos humanos acionada pelo exercício do direito de petição individual se efetua à luz da noção de garantia coletiva,

¹⁸ PACHECO GÓMEZ, Máximo. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo xxi: memoria del seminario*. 2. ed. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José: CORTE Interamericana, 2003, p. 79. Este caminho entre a Comissão Interamericana e Corte Interamericana, que se mostra delicado, ante a possibilidade da primeira não submeter a análise da violação dos direitos humanos para a segunda, foi objeto de preocupação na competência consultiva, exarada pela CORTE Interamericana (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas arts. 13 y 29 Convención americana sobre derechos humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 23 ago. 2008. Ver, em especial, o § 26).

¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003. v. 3, p. 486.

²⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application n.º 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 25 jun. 2008. Ver, em especial, o seguinte trecho: do § 154 “(...) The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19).”

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008. Ver, em especial, os §§ 4-5 e 26.

²² Este amplo acesso também restou consignado na Segunda Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana (de 24.9.1982), em que foi invocada esta particularidade como demonstração da grande importância atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados-Partes em relação aos indivíduos, sem a intermediação de outro Estado. Nesse sentido, ver em especial o § 32: “Debe destacarse, además, que la Convención al contrario de otros tratados internacionales sobre derechos humanos, inclusive la Convención Europea, confiere a los individuos el derecho de presentar una petición contra cualquier Estado tan pronto como éste haya ratificado la Convención (artículo 44). En contraste, para que un Estado pueda presentar una denuncia contra otro Estado cada uno de ellos debe haber aceptado la competencia de la Comisión para tramitar denuncias entre Estados (artículo 45). Esto indica la gran importancia que la Convención atribuye a las obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado.” (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-2/82*, 24.9.1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008).

demonstrando o amplo alcance conferido ao artigo 44 da Convenção.²³

Nesse caso específico, restou de forma emblemática a posição de Antônio Augusto Cançado Trindade, à época Juiz da Corte Interamericana, na defesa do direito de peticionamento individual. Para ele, cada uma das ações realizadas pelas instituições no contexto do direito internacional dos direitos humanos tem contribuído, a seu modo, para o gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante na esfera internacional.²⁴

3 O conceito de vítima no contexto do acesso aos sistemas regionais de proteção de direitos humanos

3.1 Sistema europeu

A Corte é a única competente para decidir se o interessado é vítima para os efeitos do artigo 34 da Convenção.²⁵ Assim, a noção de vítima deve ser entendida de uma forma autônoma, independentemente da maneira como o ordenamento jurídico interno de cada Estado-Parte regule o interesse e a qualidade de agir. Nesse aspecto, ainda que não exista capacidade de agir em nível

interno, isso não afeta a possibilidade de a vítima apresentar a própria queixa.²⁶

É considerada “vítima” quem for diretamente atingido pelo ato objeto do litígio, sofrendo ou correndo o risco de sofrer os seus efeitos.²⁷ A qualidade de vítima não depende sempre da existência de prejuízo,²⁸ mas está associada à eficácia do recurso interno, ou seja, dependerá da compensação que o recurso interno lhe tiver concedido.²⁹

²⁶ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 288.

²⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Ünal Tekeli vs. Turkey (Application n.º 29865/96)*, j. 16.11.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 26 jun. 2008. Ver, em especial, o § 35: “The Court is not required to determine whether the obligation on the applicant to change her surname as a result of marrying when she was a trainee lawyer may adversely affect her subsequent professional life. It reiterates that besides professional or business contexts, the surname concerns and identifies a person in their private and family life regarding the ability to establish and develop social, cultural or other relationships with other human beings (see, *mutatis mutandis*, *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, § 29). The Court considers that in the instant case the refusal to allow the applicant to use just her own surname, Ünal, by which she claimed to have been known in private circles and in her cultural or political activities may have considerably affected her non-professional activities. The applicant is therefore a victim of the impugned decisions (see, to the same effect, *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, series A no. 280-B, § 18).”

²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Jorge Nina Jorge and Others vs. Portugal (Application n.º 52662/99)*, j. 19.2.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 27 ago. 2008. Ver, em especial, o § 39: “La Cour relève à cet égard que la circonstance, alléguée par le Gouvernement, que le prolongement de la phase judiciaire de la procédure n’aurait pas porté préjudice aux requérants, ceux-ci ayant déjà obtenu le versement des indemnisations en cause, ne saurait ébranler ce constat. En effet, à supposer même qu’il y ait eu absence de préjudice, ce que la Cour trouve loin d’être établi, il convient de rappeler qu’une violation de la Convention se conçoit même en l’absence de préjudice (*Ilhan c. Turquie* [GC], n.º 22277/93, § 52, CEDH 2000-VII).”

²⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Apicella vs. Italy (Application n.º 64890/01)*, j. 29.3.2006. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 26 jun. 2008. Ver, em especial, o § 71: “In so far as the parties appear to link the issue of victim status to the more general question of effectiveness of the remedy and seek guidelines on affording the most effective domestic remedies possible, the Court proposes to address the question in a wider context by giving certain indications as to the characteristics which such a domestic remedy should have, having regard to the fact that, in this type of case, the applicant’s ability to claim to be a victim will depend on the redress which the domestic remedy will have given him or her.”

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008. Ver, em especial, os §§ 30-33.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008. Ver, em especial, o § 23.

²⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Shamayev and Others vs. Georgia and Russia (Application n.º 36378/02)*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008. Ver, em especial, o § 293: “The Court would reiterate, as clearly as possible, that it alone is competent to decide on its jurisdiction to interpret and apply the Convention and its Protocols (Article 32 of the Convention), in particular with regard to the issue of whether the person in question is an applicant within the meaning of Article 34 of the Convention and whether the application fulfils the requirements of that provision. Unless they wish their conduct to be declared contrary to Article 34 of the Convention, a Government which has doubts as to the authenticity of an application must inform the Court of its misgivings, rather than deciding itself to resolve the matter (see, *mutatis mutandis*, *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 129, ECHR 1999-IV, and *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 409, 18 June 2002).”

Por outro lado, o requerente deve manter a qualidade de vítima ao longo do processo e não apenas durante a apresentação da queixa. Se o interesse desaparece, tendo em vista o reconhecimento e a reparação do dano, a queixa deve ser arquivada, face ao caráter subsidiário. Todavia, uma decisão favorável ao requerente não é suficiente para lhe retirar a qualidade de vítima. Aliás, mesmo com a alteração da legislação em descompasso com a Convenção, o *status* de vítima permanece se a situação criada for mantida.³⁰

Com efeito, um elemento importante ao qual deve ser dado enfoque é a participação da família e de pessoas próximas à vítima em temas de violação de direitos humanos. A Corte iniciou a preocupação com esse tema em função do tratamento das consequências da morte do requerente durante a pendência do processo perante o sistema regional. Inicialmente, a morte do requerente implicava o arquivamento da queixa, salvo se a causa fosse transmissível; assim, os respectivos herdeiros poderiam substituir o requerente.³¹

No entanto, a Comissão considerava que as queixas apresentadas sob o pálio do artigo 6º da Convenção – dentre elas, as referentes à equidade e à duração do

processo – estavam intrinsecamente ligadas à pessoa do requerente, o que as levava ao arquivamento em função da morte.³²

A Corte Europeia, por outro lado, divergia do entendimento da Comissão, pois adotou sempre uma atitude flexível, concedendo aos herdeiros do falecido a possibilidade de prosseguirem no processo sem a preocupação do direito em causa. Esse entendimento foi aceito pela

³⁰ A minuciosidade do conceito de vítima chega a ser alta, haja vista que, em se tratando de uma duração do processo excessiva, nem a transação entre as partes e nem a decisão final que não considere expressamente, para o cálculo da indenização, essa duração, fazem perder a “qualidade de vítima” (Cf. BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 289).

³¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. X. *vs. France (Application n.º 18020/91)*, j. 31.3.1992. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008. Ver, em especial, o § 26: “The applicant died on 2 February 1992. In a letter of 6 February his parents expressed their wish to continue the proceedings. In such circumstances the Commission has sometimes struck out of its list cases concerning compliance with the reasonable time requirement laid down in Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention. It has taken the view that the complaint was so closely linked to the person of the deceased that the heirs could not claim to have a sufficient interest to justify the continuation of the examination of the application (reports of 9 October 1982 on application no. 8261/78, Kofler v. Italy, Decisions and Reports no. 30, p. 9, paras. 16-17, and of 13 January 1992 on application no. 12973/87, Mathes v. Austria, paras. 18-20). The Court, however, in accordance with its own case-law, accepts in the present case that Mr X’s father and mother are now entitled to take his place (see, inter alia, the Vocaturo v. Italy judgment of 24 May 1991, Series A no. 206-C, p. 29, para. 2, the G. v. Italy judgment of 27 February 1992, Series A no. 228-F, p.65, para. 2, and the Pandolfelli and Palumbo v. Italy judgment of 27 February 1992, Series A no. 231-B, p.16, para. 2).”

³² EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. DECISION of 13.7.1983 on the admissibility of the Application n.º 9502/81. *S. vs. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008. Ver, em especial, o seguinte trecho: “7. Nor does the Commission consider that there is any question of general interest affecting the observance of the obligations undertaken by the High Contracting Parties which would justify the continued examination of the application. In this respect it notes that the Commission and Court have previously examined similar issues concerning the conformity of disciplinary proceedings with the requirements of Article 6(1) in many other cases (see e.g. Le Compte, Van Leuven and De Meyere and Albert and Lecompte, op. cit., and the cases referred to therein). 8. Moreover the present proceedings concern a system of professional disciplinary procedures which, for historical reasons, is peculiar to the Bar of England and Wales. The continued examination of the application could not therefore be justified on the basis that important questions of principle affecting the observance of the Convention by other High Contracting Parties are at stake.”

Comissão³³ e, após a reformulação do sistema regional, foi mantido pela atual Corte Europeia.³⁴

Se a vítima está impossibilitada de agir, outra pessoa pode apresentar a queixa em nome dela.³⁵ Além dessa hipótese de representação processual, nos casos em que existe um vínculo particular e pessoal com a vítima (sem, necessariamente, ser um laço familiar), admite-se a apresentação de queixa, em nome próprio, por aqueles que se considerem “vítima indireta”. Em outras palavras, pelos que possam alegar que a violação lhes causou um prejuízo ou que têm interesse pessoal válido em que seja posto termo à ofensa, é o caso de pais e irmãos apresentados como vítimas em função do falecimento de seu parente³⁶ ou por pessoas que conviveram em comum – como em

união estável – por um longo período³⁷ e desejam o reconhecimento e a reparação da violação de determinados direitos fundamentais.

A questão de saber se um parente também é vítima depende de parâmetros de aferição traçados pelos casos concretos analisados pela Corte que se baseiam na existência de fatores particulares que conferem a esse parente uma dimensão e um caráter distintos da perturbação afetiva comum a esses casos. Entre esses fatores, figuram a proximidade do parentesco, as circunstâncias particulares da relação, à medida que o parente testemunhou os acontecimentos, a forma como as autoridades públicas reagiram a seus pedidos. Logo, é a atuação do parente diante das autoridades públicas na busca da resolução da questão que constitui a essência da violação e se distancia da emoção natural da perda do falecido.³⁸

Há ainda casos em que parentes e entes próximos da vítima falecida buscam proteger a sua memória e o

³³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Vocaturò. vs. Italy* (Application n.º 11891/85), j. 24.5.1991. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008. Ver, em especial, o § 2º: “2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 para. 3 (d) of the Rules of Court, the applicant’s wife informed the registry on 25 July 1990 that her husband had died; she stated that she wanted the proceedings to continue and wished to take part in them and be represented by the lawyer she had designated (Rule 30). For reasons of convenience Mr. Vocaturò will continue to be referred to in this judgment as the applicant, although it is now his widow who is to be regarded as having this status (see, among other authorities, the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 7, para. 6).”

³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Örs. vs. Turkey* (Application n.º 46213/99), j. 13.11.2003. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008. Ver, em especial, o § 1º: “1. The Court notes at the outset that N.Ç. has died and that his widow has informed it that she wishes to continue with the proceedings. The Court has in a number of cases acceded to similar requests that have been made by close relatives of deceased applicants to continue with the proceedings (see, among other authorities, *Vocaturò v. Italy*, judgment of 24 May 1991, Series A no. 206-C, p. 29, § 2, and *X v. France*, judgment of 31 March 1992, Series A no. 234-C, p. 89, § 26). In line with that practice, the Court holds that the deceased applicant’s widow has standing in the present case to continue the proceedings in his stead.”

³⁵ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 291.

³⁶ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada e protocolos adicionais anotados*. Porto: Legis, 2008. p. 299; BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 291.

³⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Velikova vs. Bulgaria* (Application n.º 41488/98). Decision of 18.5.1999. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008. Ver, em especial, o seguinte trecho: “The Court recalls that a couple who have lived together for many years constitute a “family” for the purposes of Article 8 of the Convention and are entitled to its protection notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage (see the Johnston and Others v. Ireland judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, § 56). In the present case the applicant raises complaints in respect of the death of Mr. T., with whom she had lived for more than 12 years. They had three children together. In these circumstances, the Court has no doubt that the applicant may claim to be personally affected by, and therefore a victim of, the alleged violations of the Convention in respect of the death of Mr. T. and the subsequent investigation into this event. There is no valid reason for the purposes of *locus standi* to distinguish the applicant’s situation from that of a spouse.”

³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Koku. vs. Turkey* (Application n.º 27305/95), j. 31.5.2005. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008. Ver, em especial, o § 168: “Concerning the applicant’s final complaint, the Court has previously found that distress and anguish caused to applicants as a result of the disappearance of their close relatives and their inability to find out what had happened to those relatives, coupled with the manner in which their complaints were dealt with by the authorities, constituted inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention (see, *inter alia*, *Timurtaş*, cited above, § 98, and *İpek v. Turkey*, no. 25760/94, § 183, ECHR 2004 (extracts)). In reaching its conclusions, the prolonged and continuing periods of uncertainty and apprehension suffered by the applicants were determinant factors for the Court (see *Timurtaş*, cited above, § 98; *İpek*, cited above, § 183; *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 360, 18 June 2002).”

reconhecimento simbólico da violação de determinado direito fundamental. É o caso, por exemplo, da viúva que deseja ver seu falecido esposo considerado inocente perante a sociedade.³⁹

Todavia, há certos direitos personalíssimos e que não podem ser transmitidos pela morte, como, por exemplo, continuar uma ação em que o *de cuius* buscava o reconhecimento ao direito à eutanásia.⁴⁰

Em outros casos, como a representação de menores, estes podem dirigir-se à Corte, por exemplo, para a defesa de seus direitos perante seus familiares ou, ainda, por meio de uma mãe em conflito com as autoridades de

quem critica as decisões e o comportamento à luz dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção.⁴¹

Desse modo, ponderou a Corte que as condições regentes das petições individuais não coincidem com os critérios nacionais referentes ao *locus standi* (legitimidade das partes), o que transmite a ideia de autonomia do direito de petição individual no plano internacional, independentemente do plano interno. Assim, os elementos fixados por esta jurisprudência podem ser aplicados a outros procedimentos de tratados de direitos humanos que requerem a condição de vítima para o exercício de petição individual,⁴² configurando o mecanismo de “fertilização cruzada” na proteção internacional dos direitos humanos.⁴³

3.2 Sistema interamericano

A noção de “vítima” tem experimentado considerável expansão, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, principalmente por meio da construção jurisprudencial dos Órgãos de proteção internacionais, os quais passaram a especificar, em vítimas diretas e indiretas, vítimas potenciais, isto é, as que demonstram

³⁹ No caso *Nölkenbockhoff vs. Alemanha*, o *Bundesverfassungsgericht* negou à viúva a possibilidade de comprovar a inocência de seu falecido esposo, razão pela qual ela ingressou perante a Corte Européia, pleiteando a qualidade de vítima (Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Nölkenbockhoff vs. Germany (Application n.º 10300/83)*, j. 25.8.1987. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008. Ver, em especial, o § 33: “The principle of the presumption of innocence is intended to protect “everyone charged with a criminal offence” from having a verdict of guilty passed on him without his guilt having been proved according to law. It does not follow, however, that a decision whereby the innocence of a man “charged with a criminal offence” is put in issue after his death cannot be challenged by his widow under Article 25 (art. 25). She may be able to show both a legitimate material interest in her capacity as the deceased’s heir and a moral interest, on behalf of herself and of the family, in having her late husband exonerated from any finding of guilt (see, *mutatis mutandis*, the Deweer judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, pp. 19-20, § 37). As was pointed out by the Delegate, such is indeed the position in the present case. In the circumstances, Mrs. Nölkenbockhoff can consequently claim to be a “victim” within the meaning of Article 25 (art. 25). The Court would, moreover, point out that the German Constitutional Court, whose procedure of individual petitions is similar to the one established under the Convention (see the Klass and Others judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 19, § 36), did not dismiss Mrs. Nölkenbockhoff’s application for lack of *locus standi* (see paragraph 22 above).”).

⁴⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Sanles Sanles vs. Spain (Application n.º 48335/99)*. Decision of 26.10.2000 (Inadmissible). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008. Ver, em especial, o seguinte trecho: “The Court concludes that the applicant cannot act on Mr. Sampedro’s behalf and claim to be a victim of Articles 2, 3, 5, 8, 9 and 14 of the Convention, as required by Article 34. It follows that this part of the application is incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention for the purposes of Article 35 § 1 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.”

⁴¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Scozzari and Giunta vs. Italy (Application(s) n.º(s) 39221/98 e 41963/98)*, j. 13.7.2000. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008. Ver, em especial, o § 138: “The Court points out that in principle a person who is not entitled under domestic law to represent another may nevertheless, in certain circumstances, act before the Court in the name of the other person (see, *mutatis mutandis*, the Nielsen v. Denmark judgment of 28 November 1988, Series A no. 144, pp. 21-22, §§ 56-57). In particular, minors can apply to the Court even, or indeed especially, if they are represented by a mother who is in conflict with the authorities and criticises their decisions and conduct as not being consistent with the rights guaranteed by the Convention. Like the Commission, the Court considers that in the event of a conflict over a minor’s interests between a natural parent and the person appointed by the authorities to act as the child’s guardian, there is a danger that some of those interests will never be brought to the Court’s attention and that the minor will be deprived of effective protection of his rights under the Convention. Consequently, as the Commission observed, even though the mother has been deprived of parental rights – indeed that is one of the causes of the dispute which she has referred to the Court – her standing as the natural mother suffices to afford her the necessary power to apply to the Court on the children’s behalf, too, in order to protect their interests.”

⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 489. v. 3.

⁴³ Sobre o fenômeno da “fertilização cruzada”, ver por todos DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.

um interesse pessoal potencial reconhecidamente na solicição de seus direitos.⁴⁴

O sistema interamericano possui peculiaridades que o distingue dos demais sistemas regionais e globais de proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, a Convenção Americana avança em relação aos demais, em especial na legitimidade das partes para a causa. Ela amplia o direito de petição inclusive para terceiros, em função do tratamento particular que a violação dos direitos contidos na Convenção apresenta – detidos incomunicáveis ou desaparecidos, dentre outras situações.⁴⁵

Embora ainda não tenha o acesso universal do sujeito à Corte Interamericana, o sistema interamericano desenvolveu evoluções em torno da participação do indivíduo perante o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos ao longo de sua caminhada institucional. No ano de 2001, uma reforma do Regulamento da Corte Interamericana permitiu a participação do indivíduo de forma plena, quando o processo já estivesse no âmbito de apreciação da Corte Interamericana.⁴⁶

Durante o seu Octogésimo Segundo Período Ordinário de Sessões, na sessão celebrada no dia 29 de janeiro de 2009, a Corte Interamericana apresentou a Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar.⁴⁷ Nesse documento, a Corte Interamericana reconhece que se en-

contra inserida em um processo de reforma regulamentar cuja primeira fase foi concluída com as modificações expostas nesse documento.

Nesse momento institucional, a Corte Interamericana abriu-se para o diálogo em foros acadêmicos e institucionais de discussão, bem como fortaleceu suas relações de intercâmbio e debates com os Estados-Membros da OEA, com a Comissão Interamericana e com a sociedade civil, aceitando sugestões e comentários críticos dos diversos atores e usuários do sistema interamericano sobre a reforma de seu Regulamento.

Dentre os temas objeto de modificação,⁴⁸ o tratamento conferido à “vítima” e a participação de *amicus curiae* no processo de tomada de decisão são os assuntos que mais possuem identidade com o objeto desta pesquisa.

A partir dessa alteração, com vistas a fortalecer a participação da suposta vítima no processo, a Corte Interamericana considerou oportuno reformar o Regulamento, de modo que as declarações da suposta vítima não sejam consideradas provas testemunhais, isto é, não precisam ser juramentadas. Assim, as declarações das supostas vítimas serão valoradas, no contexto do caso, levando em conta as características especiais das declarações.

A Corte Interamericana considerou apropriado omitir do regulamento qualquer referência aos familiares das supostas vítimas, uma vez que, de acordo com os precedentes da Corte Interamericana, em determinadas circunstâncias, os familiares também serão considerados vítimas e, posteriormente, poderão ser credores de reparações que a Corte Interamericana possa estabelecer no futuro. Desse modo, esses familiares serão considerados como supostas vítimas e lhes serão aplicáveis todas as disposições regulamentares referentes a esta situação.

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Caçado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008. Ver, em especial, o § 16.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Caçado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008. Ver, em especial, o § 28.

⁴⁶ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas: relações internacionais*, v. 1, n. 2, p. 09-39, jan./jul. 2003. O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado pelo Tribunal em seu III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 9 de agosto de 1980. A Corte reformou o Regulamento em seu XXIII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 18 de janeiro de 1991; em seu XXXIV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 20 de setembro de 1996; em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000; e em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 mar. 2009.

⁴⁸ Foram objeto de reflexão os seguintes temas: procedimento de supervisão de cumprimento de sentenças; procedimento de supervisão de medidas provisórias; celebração de sessões da Corte fora de sua sede; oportunidade processual para apresentar *amicus curiae*; apresentação de escritos por meios eletrônicos; prazos para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas e do escrito de contestação da demanda; prazo para a apresentação dos anexos aos escritos submetidos pelas partes; prova testemunhal e pericial, momento processual oportuno para substituir o perito ou a testemunha e momento processual oportuno para impugná-los; e qualidade da declaração da vítima de um caso.

4 A intervenção de terceiros (*amicus curiae*) e a contribuição para o acesso aos sistemas regionais de proteção

4.1 Sistema europeu

A intervenção de terceiros perante o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos está prevista no artigo 36 da Convenção⁴⁹ sob duas modalidades: (1) a interferência de um Estado-Parte com a formulação de observações por escrito, bem como a participação em audiências nos processos perante uma das seções ou o Tribunal Pleno em que um nacional seu figurar como autor da petição e (2) qualquer pessoa ou Estado-Parte interessado na contribuição da administração da justiça, para o processo de tomada de decisão poderá – mediante convite do Presidente da Corte – participar das audiências e com observações escritas.

A primeira hipótese se aproxima de um assistente processual civil e se justifica em função da proteção diplomática exercida por um Estado para seu nacional, na defesa de direitos fundamentais violados por outro Estado.⁵⁰ Por essa razão, uma das cópias da queixa é enviada ao Estado-Parte do qual o requerente é cidadão.⁵¹

O primeiro caso em que a situação contida no § 1º do artigo 36 restou aplicada foi em *Soering vs. Reino Unido*, em que os Estados Unidos encaminharam um pedido de extradição ao Reino Unido de um cidadão alemão, a fim de ser julgado por um crime passível de pena de morte. O Estado da nacionalidade do requerente – a República Federal da Alemanha – também pleiteou acesso

aos autos, em função de dois motivos principais: (a) considerações humanitárias e (b) a preocupação em proteger o seu nacional, tendo em vista que o seu próprio pedido de extradição tinha sido recusado.⁵²

A segunda hipótese – a de que qualquer Estado-Parte ou pessoa interessada seja convidado(a) a participar do processo de tomada de decisão, desde que não esteja em nenhum dos polos do processo – recebe críticas dos teóricos,⁵³ pois não consagra um verdadeiro processo de intervenção de terceiros. Há a dependência do convite (ou autorização) do presidente de uma das seções para a apresentação de informações escritas ou participação nas audiências, as quais estão sendo utilizadas com prudência e moderação pela Corte.⁵⁴

São raros os pedidos de intervenção de um terceiro Estado-Parte.⁵⁵ Por outro lado, inúmeras organizações não governamentais elaboram frequentes pedidos de

⁴⁹ “Artigo 36º – Intervenção de terceiros. 1. Em qualquer assunto pendente numa seção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências. 2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.”

⁵⁰ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 308.

⁵¹ Esta determinação está contida no artigo 44, § 1º, *a*, do Regulamento da Corte Européia: “Quando uma queixa introduzida nos termos do artigo 34 da Convenção é levada ao conhecimento da Parte contratante requerida nos termos do artigo 54, n.º 2, *b*, do presente Regulamento, o *Greffier* envia ao mesmo tempo uma cópia da queixa à Parte contratante de que é cidadão o requerente no respectivo caso. Ele notifica também esta Parte contratante da decisão de ter uma audiência no caso.”

⁵² BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 309.

⁵³ Por todos, ver BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 309.

⁵⁴ BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 309. O artigo 44, § 2º, *a e b*, do Regulamento da Corte Européia prevê determinados procedimentos para a intervenção de terceiros: “(a) Uma vez a queixa levada ao conhecimento da Parte contratante requerida nos termos do artigo 51, § 1º, ou do artigo 54, § 2º, alínea *b*, do presente Regulamento, o Presidente da Seção pode, no interesse de uma boa administração da justiça, como prevê o artigo 36, § 2º, da Convenção, convidar ou autorizar outra Parte contratante, que não é parte na instância ou qualquer pessoa interessada que não seja requerente, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excepcionais, a tomar parte nas audiências. (b) Os pedidos de autorização para este fim devem ser devidamente fundamentados e apresentados por escrito numa das línguas oficiais, como exige o artigo 34, § 4º, do presente Regulamento, ao mais tardar doze semanas após a queixa ter sido levada ao conhecimento da Parte contratante requerida. O Presidente da Seção pode, a título excepcional, fixar outro prazo.”

⁵⁵ No julgamento *Ruiz-Mateos*, de 23.6.1993, Portugal e Alemanha foram admitidos a intervir no caso relativo à Espanha. (Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ruiz-Mateos vs. Spain (Application n.º 12952/87)*, j. 23.6.1993. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 29 jun. 2008. Ver, em especial, o § 5º: “On 10 April and 30 June 1992 respectively the President had authorised, under Rule 37 para. 2, the Government of the Federal Republic of Germany and the Government of the Portuguese Republic to submit written observations on the applicability of Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention to constitutional courts. These observations reached the registry on 10 June and 27 August.”).

intervenção,⁵⁶ mas o presidente da Corte apenas deferiu algumas destas pretensões.^{57 58}

Ademais, o Protocolo n.º 14 institui um novo item ao artigo 36 da Convenção.⁵⁹ Esta nova normativa permite a intervenção no processo do Comissário dos Direitos do Homem. Ele já podia intervir por iniciativa do Presidente da Corte, mas agora ganha autonomia para escolher em qual processo da seção ou do Tribunal Pleno intervirá,⁶⁰ o que simboliza uma mudança institucional importante na conformação da atuação dos atores no processo de tomada de decisão em direitos humanos.

4.2 Sistema Interamericano

Quanto à participação dos *amicus curiae*, a instituição do artigo 41⁶¹ no Regulamento da Corte Interamericana confirmou o novo colorido que o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos possui com o fluxo comunicativo dos participantes oriundos da sociedade civil.

O escrito de quem deseja atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, em qualquer momento do processo contencioso, desde que dentro dos 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não for

⁵⁶ Os pedidos podem ser conferidos nos seguintes julgados: Godi (9.4.1984); Manole (2.8.1984); Ashingdane (28.5.1985); Lingens (28.8.1986); Glasenapp e Kosiek (28.8.1986); Monell e Morris (2.3.1987); Leander (26.3.1987); Capuano (25.6.1987); Brogan (29.11.1988); Soering (2.7.1989); Caleffi (24.5.1991); e Vocaturro (24.5.1991).

⁵⁷ Os seguintes casos: Manole (2.8.1984); Ashingdane (28.5.1985); Lingens (28.8.1986); Monell e Morris (2.3.1987); (26.3.1987); Capuano (25.6.1987); Brogan (29.11.1988); e Soering (2.7.1989).

⁵⁸ BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 310.

⁵⁹ Trata-se do § 3º: “Em qualquer assunto pendente numa seção ou tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar de audiências.”

⁶⁰ BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 310.

⁶¹ O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, em qualquer momento do processo contencioso, desde que dentro dos 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não for celebrada audiência pública, deverão ser remetidos dentro dos 15 dias posteriores à Resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais e prova documental. O escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será levado de imediato ao conhecimento das partes para sua informação, com prévia consulta à Presidência.

celebrada audiência pública, deverá remetido, dentro dos 15 dias posteriores, à Resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais e prova documental. O escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será levado de imediato ao conhecimento das partes para sua informação, com prévia consulta à Presidência.

Logo, a participação do indivíduo, seja como suposta vítima, seja como interessado no processo, torna-se relevante para a construção da esfera pública em matéria dos valores fundamentais, em especial na formulação jurisprudencial do direito internacional dos direitos humanos.

5 Análise crítica da medida comparativa dos sistemas regionais: o papel da fragmentação do direito na formação da esfera pública em matéria de direitos humanos

A proposta desta pesquisa é colocar a prática dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos diante da formulação teórica tradicional acerca do papel do indivíduo no cenário internacional.

O Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa⁶² reforça a ideia de liberdade e democracia no âmbito das comunidades europeias. O vínculo dos Estados aos valores morais e espirituais constitui o patrimônio comum de seus povos e permite a origem e o exercício das liberdades políticas e individuais, bem como a estruturação sobre proeminência do direito, em que, nestes fatores, se fundamenta todo o conteúdo democrático. Por essa razão, os membros da comunidade europeia, ao adotarem este patrimônio comum, para permitirem o exercício das liberdades fundamentais, estruturam os alicerces de seu sistema sobre uma concepção comum e um comum respeito aos direitos humanos, considerados interesses essenciais da comunidade.⁶³

Um dos propósitos da coexistência de distintos instrumentos jurídicos está na ampliação e no fortalecimento da proteção dos direitos humanos.⁶⁴

⁶² O Estatuto foi adotado em Londres, no dia 5.5.1949.

⁶³ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção europeia de direitos humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007. p. 25.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 242.

Passa-se a ter, então, um reconhecimento de uma identidade do sujeito no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: em função da fragmentação, além do papel de vítima, o sujeito passa a ter o papel de fomentador do sistema com o acesso universal, contribuindo para o processo de tomada de decisão em matéria da luta contra a violação dos direitos humanos.

No contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, é possível compreender o bem comum como um conceito referente às condições de vida social que permite aos integrantes da sociedade alcançarem o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos. Nesse sentido, a organização da vida social, na forma que se fortalece o funcionamento das instituições democráticas e que se preserve e se promova a plena realização dos direitos da pessoa humana, pode ser considerada um imperativo do bem comum.⁶⁵

Desse modo, de nenhuma maneira se poderiam invocar a “ordem pública” e o “bem comum” como meios para suprimir um direito garantido pela Convenção Americana, ou para descaracterizá-lo de seu conteúdo real. A Corte Interamericana admite a dificuldade de precisar de modo inequívoco os conceitos de “ordem pública” e “bem comum”, e que ambos os conceitos podem ser usados tanto para afirmar os direitos fundamentais de uma pessoa frente ao poder público, como para justificar limitações a esses direitos em nome dos interesses coletivos. Por essa razão, a Corte Interamericana delinea que tais conceitos, quando invocados como fundamento de limitações aos direitos humanos, devem ser objetos de uma interpretação estritamente comprometida às “justas exigências” de “uma sociedade democrática”, que tenha em conta o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de se preservar o objeto e o fim da Convenção Americana⁶⁶.

A esfera pública é definida por Jürgen Habermas como “uma rede adequada para a comunicação de con-

teúdos, tomadas de posição e opiniões”, em que os fluxos comunicativos “são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.”⁶⁷

A esfera pública não se equipara à sociedade; é apenas um elemento dela, que se reproduz a partir do agir comunicativo, no contexto de uma linguagem comum, em sintonia com a compreensão da prática comunicativa cotidiana. A esfera pública se conecta a funções gerais de reprodução do mundo da vida, ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicativo por meio da linguagem comum. Entretanto, a esfera pública não se especializa em uma direção específica, pois constitui uma estrutura comunicativa “do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.”⁶⁸

Os que atuam comunicativamente alimentam a esfera pública por meio de suas interpretações “negociadas cooperativamente”, pois qualquer ambiente que se nutre da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros se movimenta num espaço público, constituído por meio da linguagem.⁶⁹

Nesse contexto, a criação de uma esfera pública em matéria de direitos humanos se faz necessária, na medida em que os sujeitos, diante de seu papel na formulação do peticionamento individual, podem almejar construir uma linguagem comum, para a proteção dos valores fundamentais expostos nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Essa esfera pública deve incluir todos aqueles que buscam proteger e resguardar o conteúdo desrespeitado pelo agente violador, independentemente do tipo de sujeito que se apresenta perante o processo de tomada de decisão.

Com isso, novas perspectivas de compreensão e práticas nos processos em matéria de direitos humanos se apresentam, em que os instrumentos mais finos com os que se articulam e formulam os interesses das minorias já estão preparados, devendo, tão somente, ser “afinados”

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 23 ago. 2008. Ver, em especial, o § 66.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 23 ago. 2008. Ver, em especial, o § 67.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.v. 2, p. 92.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.v. 2, p. 92.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.v. 2, p. 92.

para alcançar uma interpretação dos valores fundamentais plurais e efetivos, isto é, conseguir um “processo público” por meio dessa interpretação.⁷⁰

Compreender essa interpretação como um processo público não só tem seus limites, como também encerra certos perigos, tendo em vista que se apresenta como uma potente “dinamização” do “direito posto”. A consequência é o que “se transcreve” e acaba sendo quantitativamente menor, não tendo o idêntico valor daquilo que “se crê”, em especial a hermenêutica dos valores fundamentais nos âmbitos submetidos a tensões que existem nos próprios princípios constitucionais e nos valores constitucionais integrados ao sistema jurídico.⁷¹

A atualização dos valores constitucionais, por meio da liberdade experienciada e vivida pelos cidadãos, e da força normativa do âmbito público exigem muito de todos. O jurista, como intérprete constitucional – em sentido amplo e estrito – pode fazer muito em prol de sua projeção no âmbito social e garantir, assim, a liberdade da cidadania. Além disso, o cidadão tem que tomar “parte ativa” na positivação das liberdades existentes nas esferas estatais e da sociedade, contribuindo para assegurá-las e garanti-las, pois tudo isso constitui um dos objetivos primordiais de seu papel como intérprete, na ativação da cidadania democrática, mediante a configuração do *status activus processualis* entre a cidadania e os poderes públicos.⁷²

Na formulação do seu conceito de Regime, Teubner assevera que um regime necessariamente não leva em consideração apenas o seu aspecto jurídico, e sim tem como metodologia os aportes políticos, imprescindíveis para a comunicação entre os diversos regimes, de acordo com a teoria dos sistemas.

Para Teubner, enquanto o direito é formado pela premissa das regras e princípios, um regime jurídico tem como elemento-chave a decisão, composta não apenas da interpretação das regras e dos princípios, mas da composição de ideias, valores, comportamentos (a pré-compreensão de Gadamer) na interpretação das normas.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 95.

⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 99.

⁷² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 102.

Diante desse quadro, a fragmentação do direito – no primeiro momento – é tida como elemento desagregador da unidade jurídica. De outro lado, considera-se, na verdade, uma oportunidade para o desenvolvimento de temas a partir de contribuições oriundas das diferentes esferas normativas autônomas que se encontram no plano do direito internacional.

É a fragmentação do direito que permite, na realidade, que ocorra a fertilização cruzada entre as cortes de proteção dos direitos humanos e o aumento de densidade teórica sobre o tema, a ponto de o sistema interamericano estar mais avançado em diversas medidas de cunho procedimental sobre o papel do sujeito, como a ampliação do conceito de vítima e o avanço no procedimento do *amicus curiae*.

Portanto, ainda que não haja a previsão normativa na Convenção Americana ou o reconhecimento da comunidade internacional dos Estados Soberanos sobre o papel do indivíduo no cenário internacional, o que se percebe são um extremo avanço e um aproveitamento das janelas de oportunidades para a contribuição dos indivíduos na construção do acervo normativo internacional, seja de forma direta, seja ainda pela via indireta da interpretação, tornando os fragmentos que possibilitam a participação do indivíduo uma premissa de universalização desse valor.

6 Considerações finais

A formação da sociedade no plano internacional exige cada vez mais uma “procedimentalização” nas relações sociais que o indivíduo estabelece no mundo globalizado. As relações com os direitos humanos denotam este aspecto, na medida em que, em função da velocidade da informação e da organização dos grupos de interesse sobre o tema, tem-se acesso às violações e privações que os indivíduos sofrem no contexto de seu patrimônio *jusfundamental*. A percepção de como evitar esta violação e de como combatê-la se faz presente no estudo dos sistemas de proteção, o qual é desenvolvido e, ainda que tenha poucos recursos, busca garantir a efetividade na proteção da dignidade humana.

Cada sistema regional funciona em seu próprio ritmo e vive seu próprio momento. O sistema interamericano busca aperfeiçoar cada vez mais a coordenação dos

trabalhos entre a Comissão e a Corte, enquanto o sistema europeu busca definir o seu *status* com a funcionalidade e racionalidade de uma Corte Constitucional para a Europa. Todavia, ambos os sistemas caminham no sentido da construção de uma “esfera pública” em matéria de direitos humanos, a qual se observa pela adoção de métodos de julgamento, da “fertilização cruzada” dos julgamentos e do desenvolvimento de valores comuns, concernentes à proteção da dignidade humana.

Não obstante a controvérsia teórica apresentada acerca do direito de petição individual, a postura defendida pelo estudo comparativo, seja mediante a comparação de direitos fundamentais, seja pelo método da Internacionalização dos Direitos, espanca qualquer dúvida sobre a realidade que se apresenta.

Em um momento que cada vez mais a esfera internacional se agiganta sobre os sistemas jurídicos nacionais, a participação consciente dos indivíduos no processo de tomada de decisão se faz necessária também no âmbito internacional. A formulação teórica da sociedade aberta universal, nesse sentido, tem seu alento na construção jurisprudencial realizada pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

O sistema europeu e o sistema interamericano, que se encontram em diferentes momentos e possuem diferentes velocidades, desenvolveram um pano de fundo comum, acerca da necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana. Todavia, no momento atual, em que se examina o processo de fertilização cruzada à luz da Internacionalização dos Direitos, percebe-se um sistema interamericano preocupado em evoluir em sua saga na busca da concretização dos direitos humanos e em um modelo de racionalidade que permita o acesso direto do indivíduo perante a Corte, sem a destruição do patrimônio simbólico construído pela Comissão Interamericana; enquanto o sistema europeu, a seu turno, se vê em um momento de atenção, principalmente no choque entre as demandas da economia (o “combate” aos imigrantes ilegais) e a alma construída em torno dos direitos humanos (a proteção da pessoa humana, independentemente de sua origem ou de seu patrimônio jurídico).

O papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos se revela sobre duas dimensões. A primeira, a dimensão de vítima, se apresenta como o elo inicial para a construção/revelação do que Mireille

Delmas-Marty almeja como valor comum. A segunda dimensão, por outro lado, está na função de fomentador do sistema de proteção, participando ativamente na construção jurisprudencial que define os conceitos a serem utilizados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, papel de intérprete.

Essa aproximação entre os sistemas, por meio das ações do sujeito, permite o desenvolvimento de uma esfera pública sobre os direitos humanos, na qual os fluxos comunicativos, especialmente os referentes ao fomento do papel do sujeito, vislumbram a formação de uma sociedade aberta de caráter universal, cuja consequência se apresenta na irradiação do conteúdo previsto nos direitos fundamentais e nos direitos humanos a todos que compartilham com a premissa de sua criação.

Portanto, percebe-se que a fragmentação do direito permite o elo de conexão entre os sistemas regionais diversos, demonstrando que se cuida, na verdade, de uma nova empreitada evolutiva do direito internacional, como demonstrado no parecer ONU de 1949. Mesmo que não haja o reconhecimento da comunidade internacional dos Estados Soberanos sobre o papel do indivíduo no cenário internacional, o que se percebe é um extremo avanço e um aproveitamento das janelas de oportunidades para a contribuição dos indivíduos na construção do acervo normativo internacional, seja de forma direta, seja ainda pela via indireta da interpretação, tornando os fragmentos que possibilitam a participação do indivíduo uma premissa de universalização desse valor.

Referências

- ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada e protocolos adicionais anotados*. Porto: Legis, 2008.
- BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-2/82, 24.9.1982*. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-5/85*, 13.11.1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 23 ago. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 4.9.1998 (Excepciones Preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. L'Unité de L'Ordre Juridique International. *Cours général de droit International public (2000)*: académie de droit international de la haye. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Decision of 13.7.1983 on the admissibility of the Application n.º 9502/81. S. vs. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *Vocaturò. vs. Italy (Application n.º 11891/85)*, j. 24.5.1991. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber. *X. vs. France (Application n.º 18020/91)*, j. 31.3.1992. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Sanles Sanles vs. Spain (Application n.º 48335/99)*. Decision of 26.10.2000 (Inadmissible). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Ünal Tekeli vs. Turkey (Application n.º 29865/96)*, j. 16.11.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Velikova vs. Bulgaria (Application n.º 41488/98)*. Decision of 18.5.1999. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Apicella vs. Italy (Application n.º 64890/01)*, j. 29.3.2006. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Scozzari and Giunta vs. Italy (Application(s) n.º(s) 39221/98 e 41963/98)*, j. 13.7.2000. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Golder vs. The United Kingdom (Application n.º 4451/70)*, j. 21.2.1975. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 21 ago. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application n.º 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Nölkenbockhoff vs. Germany (Application n.º 10300/83)*, j. 25.8.1987. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Norris vs. Ireland (Application n.º 10581/83)*, j. 26.10.1988. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Plenary. *Ruiz-Mateos vs. Spain (Application n.º 12952/87)*, j. 23.6.1993. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 29 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Koku. vs. Turkey (Application n.º 27305/95)*, j. 31.5.2005. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 set. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Shamayev and Others vs. Georgia and Russia (Application n.º 36378/02)*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Jorge Nina Jorge and Others vs. Portugal (Application n.º 52662/99)*, j. 19.2.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Örs. vs. Turkey (Application n.º 46213/99)*, j. 13.11.2003. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Segi and Gestoras Pro-Amnistia vs. 15 States of European Union (Application(s) n.º(s) 6422/02 e 9916/02)*, Decision of inadmissible in 23.5.2002. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção europeia de direitos humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 33.

PACHECO GÓMEZ, Máximo. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo xxi*. Memoria del Seminario. 2. ed., tomo I, 23 y 24 de Noviembre de 1999. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, Costa Rica: CORTE Interamericana, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REUTER, Paul. *Droit international public*. 7. ed. Paris, França: PUF, 1993.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Diagnóstico de la realidad de los derechos humanos en América Latina: tendencias y desafíos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime (Org.). *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo xxi*. San José: Impresora Gossesstra Internacional, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Universitas: relações internacionais*, v. 1, n. 2, p. 09-39, jan./jul. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003. v. 3

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O pluralismo jurídico e efetividade jurídica na relação entre proteção ambiental e investimentos estrangeiros: os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed

Legal pluralism and legal effectiveness in the relationship between environmental protection and foreign investment: Santa Elena, Metalclad and Tecmed cases

Gabriela Garcia Batista Lima

O pluralismo jurídico e efetividade jurídica na relação entre proteção ambiental e investimentos estrangeiros: os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed*

Legal pluralism and legal effectiveness in the relationship between environmental protection and foreign investment: Santa Elena, Metalclad and Tecmed cases

Gabriela Garcia Batista Lima¹

Resumo

Trata-se de uma análise da efetividade jurídica considerando alguns dos efeitos da globalização no direito, especificamente, efeitos de um pluralismo jurídico que integra diferentes ordens, estatais e não estatais ou mistas. Diante desse contexto pluralista, percebe-se que a integração entre essas ordens torna-se elemento chave para a efetividade jurídica de uma e de outra. Com essas considerações, busca-se pesquisar a efetividade jurídica na relação entre dois regimes jurídicos quase incomensuráveis, que são a proteção jurídica estatal e a proteção aos investimentos estrangeiros. Tal análise é feita por meio do estudo de três casos no Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (do inglês – ICSID), os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed. Desses casos, algumas questões de teoria do direito e de efetividade jurídica são estudadas, demonstrando-se a insuficiência da teoria estatal do direito e a pertinência de se partir de um conceito pluralista do direito mesmo no âmbito da proteção ambiental, que é direito estatal por excelência. Além disso, tais casos nos permitem questionar como melhorar a efetividade jurídica ambiental em um campo em que o Estado tem sua ação relativizada por atores transnacionais em favor da proteção de investimentos estrangeiros. Para tanto, é preciso compreender a interação existente entre os diferentes regimes, suas regras e a necessidade de se integrar normas mais adequadas à relação entre os investimentos estrangeiros e a proteção ambiental.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Efetividade jurídica. Proteção ambiental. Investimentos estrangeiros. ICSID.

Abstract

It aims an analysis of the legal effectiveness considering some of the effects of globalization on law, specifically, the effect of a legal pluralism that integrates different orders, state and non-state orders or mixed. In this context, it is clear that the integration of these orders becomes a key element to the effectiveness of those orders. With these considerations, we seek to investigate the effectiveness considering the relation between two legal regimes almost immeasurable, which are the state legal protection of the environment and legal protection of foreign investment. It is done through the study of

* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Doutoranda em Direito (UNICEUB – Brasília/DF em cotutela com a *Université Aix-Marseille III/França*), Mestre em Direito (UNICEUB–Brasília/DF), Especialista em Direito Internacional Ambiental (UNITAR-UNEP). Email: gblima@gmail.com

three cases at the International Centre for Settlement of Investment Disputes ICSID): Santa Elena, Metalclad and Tecmed. Some questions of legal theory and legal effectiveness are studied, demonstrating the inadequacy of state law theory and relevance of the legal pluralism to legal studies even in the context of environmental protection, which is state-law field. Furthermore, these cases allow us to question how to improve the legal effectiveness of the environment protection, in a field where the state is relativized by transnational actors in favor of protection of foreign investments. For that, it is important to understand the interaction between the different regimes, rules and the need to integrate better rules to the relationship between foreign investment and environmental protection.

Keywords: Legal Pluralism. Legal effectiveness. Environmental protection. Foreign investment. ICSID.

1 Introdução

Possibilidades e limites para o Estado diante de um pluralismo jurídico: a proteção ambiental estatal diante da proteção jurídica de investimentos estrangeiros

Já não é rara a influência nas legislações nacionais e na ação estatal das movimentações no direito internacional. Os Estados cada vez mais procuram se adequar aos ditames de decisões internacionais em diversas esferas jurídicas e sociais. Nas Comunidades Europeias, os juízes nacionais já não podem aplicar uma regra que vá contra o direito comunitário. No comércio internacional, a uniformização das legislações segue os ditames da Organização Mundial do Comércio, e cada vez mais o direito nacional sofre influência de regimes jurídicos autônomos diversos.²

A adaptação das legislações nacionais ocorre ainda diante de ações privadas, estas sendo mais difíceis de analisar, se seguirmos as insuficientes explicações oferecidas pelas teorias jurídicas tradicionais, que, em larga medida, partem da explicação estatal do direito; em que

o objeto da pesquisa jurídica é a norma fruto do Estado ou da relação entre Estados. Já não é mais tão recente assim o aparecimento de diferentes ordens diferentes da ordem estatal, a serem chamadas de transnacionais, com a formação de normas jurídicas por outras vias diferentes da via estatal, a exemplo da *lex mercatória*³ e a arbitragem internacional.⁴

Os efeitos de pluralidade no direito: pluralidade de atores a constituírem normas jurídicas, pluralidade de questões que interagem entre si, pela relação dessas diferentes normas jurídicas, são efeitos da globalização⁵ no campo jurídico. Questões como a mundialização,⁶ a

³ *Lex mercatória* é aqui considerada o direito transnacional das transações econômicas, exemplo de um direito global fora da ordem estatal. TEUBNER, Gunter. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: GUNTHER Teubner (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997. p. 3-28.

⁴ Fischer-Lescano e Gunther Teubner demonstra a pluralidade de ordens jurídicas não apenas pela *lex mercatória*, mas já também face a movimentos da *lex digitalis*, para o tratamento da internet e a *lex constructionis* no ramo da engenharia. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. *Regimes-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation in global law*. Translated by Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 199-1046, .

⁵ Como conceito de globalização, adota-se uma perspectiva geral que caracteriza o fenômeno da velocidade e caráter expansivo da formação das diversas relações econômicas, jurídicas ou/e políticas. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 08-09.

⁶ Os termos globalização e mundialização, para este artigo, não são considerados sinônimos. Globalização é o fenômeno geral de formação e expansão de diversas relações econômicas, jurídicas, políticas etc. Mundialização, por sua vez, pode ser entendida como a universalização de valores, o que é apenas um dos efeitos da globalização, tal como o explica Delmas Marty. Por outro lado, tal distinção – ainda que útil em fins didáticos – é fácil de ser criticada, uma vez que pode ser considerado difícil um fenômeno de globalização sem efeitos de universalização de valores. Mas, justamente por fins didáticos, a distinção aqui é adotada para distinguir diferentes objetos dentre os efeitos que podem surgir de uma globalização: é possível analisar os efeitos de um fenômeno de globalização pelo estudo dos valores e, daí, da universalização, com forte ênfase moral, é possível também estudar os aspectos jurídicos e normativos da globalização, pelos seus efeitos na formação, eficácia e efetividade da norma jurídica. Nesse sentido, reconhece-se, portanto, que embora possam ser vistos como conceitos distintos, não são fenômenos necessariamente independentes um do outro. DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris: Éditions du Seuil, novembre 1998.

² Segue-se o conceito de Krasner, em que os regimes internacionais se estruturam nos princípios, normas, regras e decisões, reflexos da convergência de interesses dos seus atores. São específicos no que se refere à matéria e ao modo de tratá-la, adquirindo uma verdadeira autonomia, uma sistemática própria, descentralizando também o processo de efetivar a norma. KRASNER, Stephen D. *Structural conflict: The third world against global liberalism*. University of California Press, p. 04.

internacionalização dos direitos⁷ e o pluralismo jurídico são fenômenos mais que evidentes.

Diferentes aspectos desse efeito de pluralidade e uma influência entre os direitos encontram-se presente como desafio para o estudo do direito. No campo de repercussão de atores públicos e privados, por exemplo, o papel do indivíduo no direito internacional, sugerindo uma crise de identidade para a teoria estatal, faz parte do estudo de André Gontijo neste livro; Karla Margarida demonstra a tensão entre os movimentos de cartéis que se fazem de forma transnacional e o Estado como ator importante para servir de freio diante de tais movimentos globais; Marlon Tomazette apresenta um estudo sobre o ressurgimento da *lex mercatoria*, aspecto talvez mais notório do pluralismo jurídico cujo conceito aqui é ligado aos efeitos da globalização no direito;⁸ além disso, no campo de reconstrução do Estado, Christiani Buani procura ressaltar a importância da relação da justiça de transição e os processos de internacionalização dos direitos, demonstrando a influência que uma ordem jurídica pode exercer em outra. Aspectos relacionados com essa tensão

entre Estado e atores não estatais e a influência entre ordens jurídicas são, nesse sentido, parte entre os aspectos atuais do campo da internacionalização dos direitos.

Seguindo a proposta do presente livro, este estudo busca explorar os reflexos da globalização no direito, oriundos dessa tensão entre Estado e atores não estatais, assim como a influência que um regime jurídico pode exercer em outro. Tais aspectos são aqui analisados na relação entre investimentos estrangeiros e a proteção ambiental estatal. Parar ilustrar este campo de pesquisa, a pesquisa foca em alguns estudos de caso no campo do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (do inglês – ICSID), a partir de três breves estudos de casos: Santa Elena, Metalclad e Tecmed.

A *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A.* (“CDSE”), empresa da Costa Rica, cuja maioria dos *shareholders* era americana, levou o governo da Costa Rica para a arbitragem no ICSID, em 1995. A arbitragem foi levantada para decidir o valor da compensação da expropriação da propriedade conhecida como “Santa Elena”, da Companhia desde 1970, expropriação para fins de proteção ambiental. O tribunal arbitral seguiu com a análise do valor da compensação, dentre outros argumentos, alegando que o objetivo de proteção ambiental, embora motivo de interesse geral e, portanto, legítimo para a expropriação, não alterava a obrigação de indenização devida.⁹

Em outubro de 1996, a *Metalclad Corporation*, empresa dos Estados Unidos, investia em um centro de tratamento de resíduos tóxicos no México, demandou contra ele no tribunal arbitral do ICSID, afirmando que a recusa mexicana de renovação da licença de exploração era uma afronta aos seus investimentos, por não ter concedido tratamento justo e equitativo, e diante de medida equivalente à expropriação, de acordo com o artigo 1110 do Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA). O México havia fundado tal recusa ante aos riscos ecológicos da atividade, e, em 30 de agosto de 2000, o tribunal ordenou que o pagamento de indenização de mais de US\$16 milhões à Metalclad, e que esta última transferisse a propriedade do imóvel ao governo mexicano.¹⁰

⁷ A internacionalização dos direitos em si não é objeto do presente estudo, mas, em resumo, comporta técnicas de unificação, uniformização e harmonização para compreender diferentes relações entre o direito internacional e o direito interno. A compreensão do assunto é facilitada pelo estudo de Delmas-Marty, ponto de partida nos estudos de internacionalização do direito, que explica esses processos de internacionalização, nos quais, a unificação é raramente espontânea, normalmente estabelecida pelo direito internacional, pelos tratados, e exige a sua inserção no direito nacional; a uniformização é um processo diferente que consiste em adaptar os direitos nacionais às regras definidas pelas convenções internacionais, sendo que cada ordenamento mantém sua identidade, suas técnicas, que então veiculam a aplicação de uma regra internacional comum. A harmonização, entretanto, é ordenada diante da impossibilidade de identidade ou de proximidade entre os sistemas, diante de diferenças que são julgadas incompatíveis. DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris: Éditions du Seuil, novembre 1998. p. 118.

⁸ O pluralismo jurídico destaca-se por analisar o conflito de forma sistêmica, ou seja, na compreensão das lógicas normativas envolvidas, que podem se diferir e entrarem em conflito. No que diz respeito às características, no pluralismo jurídico, o direito será direito porque as partes assim o consideraram e porque o âmbito jurídico assim o trata. TEUBNER, Gunter. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: GUNTHER Teubner (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997. Para entender as diferentes clivagens existentes sobre o pluralismo jurídico: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. *Pluralismo jurídico*. Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁰ ICSID. Metalclad x México. Caso No. ARB(AF)/97/1). Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em 10 fev. 2012.

Em caso semelhante, o México foi demandado no ICSID pela empresa espanhola Tecmed, por ter decidido não mais renovar a autorização que permitia o funcionamento envolvendo investimentos de sua subsidiária Cytrar, na aquisição e operação de um confinamento de resíduos tóxicos. Em maio de 2003, o tribunal emitiu laudo em que afirmou que o México feriu com o tratamento justo e equitativo com a empresa estrangeira, tendo sua ação efeitos de expropriação. Por fim, o laudo outorgou à empresa o pagamento de US\$ 5,533 milhões por indenização, devendo ela transmitir a propriedade ao governo mexicano.¹¹

O que esses casos têm em comum é que atitudes de governos, em seu poder de regulamentação em nome de riscos ambientais, foram responsáveis por violações a investimentos estrangeiros, sendo questionadas no ICSID. A arbitragem no ICSID institucionaliza a possibilidade de uma relação entre Estado e entidade privada, tal como os casos apresentados anteriormente. Esses casos são capazes de ilustrar a necessidade de alteração da legislação nacional em matéria ambiental, por repercutir em uma ordem jurídica diversa.

Tais casos demonstram que a proteção ambiental é relativizada pela proteção dos investimentos estrangeiros; que uma ordem estatal é relativizada na sua interação com uma ordem transnacional;¹² que a atuação do Estado é relativizada pela atuação de entidades privadas. Nesse contexto, é possível questionar quais são os limites e possibilidades para a atuação estatal em face dos efeitos da globalização? Precisamente, quais os limites e possibilidades para a proteção jurídica ambiental em face da proteção dos investimentos estrangeiros?

Com essas perguntas, tais casos trazem, então, elementos interessantes para a teoria do direito e para o estudo da efetividade jurídica. Do ponto de vista da teoria do direito, ilustram uma necessária superação do paradigma do direito estatal para um pluralismo jurídico. No que se refere à efetividade do direito, ilustram os limites e possibilidades da proteção ambiental na sua relação com

a proteção dos investimentos estrangeiros. Assim, primeiro busca-se fazer a análise dos casos, para, em seguida, analisarem-se os pontos relacionados ao pluralismo jurídico, de um lado, e a efetividade jurídica da proteção ambiental, de outro lado.

2 Os casos Metalclad, Tecmed e Santa Elena: pluralismo jurídico e efetividade da proteção do meio ambiente

Os casos Metalclad, Tecmed e Santa Elena ilustram atitudes de governos, em seu poder de regulamentação em nome de riscos ambientais, que foram responsáveis por violações a investimentos estrangeiros, sendo questionadas no ICSID. Os casos são exemplo de conflito entre uma ordem estatal e a participação privada. O Estado tem sua capacidade de atuação relativizada perante a proteção do interesse dos investidores. Além disso, a proteção ambiental é também relativizada pela proteção dos investimentos estrangeiros.

2.1 O caso Santa Elena x Costa Rica

Em 2 de junho de 1995, o ICSID recebeu um requerimento para arbitragem da CDSE, empresa da Costa Rica com a maioria dos investidores oriunda dos Estados Unidos. A disputa dizia respeito à compensação devida à empresa, em razão de expropriação da propriedade de nome “Santa Elena”, por parte do governo da Costa Rica.

O governo da Costa Rica havia emitido Decreto expropriando a propriedade Santa Elena, em 1978, decidindo que ela passaria a ser parte do Parque Nacional da Costa Rica, embora de fato fosse ficar com a CDSE. A propriedade era composta por mais de 30 quilômetros da costa do Pacífico, na Costa Rica, abundante em fauna e flora silvestre, foi adquirida pela CDSE no valor de EU\$ 395.000 em 1970 e passou a aplicar um programa de desenvolvimento da terra para fins turísticos e residenciais.

O motivo da expropriação era alcançar o objetivo de conservação de recursos ambientais, acrescentando a propriedade Santa Elena ao Parque Nacional de Santa Rosa. A medida foi tomada porque as terras do Parque eram insuficientes para manter estáveis populações de animais da fauna típica da região, como pumas e jaguares. A expropriação foi declarada, com o valor da Compensação em seis milhões, quatrocentos e cinquenta mil Colônias (6.450.000,00), aproximadamente U.S. \$1,900,000.

¹¹ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: < <http://icsid.org/i/news/4427/> >. Acesso em: 01 nov. 2011.

¹² De modo geral, as ordens transnacionais aqui caracterizam uma ordem em que o Estado não é o centro e nem o provedor da ordem. Trata-se de uma posição conceitual para diferenciar a ordem transnacional também do direito internacional privado.

Destaca-se o Decreto *in verbis*:

“Whereas:

1. The current area of the Santa Rosa National Park is insufficient to maintain stable populations of large feline species such as pumas and jaguars, and that a substantial area needs to be added to it if it is to carry out its conservationist objectives.

2. The lands situated to the north of the Santa Rosa National Park contain flora and fauna of great scientific, recreational, educational, and tourism value, as well as beaches that are especially important as spawning grounds for sea turtles.

3. To meet these objectives, the Government of the Republic requires the property that belongs to the Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. registered in the Public Register, Property Section, District of Guanacaste, tome 1975, folio 321, entries 2-3, number 24,165, located in the fourth district of Santa Elena, canton 10, La Cruz, province of Guanacaste, which is currently used for stock breeding and other uses, and has several facilities; with a total area of 15,800 hectares, with the following bounds: to the north, the Hacienda Murciélago; to the south, Pacific Ocean and Santa Rosa National Park; to the east, the Pan American Highway and the Santa Rosa National Park; and to the west, the Pacific Ocean.

[...]

DECREE:

Article 1: Based on law thirty-six, of June 26, 1896, supplemented by Legislative Decree seventy-eight of June 24, 1934, the property owned by the Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. described in the third whereas clause of this decree, is hereby expropriated.

Article 2: The price to be paid for said real property shall be sixteen million, four hundred fifty thousand colones, all in cash, pursuant to special appraisal No. 15581-A.V.E. of April 14, 1978, by the General Bureau of Direct Taxation; this amount shall be provided by the Family Allocations Program for this purpose.

Article 3: The Attorney General of the Republic is authorized to formalize the respective deed and register the real property in the name of the state, under the administration of the National Parks Service of the Ministry of Agriculture.

Article: It shall take effect as of May 5, 1978.

Done at the Casa Presidencial. San José.

May 5, 1978.”¹³

A expropriação não foi questionada pela CDSE, reconhecendo-se seu motivo como de ordem pública que, mediante indenização justa, era justificável. Todavia, a CDSE não concordava com o valor da compensação oferecido pela Costa Rica, tendo feito sua própria avaliação em EU\$ 6.4000,000.¹⁴

No período aproximado de 20 anos a contar de 1978, as partes tentaram resolver a questão do valor da compensação nas Cortes Nacionais da Costa Rica, sem sucesso. A CDSE passou a insistir em levar a questão para o ICSID, que o governo da Costa Rica cedeu mediante pressão da CDSE, inclusive pressão política e ameaça de cortes de financiamentos, pelo uso de um Decreto Norte Americano, de 1994, conhecido como o “*Helms Amendment*”. Tal Decreto proibia a aprovação de financiamento, por instituições financeiras internacionais, para um país que expropriou propriedade de um cidadão dos Estados Unidos ou Corporação com pelo menos 50% das ações de propriedade de cidadãos norte-americanos, medida a ser aplicada ao país que não tenha tomado medidas, ou de retorno da propriedade, ou de pagamento de compensação ou de proceder com uma arbitragem no ICSID para resolver a questão.

Um tribunal do ICSID foi então acionado, e, na demanda, a CDSE pediu o valor de E.U.\$ 40.000,000 para a compensação. Apreciou três principais questões: o direito aplicável, a determinação do valor justo para a compensação e a época a ser considerada para a determinação desse valor justo. Porque não havia contratos entre as partes, o tribunal determinou aplicar suas regras (Convenção do ICSID) e as do direito internacional, ao invés das regras da Costa Rica.¹⁵

O tribunal não entrou no motivo da expropriação, também considerou irrelevante o tamanho da propriedade para a discussão da compensação. O que deveria ser respondido era qual o montante justo para a compensação: se era o valor oferecido pelo governo da Costa Rica, ou o valor dado pela empresa.

¹³ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁴ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁵ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

Ressalta-se que, ainda que o motivo da expropriação não fosse central, a questão ambiental foi parte da análise de qual seria o valor justo da compensação. Entrou na discussão se o motivo “proteção ambiental” interferia no conceito do que seria o valor justo. O governo da Costa Rica defendia que o valor justo para essa compensação era o valor com base no preço de mercado, considerando que a legislação ambiental existente restringiria significativamente o desenvolvimento comercial de Santa Elena. A empresa se defendeu argumentando que o preço de mercado deveria ser estabelecido sem levar em conta qualquer legislação.¹⁶

Nesse sentido, o tribunal considerava importante a definição do que era justo, adequado, apropriado, razoável. Sobre isso, sua interpretação seguia no sentido de que a compensação a ser paga deveria ser baseada no valor justo de mercado da propriedade, calculada com referência ao seu mais alto e melhor uso. Assim, segue a decisão do ICSID:

[...]

The vocabulary describing the amount of compensation properly payable in respect of a lawful taking has varied considerably from time to time. It comprises such words as “full”, “adequate”, “appropriate”, “fair” and “reasonable”. Sometimes, the descriptive adjective is elaborated by the additional mention of “market value”.

*In the present case, the Tribunal is spared the need to enter further into any doctrinal discussion of the standard of compensation because it is common ground between the parties, and the Tribunal agrees, that the compensation to be paid should be based upon the fair market value of the Property calculated by reference to its “highest and best use” [...].*¹⁷

O tribunal explicou que, ainda que o governo da Costa Rica de fato tinha o direito de expropriar por motivo de ordem pública, o motivo de conservação ambiental não afetava nem a natureza da expropriação, nem a compensação que deveria ser paga. O propósito de proteção ambiental não afetava o caráter legal da obrigação de uma compensação adequada. Na letra da decisão:

[...]

While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking [...].¹⁸

Nesse sentido, o que era importante para o estabelecimento do valor da compensação não era o motivo da expropriação, mas a sua existência em si. A expropriação, por medidas ambientais, equiparava-se com qualquer outra medida expropriatória. Nesse sentido, a obrigação do Estado em pagar uma compensação permanece, não fazendo diferença se as partes possuem também obrigação de proteger o meio ambiente. Nos termos do tribunal:

[...]

the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

72. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains [...].¹⁹

Também foi elemento chave para a definição do valor justo qual era a época a ser considerada para analisar o valor da propriedade em seu uso mais eficaz. A empresa considerava que o valor justo de mercado seria baseado no valor à época da disputa, enquanto o governo da Costa Rica defendia que o valor da compensação deveria ser com base no preço de mercado na data do Decreto de expropriação, em 1978.

O tribunal explicou que não havia critério automático sobre qual data deveria ser utilizada. A expropriação seria avaliada a partir da data em que a interferência governamental privou o proprietário dos seus direitos.

¹⁶ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁷ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁸ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹⁹ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

Seguindo nesse sentido, o tribunal entendeu que a expropriação pelo Decreto de 5 de maio de 1978 determina a tomada da propriedade, o início da interferência do governo mexicano nos direitos da empresa. A partir do Decreto, a propriedade já não poderia mais ser utilizada para os seus propósitos, pelos quais foi originalmente adquirida.²⁰

Definido o momento a ser considerado para o cálculo do valor da compensação como sendo a partir do Decreto de expropriação, o tribunal passa para a definição do seu valor. Para tal análise, entrava em consideração a avaliação da propriedade ou dos direitos de propriedade em relação ao seu interesse econômico, ou seja, diante do lucro que deixou de ter, mas levando as circunstâncias do caso em consideração. Tais circunstâncias, em suma, dizem respeito ainda que a empresa tenha tido seus direitos limitados, pois ela continuou no uso da propriedade. Segundo o tribunal, a determinação do interesse, levando em questão as circunstâncias do caso, tornava desnecessária uma separação clara entre o valor da compensação e o valor dos lucros que deixou de ganhar, englobando ambos. Por fim, definiu que o valor a ser pago pela compensação seria o de U.S. \$16,000,000.²¹

Dos elementos jurídicos importantes a serem ressaltados, destaca-se que o caso é capaz de ilustrar a atuação estatal de proteção ambiental, caracterizando violação à investimento estrangeiro, frente ao ICSID. A caracterização da violação reflete na relativização do poder de regulamentação do Estado. Diferentes aspectos integram essa relativização, mas o que o caso destaca é a insuficiência da atuação estatal que foi incapaz de resolver a demanda internamente, além da própria complexidade da relação da lógica da proteção ambiental entre a lógica econômica da proteção dos investimentos estrangeiros.

No caso em questão, a demanda foi levada a um tribunal do ICSID diante da insuficiência da atuação estatal para lidar com questões globalizadas, como a proteção

dos investimentos. A insuficiência jurídica estatal é facilmente ilustrada diante da morosidade dos instrumentos nacionais, em especial, o judiciário.

Além disso, o caso mostra que o fato de ter sido a expropriação para efetivar determinada proteção ambiental não tira a responsabilidade de compensar, objeto da demanda em questão. A lógica ambiental não prevalece perante a obrigação de indenizar, instituto jurídico de lógica econômica. Faltam mais consideração com elementos ambientais no regime de proteção dos investimentos, mais flexibilidade e regras mais adequadas a tal situação de repercussão entre as normas.

Esses aspectos que o caso Santa Elena apresenta, aspectos na relação entre meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros, são ressaltados de modo semelhante nos outros casos demonstrados a seguir.

2.2 O caso Metalclad x México

Metalclad, empresa dos Estados Unidos, integrava a Eco-Metalclad Corporation, também empresa dos Estados Unidos, que detinha 100% das ações da Ecosistemas Nacionales SA (ECONSA), uma corporação mexicana. Em 1993, a ECONSA comprou a companhia mexicana *Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales SA (CONTERIN)*, para aquisição, desenvolvimento e operação de resíduos perigosos dessa estação de transferência e aterro no vale de *La Pedrera, em Galdacazar*.

CONTERIN era a proprietária do registro da propriedade do confinamento, bem como das autorizações e licenças que eram a base dessa disputa no ICSID.²² CONTERIN era a empresa, em benefício da qual, METALCLAD, apresentando-se como “investidora de uma das partes”, apresentou um pedido de arbitragem sob o NAFTA, artigo 1117.

O Confinamento situava-se em uma área de 814 hectares, localizada a 70 Km da cidade de Gualdácázar. Aproximadamente 800 pessoas viviam em uma área de dez quilômetros de aterro, que teve a construção finalizada em 1995.²³ O problema foi quando o Município onde se localizava o empreendimento exigiu outra licença para funcionamento.

²⁰ ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²¹ Para a definição do valor da compensação, entra em questão o elemento da definição do interesse para definir a compensação e a extensão do dano econômico. Tal discussão, embora interessante, não entra na análise em questão, razão pela qual o presente artigo a apresenta de forma resumida. ICSID. Santa Elena S.A. X Costa Rica, Caso No. ARB/96/1. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²² ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <http://ictsd.org/i/news/4427/>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²³ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <http://ictsd.org/i/news/4427/>. Acesso em: 10 fev. 2012.

Metalclad alegou que o governo do México, por intermédio do governo estadual de *San Luiz Potosi* e do governo local de *Guadalcazar*, interferiu no seu desenvolvimento e operação do aterro de resíduos perigosos. Alegou que a interferência violava o capítulo XI das provisões de investimento do Tratado de Livre Comércio da América do Norte, no NAFTA, especificamente, violação ao tratamento justo e equitativo entre os investidores (artigo 1105),²⁴ assim como o artigo 1110,²⁵ ao tomar medida equivalente à expropriação dos investimentos feitos pela empresa.

O artigo 1110 legitima medidas com efeito de expropriação, desde que tenham sido tomadas em caso de utilidade pública, sobre bases não discriminatórias, e mediante indenização. A violação se deu no momento em que o México, pelo governo local, negou a renovação da licença para a operação do aterro, ainda que já existissem licenças estaduais e federais envolvidas, alegando motivos de proteção ambiental, não tendo realizado indenização. Nesse momento, a medida teve os mesmos efeitos de uma expropriação, violando o investimento estrangeiro da Metalclad.

A empresa Conterin já havia conseguido, em 1990 e em 1993, as licenças federais e a permissão para a construção do Confinamento. A permissão de 1993 era oriunda do Instituto Nacional de Ecologia, organismo independente da Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Naturais e Pesca. Ainda em 1993, após a permissão federal para a construção, a Metalclad iniciou contrato para a compra da CONTERIN e de suas permissões, com o fim de construir o confinamento de resíduos perigosos.

Pouco tempo depois, ainda em 1993, o governo estadual outorgou permissão estatal para o uso do solo para a construção do confinamento, com a condição de que o projeto se adaptasse às especificações e aos requerimentos técnicos indicados pelas autoridades correspondentes. Em agosto de 1993, o Instituto Nacional de Ecologia outorgou permissão federal para a operação do confinamento. Em setembro de 1993, foi finalizada a compra da CONTERIN pela Metalclad.²⁶

Nesse sentido, a empresa Metalclad se sentiu prejudicada, pois já havia conseguido, tanto no âmbito federal, quanto estadual, licenças sobre a legalidade da localização e instalação do empreendimento, tendo passado pelos estudos exigidos e mesmo auditorias no local. O aterro foi construído, sendo finalizado em 1995. O problema foi quando o município exigiu outra licença para funcionamento, desconsiderando as licenças anteriores que a empresa havia recebido.²⁷ Nesse momento, o governo municipal do México tomou medida que teve efeito de expropriação, ao privar a empresa de usufruir de seus investimentos.

O tribunal arbitral apreciou se houve violação ao tratamento justo e equitativo da empresa, de um lado, e, de outro lado, à natureza da medida do município, como uma medida com efeito de expropriação. A questão ambiental entra em cena no momento em que foi usada como justificativa pelo município para impedir a atividade da empresa.

Para explicar melhor, sobre o tratamento justo, a interpretação do tribunal analisa a responsabilidade do México diante da ação do município. O México é internacionalmente responsável pelos atos do município. Isso é regra não apenas do ICSID, mas do direito internacional, que determina que o direito interno não é justificativa para violação de obrigação internacional.²⁸ A incongruência entre os diferentes níveis de governo, nesse sentido, acerca da permissão ou não das atividades acionou a responsabilidade internacional pelo dano que causou aos investimentos da empresa Metalclad. Assim entendeu o tribunal:

²⁴ O tratamento igualitário é disposto da seguinte forma, no artigo 1105: “ 1. *Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.* [...]”. TLCAN. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142#A1105>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²⁵ O artigo 1110 estipula que “ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6. TLCAN. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142#A1105>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²⁶ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²⁷ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

²⁸ Artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

74. El artículo 1105(1) del TLCAN dispone que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Por las razones abajo expuestas, el Tribunal considera que no se le otorgó a la inversión de Metalclad un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional, y que México violó el artículo 1105(1) del TLCAN.²⁹

A violação ao tratamento justo e equitativo ocorreu justamente porque a empresa tinha em mãos a certeza de que já havia corrido atrás de todas as licenças pedidas, assim como estudos de impacto ambiental, mas o município, ainda assim, exigiu-lhe outra permissão. Nos termos da decisão:

[...]

79. Un punto central en este caso ha sido si, además de los mencionados permisos, se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos.

80. Cuando Metalclad inquirió, antes de comprar COTERIN, acerca de la necesidad de permisos municipales, funcionarios oficiales le aseguraron que tenía todo lo que necesitaba para iniciar el proyecto del confinamiento. De hecho, después de que Metalclad adquirió COTERIN, el gobierno federal prorrogó el permiso federal de construcción por dieciocho meses más.³⁰

A incongruência constitui o dano ao investimento também porque a ação municipal, que passa a ser vista internacionalmente como a ação do México, foi fora de sua competência interna. *In verbis*:

81. Como expuso y confirmó el perito de Metalclad em legislación mexicana, las facultades del Municipio comprenden única y exclusivamente el manejo de permisos de construcción, “...otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas...” (Artículo 115 fracción V de la Constitución Mexicana) [...].³¹

O tribunal considerou a medida do município como inadequada, ao referir-se a considerações de impacto ambiental, assim como sua medida de negar uma permissão por qualquer razão diferente de sua competência,

que seria a mera construção física do local. Nos termos da decisão:

[...]

Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio [...].³²

Segundo o tribunal, a questão ambiental não era justificativa para a medida do município, uma vez que já estava sendo apreciada em âmbito federal, pelo andamento do projeto de autorização da construção, e da construção propriamente dita:

98. El artículo 1114 del TLCAN, que permite que una Parte se asegure que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental no afecta esta conclusión. La celebración del Convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba a la fecha con el hecho de que el proyecto era acorde con y tomaba en cuenta inquietudes en materia ambiental.³³

Diante dessas incongruências na condução do direito interno, as ações municipais violaram o tratamento justo e equitativo da empresa, nos termos do tribunal: “101. El Tribunal por lo tanto sostiene que Metalclad no fue tratado justa y equitativamente de acuerdo con el TLCAN y concede la reclamación relativa al artículo 1105”.³⁴

O segundo ponto analisado pelo tribunal consiste no enquadramento da medida do município como medida com efeitos de expropriação. Sobre esse ponto, é importante explicar que expropriação, perante o IC-SID, significa tanto a confiscação da propriedade como a confiscação simulada, que gera os efeitos de privar o proprietário de usufruir de sua propriedade e investimentos. Nesse sentido, explica o tribunal:

[...] expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor

²⁹ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³⁰ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³¹ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³² ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³³ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³⁴ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.³⁵

A incongruência interna também influencia a interpretação do enquadramento da medida como de efeitos de expropriação. A medida passou a equivaler a uma expropriação indireta, no momento em que o município ignorou as ações já tomadas na esfera federal. Uma vez reconhecida a medida como expropriação, o tribunal passou a analisar a quantificação da indenização devida. Para tanto, observou que a empresa ficou totalmente impossibilitada de exercer suas atividades, e como base de cálculo, os dados podem ser obtidos analisando-se o valor de mercado se fosse uma expropriação direta. O governo do México foi então condenado a pagar à Metalclad US\$16,685,000.00.³⁶

Esse caso também levanta os elementos jurídicos ressaltados no caso anterior: a relação entre ordens jurídicas distintas que fomenta a relativização do poder de regulamentação do Estado. Ilustra a complexidade da interação entre as lógicas da proteção de investimentos estrangeiros e a lógica de proteção do meio ambiente. Da mesma forma, demonstra a insuficiência da atuação estatal em vista da incoerência entre as ações nos diferentes níveis de governo, que causou o ilícito internacional à empresa estrangeira.

Basta perceber que, mais uma vez, em uma demanda que chegou ao ICSID por violação causada por medida de proteção ambiental, a lógica ambiental não prevaleceu perante a obrigação de proteção dos investimentos estrangeiros, nem diante da obrigação de indenizar. No caso, no momento em que causa efeitos de expropriação, é preciso o respeito à proteção dos investimentos estrangeiros.

A violação se deu porque o município, além ter agido fora de sua competência, ao negar a licença, agiu contra as ações estaduais e federais que já tinham autorizado o empreendimento. A divergência interna entre

as ações do âmbito federal, estadual e municipal, que se constitui frustrando a expectativa dos investidores, pode ser vista como traços de uma fraca capacidade institucional do México em lidar com questões de ordem interna, tendo levado a demanda a um tribunal no ICSID.

Além disso, a decisão arbitral afeta a capacidade regulatória do município mexicano, diante da influência da decisão no âmbito nacional, decidindo se o município tinha ou não autoridade para impedir o funcionamento em se tratando matéria de lixo, tipicamente federal.

2.3 O caso Tecmed x México

Em julho de 2000, a empresa espanhola Tecmed, Técnicas Medio Ambientales S.A., em favor de sua subsidiária, a CYTRAR S.A, entrou contra o governo do México, no ICSID. Visava reclamar das medidas da *Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo*, organismo público descentralizado municipal no estado de Sonora, México, no processo de adjudicação e transmissão de bens, por contrato de compra e venda, em 1996. O contrato dizia respeito à compra e venda dos bens para a operação do confinamento de resíduos perigosos em *Las Víboras*, Município de Hermosillo, no estado de Sonora. O centro da questão diz respeito à licença de uso desses bens, que foi negada à CYTRAR, no ano seguinte ao da venda dos bens, por motivos de proteção ambiental.

O Confinamento existia desde 1988 sobre um terreno adquirido pelo Estado de Sonora em *Las Víboras*, na jurisdição de Ayuntamiento de Hermosillo. A partir de dezembro de 1988, o estabelecimento tinha uma licença para o seu funcionamento, de 5 anos, prorrogáveis, emitida pela *Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología*. Durante esse tempo, o operador era também um Órgão público, o Parque Industrial de Hermosillo. Em seguida, os bens foram passados para a Promotora e, em 1995, houve a licitação e extinção desse organismo público, cujos bens foram adquiridos pela Tecmed.

A Tecmed inicia suas atividades, mas começa a ter problemas com as renovações da licença, em dois momentos: primeiro, foi questionado pela Promotora que as licenças não faziam parte da compra e venda; e, segundo, a renovação das licenças foi negada pelos riscos ambientais da atividade.

A respeito de as licenças estarem ou não entre os objetos do contrato de compra e venda, o tribunal do IC-

³⁵ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³⁶ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

SID entendeu que foram consideradas sim como partes, e que essa era a intenção das partes no momento da confecção do contrato. Outra questão da demanda foi a não renovação das autorizações em 1998. Após a aquisição do confinamento, em 1996, a empresa tinha autorização de operação, por parte da Prefeitura de Hermosillo (Pelo Instituto Nacional de Ecologia – INE), com vigência anual. Em 1997, a autorização foi prorrogada, mas, em 1998, o INE decidiu não renová-la, pois alegava que a empresa não vinha procedendo com as medidas de cautela com o meio ambiente e ainda ordenou que o confinamento fosse fechado definitivamente, justamente diante dos riscos ambientais em que incorria.³⁷

A questão ambiental, acionada pelo poder de regulamentação do governo mexicano, foi considerada como violação ao investimento estrangeiro. Mais uma vez, entendeu-se que não importa o motivo das medidas, e sim os seus efeitos, que caracterizaram uma expropriação. O tribunal explica que, para identificar uma medida como expropriação, primeiro é necessária a privação da utilidade econômica do bem, que também determina se a expropriação é ou não indenizável. Na letra da decisão:

Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta—por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación—hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos, y en que medida.¹²⁹ Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto.

A empresa demandou indenização por perdas e danos morais e materiais do governo mexicano, com um valor superior a US\$ 75 milhões. O tribunal arbitral considerou que a negação da renovação havia prejudicado de modo irreversível a operação do confinamento, considerando ainda que não houve proporcionalidade entre a sanção imposta pelo governo mexicano e as infrações cometidas pela empresa, uma vez que essas não comprometiam, segundo o tribunal, a integridade do meio ambiente. Por fim, condenou o México à indenização de US\$ 5,533 milhões à empresa e que essa devolvesse a propriedade ao governo mexicano.³⁸

Nesse caso, também houve interferência na ação de regulamentação do Estado diante da interação entre a proteção ambiental e a proteção dos investimentos estrangeiros. Porque o tribunal considerou contraditório, incongruente e pouco transparente a ação do governo mexicano, talvez seja em razão de um devido processo legal adequado para o tratamento de casos semelhantes. Isso porque, segundo a decisão do tribunal, o governo foi condenado por ter atuado de forma desproporcional, em relação às infrações que verificou na operação, não tendo dado tempo à empresa para que esta se manifestasse.

3 Elementos dos casos: pluralismo jurídico e efetividade da proteção do meio ambiente

Dos elementos jurídicos importantes a serem destacados nos três casos, ressaltam-se, primeiro, a própria relação entre a proteção jurídica ambiental e a proteção jurídica aos investimentos estrangeiros. Já na simples existência dessa relação e nos possíveis choques entre essas duas ordens jurídicas distintas, é possível identificar um dos efeitos da globalização no direito, que é a influência dessa realidade pluralista no campo da teoria do direito, no qual ainda predomina o modelo estatal de entendimento do direito.

Em segundo lugar, também diante da relação meio ambiente e investimento estrangeiro, percebe-se a relativização do poder de regulamentação do Estado. Essa relativização é uma questão de efetividade, ou melhor, de se buscar entender motivos possíveis que levam a não efe-

³⁷ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

³⁸ ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://icsid.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

tividade de algum objetivo tutelado juridicamente, que corresponde ao segundo ponto de análise.

Com tais considerações, segue a análise para primeiro estudar os impasses da existência de diferentes ordens jurídicas no entendimento do direito, verificando-se o necessário reconhecimento do pluralismo jurídico como ferramenta útil de estudo jurídico. Em segundo lugar, a análise seguirá para o estudo da efetividade da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável na relação com a proteção dos investimentos estrangeiros.

3.1 A insuficiência da teoria estatal do direito e o pluralismo jurídico

Os casos da *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* permitem analisar alguns impasses da globalização no direito, ao ilustrarem a interação de diferentes ordens jurídicas. Ainda que a constatação de diferentes ordens não é em si novidade, o seu estudo é dificultado porque a teoria do direito ainda está consideravelmente 'viciada' em buscar compreender a realidade do direito pelas teorias estatais e essas não são suficientes. Não basta mais olhar apenas pelas fontes estatais, é preciso ampliar as ferramentas de estudo para um contexto pluralista, para outras vias de formação da norma, e repercussão entre elas.

Esclarecer esse impasse da adaptação é, então, pretender maior aproximação na aplicação da teoria à realidade.³⁹ Procurando demonstrar esse raciocínio, primeiro se procura retratar alguns efeitos da globalização no direito, porque é preciso superar a teoria estatal do direito. Em seguida, seguem alguns dos elementos de uma abordagem pluralista.

3.1.1 Alguns dos efeitos da globalização no direito

Dentre os efeitos da globalização no direito, os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed permitem ilustrar a coexistência de ordens jurídicas distintas, fragmentação do direito e sua consequente descentralização do poder estatal. O direito, como forma de convenção entre as partes, mantém a sua função de esclarecimento das condutas a serem tomadas e, nesse sentido, expressa o seu papel de freio das forças da globalização em respeito aos diferentes

interesses das partes envolvidas. A globalização, por sua vez, dá ao direito novos objetos, novas demandas e novas razões para existir.

Globalização aqui é entendida em seu sentido geral, e em sua relação com a criação e aplicação do direito. Nesse sentido, o direito responde e se transforma face às mudanças sociais, no confronto entre forças sociais. Sendo um dispositivo de coordenação de condutas a fim de possibilitar uma existência em comum, é capaz de ser uma ferramenta importante para conter essas forças globalizantes.⁴⁰ Os resultados, seja o de conter determinada força, seja o de fazê-la expandir e acarretar em um imperialismo, entretanto, dependem do modo como os atores utilizam as ferramentas jurídicas.

Seguindo esse raciocínio, os instrumentos normativos são utilizados de acordo com as demandas que vão emergindo na realidade. A fragmentação reflete a pluralidade de atores e objetos jurídicos. Inserem-se na produção do direito Estados, Organizações Internacionais, Organizações não Governamentais, lobistas, representantes privados diversos a tratar também dos mais variados assuntos. É, então, também a percepção das estruturas jurídicas, dos regimes jurídicos e esquemas em rede que pode ser vista como a realidade jurídica na cena internacional.

O resultado é a criatividade na conjugação de instrumentos políticos, jurídicos econômicos e outros dispositivos sociais, a exemplo do mercado de carbono,⁴¹ contratos internacionais,⁴² certificações ambientais,⁴³ ou

⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Éditions du seuil, p. 08.

⁴¹ UNCOMMON GOODS: On Environmental Virtues And Voluntary Carbon Offsets. Harvard Law Review; Jun 2011, v. 123 Issue 8, p. 2065-2087, 23p. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=7&hid=110&sid=d30426a1-d3b0-492e-ab91-23de84b7239d%40sessionmgr114>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

⁴² Por exemplo, no campo dos biocombustíveis: LIMA, Gabriela Garcia Batista. O caso do bioetanol brasileiro: a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável pela atuação de empresas privadas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPE-DI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010.

⁴³ BLANC, David. L'Éco-labellisation et l'éco-certification. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002. p. 365.

³⁹ EISENMANN, Charles. Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique. In : ÉCRITS de théorie Du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques. s, Paris: Edition Panthéon-Assa, 2002. p. 290-305.

tros instrumentos econômicos no mercado,⁴⁴ governança corporativa,⁴⁵ códigos éticos empresariais, sistemas regulatórios globais⁴⁶ e a própria arbitragem. São todos exemplos de ações que caracterizam a atualidade jurídica, ultrapassam o campo estatal e estão presentes no campo privado de atuação.

A criação do direito no campo da globalização reflete a especialização exigida por cada objeto, que leva a criar os diferentes regimes jurídicos: áreas como o direito internacional ambiental, direito internacional comercial, proteção dos direitos humanos etc.⁴⁷ Ademais, as normas privadas e a própria arbitragem privada são também frutos do aumento das relações jurídicas e de formas de relações jurídicas diante da globalização, e, em especial, da exigência de especialização no campo jurídico para lidar com os objetos, agora normatizados.

De um lado, resta ao direito sua função mais antiga de regular uma relação entre determinados atores. De outro lado, no pluralismo jurídico, é preciso ter em mente o estudo da repercussão entre essas ordens, uma visão de relação entre sistemas jurídicos distintos. Na interação entre relações sociais, normas jurídicas podem existir. Da mesma forma, na interação entre essas diferentes ordens jurídicas, conflitos podem existir, repercutindo na efetividade uma da outra.

Assim, a fragmentação possibilita instrumentalizar também a análise da coexistência desses diferentes regimes, as pontes, influências, interações entre eles.⁴⁸ É a superação do formalismo jurídico pelas diferentes exigências de eficácia e efetividade.⁴⁹ Nesse sentido, a globa-

lização é relevante para o direito porque suas forças, como os mercados ou posicionamento de grandes corporações, influenciam o controle de políticas nacionais e as mudanças na forma de regulação, o que também gera problemas na produção do direito (não mais somente estatal).⁵⁰

Nessa perspectiva, o direito institucionaliza a ponte e transferência de poder dos atores estatais para os atores econômicos, mas, por outro lado, cria a oportunidade de constituição de setores autônomos na sociedade civil.⁵¹ Esse entendimento corresponde justamente a um dos elementos da relação entre globalização e o direito.

Nesse sentido, o estudo do direito começa a exigir a superação paradigmática do modelo estatal face aos efeitos da globalização. Superação dos instrumentos de um direito marcado pela relação estado-nação, intervenção e regulamentação, hierarquia na tomada de decisão, que, então, tornam-se ineficazes. Nesse sentido, a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais etc., que não é limitada ao território nacional, torna as fronteiras burocráticas ineficazes, e o modelo estatal de direito, insuficiente.⁵²

Torna-se possível identificar o que parece ser o conceito chave para a compreensão dessa crise jurídica: a fragilização da autoridade estatal ante à coexistência de outras autoridades capazes de implementar suas ordens. Dessa forma, a coexistência de diferentes ordens jurídicas, além da estatal. Diante dessa realidade, é preciso uma superação do modelo estatal no estudo do direito, argumento a ser esclarecido a seguir.

3.1.2 Da crise no modelo estatal na explicação e no estudo do direito

Limitando-se a análise para esse breve estudo, a partir do século XX, destacam-se alguns elementos da teoria jurídica a fim de demonstrar como o modo de entender o direito parece chegar a uma exaustão paradig-

⁴⁴ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Le recours à L'outil économique: un habit neuf pour les politiques environnementales? In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Org.). *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002. p. 10.

⁴⁵ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20.

⁴⁶ CASSESSE, Sabino. *Administrative Law without the State*. The Challenge of global regulation. p. 671.

⁴⁷ KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international Law – 20 years later. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

⁴⁸ TEUBNER, Gunter. "And if I by Beelzebub cast out Devils, ...": An Essay on the Diabolics of Network Failure. SPECIAL ISSUE: THE LAW OF THE NETWORK SOCIETY A TRIBUTE TO KARL-HEINZ LADEUR. *German Law Journal* v. 10 n. 4, p. 115-136.

⁴⁹ MARAIS, Bertrand du. *Droit Public de La régulation économique*. Presses de Sicences PO etDaloz, 2004. p. 31.

⁵⁰ TEUBNER, Gunter. Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and dual constitution of autonomus sectors in world society? In: KARL-HEINZ, Ladeur (Ed.). *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Aldershot. 2004. p. 71-87.

⁵¹ TEUBNER, Gunter. Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and dual constitution of autonomus sectors in world society? In: KARL-HEINZ, Ladeur (Ed.). *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Aldershot. 2004. p. 71-87.

⁵² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 13.

mática.⁵³ Não se pretende fazer aqui um roteiro histórico sobre o direito, destacam-se apenas alguns aspectos do fundamento e da validade do direito, de um lado, e, de outro lado, o entendimento das principais explicações sobre as relações entre direito interno e direito internacional. Além disso, a crítica segue no sentido de que essa superação não deve ser entendida apenas em nível teórico, mas também do ensino jurídico, que ainda limita em muito o estudo do direito ao modelo estatal.

O fundamento do direito, seja do direito interno, seja do direito internacional, é tradicionalmente vinculado ao Estado. Assim permanece, seja dentro de um conhecimento objetivista, seja pelo voluntarismo. É possível iniciar essa abordagem, lembrando uma das teorias que mais influenciou o ensino jurídico mesmo nos dias de hoje, a compreensão de direito para Kelsen e o seu entendimento sobre a relação entre direito interno e direito internacional. E, a partir daí, observar as principais características da relação entre direito e Estado, assim como na contraposição entre os objetivistas e os voluntaristas.

Kelsen compreende o direito pelo modo como entende a natureza do Estado. O Estado tem a natureza de força, e os indivíduos são os seus sujeitos. Como força, o Estado é essencialmente vontade, mas uma vontade distinta da dos indivíduos, é mais que sua soma, lhe é superior.⁵⁴ O Estado, então, visando à orientação da conduta e vontade humana na sociedade, opera a sua ordem, a estatal. Esta, por sua vez, se difere de outras ordens sociais diante do seu teor vinculante, garantida por um sistema consideravelmente efetivo, que é o direito. Nesse sentido, para Kelsen, ordem estatal e ordem jurídica chegam a ser sinônimos:

« État et droit – Il en résulte que l'appareil de contrainte, ou l'on voit généralement la caractéristique de l'État, est identique à l'ordre juridique. Les règles qui constituent l'ordre étatique sont les règles du droit. La norme juridique est la règle en vertu de laquelle s'opère l'imputation à l'État, qui, en tant que sujet des actes étatiques, n'est que la personnification de l'ordre juridique. »⁵⁵

⁵³ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 39.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. The Hague Academy of International Law. p. 244.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. The Hague Academy of International Law. p. 242-243.

Essa função do direito, de garantir o aparelho Estatal e conduzir a conduta humana, é o que justifica a sua existência. O direito é, então, uma técnica de limitação da vontade. É composto de normas primárias (obrigação) e secundárias (sanção) de apresentação e limitação da vontade e sua sanção.⁵⁶ Nesse sentido, se a conduta humana não precisasse ser orientada, não haveria porque instituir uma ordem jurídica.

Nesse raciocínio, outro elemento constitutivo comumente atrelado ao conceito de direito, e que o diferencia de outras normas sociais, é o modo como vincula. A composição de normas primárias e secundária não é apenas uma convenção entre as partes, mas um acordo que, se violado, incorrerá em alguma sanção. Seguindo o ensinamento de Hart, entender a norma jurídica assim é classificá-la como um imperativo sancionador.⁵⁷

Tal modelo, então, trás o conceito formal e material de Estado que influencia diretamente para um elemento formal no estabelecimento de qual seria a fonte de direito legítima: o Estado. O conceito formal do Estado inclui a totalidade do sistema de direito ou fatos jurídicos, e o conceito material inclui regras e atos jurídicos realizados por determinada categoria de indivíduos.⁵⁸ Mas, isso não significa dar validade ao direito, é apenas condição para que se produzam normas jurídicas: a necessidade de orientação da conduta humana.

Acerca da validade do direito, no entendimento de Kelsen, encontra-se fundamentada uma norma hipotética fundamental, que lhe garante validade. Nesse sentido, é o próprio direito que lhe dá validade.⁵⁹ É o que caracteriza entendimentos, nesse sentido, como sendo objetivistas, em contraposição com os voluntaristas, que relacionam a validade do direito com a vontade dos seus declarantes.

Verdross afirma, também nesse sentido, que a fonte do direito é a ordem jurídica e não a vontade dos seus declarantes. Considerando impossível estabelecer a fonte

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960. p. 73-74.

⁵⁷ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 281.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. The Hague Academy of International Law. p. 244.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960. p. 73-74.

do direito internacional tão somente nas Constituições nacionais, se o Estado mudar sua vontade e constituição, o direito internacional pode ainda permanecer.⁶⁰ Nesse raciocínio, é possível observar que, por mais que a linha entre Estado e direito seja sutil, existe certa autonomia entre os dois, já que, como dito, para os objetivistas, a validade do direito encontra-se no sistema jurídico, e não na vontade dos Estados.

De modo diverso, a abordagem voluntarista relaciona a validade do direito com a vontade dos Estados, sendo esta, então, a principal fonte jurídica. Nesse sentido, segue Triepel, para quem uma regra jurídica é o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais. A fonte do direito é a vontade do Estado, seja perante o direito nacional, seja diante do direito internacional.⁶¹ Nesse raciocínio, o direito internacional somente pode ser produzido por sujeitos de direito internacional, para ele, o Estado⁶².

⁶⁰ Explica Verdross que a noção da humanidade como unidade vem principalmente da Idade Média e da influência do cristianismo nessa época e perdura nas discussões sobre o fundamento do direito que se sucedem. Além do elemento unidade, entra em cena a perspectiva democrática da comunidade internacional, em que toda vontade é soberana, e a comunidade internacional é criada pelo consentimento dos membros da comunidade internacional. Mas o consentimento não basta para criar uma obrigação, esta só se cria com base em outra norma jurídica. Interessante notar como Verdross ilustra alguns momentos distintos nas explicações do fundamento e validade do direito. Grosso modo, dizem respeito à captação da ideia de unidade e do direito, aplicada a todos os fundamentos de autolimitação, em que cada Estado é responsável pelos seus atos. O autor passa pelos principais fundamentos, do direito natural ao positivismo jurídico, e pelo estudo de algumas perspectivas-chaves sobre a questão, desde Grotius, Triepel, Hegel e Kelsen, dentre outros. A busca pela legitimação da origem do direito internacional perpassa, seja pela explicação universalista naturalista, seja pela explicação positivista, em torno da ideia de que o direito emana do Estado e segue para a justificativa da sua obrigatoriedade, interna e externamente. VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. The Hague Academy of International Law. p. 251.

⁶¹ Para um melhor entendimento das origens do direito internacional: VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. The Hague Academy of International Law. Hague Academy of International Law., e DINH, NguyenQuoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Tradução Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste-Gulbenkian, 2003.

⁶² O indivíduo, no campo do direito internacional, só poderia aparecer como objeto de direitos e deveres internacionais e, da mesma forma, os atos produzidos pelos atores internos também seriam direito internacional. TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. TheHagueAcademyofinternational. p. 81.

Nesse sentido, sobre a validade do direito, de um lado, tem-se o entendimento objetivista que a vincula dentro do próprio direito, ainda que este seja o mesmo que ordem estatal; de outro lado, o voluntarismo, em que a fonte do direito está na vontade dos Estados. O que essas teorias não conseguem responder, como já indagou Hart, é como saber que os Estados só podem ser limitados por obrigações que eles mesmos impuseram.⁶³

Eis um ponto de necessária superação diante de casos como *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena*. Neles, a vontade dos declarantes, não somente Estados, foi elemento constituinte da validade do direito entre as partes, já que a arbitragem só é válida mediante consentimento prévio, e a partir daí, torna-se obrigatória, vinculando o direito nacional envolvido.

Por esses casos, o elemento – Estado –, como constitutivo para a produção do direito, é relativizado e tem sua relativização institucionalizada, seja pelo ICSID, seja pela aceitação dessas normas e decisões arbitrais, por parte dos Estados. Do ponto de vista teórico, o direito já não tem a pretendida racionalidade centralizada no Estado, já que a ordem estatal resta superada “*pelas ordens que lhe ditam sua lei*”.⁶⁴

É certo que as demandas das empresas encontram-se amparadas por tratado em que os Estados envolvidos são partes. Nesse sentido, poderia se construir o raciocínio de que as normas jurídicas ainda são produzidas no campo Estatal. Entretanto, os casos apontam para mais que isso, demonstram certa submissão na ação jurídica e administrativa do Estado no que diz respeito ao seu direito nacional, em relação, não apenas ao tratado (NAFTA), mas aos interesses da empresa. Se a aplicação do seu direito nacional constituir violação a investimento estrangeiro, o Estado será chamado para mudar o seu comportamento, chegando ao ponto de ter que pagar indenizações a atores fora do seu Estado, para fazer cumprir a lei dentro do seu território.

Seguindo esse raciocínio, o Estado indica um padrão, e a soberania indica um poder de mando inconteste. São formas padronizadas de agir, que não funcio-

⁶³ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 289.

⁶⁴ LIBCHABER, Rémy. *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*. « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », Mél. Oppetit, à paraître. p. 505-528, p. 505.

nam em um campo sem padrão certo, sem hierarquia padronizada, com forças de poder maiores e mais expressivas que o Estado que, então, perde sua unidade, centralidade e exclusividade diante de novos centros de poder.⁶⁵

É pelo consentimento das partes, pública ou privadas, e não somente mais do Estado, que o direito é criado, inclusive, com caráter obrigatório. Os casos chamam atenção ainda para o fato de que essa relativização do papel estatal na produção normativa não tem limites nem a respeito da matéria, uma vez que meio ambiente é matéria antes considerada tipicamente estatal.

Compreendida essa questão acerca dos pontos de superação no fundamento e na validade do direito, outro aspecto a ser ressaltado diz respeito às relações entre direito interno e direito internacional. A teoria do direito seguiu ainda buscando preservar o Estado como ponto constitutivo do direito, diante da necessidade de impor a sua obrigatoriedade. Assim, seguiu-se também nas discussões sobre o monismo e o dualismo. Sem a pretensão de aprofundar a análise nessas teorias, se destacam aqui por visarem defender sua perspectiva à obrigatoriedade do direito internacional.

O breve entendimento dessas teorias apresenta pistas interessantes sobre a dificuldade de lidar com um conceito para o direito internacional, diante do apego ao Estado e à noção de obrigação da norma. Superar essa dificuldade é aproximar do conceito mais primário de direito, que pode facilitar a análise jurídica na presença do direito internacional.

No que diz respeito às teorias, a maior diferença entre elas é considerar direito interno e direito internacional ou como um sistema só ou como sistemas jurídicos distintos, sempre ligados ao Estado.

A teoria representante clássica do dualismo consiste na teoria de Triepel. Esta explica que são sistemas para reger relações distintas. Internamente, é o Estado perante seus cidadãos e, externamente, é o Estado frente a outros Estados.⁶⁶ O direito internacional não é uma ordem apenas, mas várias, como já chamou atenção Ver-

dross, ao analisar a questão.⁶⁷ Essa pluralidade no dualismo, entretanto, ainda corre com a limitação de que o conceito de ordem jurídica, também para Triepel, está diretamente relacionado ao Estado, sujeito de direito internacional, condição *sinequa non* para a validade de sua declaração de vontade como fonte de norma jurídica.

O monismo pode seguir para duas vias que Verdross esclarece no seguinte sentido: na primazia do direito nacional, eis que a vontade do Estado e sua ordem estatal deveriam ser respeitadas por todos os outros Estados; na primazia do direito internacional em que, uma vez que este entrar em contradição com o direito nacional, aquele prevalecerá. Buscando relativizar a conclusão de uma resposta única, o autor diz abandonar a primazia do direito nacional e conclui que em cada caso se buscará pelo direito aplicável, seja nacional, seja internacional.⁶⁸

Dentre vários motivos que Verdross expõe para negar o caráter absoluto da primazia do direito nacional, assim como defender o monismo, merece destaque a caracterização do direito nacional como meros fatos. Não consiste, nesse sentido, um diálogo entre normas jurídicas: se o direito nacional viola alguma obrigação de direito internacional, causa ilícito internacional. Defende tal posição por sua análise perante as discussões de direito internacionais, entendimento que remonta, pelo menos segundo a análise do autor, desde 1926, à Corte Permanente de Justiça Internacional.⁶⁹

É evidente que a discussão ainda gira em torno do Estado, isso já resta compreendido até esse ponto da análise. Entre o monismo e o dualismo, o que está em jogo é saber sobre a obrigatoriedade do direito para os Estados e a sua relação com os direitos nacionais. É como a obrigatoriedade funciona, é o ponto-chave para a compreensão do direito internacional e que pode servir de ponte à superação do modelo estatal de estudo do direito.

⁶⁷ VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit *international*. The Hague Academy of International Law. p. 289.

⁶⁸ VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit *international*. The Hague Academy of International Law. p. 270.

⁶⁹ « Cette pratique constante est couronnée maintenant par la décision de la Cour permanente de Justice Internationale du 25 juillet 1926, relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie et qui dit expressément : « En regard du droit international... les lois nationales sont des simples faits... au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. » VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit *international*. The Hague Academy of International Law. p. 270.

⁶⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 22-23.

⁶⁶ TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. TheHagueAcademyofinternational. p. 81.

A obrigatoriedade do direito internacional se torna tema importante para entendê-lo como direito. A dificuldade está em analisar o direito internacional tendo em mente o conceito de direito tradicional, este construído diretamente relacionado com o Estado. Porque se toma ponto de partida um conceito estatal de direito, é possível causar enorme confusão ao se buscar analisar o direito internacional, precisando de justificativas outras que não o caráter vinculante da norma, para o conceito do direito internacional.⁷⁰

Hart já havia chamado atenção para a diferença de contexto entre o direito nacional e o direito internacional. Ressaltou que o direito internacional simplesmente possui uma realidade diferente do direito nacional, diante da ausência de instituições estatais, dos diferentes graus de interdependência dos Estados e da presença de uma pressão generalizada no cenário internacional, com retaliações e represálias. No “pano de fundo” do modo de aplicação do direito, diante da realidade distinta, o direito internacional não precisa de um conceito tão repressivo de sanção quanto o direito nacional, são modos distintos de se trabalhar com a obrigatoriedade da norma, cada um adaptado ao seu contexto.⁷¹

A partir daí, é possível observar que o extremo apego das teorias jurídicas ao conceito de Estado para a explicação do direito se dá porque existe uma necessidade de explicar o caráter de obrigatoriedade para caracterizar uma norma como jurídica. Superar essa dificuldade é enxugar o conceito de direito para a noção de simples pacto entre as partes, obrigando suas condutas por meio de mecanismos normativos.

Para além da constatação de que são realidades jurídicas distintas como expôs Hart, o direito internacional segue a dinâmica das relações internacionais e, portanto, é afetado pelas suas transformações, inclusive nas transformações de seus atores. Já resta mais que claro que os Estados não são mais os únicos sujeitos do direito internacional e não apenas organizações e blocos internacionais estão se constituindo, mas outros atores, como empresas, ganham espaço e utilizam-se dos instrumentos jurídicos que lhe são disponíveis.

Seguindo esse raciocínio, um conceito de direito mais simples que o conceito estatal permite facilitar a análise jurídica quando os casos a serem analisados não se enquadram nessas perspectivas estatais de explicação do direito, como os já apresentados, Santa Elena, Tecmed e Metalclad.

A superação teórica do modelo estatal, nesse sentido, foi apresentada aqui na necessidade de se trabalhar com o direito também fora de sua concepção exclusivamente estatal, assim como perceber que a obrigatoriedade da norma não precisa estar vinculada ao Estado. O direito é visto então em situações ainda mais simples, que é o uso de instrumentos normativos para pactuar algo entre partes.

Além disso, o modelo estatal de entendimento do direito, até hoje, é de grande influência também no ensino do direito. Tal modelo não perde seu lugar ou importância, até mesmo porque é preciso conhecer a ordem estatal para operá-la. A crítica é a limitação do objeto de estudo daqueles que estudam o Direito, como sendo a ordem estatal a única ordem jurídica válida. Isso porque, diante de sua pretensão científica de compreensão dos fatos, a teoria influencia a forma como os operadores do direito buscarão compreender tal realidade. Uma teoria inadequada trará dificuldades para aquele que a utiliza. Tal limitação ainda é presente no ensino jurídico por sua reprodução cega e afeta na própria qualidade da faculdade, em que o jurista pode não sair preparado para lidar com a realidade.

Esse impasse, vale ressaltar, também não é novo. A insuficiência do modelo do direito, como a ordem estatal, vem sendo complementada por diferentes ferramentas da sociologia jurídica, como análises econômicas do direito, internacionalização dos direitos, entre outros. Cada vez mais se chama atenção para outros elementos no estudo do direito.

⁷⁰ HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 280.

⁷¹ Nesse raciocínio, Hart aproxima o conceito do direito internacional ao seu conceito de norma primária de obrigação. As normas primárias e secundárias em Hart compõem o conceito de direito se entendido esse como imputação sancionatória, ou seja, seguindo-se esse conceito de direito, exige-se a presença do Estado, constituição de normas primárias (que identificam uma necessidade ou obrigação) e normas secundárias (que dispõem sobre o uso oficial da força como sanção à violação das primeiras. O direito internacional não apresenta as características necessárias para um conceito tão fechado de direito como esse estatal, entretanto, não significa que não seja direito, é o que Hart chama atenção em seu capítulo dedicado ao direito internacional. HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 306.

Para entender melhor tal crítica, destacam-se, a seguir, breves considerações sobre a pretensão científica da teoria em querer explicar a realidade com um modelo demasiado simples, o direito como a ordem estatal. Em seguida, chamou-se atenção para o fato de que estender o objeto do direito para toda influência não jurídica pode ser igualmente perigoso e inviável. Como possível saída desse impasse, destaca-se a simples decisão epistemológica do estudante de estabelecer convencionalmente o que e como irá estudar.

Iniciando-se a abordagem aqui com a teoria de Kelsen, seus estudos foram de grande influência porque definiu o objeto de estudo do direito como a norma jurídica. Buscando um caráter científico para a ciência jurídica, a teoria pura do direito combate o direito natural e a sociologia.

Contra o direito natural, a limitação do objeto do direito busca a objetividade da ciência pela tarefa de conhecer a realidade, e não de avaliá-la, esta pertencendo ao campo dos valores. E, contra a sociologia, a teoria pura de Kelsen visava distinguir o objeto jurídico como o dever ser, do objeto social, o ser.⁷²

Rémy Libchaber esclarece o possível oportunismo na doutrina Kelseniana que liga a ordem jurídica à ordem estatal, procurando legitimar a teoria pura do direito como a racionalidade jurídica adequada. O Estado, então, tem o porte ideológico para controlar as desordens no direito e convergi-las a seu critério.⁷³ É o Estado tentando ditar as regras que irão conduzir a realidade de seus cidadãos e legitimar tal atitude.

Nesse sentido, nada melhor que uma explicação teórica visando racionalizar os fatos que interpretam a realidade como forma de convencer que o seu argumento é o certo por um suporte teórico racional. Nesse caso, a ação do Estado, por meio do direito, é explicada por uma teoria do direito estatal. O modelo não apenas define o direito, mas orienta a organização da sua constituição, assim como fornece os elementos para o seu estudo.

No direito, as teorias gerais possuem uma pretensão científica de transformar o conjunto de fenômenos jurídicos que elencam (leis, decisões, jurisprudências etc.) em um sistema supostamente ordenado e coerente, que tem, por efeito, racionalizar o Direito.⁷⁴ Nesse sentido, ainda que tenha pretendido uma ciência, as teorias acabam por prescrever o seu modelo e essa reprodução pode ser perigosa, limitando a análise dos objetos.⁷⁵ O que ocorre é que, na medida em que tais arranjos teóricos são ensinados e reproduzidos⁷⁶ nas faculdades jurídicas e nos entendimentos acerca do que é o direito, perpetua-se o seu raciocínio sobre como se deve entender a realidade jurídica e se trabalhar perante ela.

Ou seja, as teorias estatais querem refletir seus objetivos como se fossem da vida real, quando dizem racionalizar um conjunto de fenômenos. Visam não apenas explicar os fenômenos jurídicos, mas, ainda, o modo correto de conduzi-los. Como consequência, são as teorias também a própria construção de um argumento para o convencimento do jeito certo de interpretação de uma dada realidade.

Nesse mesmo sentido, para além de uma vertente simplesmente didática ou pedagógica, as teorias do direito têm a pretensão de reger cientificamente os conflitos de interesse. Adquirem uma espécie de autoridade, inter-

⁷⁴ Sébastien Pimont desenvolve um raciocínio crítico acerca do papel das teorias gerais, ao parecerem estar em “desuso”, ao se buscar sua compatibilidade com a prática. Realiza sua crítica tendo por exemplos, questões contratuais. Demonstra que, embora possuam seu papel no ensino e no entendimento do direito, porque as teorias tomam a atenção para si, sua utilização bloqueia a criação de novos conhecimentos, de forma que são os excessos, os perigos da teoria, e não a teoria em si. PIMONT, Sébastien. *Peut-on réduire Le droit em théories générales ? Exemples en droit du contrat. Revue trimestrelle de droit civil*, Paris, p. 417-432, juillet-septembre 2009.

⁷⁵ Sigo o raciocínio de Bobbio sobre Kelsen, quando analisa que o que Kelsen designa para a ciência do Direito não deriva de uma descrição do que os juristas fazem em geral, mas é uma tarefa que o próprio Kelsen designa para o jurista e, assim, não tanto uma descrição como uma involuntária prescrição do modo pelo qual o bom jurista deveria se comportar para corresponder a um modelo ideal, de modo que uma ciência neutra do Direito é obtida com o preço de uma metaciência ideologizada. BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008. p. 13.

⁷⁶ Reproduz-se o entendimento diante do poder simbólico de construção do que deveria ser a realidade a ser trabalhada. Segundo Pierre Bourdieu, o poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem: o sentido imediato do mundo (social). BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 09.

⁷² Para melhor análise sobre o assunto: BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008. p.24.

⁷³ LIBCHABER, Rémy. *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*. « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », Mél. Oppetit, à paraître. p. 516.

pretando um conjunto de fenômenos, pretendendo-se esclarecer verdades sobre esses fenômenos, o que sugere que existia uma realidade jurídica objetiva, a ser revelada teoricamente.⁷⁷

Todavia, as teorias estatais de entendimento do direito não são de todo inúteis. Seja para a compreensão do direito, seja como instrumento para um determinado argumento jurídico, o perigo está no conformismo a tais arranjos, direcionando a atenção dos juristas para uma forma específica de compreensão, a forma que racionalizou.⁷⁸ Nesse sentido, monopolizam a atenção, bloqueando a criação de novos conhecimentos, de forma que é na sua rigidez o problema, e não na teoria em si ou na sua utilidade para o ensino do direito.

O fato é que essas teorias estatais já não correspondem à realidade jurídica,⁷⁹ de forma que, do ponto de vista epistemológico, limitar o direito à ordem estatal, atualmente, é reduzir demais o âmbito de estudo do direito. Por outro lado, dizer que o objeto da teoria jurídica deve também abranger outras influências sociais, para o seu estudo, é cair na cilada de tornar demasiado amplo o campo de estudo jurídico. E, visto assim de forma geral, é possível, inclusive, afirmar a inviabilidade de tal amplificação. Então, para ambos os lados, é inviável o estudo do direito, um é restrito demais, e o outro é amplo demais.

Talvez para evitar esse impasse de inviabilidade, é possível se perguntar se é realmente necessária a definição do objeto, para o estudo do direito. Talvez seja possível apenas deixar claro exatamente “o que” e “em que perspectiva” estamos estudando a realidade jurídica. Desse modo, a definição do objeto é uma convenção, o que e como está propondo analisar. Tal descrição pode, ora, recair sobre um modelo estatal, e ora não.

Nesse raciocínio, é possível esclarecer que não são as teorias estatais em si, mas é a inflexibilidade no seu uso, principalmente para a análise do direito internacional, e o vício no ensino do direito, com a sua reprodução cega e rígida. Se a teoria é insuficiente, o seu estudo é prejudicado, incompleto ou mesmo pode ser visto como algo surreal. Entendida essa superação do paradigma estatal, a análise segue para um estudo mais a fundo do pluralismo jurídico que consiste justamente nessa extensão do olhar jurídico para além do Estado, como segue.

3.1.3 O pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico, como instrumento de análise, apresenta ferramentas interessantes para o estudo do direito, na medida em que não se limita ao Estado e permite analisar a influência de diferentes forças sociais no âmbito jurídico. É fácil de visualizar o pluralismo jurídico quando se fala, por exemplo, na *lex mercatória*,⁸⁰ o desafio para o estudo do direito consiste em perceber que existe também um pluralismo na área ambiental, que é estatal por excelência.

Com uma aceitação cada vez maior da teoria pluralista, essa não é mais uma questão de sociologia legal, mas se torna um desafio na prática dela mesma.⁸¹ Para a sua compreensão, importa observar algumas ideias-chaves, como a análise sistêmica, assim como chamar atenção para os limites do pluralismo na análise do direito.

A Teoria dos sistemas sociais⁸² tem sua importância epistemológica por ser capaz de identificar as influências sociais como sistema e buscar analisar a interação entre elas. Estuda os diferentes setores sociais como sistemas autônomos entre si, negando teorias sociais que consideram os campos sociais relativamente autônomos ou

⁷⁷ PIMONT, Sébastien. Peut-on réduire Le droit em théories générales ? Exemples en droit du contrat. *Revue trimestrelle de droit civil*, Paris, p. 417-432, juillet-septembre 2009.

⁷⁸ PIMONT, Sébastien. Peut-on réduire Le droit em théories générales ? Exemples en droit du contrat. *Revue trimestrelle de droit civil*, Paris, p. 417-432, juillet-septembre 2009.

⁷⁹ Waline faz um estudo entre o campo administrativo de atuação estatal e os ensinamentos em direito administrativo, demonstrando como diferentes definições doutrinárias, mesmo tendo seu lugar na ciência jurídica, não influenciam uma evolução na jurisprudência do conselho do Estado, esta apegada a realidades concretas. WALINE, Marcel. *Empirisme et conceptualism dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? Mélanges Jean Badin*, p. 359-371.

⁸⁰ Sobre a *lex mercatoria*, veja o capítulo de Marlon Tomazette.

⁸¹ TEUBNER, Gunter. Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of *Lexmercatoria*. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.

⁸² Segundo Luhmann, a teoria dos sistemas se refere ao mundo real, com a preocupação de provar-se diante da realidade. Luhmann explica englobar, com a teoria dos sistemas sociais, todo o objeto da sociologia, o conjunto de todos os contatos sociais possíveis. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoria general*. Trad. Silvia Pappe y BrunhildeErker; coord por Javier Torres Nafarrete – Rubi (Barcelona): Anthropos; México: UniversidadIberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia UniversidadJaveriana, 1998. p. 37-39.

completamente mesclados uns aos outros.⁸³ Aqui entram os entendimentos sobre a autonomia, interdependência, corrupção e racionalidade universal.

Sobre a autonomia, essa é a linguagem própria de cada campo.⁸⁴ É possível observar, por exemplo, porque se sugere a relação do campo jurídico com os demais campos em sociedade, o jurídico sendo mantido diante do domínio de quem tem o conhecimento jurídico, e de quem não tem.⁸⁵ A diferença de um sistema com o seu entorno identifica seu limite, diante do qual os sistemas interagem e se regulam.⁸⁶ A questão é que, diante dos processos de globalização, o conhecimento jurídico estende o seu campo de especialização e criação de normas diante das impressões externas setoriais globalizadas.

A teoria dos sistemas afirma, então, uma autonomia não relativizada, de forma que, quando os sistemas interagem, não é a mera troca de informação, mas a criação de informação em cada sistema diante das impressões externas (de outros sistemas).⁸⁷ Essa troca justifica o funcionamento e legitimidade de seu próprio sistema, buscando cognições, conceitos e entendimentos de outros sistemas.⁸⁸ O ponto de encontro dessa interação são os acoplamentos estruturais.⁸⁹ Consistem em institutos de um sistema tomando o conceito ou/e significado de um instituto ou linguagem de outro sistema para dar-lhe função e sentido.

Nesse sentido, os sistemas são autônomos por sua estrutura e modo de operar específicos, que os diferem uns dos outros, mas buscam sua funcionalidade e legitimidade fora de sua autonomia, seja nos setores sociais que regulam, seja com os sistemas sociais que interage.

Entretanto, por mais que essa teoria pretenda uma autonomia aos sistemas sociais, é possível observar que os processos de globalização setoriais são de tal força que um setor pode acabar por dominar outro, tal como mencionado na relação entre globalização e direito.

O domínio da lógica de um sistema sobre outro é o que Marcelo Neves analisa como a corrupção do sistema, identificado pela prevalência de conceitos de outros sistemas e diminuição dos seus conceitos próprios. Quando um conceito cognitivo de um sistema predomina sobre o outro, a ponto de não ter capacidade de superar, ocorre a corrupção do sistema. Nesse sentido, o processo de racionalização das ordens desses sistemas não é fechado, mas transversal, ou seja, uma mútua legitimação.

Essa forma de analisar os fatos sociais, por sua perspectiva sistêmica e não necessariamente hierárquica, se torna ideal para o entendimento dos efeitos da globalização na sociedade, em especial, no direito. Possibilita, pois, a análise em um contexto de normas em rede, em sistemas de governança e regimes jurídicos, com ou sem a participação do Estado, levando-se em conta a influência dos diferentes setores envolvidos no direito.

É nesse contexto que o pluralismo jurídico, que engloba uma abordagem sistêmica de analisar os fatos, vem sendo cada vez melhor recepcionado no estudo do direito, vislumbrando a coexistência de ordens e diferentes elementos a impulsionar a criação e efetividade do direito. O pluralismo jurídico destaca-se por analisar o conflito de forma sistêmica, ou seja, na compreensão das lógicas normativas envolvidas, que podem se diferir e entrarem em conflito.

No que diz respeito às características, no pluralismo jurídico, o direito será direito porque as partes assim o consideraram e o âmbito jurídico assim o trata.⁹⁰ Sua noção permanece na velha associação do direito à busca pela ordem. Se junta o conceito de direito à noção mais

⁸³ FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. *Autonomy and regulation in the autopoietic perspective: an introduction*. In: FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. *State, Law and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan, Dott. A. GiuffrèEditore, 1992. p. 5-16.

⁸⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Translated by G. E. M. Anscombe. 3. ed. Blackwell Oxford UK & Cambridge USA, 1967. p. 12.

⁸⁵ BOURDIEU, Pierre. *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoria general*. Trad. Silvia Pappé y BrunhildeErker; coord por Javier Torres Nafarrete – Rubi (Barcelona): Anthropos; México: UniversidadIberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia UniversidadJaveriana, 1998. p. 40.

⁸⁷ FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. *Autonomy and regulation in the autopoietic perspective: an introduction*. In: FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. *State, Law and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan, Dott. A. GiuffrèEditore, 1992. p.5-16.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p.120.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p.120.

⁹⁰ TEUBNER, Gunter. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: GUNTHER Teubner (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997. p. 3-28.

primitiva do direito, como pacto entre as partes, por instrumentos normativos. A dificuldade está, então, em achar seus limites, eis a importância epistemológica de se definir exatamente o que está estudando, será essa, pois, a ação que delineará os limites da análise, e não o conceito de direito em si. De modo complementar a esse conceito simples de direito, tem-se que as normas nascem da interação entre as ordens sociais e da repercussão dos regimes jurídicos formados.

Sobre as fronteiras pluralistas, é preciso visualizar não mais pelo conflito territorial, como era na teoria estatal, mas pelo conflito sistêmico entre as lógicas de cada sistema. Isso envolve a necessidade de se compreender a lógica que prevalece em cada um desses sistemas, ou seja, o modo como funcionam, como trabalham e defendem seus bens e valores jurídicos.⁹¹

Por exemplo, ao se estudar o direito econômico e sua relação com a proteção ambiental, precisamos entender que existem diferentes lógicas envolvidas, a lógica ambiental, de um lado, e a econômica, de outro. Compreendendo como funcionam, é possível ver como podem, inclusive, entrar em conflito. São as diferenças de suas racionalidades, em seu modo de entender os interesses que pretendem defender, e ainda no modo como defendem tais interesses.

Nesse sentido, o conflito intersistêmico é, por definição, muito mais que apenas um mero conflito entre normas, envolve, então, um conflito entre racionalidades, entre a lógica de cada regime, entre seus princípios, entre seus objetivos.⁹² Entra em destaque, então, que a norma de cada setor tem forte relação de dependência com as fontes de força e características do sistema social ao qual pertence.⁹³

É essa relação de dependência a própria caracterização de funcionalidade da norma, dando-lhe legitimidade. Atentar-se para os conflitos que vão além da norma

é atentar-se para os conflitos entre os contextos de seus sistemas sociais respectivos, aos quais a norma pertence e não pode ser vista plenamente como um elemento totalmente independente. Os sistemas são interdependentes na busca de funcionalidade e legitimidade, mas, quando operam, cada um dos campos possui sua própria linguagem, que lhe dá autonomia.

Das outras características do pluralismo, merece destaque o entendimento de Teubner, na ideia de centro e de periferia, para o entendimento das fontes no direito pluralista: a descentralização⁹⁴ da força criadora do direito para não mais somente o Estado e outros focos, segundo ele, periféricos, de poder.⁹⁵

Com o auxílio do pluralismo jurídico, é possível afirmar que o direito emerge de vários processos imersos na globalização em múltiplos setores da sociedade civil e envolve sua tecnicidade e especialização, independentemente do direito estatal. O direito global emerge mais das periferias sociais que dos centros políticos estatais. Nesse sentido, as fontes do direito global se estendem para serem encontradas também em processos auto-organizados de acoplamento do direito em processos de globalização, com alta natureza especializada e técnica.⁹⁶

Eis o caso do ICSID. O pluralismo jurídico aqui tem dimensões mais amplas que a simples afirmação da presença de diferentes ordens jurídicas, referindo-se às consequências de relativização do Estado frente à influência de atores não estatais. A ordem jurídica ambiental tem por desafio adequar-se à ordem jurídica do regime de proteção de investimentos estrangeiros. Contudo, para a teoria do direito, não é possível pretender um conceito de direito como sendo, sobretudo, estatal, mas admitir que diferentes ordens jurídicas coexistem e surgem, inclusive, da tensão entre os regimes jurídicos distintos.

⁹¹ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. Regimes-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation in global law. Translated by Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 199-1046.

⁹² BURGEMEIER, Beat. *Economia do desenvolvimento sustentável*. Tradução Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2009. p. 12.

⁹³ Delmas-Marty identifica a interdependência como parte da racionalização jurídica, para dar margem à transparência, valorizando a argumentação jurídica. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Éditions du seuil, p. 16.

⁹⁴ A descentralização das fontes é reflexo da crescente exigência por maior tecnicidade dos setores sociais, e, de um ponto de vista jurídico, se origina na atribuição de competências e capacidades estatais às organizações, permitindo a produção e controle do direito para além do Estado. VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 43 n. 167 jul./ set. 2005.

⁹⁵ TEUBNER, Gunter. Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of *Lexmercatoria*. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.

⁹⁶ TEUBNER, Gunter. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: GUNTHER Teubner (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997. p. 3-28.

Ver emergir outras ordens além da ordem estatal não significa que essa tenha descaracterizada a sua importância. O Estado permanece na defesa do interesse social e a ordem pública abrange ou, pelo menos, deve abranger o fornecimento da seguridade pública, bom funcionamento dos serviços públicos, direitos e seguridade dos cidadãos, enfim, diferentes mecanismos de garantia de ordem na sociedade.⁹⁷

No contexto pluralista, tem-se então que cada ordem é fiel aos princípios e objetivos e à lógica dos seus sistemas sociais, que lhe dão funcionalidade e legitimidade. Por exemplo, a ordem econômica reflete o interesse econômico dos atores envolvidos, a ordem estatal, o interesse geral, a justiça, a organização da sociedade. Nesse entendimento, o Estado não perde sua vez, sendo responsável por interesses de suas sociedades, se contrários aos interesses de outras forças sociais. O direito emerge para dirigir conflitos e exerce seu velho papel de instrumento de mediador de diferentes interesses.

Assim, uma vez superada essa perspectiva teórica de se migrar de uma análise meramente estatal do direito para uma inserida nessa abordagem pluralista e sistêmica, é possível agora passar para o segundo aspecto que os casos *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* permitiram identificar: estudar a interação entre ordens jurídicas distintas, na presença de atores também não estatais, a fim de averiguar a efetividade de seus sistemas jurídicos, análise que se segue.

3.2 A relativização da ação de regulamentação ambiental do Estado face à proteção dos investimentos estrangeiros

Os casos *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* ilustraram a interação entre ordens jurídicas distintas e, nessa relação, a relativização da ação de regulamentação ambiental do Estado face à proteção dos investimentos estrangeiros. Consiste em situação trazida pelo enredo dos efeitos da globalização no direito e que permite, aqui, o estudo da efetividade jurídica dos campos normativos envolvidos. Sendo meio ambiente e investimentos estrangeiros matérias com campos jurídicos distintamente especializados, busca-se compreender alguns elementos do choque das respectivas lógicas (econômica e ambiental),

para, em segundo lugar, identificar quais as consequências de tal relação, pela análise direta dos casos.

3.2.1 Alguns elementos da relação entre proteção jurídica ambiental e proteção jurídica dos investimentos estrangeiros

Como já mencionado, casos como o do *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* trazem à tona, no mínimo, a necessidade de melhor esclarecimento sobre a relação entre a proteção do meio ambiente e a proteção de investimentos estrangeiros, que é ainda bastante complexa. Como primeiro motivo, basta analisar o funcionamento do ICSID. É um grande desafio procurar ver realizada a proteção do meio ambiente em uma instituição parte de um regime predominantemente econômico, no qual o campo privado e sua lógica individualista possuem peso dominante.

O ICSID é uma instituição internacional autônoma,⁹⁸ estabelecida pela Convenção de Washington,⁹⁹ com mais de 140 Estados membros. Entrou em vigor em 1966, fazendo parte do campo jurídico de proteção de investimentos, regida por uma lógica predominantemente econômica. A proteção ambiental, por outro lado, é matéria tipicamente estatal, cujos arranjos jurídicos, *a priori*, encontram-se vinculados à ação do estado, seja no campo das normas nacionais, seja no direito internacional.

O direito internacional dos investimentos emerge de um prolongamento do direito da condição dos estrangeiros, com fundamento de ordem ética voltado para a proteção da pessoa, para que ela possa exercer atividades econômicas. Com o desenrolar das relações econômicas, torna-se cada vez mais sensível a uma ordem nesse senti-

⁹⁸ Artigo 18 da *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/16.htm> Acesso em: 15 nov. 2011.

⁹⁹ Convenção de Washington ou a Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados. Em inglês: *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/9.htm> Acesso em: 15 nov. 2011. A Convenção, tratado multilateral, estabelece o mandato do ICSID, sua organização e funções. Foi aberta para assinatura, no campo de atuação do Banco Internacional para a Reconstrução e desenvolvimento (Banco Mundial), em 18 de março de 1965 e entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. ICSID. About ICSID. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 15 nov 2011.

⁹⁷ Sobre a importância do Estado em um campo transnacional, veja o capítulo de Karla Margarida.

do, voltando-se mais para a proteção da mobilidade dos fatores de produção.¹⁰⁰

O ICSID apresenta papel importante nos investimentos internacionais e no desenvolvimento econômico, atuando como um fórum internacional, com o propósito de prover uma estrutura para conciliações e arbitragens em disputas de investimentos. As comissões de conciliação e tribunais arbitrais são constituídas caso a caso.¹⁰¹ Outro detalhe jurídico relevante em seu funcionamento é que o recurso à instituição é sempre pelo consentimento das partes.¹⁰² Além disso, ao estabelecer a capacidade de um indivíduo ou uma empresa integrar uma relação jurídica junto com um ator estatal, vale mencionar que o funcionamento do ICSID contribui para a tese do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.¹⁰³

Além disso, o desenvolvimento dos investimentos internacionais e as operações financeiras são facilitados por um movimento geral de desregulamentação, reforçando a autonomia das empresas.¹⁰⁴ O resultado é um regime jurídico extremamente protetor do investidor estrangeiro, em uma ordem cuja predominância na lógica econômica acaba tornando pequeno o espaço para o poder de regulamentação do Estado. O problema é que a proteção ambiental é tradicionalmente vinculada à regulamentação estatal, e não à sua desregulamentação.

Então, em se tratando de violações a investimentos estrangeiros, o Estado pode ver suas ações sendo questionadas, tornando difícil a implementação de políticas públicas ambientais, quando permeia o campo dos in-

vestimentos. Nesse sentido, a proteção ambiental se torna um desafio, na medida em que o ICSID é uma instituição em que o poder de regulamentação do Estado é muito limitado. O desafio se constrói então na interação entre as lógicas ambiental e econômica e na relação entre as ordens normativas. A lógica ambiental, em contraste com a lógica econômica, é um desafio para a proteção do meio ambiente na sua relação com a proteção dos investimentos, pela sua própria sistemática.

A evolução da proteção jurídica ambiental¹⁰⁵ e a ordem pública ecológica¹⁰⁶ são o conjunto de atos constitucionais ou legislativos que protegem o meio ambiente, revelando o interesse geral. Vislumbra-se uma explosão de leis ambientais pelos países, assim como uma série de tratados, declarações e outras normas internacionais, ao mesmo tempo em que as multinacionais se multiplicam e se espalham, instalando-se pelos países.

O resultado é o tratamento do meio ambiente como material entre Estados, que faz negligenciar outra dimensão, quando o meio ambiente entra na esfera privada ou outras esferas não estatais.¹⁰⁷ Tem-se, clara, a influência da proteção ambiental em outros campos, exigindo, por exemplo, do direito econômico, algum tipo de exceção ambiental, como existe na OMC, que é por definição exceção e ainda permanece estatal.

Pode-se, então, afirmar a complexidade da relação, na medida em que casos como o da *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* estão no âmbito das consequências da prática de *dumping* ambiental, que ocorre quando atores privados e outros atores não estatais utilizam meios jurídicos, fiscais e econômicos para aumentarem seus lucros, deslocando unidades produtivas para países com legislação

¹⁰⁰CARREAU, Dominique; JUILARD, Patrick. *Droit International économique*. 3. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2007. p. 398.

¹⁰¹Para mais informações sobre o funcionamento do ICSID em: ICSID. About ICSID. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 15 nov 2011.

¹⁰²*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archi-ve/11.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹⁰³PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano 35 n. 140, p. 87-93, out./dez. 1998.

¹⁰⁴LAFAY, Gérard. Nations et entreprises dans l'économie mondiale. In: HUMBERT, Marc. *Colloque du Greco CNRS-EFIQ*. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale. Paris: Economica, 1990. p. 61-69, p. 69. MARAIS, Bertrand du. *Droit Public de La régulation économique*. Presses de Sciences PO et Dalloz, 2004. p. 2.

¹⁰⁵Para uma evolução histórica da proteção jurídica ambiental: KISS, A. *Introduction to International Environmental Law*. 2nd Revised Edition, Geneva, Switzerland: UNITAR, 2005. p. 28-29.

¹⁰⁶KISS, Alexandre. L'ordre public écologique. In FRITZ, Jean-Claude (Dir.) *L'ordre public écologique*. Towards an ecological public order. Bruyant, Bruxelles: 2005 p. 157.

¹⁰⁷SAND, Peter H. *Transnational Environmental Law. Lessons in Global Change*. (International Environmental Law and Policy Series, v. 53). Kluwer Law International. The Hague-London-Boston, 1999, p. 35.

ambiental mais flexível e fraca capacidade institucional.¹⁰⁸ É preciso, pois, considerar o peso da lógica econômica pairando no âmbito dos investimentos, obtendo como variável importante o peso e efeito de dominação entre as economias de cada país.¹⁰⁹

Nesse sentido, era só uma questão de tempo até começarem a surgir interferências sistêmicas entre os campos jurídicos. Se olharmos para os setores sociais de cada âmbito e verificarmos as diferenças básicas em suas racionalidades,¹¹⁰ não é difícil perceber como é fácil colidirem.

De modo geral, enquanto a proteção ambiental segue uma perspectiva holística, levantada em nome do bem e de toda a coletividade, voltada para a cooperação entre os atores, os investimentos estrangeiros, por outro lado, são protegidos por um raciocínio econômico e individualista, com a prevalência de um caráter competitivo, mais que de cooperação, voltado para o lucro, em que o

fator meio ambiente não é melhor que a proteção da liberdade para os investimentos.

São características que refletem no direito e na sua aplicação.¹¹¹ As diferenças entre as lógicas estão nas diferenças entre os objetivos almejados por cada âmbito e a direção e os instrumentos dados por esses objetivos.¹¹² Enquanto a proteção dos investimentos estrangeiros, pela lógica econômica, tem por traços, em seus objetivos, o liberalismo e intervenção mínima do Estado na atuação no mercado, a proteção ambiental sugere ser feita pela intervenção do Estado na economia.

Enquanto os investimentos estrangeiros possuem a arbitragem internacional como técnica de efetividade por excelência, as técnicas e procedimentos para a proteção ambiental podem variar de medidas regulatórias, estabelecimento de princípios e orientações, restrições, estudos de impactos ambientais, licenciamentos, auditorias e relatórios, com a presença da atuação estatal em todo momento.¹¹³ Tais técnicas ambientais podem representar, em diferentes formas, a intervenção do Estado na economia, de forma que não é difícil compreender como tais ações podem, por vezes, interferir nos investimentos estrangeiros e caracterizar uma violação a eles.

É o que ocorreu nos casos *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena*, nos quais medidas ligadas a normas ambientais foram questionadas, em uma instituição com a predominância da lógica econômica, por terem afrontado normas de proteção de investimento, também com o domínio da lógica econômica.

Mais uma vez, é fácil definir como desafio a proteção ambiental no ICSID, pois além de a regulamentação estatal ser facilmente mitigada dado o seu funcionamento, as normas ambientais e de proteção de investimento

¹⁰⁸ *Dumping* ambiental aqui entendido como as práticas de transferência de indústrias poluentes para os países em desenvolvimento, em geral com fracas legislações ambientais, não é sinônimo de *dumping*, relacionado ao comércio, somente. TOMAZETTE, Marlon. O Conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 194-214, jan/jul. 2007. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/222/223>>. Acesso em 26 jul. 2011.

¹⁰⁹ HUBERT, Marc. Le concept de système industriel mondial. In: HUBERT, Marc. *Colloque du Greco CNRS-EFIQ*. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale. Paris: Economica, 1990. p. 36-60, p. 45ç.

¹¹⁰ Fischer-Lescano e Gunter Teubner demonstram as diferentes ordens na perspectiva do direito fragmentado, ao exemplo da *lex mercatória* com sua racionalidade econômica colidindo com a lógica da WHO e as normas vindas do sistema de saúde; a *lex constructionis*, demonstrando o código de construções colidindo com o direito internacional ambiental. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. Regimes-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation in global law. Translated by Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 199-1046, p. 199-1046. No âmbito do OSC na OMC, por exemplo, a relação entre comércio e meio ambiente tem suas dificuldades (do ponto de vista ambiental) até nas normas procedimentais. O acesso é restrito a Estados; o ESC apenas concede terceiros, com interesse substancial no conflito, ou seja, também Estados; nesse sentido, grupos ambientais não governamentais e outros interessados apenas podem apresentar seus argumentos por meio de *lobbies* junto aos governos de seus países. WEISS, Edith Brown; JACKSON, John J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p.295-344; p. 324.

¹¹¹ Philippe Le Prestre contrasta tais diferenças entre o ambiental e o econômico no direito internacional, comparando a lógica das normas da OMC com a lógica das normas ambientais, demonstrando as fortes e graves deficiências destas. LE PRESTRE, Philippe; MARTIMORTO-ASSO, Benoît. A reforma na governança internacional do meio ambiente: os elementos do debate. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p. 407.

¹¹² BURGENMEIER, Beat. *Economia do desenvolvimento sustentável*. Tradução Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2009. p. 12.

¹¹³ SHELTON, Dinah. *Techniques and procedure in international environmental law*. 2nd Edition, Geneva, Switzerland: UNITAR, 2004. p.04-05.

seguem lógicas distintas. Sem pretender afirmar que estão sempre em colisão, é preciso apenas ressaltar que são objetos distintos que seguem lógicas jurídicas distintas e que, por isso, em uma relação entre eles, a tendência é que uma das duas lógicas prevaleça, os casos demonstram a prevalência da lógica econômica.

Ademais, não é somente o funcionamento do ICSID, junto com a explosão de normas ambientais e a multiplicação de multinacionais, a causa que fomentou relação entre os investimentos e o meio ambiente. Nos casos estudados, verifica-se, como um dos elementos causais para a questão “meio ambiente” ter sido levada ao ICSID, a insuficiência do ramo jurídico ambiental (o direito público e ação estatal) para o tratamento da questão. Parecendo estar diretamente relacionada à questão do *dumping* ambiental, tal insuficiência se deu pela fraca capacidade institucional dos Estados demandados, que não conseguiram resolver a questão da expropriação apenas com sua legislação nacional.

Nesse sentido, é possível observar algumas problemáticas como consequências da relação entre a proteção ambiental e a proteção dos investimentos estrangeiros: o funcionamento da instituição é de tal forma que a regulamentação ambiental é fragilizada em nome da proteção dos investimentos; em caso de conflitos das lógicas de cada proteção, a tendência é prevalecer a lógica econômica, pois rege a proteção dos investimentos e também a própria instituição; e, por fim, as medidas questionadas no ICSID parecem estar diretamente ligadas à fraca capacidade institucional dos Estados em tratar dessa relação entre a proteção ambiental e a proteção dos investimentos, melhor desenvolvidos a seguir.

3.2.2 Algumas reflexões sobre as consequências da relação entre a proteção ambiental e a proteção de investimentos estrangeiros.

Na complexa relação entre proteção ambiental e investimentos, não apenas o conflito de racionalidades e a fraqueza institucional ambiental se destacam, mas também o papel dos investimentos na mudança da percepção das políticas governamentais, assim como o papel da própria arbitragem. Além disso, do ponto de vista da eficácia e técnica jurídica, os casos demonstram a importância de se compreender o instituto da expropriação para a proteção ambiental.

Ao que diz respeito ao papel dos investimentos na mudança da percepção do Estado e de suas políticas go-

vernamentais, os governos têm que considerar suas políticas, com encorajamento e competição saudável, e evitar políticas que atacam o capital, em termos de saúde e normas ambientais.¹¹⁴ O raciocínio segue o fato de que a ação de regulamentação do Estado já é relativizada face à proteção dos investimentos, de modo que precisamos, então, perceber como tal relativização influencia a ação estatal.

Para além disso, os investimentos são o provimento de capital e transferência de tecnologia, podendo, assim, cumprir promessas de desenvolvimento sustentável, se bem direcionados. É preciso, de um lado, o fortalecimento de fraquezas institucionais, para que o governo consiga dialogar interesse geral com proteção dos investimentos e, de outro lado, maior flexibilização no setor da proteção dos investimentos.

Outra característica que chama atenção é a própria utilização da arbitragem em meio ambiente. Em seu caráter pragmático, logo pontua especificamente quais os problemas presentes, já coloca as cartas na mesa de imediato.¹¹⁵ Nesse sentido, a arbitragem pode ser apresentada como uma solução apta à velocidade na resolução de conflitos exigida pela globalização. As vantagens, em geral, podem ser vistas pela possibilidade de eleger um árbitro por sua perícia e estar esta relacionada a uma questão de desenvolvimento e proteção ambiental, assim como poder escolher as normas que regerão o conflito.¹¹⁶

Entretanto, se vamos aos casos práticos, vemos a complexidade da prevalência da lógica econômica sobre a proteção ambiental. Diante disso, podemos então chamar atenção para a necessidade de maior flexibilização do mecanismo do ICSID e sua abertura para questões ambientais.

Nessa flexibilização, por um ponto de vista técnico, podemos analisar melhor a expropriação. Nos casos

¹¹⁴JHA, Veena. Part. The role of foreign direct investment. The case of India. In: WARD, Halina; BRACK, Duncan (Ed.). *Trade, Investment and the Environment*. Proceedings of the Royal Institute of International Affairs conference, Chatham House, London, October 1998. The Royal Institute of International Affairs, Energy and Environmental Programme. London: EarthscanPublicationsLtd, 2000. p. 211.

¹¹⁵ROMANO, Cesare P. R. *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes. A pragmatic approach*. (International Environmental Law and Policy Series, v.56). Kluwer Law International. The Hague-London-Boston, 2000, p. 323.

¹¹⁶CLAY, Thomas; ABOIM, Luiz Claudio. Arbitragem e meio ambiente. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 4, p. 32-43, 2004. p. 32-43.

analisados, as medidas que foram levadas à arbitragem do ICSID foram reconhecidas como violação porque tiveram o efeito de expropriação. É possível observar que o investidor estrangeiro é protegido não somente por expropriações reais, mas por medidas que tenham o mesmo efeito, ou seja, privam uma pessoa de sua propriedade. É relevante atentar-se para o fato de que o motivo da expropriação não importa muito para caracterizar a violação.

Além disso, se a expropriação, ainda que por motivo legal e legítimo, tenha sido “aceita” pelo ICSID, a ausência de indenização é adicionada à caracterização do dano. Então o Estado se vê na seguinte situação: ou a expropriação ambiental já parece caracterizar violação aos investimentos estrangeiros, ou o Estado fica condicionado sempre a pagar para utilizar o seu exercício regular de direito, na presença de um investimento estrangeiro. A pagar ou pela indenização ou por ter que ir mesmo ao ICSID resolver a demanda.

Percebendo essa problemática, Sabrina Robert fez uma análise do caso *Metalclad* e outros casos, procurando estudar como proteger o poder de regulamentação do Estado nessa situação e como gerenciar o ônus do custo da satisfação do interesse geral. Observou que resta como grande problema a proteção quase absoluta dos investimentos estrangeiros, que tem como critério fundamental o efeito da medida, para análise da violação.¹¹⁷

A expropriação, na forma como é interpretada, causa certa desproporção, pois é mais fácil caracterizá-la, perante o ICSID, que caracterizar violação à proteção ambiental perante o mesmo Órgão. Isso por motivos já expostos, relacionados aos respectivos históricos: a proteção ambiental é tradicionalmente matéria a ser levada ao Estado e às relações estatais, e a proteção ao investimento estrangeiro pode sair do Estado e ter seus próprios mecanismos de proteção.

Sabrina Robert observa que desconsiderar as razões da medida torna o sistema do ICSID muito inflexível. Não há uma semelhança com sistemáticas já existentes, como o exemplo da OMC e das exceções ambientais,

assim também como do Mercosul etc. A ausência de uma forma de análise melhor sistematizada, acerca das razões da medida, prejudica o interesse geral, tornando demasiadamente desproporcional a análise da violação, ou não, a investimentos estrangeiros. Nesse sentido, determina como essencial a abertura da análise da expropriação para os princípios de proteção ambiental, uma vez que, face à imprecisão dos critérios de análise, a apreciação dos árbitros é determinante.¹¹⁸

Sabrina Robert propõe, então, por um ponto de vista de eficácia jurídica, ou seja, do uso e interpretação da norma, que a análise da proporcionalidade pode ser em vista dos efeitos da medida também para o Estado. Nessa análise da proporcionalidade, considera importante a diferença entre expropriação e desapropriação direta, por um critério de análise de lucro com a medida estatal tomada. A autora observa, nesse sentido, que, na expropriação, a apropriação pelo Estado pretende dedicar o lucro para o bem estar da comunidade, e, na desapropriação direta, são medidas que restrinjam efetivamente atividades nocivas ao interesse comum.¹¹⁹

Nesse sentido, uma análise dos efeitos da medida parece necessária na análise da existência ou não de dano, de expropriação. Deve ser introduzida no campo da proteção dos investimentos, como forma de ponderação desses interesses com o interesse geral de proteção ambiental. É um raciocínio que segue com a necessidade cada vez maior de descentralizar também do Estado, o ônus com a proteção ambiental.

Em outras palavras, a responsabilidade ambiental precisa ser mais um estabelecimento de normas e procedimentos em campos não estatais, face aos riscos ambientais, ao invés de sua noção tradicional de função se-

¹¹⁷ROBERT, Sabrina. *La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte*. Investissement International et Protection de l'Environnement. Disponível em :<www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Robert.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹¹⁸ROBERT, Sabrina. *La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte*. Investissement International et Protection de l'Environnement. Disponível em :<www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Robert.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹¹⁹ROBERT, Sabrina. *La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte*. Investissement International et Protection de l'Environnement. Disponível em :<www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Robert.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2011.

parada dos agentes públicos.¹²⁰ Na relação intersistêmica, significa a influência da lógica da proteção ambiental no campo econômico e na gestão das empresas.¹²¹ Nesse sentido, paira sobre a proteção dos investimentos, também, a responsabilidade ambiental.

Entretanto, tal perspectiva, além de ser o raciocínio básico do discurso da proteção do meio ambiente, é ainda parte de uma relação nova, que é a exigência de padrões ambientais também no âmbito privado. E, como tal, ainda tem muito a andar. Por exemplo, um efeito inverso vem ocorrendo nos acordos de investimento: ao invés de inserir a alocação dos riscos ambientais, via tratado, estão excluindo-a expressamente de seu campo de responsabilidade.

Tal afirmação pode ser ilustrada pelo Tratado para a Carta sobre Energia (*Energy Chapter Treaty*),¹²² que contempla metas e normas de cooperação entre as partes para a promoção de empreendimentos voltados para a produção de energia, cujas demandas podem ser resolvidas pela Corte Permanente de Arbitragem. O Tratado prevê meios coercivos para resolução de controvérsias sobre os investimentos, inclusive a Corte Permanente de Arbitragem, mas, para questões ambientais, apenas *soft norms*.

Contudo, para todos os efeitos, no momento em que normas ambientais interferem em investimentos, elas farão parte da análise do árbitro, por isso sua interpretação é importante. Diante do Tratado para a Carta sobre Energia, foi vislumbrado interessante caso entre a Plama Consortium Limited (de Cyprus) e a República da Bulgária na Corte Permanente de Arbitragem. O que envolveu o meio ambiente na decisão arbitral foi a necessidade de apreciação da legislação ambiental surgida em 1999, responsabilizando a Plama a arcar com danos ambientais anteriores à aquisição do empreendimento e com a produção de energia, isso constituía violação ao artigo 10 do

ECT. A reclamação afirmou que a legislação tinha o intuito de prejudicar os investidores da Plama. Entretanto, pela decisão arbitral, não houve evidências de que a legislação ambiental surgiu para prejudicar os investidores, mas foi uma apreciação de problemas ambientais locais, não caracterizando a proteção ambiental como violadora dos interesses da empresa.¹²³

Nesse raciocínio, está na flexibilização das regras de proteção dos investimentos assim como na interpretação dos árbitros a chave para uma relação mais ponderada entre a proteção ambiental e a proteção dos investimentos. Por outro lado, o Estado continua na sua longa caminhada de buscar sempre racionalizar melhor suas ações para propiciar e abarcar diferentes interesses envolvidos. Os investimentos, nessa perspectiva, apresentam excelente oportunidade de desenvolvimento sustentável, demonstrando-se como ponte entre diferentes interesses, diferentes sistemas e diferentes lógicas jurídicas.

4 Conclusão

Os casos da *Metalclad*, *Tecmed* e *Santa Elena* ilustram a existência de diferentes ordens jurídicas, em especial a proteção ambiental face à proteção dos investimentos estrangeiros. Enquadram ainda a presença de atores privados no processo de criação do direito e a interferência de diferentes sistemas sociais, aqui, o econômico e o ambiental. São todos elementos que caracterizam os efeitos da globalização no direito, relação que toma, então, um papel duplo importante: de um lado, a globalização dá ao direito novas demandas e razões para sua existência e, de outro lado, o direito é, na globalização, um mecanismo capaz de lidar com as suas diferentes forças.

Essas novas demandas podem ser vistas justamente pela formação de diferentes sistemas jurídicos por atores distintos do Estado, além do Estado, por isso a necessária superação do modelo estatal do direito. No ensino do direito, é preciso desmistificar o papel estatal com o fim de fomentar o estudo do direito para além do Estado e da ordem jurídica. A discussão entre o modelo estatal do direito e o pluralismo jurídico foi trazida pela insu-

¹²⁰GRANT, Malcolm. Introduction. Enforcement: Who enforces? How? Whether Effective? In CHAIRMAN, Patricia Thomas. Environmental liability: IAB Section on Business Law 7th residential seminar on environmental law, 9-13, 1990. Switzerland, p. 213-218.

¹²¹BURGENMEIER, Beat. Beat. Les nouvelles formes d'investissement international et les strategies des firmes. In HUMBERT, Marc. Colloque du Greco CNRS-EFIQ. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale. Paris: Economica, 1990. p. 213-221.

¹²²Tratado para a Carta sobre Energia (*Energy Chapter Treaty*). Disponível em: <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>> Acesso em 02. nov. 2011.

¹²³O caso Plama Consortium Limited (de Cyprus) X a República da Bulgária na Corte Permanente de Arbitragem. Disponível em: <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>>. Acesso em 02. nov.2011.

ficiência do primeiro face à realidade jurídica atual, que reflete uma pluralidade de atores influenciando na produção jurídica, assim como uma variação nos usos dos instrumentos normativos.

Nessa realidade, o pluralismo jurídico apresenta-se como forte instrumento de análise, pois não restringe a análise do direito ao âmbito estatal. Todavia, é preciso ter o cuidado de definir bem o que irá estudar nesse rol jurídico amplificado do pluralismo, para não correr o risco de seu objeto ser grande o suficiente para ser inviável de ser analisado. Nesse sentido, a superação paradigmática conta com a passagem de um conflito de normas em um conceito de direito fechado no Estado, para também um conflito entre sistemas, entre racionalidades jurídicas, entre ordens jurídicas, estatais ou não, em um conceito pluralista de direito, mais adequado aos elementos e às influências da globalização no direito.

Para o conceito de direito, restam suas características básicas como instrumento de busca por uma ordem pelas vias normativas. Retoma ainda as noções básicas de instrumento de resolução de conflitos e a regulamentação de interesses distintos, resultado do consentimento das partes, mas que a partir daí podem se tornar obrigatórias. A obrigatoriedade não estará necessariamente no conceito da norma, mas sim em como é trabalhada, seja na sua constituição, seja na sua aplicação. Nesse sentido, a obrigatoriedade e caracterização dessas normas como direito dependem do meio no qual estão sendo trabalhadas, se são tratadas como direito.

Por outro lado, para evitar que um conceito demasiado amplo do direito torne inviável a pesquisa, é melhor recorrer à escolha epistemológica de o próprio pesquisador definir exatamente os limites de sua pesquisa, dentro desse largo campo de possibilidades na realidade jurídica e como o analisa, ao invés de partir sua pesquisa de um conceito de direito dado por uma teoria.

É preciso tornar claro que o contexto pluralista não significa a supressão do Estado e nem que a ordem estatal deixa de ter importância, pelo contrario, são fortalecidos os seus papéis de defender os interesses do Estado, representados pelo interesse geral. Observar quais as forças sociais estão presentes em cada caso e como atuam é possível em um entendimento sistêmico dos setores sociais.

Uma vez superado esse impasse entre a teoria estatal do direito e o pluralismo jurídico, os mesmos casos

permitem averiguar, em um contexto pluralista, alguns elementos-chave para a efetividade da proteção ambiental na sua relação com a proteção dos investimentos estrangeiros. Assim, restou claro que é complexa a relação entre proteção ambiental e proteção dos investimentos estrangeiros, mas é uma relação cujo equilíbrio e a efetividade dos interesses envolvidos começam a engatinhar. A complexidade está no próprio conflito entre proteção ambiental e proteção de investimentos, e o equilíbrio está na flexibilização e racionalização desses conflitos e interesses envolvidos.

Para especificar melhor, a relação é complexa haja vista a estrutura do ICSID, a predominância da lógica econômica, e como interfere na proteção dos investimentos, a fraca capacidade do Estado em gerir suas políticas e ações internas, que já foram estudadas neste capítulo. Além disso, é perceptível o papel influenciador dos investimentos na condução das políticas governamentais.

Nesse sentido, o caminho para o equilíbrio dessa relação segue, de um lado, para a atenção por parte do governo em gerir suas ações para que consiga aproveitar a oportunidade de desenvolvimento sustentável possível no âmbito dos investimentos estrangeiros, pois, como já ressaltado, os investimentos são o fornecimento de capital e transferência de tecnologia e uma excelente travessia sistêmica, uma ponte entre o governo, a promoção do desenvolvimento sustentável e o interesse privado.

Por outro lado, a lógica jurídica da proteção dos investimentos precisa ser flexibilizada. Pelos casos, foi possível identificar a relevância técnica do enquadramento da ação estatal como expropriação e a atenção para o lucro que o Estado teve ou deixou de ter. Além disso, tendo em vista que o motivo da medida não é fator preponderante, a flexibilização do sistema está em justamente buscar um equilíbrio entre os interesses ambientais e econômicos.

Referências

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2004.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

- BLANC, David. L'Éco-labellisation et l'éco-certification. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002. p. 365.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Um estudo da ordem na política mundial. Prefácio de Williams Gonçalves. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.
- BURGENMEIER, Beat. Les nouvelles formes d'investissement international et les stratégies des firmes. In HUMBERT, Marc. *Colloque du Greco CNRS-EFIQ. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*. Paris: Economica, 1990.
- BURGENMEIER, Beat. *Economia do desenvolvimento sustentável*. Tradução Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2009.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International économique*. 3. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2007.
- CASSESE, Sabino. *Administrative Law without the State. The Challenge of global regulation*.
- CLAY, Thomas; ABOIM, Luiz Claudio. Arbitragem e meio ambiente. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 4, p. 32-43, 2004.
- CONVENÇÃO de Washington ou a Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados. Seu nome em inglês: *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/9.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/16.htm> Acesso em: 15 nov. 2011.
- DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DECISÃO *CompañiadelDesarrollo de Santa Elena S.A.*, § 71. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC539_En&caseId=C152>. Acesso em 20 out. 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Éditions du seuil.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Tradução Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- EISENMANN, Charles. Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique. In : ÉCRITS de théorie Du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques. s, Paris: Edition Panthéon-Assa, 2002. p. 290-305.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. Autonomy and regulation in the autopoietic perspective: an introduction. In: FEBRAJO, Alberto; TEUBNER, Gunter. *State, Law and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 5-16.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. Regimes-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation in global law. Translated by Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 199-1046.
- GRANT, Malcolm. Introduction. Enforcement: Who enforces? How? Whether Effective? In: CHAIRMAN, Patricia Thomas. Environmental liability: IAB Section on Business Law 7th residential seminar on environmental law, 9-13, 1990. Switzerland, p. 213-218.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.
- HUMBERT, Marc. Le concept de système industriel mondial. In: HUMBERT, Marc. *Colloque du Greco CNRS-EFIQ. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale*. Paris: Economica, 1990. p. 36-60, p. 45ç.
- ICSID. *About ICSID*. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- ICSID. Tecmed x México. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/4427/>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

JHA, Veena. Part. The role of foreign direct investment. The case of India. In: WARD, Halina; BRACK, Duncan (Ed.). *Trade, Investment and the Environment*. Proceedings of the Royal Institute of International Affairs conference, Chatham House, London, October 1998. The Royal Institute of International Affairs, Energy and Environmental Programme. London: EarthscanPublicationsLtd, 2000.

KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. The Hague Academy of International Law.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.

KISS, A. *Introduction to International Environmental Law*. 2nd Revised Edition, Geneva, Switzerland: UNITAR, 2005.

KISS, Alexandre. L'ordre public écologique. In FRITZ, Jean-Claude (dir.) *L'ordre public écologique*. Towards an ecological public order. Bruyant, Bruxelles, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international Law – 20 years later. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

LAFAY, Gérard. Nations et entreprises dans l'économie mondiale. In: HUMBERT, Marc. *Colloque du Greco CNRS-EFIQ*. Investissement international et dynamique de l'économie mondiale. Paris: Economica, 1990. p. 61-69.

LE PRESTRE, Philippe; MARTIMORTO-ASSO, Benoît. A reforma na governança internacional do meio ambiente: os elementos do debate. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009.

LIBCHABER, Rémy. *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*. « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », Mélanges, Oppetit, à paraître.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. O caso do bioetanol brasileiro: a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável pela atuação de empresas privadas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord por Javier Torres Nafarrete – Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Le recours à L'outil économique: un habit neuf pour les politiques environnementales ? in: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (org). *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002.

MARAIS, Bertrand du. *Droit Public de La régulation économique*. Presses de Sciences PO et Dalloz, 2004.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

O CASO Metalclad x México. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155> Acesso em: 01 nov. 2010.

O CASO Plama Consortium Limited (de Cyprus) X a República da Bulgária na Corte Permanente de Arbitragem. Disponível em: <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>> Acesso em 02.nov.2010.

PIMONT, Sébastien. Peut-on réduire Le droit em théories générales ? Exemples en droit du contrat. *Revue trimestrelle de droit civil*, Paris, p. 417-432, juillet-septembre 2009.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROBERT ROBERT, Sabrina. *La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte*. Investissement International et Protection de l'Environnement. Disponível em :<www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Robert.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2011.

ROMANO, Cesare P. R. The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes. A pragmatic approach. (International Environmental Law and Policy Series, v. 56). Klumer Law International. The Hague-London-Boston, 2000.

SAND, Peter H. Transnational Environmental Law. Lessons in Global Change. (International Environmental Law and Policy Series, v. 53). Klumer Law International. The Hague-London-Boston, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultura*.

SHELTON, Dinah. *Techniques and procedure in international environmental Law*. 2nd ed., Geneva, Switzerland: UNITAR, 2004.

TEUBNER, Gunter. And if I by Beelzebub cast out Devils, ...: An Essay on the Diabolics of Network Failure. In: SPECIAL ISSUE: THE LAW OF THE NETWORK SOCIETY A TRIBUTE TO KARL-HEINZ LADEUR. German Law Journal, v. 10, n. 4, p. 115-136.

TEUBNER, Gunter. Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of *Lexmercatoria*. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.

TEUBNER, Gunter. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: GUNTHER Teubner (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997. p. 3-28.

TEUBNER, Gunter. Global Private Regimes: Neospontaneous Law and dual constitution of autonomus sectors in world society? In: KARL-HEINZ, Ladeur (Ed.). *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Aldershot. 2004. p. 71-87.

TOMAZETTE, Marlon. O Conceito Do Dumping Para A Regulamentação Multilateral Do Comércio Internacional. *Prismas: Dir., Pol.Pub. e Mundial.*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 194-214, jan/jul. 2007. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/222/223>>. Acesso em 26 jul. 2011.

TRATADO para a Carta sobre Energia (Energy ChapterTreaty). Disponível em: <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>> Acesso em 02 nov. 2011.

TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre Le droit interne et le droit international. *ThaHagueAcademyofinternational*.

UNCOMMON GOODS: On Environmental Virtues And Voluntary Carbon Offsets. In: Harvard Law Review; Jun2010, v. 123 Issue 8, p2065-2087, 23p. editors home Page: <<http://www.harvardlawreview.org/>>. Artigo disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=7&hid=110&sid=d30426a1-d3b0-492e-ab91-23de84b7239d%40sessionmgr114>>. Acesso em: 26.07.2011.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 167 jul./ set. 2005.

VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. The Hague Academy of International Law.

WALINE, Marcel. *Empirisme et conceptualism dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?* Mélanges Jean Badin.

WEISS, Edith Brown; JACKSON, John J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p. 295-344.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Translated by G. E. M. Anscombe. 3a ed. Blackwell Oxford UK & Cambridge, USA, 1967.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os cartéis transnacionais
e a transnacionalização
das decisões do direito
concorrencial**

*The transnational
cartels and the
transnationalization of
antitrust law decisions*

Karla Margarida Martins Santos

Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial*

The transnational cartels and the transnationalization of antitrust law decisions

Karla Margarida Martins Santos¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar os cartéis transnacionais e suas repercussões na constituição de um direito global. Para tanto, serão analisadas questões relacionadas a liberalização dos mercados, o conceito de globalização, a cooperação em matéria de defesa da concorrência e sua implicação com o conceito de soberania, a partir de princípios de aplicação de acordos bilaterais, analisando-se casos julgados por mais de uma autoridade nacional de defesa da concorrência. Os obstáculos à formação de um direito global nessa seara mostram a predominância de interesses econômicos de alguns países sob o argumento da dinamização das relações econômicas.

Palavras – chave: Cartéis Transnacionais. Transnacionalização de Decisões. Cooperação Internacional.

Abstract

This study aims to analyze transnational cartels and their effects on the establishment of a Global Law. Issues related to market liberalization, the concept of globalization, cooperation in antitrust and its implication to the concept of sovereignty, based on principles for the implementation of bilateral agreements, analyzing cases tried by more than one national authority to protect competition will be examined. The obstacles to the formation of a Global Law that harvest show the predominance of economic interests of some countries under the pretext of boosting economic relations.

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Professora de Direito do UniCEUB. Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Internacionais. Especialista em Direito Econômico e das Empresas. Bacharel em Administração e em Direito. Email: karlasantos@uol.com.br

1 Introdução

A crescente liberalização observada no comércio internacional, a cada dia, desafia a capacidade de indivíduos, empresas e governos de efetuarem previsões em torno dos níveis de trocas no âmbito global, assim como em torno dos mecanismos e estratégias que as empresas adotam para reforçar suas atuações no mercado. As distorções à concorrência, antes encontradas apenas internamente, foram verificadas em mais de um país simultaneamente, diante da possibilidade incrementada pelo fenômeno da globalização de que as empresas atuem em diversos países de forma concomitante.

O processo de globalização, em qualquer de suas dimensões,² traz consequências econômicas e jurídicas relacionadas à própria dívida de sentido,³ que remonta ao próprio surgimento do Estado. Com a crescente interdependência entre os países, a perspectiva das relações jurídico-econômicas é alterada, fragilizando muitas vezes o que se denomina de ordem jurídica interna.⁴ Estados perseguindo objetivos macropolíticos acabam propiciando conflitos dos mecanismos de ligação entre as economias nacionais,⁵ com consequências propositadas, mas nem sempre evidentes em um primeiro momento. Estas

repercussões, mesmo que constantes de instrumentos consensuais, podem dar margem à atuação de empresas com atuação concomitante em mais de um país ou continente de forma pouco salutar, o que indica a necessidade de que os esforços de cooperação também sejam adotados para reprimir efeitos negativos derivados desses comportamentos, isso mostra a importância do fomento de mecanismos de cooperação internacional estáveis.

Essas circunstâncias demonstram que, ao mesmo tempo em que há uma aceleração no fluxo de capitais internacionais e na valorização de praças de investimento de uma nação por meio dos mercados financeiros interconectados em nível global,⁶ pode essa aceleração levar os países a atuarem de forma mais incisiva em questões diretamente relacionadas aos mecanismos de cooperação internacional em defesa da concorrência, o que demonstra a necessidade de que efeitos não desejados da circulação de bens e serviços, como os cartéis transfronteiriços, sejam reprimidos ou minimizados.

Os cartéis, que serão conceituados mais adiante, confirmam que a consequência mais direta do fenômeno global é exatamente a formação de uma comunidade internacional fortemente complexa que, apesar de discursos fraternos,⁷ como se verifica nas questões ambientais, continua separada em interesses econômicos particulares, mas relacionados, dependente de efeitos econômico-financeiros cada vez mais interligados.⁸

A estratégia de atuação de empresas transnacionais ou globais,⁹ como sói ocorrer no âmbito interno, busca alcançar uma escala de produção ótima, em que recursos sejam alocados de maneira eficiente em uma escala global, tanto no que tange aos seus negócios internos, quanto no que se refere ao cumprimento das múltiplas legislações a que se submetem.

Buscam as empresas, por intermédio desse tipo de atuação, intervir significativamente nas condições e

² Podemos considerar que as dimensões cultural, ambiental, social e política têm efeitos no campo econômico. Nesse sentido, veja-se a classificação de VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 80-100.

³ GAUCHET, M. Arce. *A dívida do sentido e as raízes do Estado*: política da religião primitiva. [S.l.: n], 1977. p. 51.

⁴ Como assevera DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*: la refondation des pouvoirs. Paris: Éditions Du Seuil, 2007. v. 3. p. 140: “Si le droit économique interne est à la fois de protection et de direction, et le droit international général un droit de protection, le droit international économique, lui, serait un “droit d’expansion”. La conséquence en est que, au lieu de préserver les États, il les fragilise et du même coup maginalise les efforts du droit interne visant à encadrer les pouvoirs privés économiques, lesquels se trouvent ainsi comme libérés de tout contrainte.”

⁵ Há diversas correntes que buscam não só conceituar, mas também explicar globalização. Não se trata apenas de uma questão de semântica diferente, com críticas severas feitas por autores como Francois Chenais e John K. Galbraith. Consideraremos, para esse propósito, em termos econômicos, a globalização como um processo decorrente do Consenso de Washington, com bases eminentemente liberais e que implica em maior mobilidade de capital, tecnologia e mercadorias em nível mundial. Nesse sentido, veja-se a percepção de José Eduardo Faria sobre a confluência entre Estados, organismos multilaterais e empresas nacionais quanto ao tema. FARIA, José E.. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 165.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 103.

⁷ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 107.

⁸ ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹ TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

instrumentos operacionais de mercado para tornar suas ações viáveis e eficazes, fortalecendo, em muitas circunstâncias, a criação de oligopólios globais e efeitos nocivos deles derivados, como os cartéis transnacionais, inclusive pela constituição de sociedades em rede, exercendo pressão sobre o conjunto de regras que rege a atividade que esses entes organizacionais exercem.

Esse processo, em muito fomentado pela expansão do sistema de transportes e de comunicações,¹⁰ leva à reflexão sobre como as estruturas empresariais incrementam a fragmentação,¹¹ a descentralização e desconcentração de eixos tradicionais de poder e de formulação de normas. Estruturas hierarquizadas de atividades profissionais se transformam em organizações sobre a forma de redes, construídas com base em parcerias, cooperação e relações contratuais flexíveis.¹²

A sociedade de indivíduos¹³ passa a ser paulatinamente substituída por uma sociedade de organizações, cujo eixo estrutural está baseado em expectativas de rendimento e ganhos em escala crescente, dos quais os indivíduos passam a constituir mero elemento de composição¹⁴ e em torno dos quais os Estados passam a adotar estratégias de atuação internacional que levem à domesticação do capitalismo global como mecanismo que objetiva a ampliação de sua influência econômica e social para além de suas fronteiras,¹⁵ por intermédio de estratégias múltiplas como a contida em discursos de legitimação de

direitos típicos dos discursos dos Estados nacionais que, em nome da defesa de direitos humanos, reforçam sua “lógica imperial”.¹⁶

Ao mesmo tempo em que os países indicam a integração de mercados como um fenômeno positivo, não se deve perder de vista a necessidade de que sejam analisadas, de forma crítica, suas razões e justificativas,¹⁷ relevantes para a compreensão de fenômenos internos deles derivados, como os cartéis.

A fragmentação dos temas que compõem a atuação de corporações transnacionais leva os Estados-nação a outros problemas sob o ponto de vista regulatório, como o tratamento a ser dado ao reforço de atuações de oligopólios globais, muitas vezes exteriorizados por cartéis, o que traz preocupações diante das críticas em torno do advento de uma desordem jurídica, de uma fragmentação excessiva que pode ser gerada, de uma mundialização

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

¹¹ CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 5. A globalização, considerada como o elo de transmissão para o sistema de valores democráticos liberais, deve ser vista como uma força desejável e poderosa, que permite o crescimento político. No entanto, o sentido de homogeneidade que lhe é inculcado, por permitir a estabilidade e tornar as organizações internacionais mais efetivas, pode fazer com que se perceba a fragmentação como algo antagônico.

¹² FÁRIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7.

¹³ ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 17.

¹⁴ Interessante é a perspectiva de esvaziamento de valores humanos e sociais decorrentes da denominada integração sistêmica das empresas. Nesse sentido, veja-se ARENDT, Hannah, *The human condition*. Chicago: Chicago University Press, [s.d.]

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

¹⁶ Nesse sentido, veja-se a crítica que Habermas faz aos Estados Unidos sobre o papel que exerce de superpotência e em torno do qual os direitos humanos funcionam como orientações morais para a avaliação de objetivos políticos, inclusive quando os direitos humanos são tomados não como orientações morais para o agir político, mas como direitos a serem implementados no sentido jurídico do termo. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 49.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 192.

anárquica,¹⁸ hegemônica, que se realiza simultaneamente no silêncio e no fracasso das armas.¹⁹

O incremento dessas relações trouxe consigo a debilitação da capacidade de taxação e regulamentação dos governos. A expansão da economia mundial levou a expansão da comunidade empresarial e de suas práticas, que foram incorporadas pelo Direito Internacional Privado,²⁰ pela adoção de comportamentos sistêmicos, inclusive por acordos informais típicos de instituições financeiras e empresas transnacionais.

Mas o que é um cartel transfronteiriço? Como se organiza? A redução dos preços não seria benéfica aos consumidores de uma forma em geral? A atuação independente de cada uma das empresas não seria mais lucrativa? Como a transnacionalização de decisões judiciais, aplicáveis a indivíduos domiciliados em nações diferentes da que analisa o pleito judicial, pode contribuir na minimização de um cartel transfronteiriço? Que impactos a

aceitação reiterada, ou ainda irrestrita de decisões proferidas em outros territórios, teriam no reconhecimento de direitos maculados por cartéis que apenas foram objeto de condenação em países com a legislação de concorrência mais avançada? Não representaria tal comportamento uma negação ao Estado do direito de estruturar sua política de concorrência, impedindo que cartéis reforcem seus comportamentos em seus territórios, ou ainda, uma violação da soberania, da jurisdição, da estruturação de políticas públicas em nome do bem comum?²¹

Essas preocupações fazem parte do cotidiano das economias modernas, seja porque muitas empresas têm procurado economias emergentes para instalar suas plantas industriais, seja porque a legislação de defesa de concorrência desses países, quando existente, não é tão rigorosa. A complexidade das relações entre empresas com atuação global ou transfronteiriça nem sempre é congruente ou funcional e marca o direito da concorrência como uma área vulnerável a transplantações e influências nem sempre benéficas,²² em que pese o argumento de harmonização, uniformização buscarem revestir-lhe de legitimidade.

A construção de um direito global a partir de elementos da teoria da argumentação e de valores de filosofia moral representa que, no novo direito, deve se pressupor um padrão de racionalidade formal, como descrito por Luhman e Teubner.²³ Para tanto, o exame de decisões transfronteiriças de cartéis, na mitigação dos efeitos assimétricos dessas condutas nos mais variados locais em que estiver surtindo efeito, compatível com os pressupostos de um pluralismo de valores que mostre uma ruptura com

¹⁸ KRASNER, Stephen. *Sovereign: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Traz uma abordagem sobre o conceito de soberania que nos remete a representantes da teoria inglesa das relações internacionais, como Martin White e Redley Bull, que tratam da sociedade anárquica ao estabelecer que o conceito de soberania dos Estados é permeado de valores que colocam em xeque a própria soberania. Questões como os direitos humanos e de minorias, o papel crescente de instituições financeiras internacionais e a globalização indicam o questionamento da soberania. A hipocrisia ordenada, segundo o autor, é marcada pela constante violação de normas antigas. A amplitude do sentido de soberania (doméstico, interdependente, internacional e de acordo com Westfália) é tratada pelo autor, que se concentra no conceito da paz em Westfália e no conceito jurídico internacional de soberania, colocados como exemplos de hipocrisia organizada. As assimetrias de poder entre os estados, assim como a ausência de instituições oficiais, podem indicar a existência de normas como algo lógico e rejeitar a lógica da apropriação. Como se depreende da parte final da obra, muitas das características associadas à soberania – território, autonomia, reconhecimento e controle – não viabilizam uma descrição das práticas que caracterizam muitas entidades que têm sido convencionalmente vistas como estados soberanos. As instituições internacionais atuam de uma maneira mais fluida. As normas podem ser importantes, mas podem ser contraditórias e representar, quando de sua aplicabilidade, situações de hipocrisia ao atenderem não às questões para as quais foram estabelecidas, mas aos interesses de quem os rege, o que pode ser utilizado para acolher ou refutar os argumentos do que de transnacionalização das decisões envolvendo a manifestação judicial em matéria de concorrência.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris, Éditions Du Seuil, 2006. v.2. p. 7.

²⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 161.

²¹ A Professora Mireille Delmas -Marty, em sua obra *Les Forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*, Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 7, indica logo em seu "Avant-propos" as mudanças pelas quais tem passado o Direito, inclusive no que se refere ao conceito de ordem jurídica. Considera que há a necessidade de que sejam novamente fundados os poderes tradicionalmente considerados como constituintes do Estado, com o movimento de internacionalização de direito considerado ameaçador dos atributos internos.

²² DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 163

²³ op. cit., p. 113. TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

velhas relações de produção capitalista²⁴, baseada na legitimidade de novos sujeitos coletivos, com a inclusão de nações e blocos periféricos, até então não destacados, como o Brasil,²⁵ pode representar um critério veritativo das diversas formas de articulação do Direito da Concorrência, das fragmentações presentes, que não impedem, pelo contrário, indicam a necessidade de que regras, áreas de competência, instrumentos adjudicatórios sejam estabelecidos para que valores exclusivamente econômico-privados prevaleçam e causem a desordem do próprio mercado.

Antes de abordar esses questionamentos, no entanto, por que com eles relacionados, os Estados soberanos têm realizado esforços na busca de soluções alternativas em reprimir esse tipo de comportamento, por intermédio de estratégias de cooperação que tornam sutis as diferenças entre o que define cada legislação nacional a esse respeito, por meio de formas de colaboração como a cooperação internacional em defesa da concorrência.

Este artigo inicialmente analisará o conceito de soberania quando relacionado à cooperação entre Estados em matéria de defesa de concorrência, a partir da evolução desse conceito no campo de estudo do Direito Internacional. Em seguida, serão analisados o conceito e as características dos cartéis internacionais, notadamente dos denominados cartéis clássicos (“*hard-core cartels*”) com atuação transfronteiriça.

O caso do cartel das vitaminas é descrito com mais detalhes diante das dificuldades de acesso a provas e das características do produto, como insumo ou componente que é para a geração de muitos outros produtos no mercado.

Os princípios utilizados para a persecução de cartéis internacionais, pela maior parte dos países, também são relacionados, eis que costumam ser aplicados como solução de alcance de cartéis transfronteiriços, seguindo-se uma abordagem de análise de cartéis transfronteiriços por parte de tribunais americanos.

2 Cooperação entre Estados em matéria de defesa da concorrência

Consequência da expansão e diversificação da economia internacional, os cartéis internacionais confirmam que a comunidade empresarial internacional, além de estar cada dia mais diversificada, sofisticada sua complexidade de atuação, exigindo que a transparência e previsibilidade verificadas em outros tempos sejam buscadas por mecanismos também sofisticados e complexos de cooperação internacional entre países.²⁶

Os debates em torno da repressão a cartéis transnacionais indicam que, para que a ação dos Estados seja compatível com a dinamicidade econômica e com agentes nele instalados, deve existir cooperação entre nações. Para tanto, os discursos e ações tendentes à atuação cooperativa entre os Estados buscam revestir-se de uma eticidade presente nas questões humanitárias, sob o argumento de que violações ou impactos econômicos da globalização tornam os direitos humanos mais vulneráveis.²⁷

A cooperação entre Estados representa o estabelecimento de um acordo que conduzirá a ação de seus membros em situações que abranjam estratégias de repressão a cartéis transnacionais e que remetam ao reenvio, não apenas a ideia de Estado nação, mas também do sentido de soberania, eis que demonstram a necessidade de transformação e adequação de formas tradicionais de regulação jurídica a todas as mudanças rápidas e intensas pelas quais têm passado o mercado,²⁸ inclusive na redefinição do papel exercido pelo Estado nação e no desenvolvimento de formas de cooperação entre os Estados que não representem tão-somente a formalização de acordos de cooperação internacional, mas que estejam relacionados aos objetivos maiores norteadores desses instrumentos, como a efetiva repressão de cartéis.

A transnacionalização de efeitos derivados da aplicabilidade de decisões judiciais, em demandas levadas ao

²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris, Éditions DuSeuil, 2006. p. 8, cita esse propósito Empédocles De Agriginto, na Grécia, para deixar claro que se deve atentar primeiramente para a diferença entre pluralismo e pluralidade no intuito de que os diversos pluralismos que sustentam o discurso jurídico não passem a representar tão-somente a legitimação de um sistema hegemônico mundial, materializada pelos mesmos países que sempre expressam a hegemonia ocidental.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 205.

²⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁷ Nesse sentido, veja-se THE RESPONSABILITY TO PROTECT. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001. p. 7.

²⁸ THE RESPONSABILITY TO PROTECT. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001. p. 9.

conhecimento das Cortes de Justiça, pode significar um reforço nas posições que as diversas nações buscam contemplar na construção de medidas de coibição de cartéis. No entanto, tal análise também pode trazer consequências não só para o reforço do próprio comportamento anticompetitivo, mas para a solidificação de um cenário já erigido em torno da integração crescente de autoridades e países e em torno do estabelecimento de medidas bilaterais ou plurilaterais na coibição de cartéis, diante dos questionamentos de violação da soberania dos Estados que podem ser suscitados.

Mas o que é soberania? Que avaliação valorativa deve ser conferida a esse atributo face às descontinuidades pelas quais passa o Direito em uma sociedade cada vez mais integrada mundialmente e à permeabilidade das relações econômicas entre as empresas em âmbito global, permitindo o surgimento de cartéis?

Em um contexto internacional cada vez mais marcado por formas discrepantes de sociabilidade, algumas profundamente enraizadas em termos históricos e outras irrompendo na dinâmica de um contínuo processo de inovação, transformação e generalização dos padrões de produção, consumo e trabalho, a expansão e a multiplicação desses grupos podem vulnerar, como assevera Faria,²⁹ padrões socialmente estabelecidos e aceitos, modificando o perfil das regulações sociais, a própria direção pré-estabelecida pelo Estado e por seus indivíduos.

Os mesmos fatores que permitem a expansão do acesso a bens e serviços, a transnacionalização dos mercados econômicos, também aceleram o esvaziamento do indivíduo e do Estado como unidades relevantes de ação.

Os Estados, por sua vez, percebem, com o crescimento da atuação transfronteiriça de empresas,

de organizações não governamentais, a necessidade de estabelecimento de uma sociedade relacional.³⁰

As inter-relações entre os Estados atingem o conceito clássico de soberania, mas exigem, ao mesmo tempo, fomento de cooperação. A cooperação traz ao debate problemas de imposição de valores já sedimentados por alguns países, dadas as assimetrias de conhecimento, de estágio de evolução e de efetividade da política antitruste dos diversos Estados soberanos.

Passemos, diante desse quadro, à análise do conceito de soberania, que como as estratégias de atuação das empresas e de cooperação dos Estados, também tem se modificado diante do crescente e acelerado processo de globalização.

2.1 Soberania na perspectiva da globalização

Em que pese à globalização não ser um fenômeno novo,³¹ sua importância na atualidade ganha relevo na medida em que indica a necessidade de se repensar a forma de manifestação dos fenômenos, não mais atendida pelo padrão de normalidade até então vigente, diante do incremento progressivo não apenas das relações entre Estados, mas em especial de corporações transnacionais ou globais.³²

³⁰ Esse conceito é utilizado por René Jean Dupuy em sua obra *Le Droit International*. Press Universitaires de France, 1976. No mesmo sentido, FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 194, indica um novo padrão de racionalidade jurídica que não incida diretamente nas estruturas das organizações, mas que assegure um mínimo de critérios e referências comuns, “capaz de substituir a coerção pelo consenso, o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção e, por fim, a responsabilização individual pela responsabilização organizacional, no caso de condutas potencialmente comprometedoras do equilíbrio sistêmico da sociedade.” Essas características estão cada vez mais presentes em acordos de gerações diferenciadas firmados entre autoridades de defesa.

³¹ Essa é a opinião defendida por FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

³² Consideram-se empresas transnacionais aquelas que possuem participantes de duas ou mais nações. As globais, por sua vez, com atuação em mais de dois continentes. Ambas caracterizadas pela elevada flexibilidade e modulação, articuladas em perspectiva reticular. Nesse sentido, veja-se FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 72 e TEUBENER, G. A. Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

²⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 168.

Haveria ou não uma mudança paradigmática do papel do Estado na atualidade, diante do crescente fenômeno da globalização?

A adequação ou não de um conceito a uma determinada realidade passa pela percepção dos momentos pré-paradigmáticos, quando doutrinas e teorias surgem no sentido de indicar caminhos para novas descobertas.³³

As rupturas não ocorrem de forma abrupta. As crises nos paradigmas mostram a necessidade de se repensar as formas de solução de problemas vigentes a partir de novos valores que exsurgem do universo científico e de constante reflexão dos valores que permeiam o processo decisório.

O movimento de globalização mostra, como assevera Freitas Filho,³⁴ que questões macroeconômicas, novos direitos, a perda de capacidade normativa do Estado-nação, levam à reflexão o ator jurídico em uma matriz diversa daquela de uma realidade socioeconômica na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada no século XIX. Há uma crise no Direito, indissociável da própria crise do Estado, que mostra uma necessidade de que mecanismos alternativos de solução de conflitos sejam cada vez mais usados, máxime em questões que envolvem temas sensíveis como soberania e territorialidade.

Há uma tendência de adaptação do indivíduo ao reconhecimento de padrões conhecidos, utilizando-se de uma categoria conceitual preparada pela experiência prévia.³⁵ O uso da linguagem³⁶ tem especial importância para o Direito Internacional, pois permite verificar se a denominada crise do Estado implica em deterioração de

seus elementos, dando-se especial relevo ao atributo da soberania.

No que tange à ideia de soberania, em sua concepção tradicional estabelecida em 1648, com o Tratado de Westfália e a noção de Estado independente, que permeou o direito internacional: a relativização de suas fronteiras pela construção de blocos econômicos, os movimentos migratórios indicavam deter os Estados à soberania a partir de uma ideia simbólica de que seu exercício estava relacionado a suas fronteiras geográficas, o que permitia a coexistência no plano mundial, conceito em muito atrelado à ideia de territorialidade.

Hobbes³⁷ destacava no Estado o papel de legitimação do poder do soberano perante seus súditos, o que indica a ideia de supremacia de ideias e valores em um determinado território, característicos do Estado moderno.³⁸ Do ponto de vista do Direito Interno, a ideia hobesiana³⁹ de soberania mostra a tentativa de construção de um valor, de um poder livre de qualquer sujeição, em que a paz civil seria elemento típico do Estado de Direito.

A percepção hobesiana nos leva a refletir que a ação do Estado e de seus súditos, assim também consideradas as de empresas estabelecidas em seu território, deveria ser materializada por ações derivadas das normas estabelecidas no ordenamento interno, compatíveis com os princípios e objetivos⁴⁰ que indicavam a necessidade de entendimento em torno do que restava estabelecido,

³³ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 88.

³⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 45.

³⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 33.

³⁶ Segundo Freitas Filho, o uso da linguagem tem diversas funções: a) uso informativo, b) uso expressivo, c) uso interrogativo, d) uso operativo, d) uso prescritivo ou diretivo. No mesmo sentido que MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 9 e HARE, Richard. *A linguagem da moral*. São Paulo: M. Fontes, 1996. p. 3. Destaca Freitas Filho que o uso prescritivo é próprio da linguagem utilizada na moral e na linguagem do direito, na medida em que as expressões caracterizadoras dos dois campos da experiência humana têm em comum o fato de serem aplicações da razão, de modo a permitir decidir corretamente a melhor ação em situações de possibilidade de escolha.

³⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1990.

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64 destaca o caráter individualista, egoísta, agressivo do indivíduo de que trata o pensamento hobesiano.

³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1990. No mesmo sentido, veja-se a revisão da literatura efetuada por LUPI, André. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 50.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1975. p. 294. Na mesma obra (p. 22 e segs.), Dworkin esclarece que esses princípios podem ser estabelecidos na ordem jurídica, mas não derivam na origem, necessariamente das normas jurídicas. Na aplicação do direito, advogados ou juízes buscam sempre utilizar padrões normativos que nem sempre operam como regras, mas também como diretrizes. O conceito de diretriz permite o aperfeiçoamento de algum aspecto relacionado ou contido na norma, como o econômico, por exemplo. A concepção de que o sistema jurídico não se resume a regras jurídicas é muito útil na análise de comportamentos transfronteiriços.

ainda que exteriorizado por uma legitimidade não de toda permeada pela racionalidade como razão efetiva.⁴¹

Em que pese ter sempre existido o esforço, no período áureo do positivismo de separação entre o jurídico e o social, hoje se verifica a necessidade de um conceito orgânico, ainda que em muito baseado em pressupostos da abordagem normativista de Kelsen.⁴² A validade das normas está relacionada à visão kelseniano-normativista dentro dos limites do sistema legal, em uma visão estritamente dogmática do Direito, que muito contribuiu para o conjunto de elementos que rege as relações internacionais, inclusive na percepção da ideia de soberania. Para Kelsen, a soberania era comparável ao Estado, que deveria ser excluído do campo jurídico. Soberania, na concepção hobesiana, seria um atributo do Estado, que poderia ser omitido.⁴³

A conceituação de soberania como atributo e sua abrangência, exteriorizadas por Kelsen, foram, por muitos anos, ignoradas pelo Direito Internacional Público, em que pese ser a base para que os Estados e os organismos internacionais, diante da ideia que deles exsurge de prevalência de valores comuns internacionais sobre os internamente estabelecidos, sejam extremamente úteis para se pensar o Direito Internacional em uma perspectiva em que esse conceito encontra-se em exaustão.⁴⁴

O conceito de soberania⁴⁵ hoje está relacionado ao de sistemas de normas e mostra a atualidade de sua utilização, não mais como atributo exclusivo e vertical do Estado. Em um plano horizontal, reflete o reconhecimento por parte de Estados soberanos de que, para a construção de um novo modelo social, esferas de associação entre os

Estados, com observância dos níveis de implementação, tornam necessária a discussão dos temas em dimensões cada vez mais abrangentes e que ultrapassam os limites impostos pelas normas jurídicas formais, exigindo uma racionalidade reflexiva,⁴⁶ passível de construção na celebração de acordos de cooperação de diversas gerações entre nações para persecução de cartéis.

Deriva dessa posição que a redefinição do processo de soberania, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia do aparato burocrático interno são fortemente atingidos por fenômenos econômicos transnacionais que, em sua atuação na “economia-mundo”, pressionam o Estado a pensar em formas alternativas de regulação sistêmica.⁴⁷

A globalização deixa claro que não apenas a ideia de soberania, mas também outros atributos, valores e categorias que compõem a essência do Direito estão em um momento de exaustão paradigmática⁴⁸ e indicam a necessidade de estabelecimento de novos consensos em torno da ideia de valores jurídicos em perspectiva. Destaca Faria,⁴⁹ dentre as diversas perspectivas da globalização,

a integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresarias, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo que cada vez mais independente dos controles políticos, jurídicos ao nível nacional

O que confirma a ruptura com a ideia que se institucionalizou de Estado-nação e seu tradicional conceito de soberania.

Há sob o ponto de vista kelseniano de soberania um problema de relação entre o sistema nacional e o internacional, sem que haja efetivamente a negação de um em detrimento do outro, não necessariamente uma relação de subordinação, na qual o estabelecimento de elementos de coordenação pode estar presente simultaneamente.

⁴¹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: 2010. p. 16.

⁴² A multiplicidade de conceitos, segundo estabelece FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 39 foi o que motivou Kelsen a propor o que chamou de Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, a dimensão normativa.

⁴³ KELSEN, Hans. *Jurisprudência normativa e sociológica*. Brasília: UnB, [19-?]. p. 213.

⁴⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 336.

⁴⁵ ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, procede a minuciosa análise do conceito de soberania no Estado contemporâneo, no Estado moderno, indicando as implicações e alterações sofridas em um cenário globalizado e o papel do Brasil como país soberano no denominado Estado Global.

⁴⁶ TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

⁴⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 25.

⁴⁸ KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

⁴⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004.

2.2 Soberania e poder do Estado moderno

Essas questões repercutem em temas caros ao Direito Internacional, como o próprio conceito de soberania no Estado moderno.

Em que pese a existência de argumentos dualistas,⁵⁰ inclusive no sentido de se negar a efetividade das relações econômicas em uma dimensão que diverge da originária, via de regra interna, não seriam Estado e Direito elementos díspares em uma sociedade globalizada.⁵¹

Os movimentos de globalização indicam que o Direito Internacional exerce importante papel tanto na constituição quanto para a compreensão e o exame do perfil das instituições jurídicas da economia globalizada, sem esgotá-lo, haja vista que também é um elemento em transformação.⁵²

A globalização, considerada como o elo de transmissão para o sistema de valores democráticos liberais, vista como uma força desejável e poderosa, que permite o crescimento político, pode, no entanto, com o sentido de homogeneidade que lhe é inculcado, permitir a estabilidade e tornar as organizações internacionais mais efetivas, podendo fazer com que se perceba a fragmentação como algo antagônico.

A globalização pode ser apresentada como uma alternativa à rivalidade, à destruição, ao regionalismo. Muitas análises atuais demonstram que a globalização se coloca como um fenômeno que minimiza divergências e competições regionais. A lógica mercantil e a mecanização tecno-industrial que podem tornar Estados, empre-

sas e indivíduos sujeitos-objeto de uma rotina e conduzir à alienação, à “juridificação”, não podem permitir o esvaziamento de eixos morais relevantes mínimos que considere o homem, seja como indivíduo ou coletividade, como eixo central das relações sociais.⁵³

O Estado, portanto, pode ser visto como uma fonte de ação internacional ou alternativamente como elemento de um processo econômico e social mais profundo, muitas vezes demandado a editar, como assevera Faria,⁵⁴ normas que atribuam grau mínimo de segurança econômica em favor dos segmentos da população mais diretamente atingida pela globalização. Por mais sociais que essas normas possam parecer, possuem natureza eminentemente econômica. Em que pese existir um discurso que busca indicar a necessidade de se estabelecer o diálogo de juízes em questões humanitárias, não se pode negar a aplicabilidade e importância desse diálogo em questões eminentemente econômicas, porque são elementos que repercutem no tecido social, cujas consequências estabelecem rupturas e soluções plurais.

Como assevera Delmas-Marty, a preponderância de atores econômicos, seja por sua mobilidade, seja por sua adaptação mais rápida, indica que o Direito Internacional Econômico representa um verdadeiro direito de expansão, que tanto permite o incremento das atuações das organizações complexas como pode inibir os próprios Estados.

Habermas,⁵⁵ por sua vez, considera que o Estado, cada vez mais emaranhado nas interdependências da economia e da sociedade mundial, perde não somente em termos de competência para ação e autonomia, mas também de substância democrática. Significa, como esclarece o próprio autor, um inegável enfraquecimento da soberania estatal. Implica a adequação do conceito de soberania ao de transnacionalismo, diante da inegável dependência dos Estados uns com os outros, ainda que em graus diferenciados.

⁵⁰ TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Tradução do Professor Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito, 1964. p. 7, estabelece que, na defesa de argumentos dualistas, o direito internacional e os direitos nacionais são ramos do direito absolutamente diferentes entre si, seja pela diferença de suas fontes jurídicas, seja porque o direito internacional governa igualmente outras relações diversas das reguladas pelo direito interno. O Estado, para os dualistas, não seria a única fonte de direito, mas dele derivaria o direito positivo. Além de Triepel, Anzilotti e Léon Duguit seriam fortes expoentes da doutrina dualista.

⁵¹ A defesa de criação de um direito global está necessariamente relacionada com o de uma economia global, como assevera Pierre Le Goff. O direito global caracteriza-se, segundo o autor, como um fenômeno jurídico multidisciplinar, multicultural, multinacional, em que pese ainda não ter alcançado a maturidade e a formalidade de um sistema legal estruturado.

⁵² Veja-se nesse sentido, FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 185.

⁵³ A esse propósito, veja-se FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 182 e ARENDT, Hannah. *The human condition*, Chicago: Chicago University Press, 1958.

⁵⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁵ HABERMAS, JÜRGEN. *A era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 106.

O esvaziamento do Estado, segundo Habermas, é verificado pela perda da capacidade de controle, o crescente déficit de legitimação nos processos decisórios e a incapacidade, cada vez maior, de fornecer serviços de organização e condução eficazes do ponto de vista da legitimação.⁵⁶

No entanto, a globalização necessita do auxílio dos Estados para que se efetivem regras de uma forma pré-estabelecida, seja por intermédio de mecanismos bilaterais, regionais ou multilaterais, no intuito de evitar o total esvaziamento da sociedade de indivíduos por valores demasiadamente absorventes estritamente organizacionais, alimentados tanto pelas expectativas de rendimento e consumo dos integrantes de cada organização complexa quanto pelos imperativos categóricos da economia globalizada.⁵⁷

A criação de um Direito Global é feita para e por atores globais. O advento do que se considera como fenômeno legal é o resultado de ações levadas a efeito e de esforços despendidos por diversas entidades e do impacto em indivíduos, direta e indiretamente, no cenário internacional. Os cartéis internacionais desafiam a legislação antitruste e indicam que os países, por mais liberais e economicamente desenvolvidos que sejam, devem

estabelecer regras em nome da competitividade saudável dos mercados.

Antes de ingressar na cooperação entre os Estados, analisemos brevemente o conceito e as características dos cartéis transnacionais, em especial dos denominados cartéis “*hard core*”, que percebidos em uma perspectiva sistêmico-funcional, como assevera Luhmann, caracterizam-se por estratégias de variação, quando é possível a produção de atuação e comportamento, por estratégias de seleção, pela tomada de decisões sobre as possibilidades de atuação e comportamentos admitidos e por estratégias de estabilização, em que as duas primeiras estratégias são confirmadas ou refinadas.⁵⁸

3. Cartéis internacionais

Há diversos tipos de cartéis descritos pela literatura antitruste. Interessa-nos particularmente abordar a ação concertada entre agentes com atuação em mais de um país, que se vale de comportamentos semelhantes ao que se espera de Estados soberanos para atingir seus propósitos exclusivos, comprometedores do equilíbrio sistêmico das boas práticas de concorrência internacional.

3.1 Delimitação do conceito

Quando os acordos ocorrem entre empresas que podem ou não estar fisicamente instaladas no mesmo país, mas que atuam ou têm possibilidade de atuar, de forma distorciva ao regramento concorrencial em vigor, a qualquer tempo, em outro território soberano, está-se diante de uma conduta transfronteiriça.⁵⁹

A possibilidade de atuação além dos limites físicos de um território e a dificuldade dos países em reprimir condutas anticompetitivas levadas a efeito fora de suas fronteiras incrementam a dinamicidade das re-

⁵⁶ HABERMAS, JÜRGEN. A era das transições. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁵⁷ Segundo esclarece FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 182 “O grande problema desse tipo de “integração sistêmica” é que, por ser demasiadamente absorvente, acabaria determinando um esvaziamento quase absoluto da intersubjetividade própria da vida social, com seus comportamentos, valores e normas comuns; em outras palavras, conduziria ao desaparecimento daquele “mundo comum” que articula os homens numa trama visível feita por fatos e eventos tangíveis no seu acontecimento e que se materializa numa comunicação intersubjetiva através da qual as opiniões se formam, os julgamentos se constituem. Quando a “integração sistêmica” se sobrepõe totalmente à integração social, os indivíduos perderiam para os critérios técnicos de produtividade e seriam despojados de sua “capacidade de discernimento entre qualidades” - o que significa que ficariam sem garantias de “orientar-se no mundo”. O enquadramento plenamente racional dos indivíduos nas organizações pode assim levá-los a perder não só sua identidade própria, mas todo um mundo compartilhado de significações a partir do qual a ação e a palavra de cada um são reconhecidas como algo dotado de sentido e eficácia na construção de uma história comum. Essa perda de espaço público, essa privação o mundo vital, essa integração organizacional absoluta é que abre caminho para o que Hannah Arendt chamou, em outro contexto, de “banalidade do mal”.

⁵⁸ Esse ponto é acolhido por José Eduardo Faria, a partir de LUHMANN, Niklas. *Globalization on world society: how to conceive of modern society*. Bielefeld: Indiana, p. 3.

⁵⁹ CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of Modern International Cartels*. Indiana: Purdue University, 2004, de acordo com o conceito estabelecido pelo autor, definiremos cartéis internacionais ou transfronteiriços como aqueles que possuem participantes de duas ou mais nações. No mesmo artigo, CONNOR faz uma diferenciação entre cartéis internacionais e globais, considerando nesse último tipo como um tipo com atuação em mais de dois continentes industrializados. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2004.

lações comerciais. No entanto, sob o argumento de eficiência econômica, seja para acessar matérias-primas de melhor qualidade, seja para valer-se de mão de obra mais barata, ou ainda para aumentar a demanda dos produtos ou serviços que ofertam, ou, por fim, para limitar a atuação e o acesso a esses insumos por parte de empresas dispostas a ingressar em novos segmentos da atividade econômica, a concertação entre empresas concorrentes ocorre em uma dimensão mundial, configurando os cartéis internacionais.

Os cartéis internacionais são acordos ou ajustes entre empresas⁶⁰ com atuação simultânea em mais de um país para alterar, restringir ou eliminar a oferta de bens e serviços.⁶¹

3.2. Tipos de cartéis internacionais

Há uma variedade de organizações que poderia, de maneira razoável, ser enquadrada como cartel internacional.⁶² No entanto, os cartéis internacionais podem ser classificados em: 1) clássicos (*hard-core cartels*), criados por produtores privados, de pelo menos dois países, para controlar preços ou dividir mercados em todo o mundo; 2) de exportação, que se subdividem em: cartéis privados de exportação, não ligados ao Estado, cujos participantes são de um mesmo país e servem para fixar preços ou dividir o mercado de exportação, não estando suas ações

voltadas para o mercado interno; cartéis de exportação ligados ao Estado;⁶³ 3) e de importação.

Alguns países adotam o critério de isenção aos cartéis destinados exclusivamente à exportação, como, por exemplo, os Estados Unidos, que adotam esse critério desde 1918, com a aprovação do *Webb-Pomerene Act*, exigindo-se das empresas o registro do cartel para tal fim. No Japão, a isenção ocorre desde 1952.⁶⁴

Também no que se refere aos países europeus, alguns possuíam dispositivos que permitiam a adoção de arranjos entre os concorrentes para atuação além de suas fronteiras nacionais. Com o incremento das relações comunitárias, no entanto, as legislações de defesa da concorrência dos países membros da Comunidade Europeia passaram a não contemplar a isenção aos denominados cartéis de exportação, como se verifica na legislação alemã e na do Reino Unido de 1998.⁶⁵

Fixaremos a análise na definição dos denominados cartéis clássicos (“hard-core”), diante da ampla convergência das legislações antitruste no mundo em torno de seus efeitos anticompetitivos.⁶⁶

3.3 Cartéis clássicos

Os cartéis clássicos são considerados a forma mais repudiada de violação às regras concorrenciais, constituindo-se em acordos para fixar preço, para

⁶⁰ Na legislação brasileira, de acordo com a Resolução nº 20/99 do CADE, em seu anexo I, os cartéis são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e demanda. REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO. Brasília: CADE, n. 33, jan./jun., 2002.

⁶¹ CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of modern international cartels*. Indiana: Purdue University, 2004, pode-se definir os cartéis internacionais como aqueles que possuem participantes de duas ou mais nações. No mesmo artigo, CONNOR faz uma diferenciação entre cartéis internacionais e globais, considerando esse último tipo como um tipo com atuação em mais de dois continentes industrializados. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 Abr 2004.

⁶² EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 3. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶³ EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶⁴ De acordo com o estabelecido no *Export-Import Trading Act*, de 1952, os cartéis de exportação podem ser autorizados pelo Ministro da Indústria e Comércio Internacional.

⁶⁵ EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 11. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶⁶ Apesar de algumas legislações nacionais permitirem a utilização de isenção pelas empresas organizadas em cartéis de exportação, referidas isenções não são utilizadas de forma ampla por cartéis internacionais. Nesse sentido, citam a ausência de registro recente de Associações sob a égide do *Webb-Pomerene Act* nas provas de ocorrência de cartéis de fixação de preço obtidas pelo Departamento de Justiça norte americano. EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em 21 Abr 2005, destacam que a Comissão Europeia, no entanto, investigou um cartel registrado nos Estados Unidos sob a égide do *Webb-Pomerene Act*, o cartel de produtores de celulose

restringir a produção, limitar a oferta ou ainda dividir os mercados.⁶⁷

Os países, de uma forma geral, reprimem tal conduta, sendo, que em algumas jurisdições, é considerada crime.⁶⁸ A forma de expressão de cartéis clássicos é a atuação concertada entre os competidores, que tem por finalidade, entre outras possíveis, dividir o mercado ou uniformizar os preços cobrados dos consumidores, seja pelo aumento de preços, pela adoção de fórmulas de reajuste de preços, por acordos de manutenção de preços relativos entre produtos diferenciados ou pela eliminação de descontos ou estabelecimento de descontos uniformes; pela adoção de preços publicados ou ainda pela divisão dos mercados e fontes de abastecimento.

Alguns organismos internacionais, como a OCDE⁶⁹ e a UNCTAD,⁷⁰ têm destacado o esforço de autoridades de defesa da concorrência de diversos países na persecução a cartéis que operam internacionalmente, constituídos por empresas multinacionais com atuação nos denominados cartéis clássicos internacionais, são empresas multinacionais sediadas em diferentes países. O relatório da OCDE menciona a existência de aproximadamente 14 cartéis internacionais, número considerado pequeno, não obstante os prejuízos econômicos quantificados em torno de USD 55 bilhões.⁷¹

Na maior parte dos cartéis internacionais detectados a partir da década de 1990, estão presentes as mesmas características: mercados concentrados, com a presença de poucos agentes, produtos com elevada homogeneidade e atuação por intermédio de associações que viabiliza-

vam reuniões e estabeleciam as regras do conluio,⁷² com normas muito próximas às desenvolvidas pelas sociedades sob a forma de redes.

Além dessas características, via de regra, esses cartéis tiveram em comum: (i) desprezo pela legislação antitruste, (ii) participação direta de membros da alta direção das empresas, (iii) participação direta da alta direção, (iv) utilização de associações de classe para encobrir o cartel, (v) esquemas para fixação de preços, (vi) estratégias de retaliação, (vii) mecanismos periódicos de monitoramento do comportamento dos membros do cartel, (viii) esquemas de compensação, (ix) encontros para organização do orçamento do cartel (*budget meetings*).⁷³

As características dos cartéis internacionais, como anteriormente indicados, mostram a utilização de estratégias de performance inter cruzadas, indicadoras de relações complexas, permanentes e duradouras, que afetam mercados de maneira progressiva e que tendem a levar um agente não comprometido com a cooperação a ser excluído da cadeia produtiva. Os agentes cartelizados possuem uma expressão de poder conjunta cujos efeitos são semelhantes ao de monopólio, cujo poder e estabilidade reforçam os mecanismos internos de cooperação, formas de repasse de lucros, estratégias de venda que demonstram que a economia passou a ser gerida em âmbito transnacional.

⁶⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Washington: Editora, 2003. No mesmo sentido, MALARD, Neide Terezinha. O cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. n. 21, p. 38-43, out./dez. 1995,

⁶⁸ No Brasil, o cartel é punido tanto pela Lei nº 8.884/94, na jurisdição de competência do CADE, quanto pela Lei nº 8.137/90, de natureza penal. Nos Estados Unidos, o cartel é perseguido apenas criminalmente, com base na Lei Sherman.

⁶⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: s/ed., 2003.

⁷⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. *Model law on competition: UNCTAD series on issues in competition law and policy*. Geneva: s/ed., 2003.

⁷¹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: s/ed., 2003.

⁷² A produção de ácido cítrico, por exemplo, estava concentrada nos EUA, Europa e China. Como destaca LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 11. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005, no final da década de 1990, as indústrias instaladas nesses territórios respondiam por cerca de 88% da oferta do produto no mercado mundial. Em 1991, a distribuição do mercado entre os integrantes do cartel tinha os seguintes percentuais, resultantes em cerca de 60% do mercado global de ácido cítrico: Pfizer/ADM – 8%; Bayer/Haarmann & Reimer – 14%; Cargil/ A.E.Staley e Jungbunzlauer 11%; Bayer, Hoffmann-La Roche – 13%; Biocor, Palcitric, Citurgia Biochemicals, Companhias chinesas, Aktiva, Godot Israel (participação inferior)

⁷³ GRIFFIN, James. *An inside look at a cartel work: common characteristics of international cartels*: speech presented at Omni Shoreham Hotel. Washington, 6 April 2000. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm>. Acesso em 10 out 2005. No mesmo sentido, SPRATLING, Gary. *apud MARTINEZ, Ana Paula*. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p.175-198, 2003. p. 176.

A sociedade organizacional indica a necessidade de redefinição, de requalificação dos atores, em especial do Estado e dos organismos internacionais, que deve também caracterizar-se por essa circularidade que caracteriza a atuação das empresas no mercado. Nesse sentido, arranjos de cooperação discutidos em Fóruns Globais, como os da OCDE, com a participação inclusiva de países não membros, permitem o incremento de práticas de persecução aos cartéis.

A complexidade da forma de atuação das empresas tem sido modificada ao longo do tempo. No último Fórum de concorrência realizado pela OCDE, países como o Brasil destacaram que as empresas têm se valido de fusões no intuito de minimizar práticas anticoncorrenciais já detectadas em outras jurisdições. Esse comportamento pode dificultar a persecução a condutas anticompetitivas, inicialmente, que estariam revestidas sob o manto de legalidade formal.

Em outro relatório, a OCDE menciona a existência de aproximadamente 14 cartéis internacionais, número considerado pequeno, não obstante os prejuízos econômicos quantificados em torno de USD 55 bilhões.⁷⁴ O quadro a seguir destaca casos de cartéis internacionais bastante conhecidos das autoridades de concorrência, como os que envolveram o cartel de lisinas,⁷⁵ o de aci-

do cítrico,⁷⁶ o de vitaminas,⁷⁷ o de eletrodos de grafite,⁷⁸ o de tubos de aço sem emenda⁷⁹ e o de construção

⁷⁴ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: mimeo, 2003.

⁷⁵ A lisina é um aminoácido usado em alimentos de animais para fins nutricionais. O cartel de lisina funcionou de junho de 1992 a junho de 1995, causando distorções no mercado global, com base em um acordo mundial com repercussões não apenas na fixação de preços de lisina para ração animal, mas também no volume de vendas de cada participante no mercado mundial; na forma e datas para o anúncio de preços que resultou, além do já exposto, em práticas discriminatórias, haja vista que alguns clientes deixaram de ser atendidos a partir da coordenação praticada pelo cartel. Os representantes das empresas produtoras de lisina mantinham reuniões periódicas, na Associação Internacional de Produtores de Aminoácidos (AAMIA), a fim de verificar se as estratégias do cartel estavam sendo cumpridas. Nos três primeiros meses de funcionamento do cartel, os preços aumentaram cerca de 70%. Nos EEUU as multas impostas giraram em torno de 100 milhões de dólares, destacando-se a atribuída a Archer Daniels Midland Companhia (ADM), no valor de \$70 milhões. Na União Europeia, as penalidades pecuniárias foram superiores a 110 milhões de euros, cabendo mencionar que as empresas participantes eram não comunitárias, mas com atuação no mercado comum europeu. Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev2_s.doc>. Acesso em: 14 jan. 2006.

⁷⁶ Os ácidos cítricos têm a função de conservar alimentos, estando inserido na categoria dos acidulantes, inibem o desenvolvimento de bactérias em alimentos, possuindo ampla utilização em refrigerantes, comidas processadas, detergentes, produtos farmacêuticos e cosméticos. Apesar da existência de outros ácidos com funções análogas, o ácido cítrico não interfere no sabor dos alimentos, sendo os outros ácidos considerados substitutos não perfeitos, principalmente pela indústria de alimentos.

⁷⁷ O cartel das vitaminas foi investigado em diversas jurisdições, como a norte-americana, europeia, canadense, australiana e brasileira, tendo-se verificada a concertação entre agentes na comercialização das vitaminas A, B2, B5, B6, C,D3, E, Beta-Caroteno, H e M, além de um mix de vitaminas. Considerado como o cartel com efeitos mais nocivos e extensos já detectado por autoridades antitruste ao redor do mundo, a concertação entre os agentes nele travada abrangeu acordos de quantidade, preços e discriminação de clientes. Nos EEUU as penalidades foram impostas a empresas suíças, alemãs, canadenses e japonesas em multas superiores a US\$ 875 milhões, destacando-se a multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. (HLR) e à BASF AG, no valor de US\$ 500 milhões e US\$225 milhões, respectivamente. A multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. é considerada a maior já imputada pelo Departamento de Justiça norte-americano. A Divisão Antimonopólios daquele departamento também conseguiu levar a juízo sete executivos, americanos e estrangeiros, pela participação que tiveram nesse cartel.

⁷⁸ Os eletrodos de grafite são colunas amplas de carbono usadas pelas fornalhas elétricas de aço ou por pequenos moinhos no processamento de aço, feitos a partir do grafite sintético, obtidos de produtos como coque de petróleo e piche. Os eletrodos de grafite são o único produto que viabiliza a geração de mais calor, possibilitando o alcance da temperatura necessária para derreter a sucata e torná-la um produto comercializável. O Departamento de Justiça americano foi a primeira autoridade a detectar a presença de concertação entre os produtores nesse segmento de mercado, que fixou preços e garantiu cotas na colocação do produto ao redor do mundo.

⁷⁹ Os tubos de aço sem emendas, assim como os canos, são utilizados na construção de poços na indústria de gás e petróleo, usualmente referidos na literatura comercial como *oil country tubular goods* (OCTG, para transportar o óleo e o gás gerados nos poços, tendo como único substituto as tubulações de aço inoxidável). Embora o ingresso nesse ramo de atividade seja relativamente fácil, verifica-se a concentração da atividade nas mãos de poucos *players*, em diversos países com liderança na atividade, como nos EEUU, no Japão, França, Alemanha, Itália, Argentina, México e Brasil. A procura pelo produto está, na verdade, intimamente relacionada com outro mercado, qual seja o de gás e petróleo, com o qual estão integrados verticalmente. As empresas instaladas nos países relacionados agem por intermédio de associações que têm condição de monitorar o comércio do produto em todo o mundo.

marítima.⁸⁰**Quadro I** – Violações à Lei Sherman que resultaram em multas de US\$10 milhões ou mais¹

Entidade Acusada (exercício fiscal)	Produto Envolvido	Multa Aplicada (milhões)	Âmbito geográfico da conduta	País
F. Hoffman-La Roche Ltd. (1999)	Vitaminas	\$500	Internacional	Suíça
BASF AG (1999)	Vitaminas	\$225	Internacional	Alemanha
SGL Carbon AG (1999)	Eletrodos de grafite	\$135	Internacional	Alemanha
UCAR International, Inc. (1998)	Eletrodos de grafite	\$110	Internacional	Estados Unidos
Archer Daniels Midland Co. (1997)	Lisina y ácido cítrico	\$100	Internacional	Estados Unidos
Takeda Chemical Industries, Ltd. (1999)	Vitaminas	\$72	Internacional	Japão
Haarmann & Reimer Corp. (1997)	Ácido cítrico	\$50	Internacional	Alemanha
HeereMac v.o.f. (1998)	Construção marítima	\$49	Internacional	Holanda
Eisai Co., Ltd. (1999)	Vitaminas	\$40	Internacional	Japão
Hoechst AG (1999)	Sorbatos	\$36	Internacional	Alemanha
Showa Denko Carbon, Inc. (1998)	Electrodos de grafito	\$32.5	Internacional	Japão
Daiichi Pharmaceutical Co., Ltd. (1999)	Vitaminas	\$25	Internacional	Japão
Nippon Gohsei (1999)	Sorbatos	\$21	Internacional	Japão
Pfizer Inc. (1999)	Maltol/Eritorbato de sodio	\$20	Internacional	Estados Unidos

⁸⁰ Serviços de construção e transporte marítimos: em dezembro de 1997, o Departamento de Justiça norte-americano responsabiliza uma companhia holandesa e um de seus executivos estrangeiros por participarem de um cartel internacional nos serviços da construção marítimos e uma companhia belga, sua subsidiária americana e dois de seus executivos estrangeiros pela participação em um outro cartel, de serviços de transporte marítimo. As empresas que pertenciam à mesma estrutura societária, declararam-se culpadas e pagaram cerca de 65 milhões de dólares em multas. A conduta no segmento de construção naval consistia na discriminação de clientes e na fixação de preços na atividade relacionada à construção de guindastes para cargas pesadas e serviços afins nas regiões produtoras de petróleo e de gás no mundo. No caso do transporte marítimo, os agentes estabeleceram o comportamento uniforme anticompetitivo na prestação do serviço de transporte de carga pesada “semisubmersível” não apenas aos clientes norte-americanos, mas localizados em outras nações.

⁸¹ Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev2_s.doc, acesso em 14 Jan. 2006>. Acesso em: 14 jan. 2006.

Entidade Acusada (exercício fiscal)	Produto Envolvido	Multa Aplicada (milhões)	Âmbito geográfico da conduta	País
Fujisawa Pharmaceuticals Co. (1998)	Gluconato de sódio	\$20	Internacional	Japão
Dockwise N.V. (1998)	Transporte marítimo	\$15	Internacional	Bélgica
Dyno Nobel (1996)	Explosivos	\$15	Nacional	Noruega
F. Hoffmann-LaRoche, Ltd. (1997)	Ácido cítrico	\$14	Internacional	Suíça
Eastman Chemical Co. (1998)	Sorbatos	\$11	Internacional	Estados Unidos
Jungbunzlauer International (1997)	Ácido cítrico	\$11	Internacional	Suíça
Lonza AG (1998)	Vitaminas	\$10.5	Internacional	Suíça
Akzo Nobel Chemicals, BV & Glucona, BV (1997)	Gluconato de sódio	\$9	Internacional	Holanda
ICI Explosives (1996)	Explosivos	\$10	Nacional	Grã-Bretanha
Mrs. Baird's Bakeries (1996)	Pan	\$10	Nacional	Estados Unidos
Ajinomoto (1996)	Lisina	\$10	Internacional	Japão
Kyowa Hakko Kogyo, Co., Ltd. (1996)	Lisina	\$10	Internacional	Japão

Os cartéis descritos no quadro, como dele se depende, foram objeto de análise e condenação por diversas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, com características típicas do denominado cartel clássico. Um desses cartéis, o de vitaminas, será descrito a seguir, em especial por ter causado impactos no território brasileiro.

4 Compreendendo a conduta no cartel de vitaminas

Entre os cartéis clássicos indicados nos relatórios da OCDE, destacamos o caso internacionalmente conhecido como o cartel de vitaminas, investigado em diversas jurisdições, como a norte-americana,⁸¹ europeia, canadense, australiana e brasileira, tendo-se verificado a con-

certação entre agentes na comercialização das vitaminas A, B2, B5, B6, C,D3, E, Beta-Caroteno, H e M, além de um mix de vitaminas.

Restou considerado como o cartel com efeitos mais nocivos e extensos já detectado por autoridades antitruste ao redor do mundo. Nesse caso, a concertação entre os agentes nele travada abrangeu acordos de quantidade, preços e discriminação de clientes. Nos EEUU, as penalidades foram impostas a empresas suíças, alemãs, canadenses e japonesas em multas superiores a US\$ 875 milhões, destacando-se a multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. (HLR) e à BASF AG, no valor de US\$ 500 milhões e US\$225 milhões, respectivamente.

A multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. é considerada uma das maiores já imputadas pelo Departamento de Justiça norte-americano. A Divisão Antimo-

⁸¹ Veja-se a esse propósito EMPAGRAN S.A. v. F. Hoffmann: La Roche Ltd., 388 F.3d 337, 340 (D.C. Cir. 2004)

nopólios daquele departamento também conseguiu levar a juízo sete executivos, americanos e estrangeiros, pela participação nesse cartel. Sua análise é importante porque a decisão proferida pela autoridade norte-americana, precursora no caso, acabou influenciando o teor do julgamento das demais jurisdições, haja vista a existência de acordos de cooperação de gerações diferenciados entre os Estados Unidos e outros países, como o Brasil e a União Europeia, inclusive no que se refere ao questionamento de indenização por parte de indivíduos ou empresa não domiciliados no território americano, mas alcançados pelos efeitos do cartel, o que confirma a predominância dos critérios estabelecidos e legitimadores por poucos países, como os Estados Unidos, na esfera da cooperação internacional em defesa da concorrência.

O comportamento adotado pelos membros do cartel permitiu que este perdurasse durante longo período em casos todos os continentes, diante do senso comum entre os seus membros de que todos seriam penalizados – no campo social, penal e civil. Em que pese lembrar muitas situações do direito reflexivo, dele se diferencia na medida em que o uso da força, inclusive no sentido mais primitivo de sua expressão, costuma ser necessário em muitos cartéis para reforçar o próprio comportamento e impedir situações conflituosas que poderiam macular sua própria existência.

5 Instrumentos de repressão

É impossível falar em globalização e abertura de mercados sem efetuar qualquer remissão às regras de concorrência e à necessidade de se estabelecer instrumentos que inibam o cometimento de práticas anticompetitivas, como os cartéis internacionais, frente à inevitável atuação de muitas empresas em mais de um território soberano.

Ligada a esta questão, está presente a necessidade de definição de mecanismos que permitam a multilateralização dos instrumentos jurídicos e o fomento da atividade comercial, diante da perceptível conscientização, por parte de alguns países, de que o alcance territorial das legislações antitruste hoje em vigor é insuficiente para a repressão de certas condutas que afetam interesses de mais de um Estado.

Para dinamizar a aplicabilidade das normas antitrustes em âmbito internacional, é necessário verificar os

efeitos da aplicação extraterritorial de normas antitruste e a cooperação entre autoridades na repressão a comportamentos anticompetitivos,⁸² como no caso do combate aos cartéis internacionais.

5.1 Jurisdição extraterritorial

Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território ou que sobre ele produzam efeitos, consequência de seu poder de legislar e aplicar o direito emanado de seu arcabouço jurídico a eventos que ocorrem nos limites de seu território, cabendo ao Estado, por meio de seus poderes legalmente constituídos, a função de dizer o direito, do qual decorrem os conceitos de jurisdição e competência.⁸³

O fato de as normas internas de um Estado soberano só terem caráter impositivo às pessoas físicas e jurídicas do seu território, faz com que os Estados, no plano do Direito Internacional Público, promovam entre si “arranjos horizontais⁸⁴” indispensáveis à sua convivência pacífica, verdadeiros pactos de soberanias.⁸⁵ Uma das consequências da igualdade entre os Estados no âmbito do Direito Internacional Público é a possibilidade de se admitirem efeitos extraterritoriais às normas nacionais, alcançando pessoas, recursos ou eventos fora de seus territórios em razão de um vínculo fático do evento com o território, como a nacionalidade dos agentes, o objeto do negócio ou da relação jurídica, ou valores que, direta ou indiretamente, afetem o Estado, em seus domínios territoriais.⁸⁶

Os critérios de fixação da competência internacional, quanto à aplicação da legislação de defesa da

⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 156.

⁸³ Confira no artigo de ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A aplicação “Extraterritorial” do Direito da Concorrência Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001, a abordagem das competências normativa e judiciária dos Estados.

⁸⁴ Conceito utilizado por MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 666.

⁸⁵ PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 193.

⁸⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 661.

concorrência, são embasados nos princípios da territorialidade do comportamento e dos efeitos, da nacionalidade, da segurança pública, da universalidade e da personalidade passiva e solidificados pelos usos e costumes internacionais,⁸⁷ examinados a seguir.⁸⁸

§ 1º. Princípio da nacionalidade

O princípio da nacionalidade permite que o Estado tenha competência para aplicar a sua própria lei aos seus nacionais desde que não vulnere a competência de outro Estado. Com base neste princípio, as regras estabelecidas pelo direito interno devem ser aplicadas antes das alienígenas. Para a aplicação deste princípio, é imprescindível o ingresso do agente no território de seu Estado, considerando-se, portanto, a prevalência da aplicação do princípio da territorialidade.⁸⁹

É possível surgir dificuldades em relação à aplicação desse princípio quando se trata de nacionalidade de pessoas jurídicas,⁹⁰ diante da possibilidade de utilizar ou o critério da sede da pessoa jurídica, ou local do arquivamento dos atos constitutivos para determinar a nacionalidade da empresa, não existindo óbices a que os tribunais busquem, como, por exemplo, a nacionalidade dos controladores das empresas para viabilizar a aplicação da lei de um determinado Estado. O critério da nacionalidade da pessoa jurídica foi utilizado nos EEUU, no caso *United States vs. Supplied Chemical Industries Ltd.*, ao se estabelecer a proibição a empresas norte-americanas de participarem da construção de gasodutos no território

européu,⁹¹ ou seja, a legislação antitruste norte-americana foi aplicada com caráter extraterritorial, alcançando atos praticados por nacionais no exterior, mesmo que ao abrigo das leis locais.⁹²

§ 2º. Princípio da proteção da segurança nacional

Em consonância com o princípio da proteção da segurança nacional, o Estado tem competência para aplicar sua legislação quando a segurança pública está em perigo, ou seja, quando se verificam atos que implicam na violação de sua independência política, de integridade territorial, de segurança interna e externa, ainda que praticados no exterior e não decorrentes do exercício regular de direito reconhecido no Estado em que foi levado a efeito, como se verifica na reapreensão ao tráfico internacional de entorpecentes, no crime de falsificação de moeda e de símbolos públicos, ou seja, de documentos e papéis que envolvem a credibilidade do Estado.⁹³

§ 3º. Princípio da universalidade

O princípio da universalidade possibilita ao Estado aplicar normas em caso de excepcional gravidade e que impliquem violação aos direitos humanos, mesmo

⁸⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662; PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 195 e ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p.67-87, p. 67.

⁸⁸ Nesse sentido, SWAINE, Edward. *The local law of global antitrust*. Disponível em: <www.ssrn.com/id277232[1].pdf>. Acesso em: 27 nov. 2010.

⁸⁹ SWAINE, Edward. *The local law of global antitrust*. Disponível em: <www.ssrn.com/id277232[1].pdf>. Acesso em: 27 nov. 2010.

⁹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662. No mesmo sentido, PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 196.

⁹¹ UNITED States vs. Supplied Chemical Industries Ltd. (105 F. Supp. 215 a 246), apud MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 663. Como assevera ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001. p. 67, “as dificuldades surgem quando os nacionais de um Estado estão estabelecidos no território de outro Estado; este princípio foi utilizado pelos EUA para proibir as empresas americanas e as filiais delas de participar na construção do gasoduto siberiano que iria conduzir gás até a Europa”.

⁹² WHITNEY, William Dwight. Sources of conflict between international law and the Antitrust Law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 63, p. 655-666, s/d, apud MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662.

⁹³ Como assevera MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 663, este princípio não está isento de debates, destacando os movimentos de guerrilhas sediados no exterior e a força expressiva que possuem nos territórios em que atuam. O controle exercido por muitas nações à própria comercialização de armamentos é uma estratégia para a diminuição desses movimentos, muitas vezes, financiados pela atuação cartelizada de indústrias de armamento.

que os comportamentos tenham ocorrido fora do território nacional, como se verifica em crimes de guerra, genocídios, redução da liberdade e tráfico de pessoas. A aplicação desse princípio ocorreu em 1822 no julgamento do caso *Schooner de la Eugene*,⁹⁴ com base no *Law of Nations*.

§ 4º. Princípio da personalidade passiva

O princípio da personalidade passiva permite que um Estado amplie sua jurisdição para processar e julgar casos em que seus nacionais estejam envolvidos no polo passivo da demanda, argumento não aceito pelos países do *Common Law*, que não reconhecem tal princípio em seus sistemas jurídicos;⁹⁵

Verificou-se a aplicabilidade desse princípio no julgamento do caso *Lótus*,⁹⁶ em 1927, que contemplou a colisão da embarcação francesa *Lótus* com a embarcação turca *Boz Kourt* em águas internacionais, resultando na morte de tripulantes e passageiros do navio turco. O navio francês que levou os sobreviventes para Istambul teve seu comandante preso, julgado e condenado pela Justiça turca. A França alegou que seus tribunais seriam os competentes para o julgamento da conduta e a questão foi submetida à Corte Permanente Internacional de Justiça, que entendeu que não havia qualquer impedimento pelo Direito Internacional para a Turquia exercer sua jurisdição sobre o oficial francês.

§ 5º. Princípio da territorialidade

De acordo com o princípio da territorialidade do comportamento e dos efeitos, também conhecido como princípio da territorialidade subjetiva e objetiva, o Estado tem competência para regular os comportamentos ocorridos no seu território ou quando nele se façam sentir

⁹⁴ Em 1822, uma embarcação francesa foi apreendida por um navio norte-americano em águas internacionais, com escravos africanos. Os escravos foram protegidos pela lei norte-americana, enquanto a embarcação foi entregue às autoridades francesas. As autoridades americanas, ao atuarem em defesa da liberdade das pessoas, aplicaram a inteligência do princípio da universalidade.

⁹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 664.

⁹⁶ Publications de La Cour Permente de Justice Internationale, série A – n° 10, Le septembre, 1927, Recueil dès Arrêts, Affaire du “Lótus”. Disponível em: <www.icj-cji.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A-1-/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2006.

seus efeitos, representando, segundo autorizada doutrina, o alargamento do próprio conceito de território para considerar produzido dentro dele o evento parcialmente ocorrido no exterior.⁹⁷

A vertente subjetiva confere ao Estado jurisdição para manifestar-se acerca de atos iniciados em seu território, mas finalizados além de suas fronteiras, critério presente em diversas legislações de defesa da concorrência, como a brasileira.

No que se refere à vertente objetiva, a jurisdição do Estado é evidenciada quando os atos são finalizados em seu território, apesar de nele não terem sido iniciados, como se verifica no conhecido caso *Cutting* (1927), ao se estabelecer que “um homem que, intencionalmente, pratica atos que provocam efeitos em outro território, é reconhecido como responsável na jurisdição criminal de todas as nações”.⁹⁸

A aplicabilidade dessa decisão nos Estados Unidos suscitou controvérsias, haja vista o entendimento da Suprema Corte daquele país de que a jurisdição americana deveria ser exercida em função da soberania, não podendo ultrapassar, nem tampouco permitir que decisões proferidas em outros países tivessem efeitos no território americano. Sem dúvida, o caso representa uma evolução no entendimento do princípio da territorialidade. O fundamento para empresar a jurisdição mexicana sobre o evento ocorrido no território americano não foi a

⁹⁷ Essa expressão é utilizada por MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 664.

⁹⁸ Como descreve MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. *Cutting*, cidadão norte-americano residente no México publicou artigo calunioso acerca de Medina, um médico mexicano. Ao ser processado por Medina, *Cutting* comprometeu-se a efetuar uma retratação pública de suas ofensas, valendo-se, para tanto, na verdade, de publicação em jornal com letras pequenas, adotando um texto de difícil compreensão. Como se não bastasse, *Cutting* reiterou sua conduta ao fazer publicar em jornal, na cidade americana de El Paso, no Texas, outro artigo contendo injúrias e difamações em desfavor de *Cutting*. A vítima, sob o argumento de que o jornal dessa cidade norte americana tinha uma boa penetração no território mexicano, convenceu o juiz mexicano de que os efeitos foram irradiados no território mexicano, considerando o crime consumado.

extensão da competência territorial, mas a própria competência territorial.⁹⁹

Os fundamentos utilizados no caso *Cutting* mostram a adequação da abrangência do princípio da territorialidade externada na decisão ao entendimento adotado pela Corte Permanente Internacional de Justiça em 1927, quando a aplicabilidade do princípio da territorialidade objetiva foi reconhecida de forma clara no julgamento do caso *Lótus*, resumidamente descrito aqui, que concluiu como legítima a ampliação da jurisdição territorial que permitiu o alcance, pela lei turca, de conduta iniciada em águas internacionais.¹⁰⁰

Esses critérios, em que pese a dimensão de sua aplicação, como será visto a seguir, estão em maior ou menor medida presentes nas legislações de defesa da concorrência, bem como são usados em casos analisados não apenas por autoridades de defesa da concorrência e acordos de cooperação nesta matéria, mas por autoridades judiciais no intuito de solucionar casos de condutas anticompetitivas, abrangendo interesses de países diversos daquele em que a conduta teve efeito, assim como agentes de nacionalidade também diversa.

6 A repressão aos cartéis internacionais nos Estados Unidos

Normalmente, os Estados fundamentam a aplicação da competência internacional em matéria de concorrência com base nos princípios da territorialidade dos efeitos e no da territorialidade dos comportamentos.¹⁰¹ Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território, o que tem sido ob-

jecto de questionamento é a delimitação da competência dos Estados para reprimir condutas cujos efeitos se façam sentir em seu território, mas que tenham sido realizadas em outro país.

O entendimento externado no julgamento do caso *Cutting* e no caso *Lótus* demonstra a aceitação pelas Cortes da competência dos Estados para se manifestarem acerca de fatos ocorridos, mesmo que integralmente, no exterior, mas cujos efeitos tenham sido sentidos em seus territórios.¹⁰²

A doutrina da aplicação extraterritorial da legislação antitruste foi desenvolvida inicialmente no direito norte-americano, a partir do julgamento pela Suprema Corte daquele país do caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*¹⁰³ Embora o caso estabeleça a competência territorial de um país para aplicação de suas normas antitruste, sua menção é importante para o entendimento acerca da evolução da extraterritorialidade. Trata-se de duas empresas de nacionalidade norte-americana, que possuíam bens, inclusive imóveis, no território da Costa Rica. Em decorrência de manobras da *United Fruit*, os ativos pertencentes à *American Banana*, ali localizados, foram desapropriados, resultando no monopólio da exportação dos produtos da *United Fruit* nos EEUU. Sob o argumento de que a manobra tinha o objetivo de causar efeitos anticompetitivos no território norte-americano, a *American Banana* submeteu o caso às autoridades norte-americanas, que entenderam que o ato praticado pelo governo costarriquenho decorria de sua soberania. Embora a decisão confirme a aplicabilidade do princípio da territorialidade, também assume importância na análise

⁹⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 665.

¹⁰⁰ Nesse sentido, veja RAMOS, André de Carvalho e CUNHA, Ricardo Thomazinho da. A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade? In: CASSELA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 819 e PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 199.

¹⁰¹ ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo. v. 8, n. 3, p. 75

¹⁰² MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 666.

¹⁰³ 213 US 347, 357 (1909), cf. US Court of Appeals for the First Circuit n° 96-2001, *US vs Nippon Paper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*, Disponível em: <www.usdoj/atr/cases/f.1000/1002.htm>. Acesso em: 22 dez 2005. Os artigos que envolvem a análise da questão citam como paradigma o caso que envolve a empresa de alumínio Alcoa. No entanto, com base no julgamento citado, verifica-se de fato que o caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.* já contemplava a questão da competência das autoridades norte-americanas para conhecer eventos ocorridos fora de seu território, envolvendo nacionais, mas com produção de efeitos naquele país. A propósito, cite-se a instigante abordagem do assunto em artigo de MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n 1, p. 175-197, 2003. p.180.

da aplicação extraterritorial das normas antitrustes, pois nela se externou a preocupação de que tais normas não podem ser aplicadas em demandas semelhantes, resultando de uma pena de prisão e da absolvição, devendo a mesma regra ter aplicabilidade a todo e qualquer caso que a ela se adequar, tenham essas repercussões civis e criminais naquele país, como os cartéis.

Não obstante a possibilidade de extensão extraterritorial das leis de concorrência tenha sido ventilada no julgamento dos *United States vs. American Tobacco* (1911) e *Nord Deutscher Lloyd* (1912), o posicionamento externado no caso *American Banana vs. United Fruit* perdurou até 1945, quando se passou a entender que não se poderia dar um resultado diferente do alcançado na esfera civil às questões contempladas na esfera criminal, devendo o julgamento do ato ser determinado totalmente com base na lei do país em que o ato foi praticado.¹⁰⁴

A extraterritorialidade da legislação antitruste também é destacada no caso *United States vs. Aluminum*

*Co. of America*¹⁰⁵ (1945), oportunidade em que a Corte declara a competência das autoridades norte-americanas para julgar condutas que, embora praticadas no exterior, afetam o mercado norte-americano, exteriorizando a adoção, pela Corte norte-americana, da denominada teoria impacto territorial, haja vista os impactos ou efeitos produzidos no território norte-americano.

A decisão gerou críticas severas por parte de outros países acerca do alcance extraterritorial da legislação norte-americana,¹⁰⁶ haja vista que o precedente passou a ser utilizado em outras decisões proferidas pelos tribunais daquele país. A edição de leis de bloqueio (*blocking laws*), como mecanismos destinados “a impedir, em território nacional, a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas”,¹⁰⁷ foi utilizada por diversos países. O Reino Unido destaca-se como um dos primeiros entes soberanos a editar um diploma, o *Protection of Trading Act* (1980), que objetivou evitar o alcance extraterritorial de decisões emanadas por autoridades estrangeiras naquele território.

Apesar das críticas em torno da adoção do alcance extraterritorial das decisões envolvendo direito antitruste, nos Estados Unidos, sua aplicabilidade tem sido reiterada pelas autoridades antitruste nos casos de investigação a

¹⁰⁴ É o que se verifica das explicações constantes da nota de rodapé do caso *US vs Nippon Paper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*, acima citado: “American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347, 357 (1909). As Justice Holmes explained in a Sherman Act case, the “words [of the Act] cannot be read one way in a suit which is to end in fine and imprisonment and another way in one which seeks an injunction. The construction which is adopted in this case must be adopted in one of the other sort. “Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197, 401-02 (1904) (Holmes, J, dissenting). This principle compels the conclusion that the Hartford Court’s holding, that the Sherman Act reaches foreign conduct producing substantial intended effects within the United States, equally controls in this criminal case. Although the Sherman Act may be enforced both civilly and criminally, see 15 U.S.C. 4; 18 U.S.C. 3231, the operative language of section 1 itself defines a criminal offense. It was precisely these “words [of the Sherman] Act” that the Alcoa Court construed in finding the Act to embrace foreign conduct producing a substantial intended effect in the United States. *Alcoa*, 148 F.2d at 443-44. And in adopting *Alcoa*, the Hartford Court authoritatively construed the same language. Because the language of Sherman Act section 1 cannot be construed to have a different meaning in a subsequent criminal action, Hartford governs the question of the Sherman Act’s operation here.

¹⁰⁵ 148 F. 2d 416 (2nd. Circ., 1945). No caso *US vs. Alcoa*, os EEUU ingressam com ação em desfavor da Alcoa, empresa norte-americana, e de sua controladora, de nacionalidade canadense, além de seis outras empresas que se utilizavam de estratégias monopolísticas no segmento de venda de lingotes de alumínio nos EEUU. A Alcoa Limited, em associação ou com outras empresas estrangeiras, formou uma corporação, de nacionalidade suíça, para atuar, por intermédio desta, de forma cartelizada, fixando não apenas os preços, mas cotas de produção. Os efeitos produzidos no território norte-americano serviram de elemento para a fundamentação da Suprema Corte para aplicar a legislação antitruste à questão.

¹⁰⁶ Como assevera MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n 1, p. 175-197, 2003. p. 180, “Essa decisão foi duramente criticada, tendo em vista, principalmente, as normas de natureza penal do direito antitruste americano e o fato de que nos EUA são devidos, em ações antitruste privadas, três vezes o valor das perdas e danos (*treble damages*)”. As ações civis, ao possibilitarem que qualquer terceiro alcançado pelo comportamento anticompetitivo ingresse em juízo solicitando a reparação do dano no valor equivalente ao triplo do dano sofrido, além de naturalmente funcionarem como um mecanismo de repressão ao cartel, atribuem maior instabilidade aos agentes reunidos em comportamentos colusivos.

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 328.

cartéis internacionais. É inegável que desde sua adoção, expressa no caso *U.S. versus Alcoa*, a teoria sofreu temperamentos ao longo do tempo.¹⁰⁸ Com efeito, a edição do *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, em 1982, estabeleceu a incidência da jurisdição antitruste norte-americana sobre condutas que tivessem efeito “direto, substancial e razoavelmente previsível” sobre o comércio dos Estados Unidos, inclusive sobre suas exportações.¹⁰⁹

Embora o Departamento de Justiça, em 1988, tenha limitado sua atuação a casos em que as condutas anticompetitivas praticadas em outros países prejudicassem consumidores norte-americanos, já em 1992 essa postura foi abolida, como se verifica no julgamento do caso *U.S. versus Nippon Paper*¹¹⁰ e no caso *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*,¹¹¹ em que os tribunais dos Estados Unidos conhecem e estabelecem sua competência sobre condutas praticadas no exterior, que tenham objetivado e efetivamente produzido efeitos significativos no território americano.

7 A repressão aos cartéis internacionais na União Europeia

A aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência também se verifica no Direito Comunitário Europeu, porém de forma menos agressiva quando comparada à do direito norte-americano.

Para que um Estado possa exercer sua jurisdição no que se refere à repressão de comportamentos anticompetitivos, disposições comunitárias devem ser atendidas, até porque uma conduta pode atingir simultane-

amente mais de um território, fazendo incidir os princípios da territorialidade e da nacionalidade.

O artigo 81, § 1º do Tratado de Roma,¹¹² considera incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo, ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, dispondo cada Estado-membro de competência para aplicar a legislação de concorrência no âmbito de seu território às práticas que não ultrapassem suas fronteiras.

Quando os efeitos de uma conduta anticompetitiva são produzidos em mais de um país, violando as normas comunitárias, estabelece-se a competência da União Europeia para sobre ela manifestar-se, por intermédio da Comissão, em especial pela Divisão de Concorrência, também conhecida como Diretoria Geral IV (DGIV).

O primeiro caso que envolveu a aplicação extraterritorial das normas comunitárias de defesa da concorrência na repressão a cartéis internacionais ocorreu no julgamento do caso *Dyestuffs*, em 1969.¹¹³

¹¹²Originariamente, artigo 85 da redação original do Tratado de Roma (1957).

¹¹³Caso 48/69, *ICI vs. Comissão (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619, adota a teoria dos efeitos ao rever os argumentos esposados pela ICI Company acerca de sua responsabilidade no cartel originariamente analisado no caso 69/ 243, *Re Cartel in Aniline Dyes*, 1969, CMLR D. 23 (*Dyestuffs*), que envolveu a reunião de fabricantes de tintas na Suíça para acordarem sobre preços a serem praticados na venda de diversos produtos no território do Mercado Comum Europeu, resultando na condenação de empresas situadas dentro e fora do território comunitário. Das empresas investigadas, quatro não possuíam sede no Mercado Comum. No entanto, ao decidir pela condenação do cartel, a comissão afirmou que sua decisão era aplicável a todas as empresas que tivessem participado do conluio, independentemente de estarem sediadas no Mercado Comum ou fora dele. Segundo a Comissão, as normas do tratado relativas à concorrência eram aplicáveis a todas as restrições que produzissem no território do mercado comum os efeitos previstos no artigo 85(1). Assim, não seria necessário examinar se as empresas envolvidas teriam sua sede no Mercado Comum ou fora dele, determinada a decisão que fossem notificadas as subsidiárias sediadas no Mercado Comum. A empresa inglesa *Imperial Chemical Industries*, embora integrante do cartel, não atuava no mercado comum europeu de forma direta, mas por meio de subsidiárias. A Comissão Europeia, com base na extensão dos efeitos, puniu a controladora, de nacionalidade inglesa, atribuindo ao grupo econômico situado fora do território comunitário a conduta praticada por sua subsidiária (*ICI GmbH Germany*).

¹⁰⁸O governo Reagan adotou uma abordagem menos agressiva à cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, com a exclusão em 1992 de anotações dos Guidelines do Departamento de Justiça, que exigiam que os consumidores nos EEUU fossem atingidos pelos atos comerciais para que pudessem sofrer restrições em exportações para aquele país. Veja-se, nesse sentido, *U.S. Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>. Acesso em: 19 jan. 2005.

¹⁰⁹Nesse sentido, veja-se SAYEG, Fernanda. Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003. p. 202.

¹¹⁰109 F.3d 1,8 (1997), *US vs Nippon Papper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/cases/f.1000/1002.htm>. Acesso em: 22 dez 2005.

¹¹¹US 764 (1993), vide nota nº 25.

O julgamento do caso *Woodpulp*¹¹⁴ também traz a discussão do tema. Na oportunidade, a Comissão Europeia, no intuito de reprimir práticas cometidas em território não comunitário, mas com efeitos ali sentidos, valeu-se do princípio da territorialidade, em detrimento da teoria dos efeitos, como resposta à sua utilização excessiva por parte dos EEUU e como desdobramento do que preceitua o artigo 85, então artigo 81, §1º, considerando, portanto, que o acordo teria sido implementado no território comunitário.¹¹⁵ A decisão abrange um conceito de difícil aplicabilidade: para que os cartéis fossem alcançados pela legislação comunitária, as vendas deveriam atingir consumidores localizados no espaço comunitário europeu.¹¹⁶

8 Cooperação Internacional em defesa da concorrência

Como prática que possibilita a atuação concertada dos agentes em mais de um território, provocando danos de forma simultânea ou sucessiva em mais de uma jurisdição, os cartéis internacionais devem ser combatidos mediante à atuação conjunta ou concertada entre os países, o que certamente resultará, para que as autoridades envolvidas na persecução,¹¹⁷ em uma atuação mais eficiente e menos custosa.

A cooperação pode se dar em três níveis, ou como prefere a doutrina, ser classificada em três sistemas: (i) sistema de cooperação bilateral; (ii) sistema de cooperação regional; (iii) sistema de cooperação internacional.

Não há consenso quanto ao sistema mais adequado, mas o fomento de instrumentos de cooperação bilateral e regional demonstra as boas perspectivas no desen-

volvimento de um acordo multilateral sobre o assunto e converge para que a cooperação internacional seja uma resposta viável aos diversos problemas derivados da extraterritorial das leis de defesa da concorrência., como os verificados nas divergências entre os objetivos perseguidos pela União Europeia e pelos EEUU.¹¹⁸

§ 1º. Instrumentos de cooperação bilateral

Os acordos de cooperação bilateral em matéria de defesa da concorrência são utilizados por diversos países que dispõem de uma legislação antitruste. Um dos efeitos dos acordos de cooperação bilateral é diminuir os efeitos causados pelas falhas na aplicação da legislação de defesa da concorrência de um país em detrimento da de outro¹¹⁹ e superar as divergências decorrentes da aplicação extraterritorial das normas antitruste.

Os acordos de cooperação bilateral podem ser definidos como de primeira geração ou suaves e de segunda geração.¹²⁰

– Acordos de Primeira Geração

Os acordos de primeira geração, também denominados convênios suaves, são frequentemente firmados entre autoridades antitruste, caracterizando-se pelo estabelecimento de mecanismos formais de notificação de práticas anticompetitivas e intercâmbio de informações, em obediência ao princípio da cortesia internacional, seja a cortesia negativa (*negative comity principle*) ou a cortesia positiva (*positive comity principle*).¹²¹

¹¹⁸ ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001. p 41.

¹¹⁹ ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70. 2001.

¹²⁰ DIERIEX, Greta Spota. Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en matéria de competência. In: BOLETIM Latino Americano de Concorrência. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_5_1es.pdf>. Acesso em: 13 jan 2006. No mesmo sentido, KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA., *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002. p. 169 e MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004.

¹²¹ Como destaca Maria Beatriz Martinez, “o termo ‘cortesia’ (*comity*) refere-se ao princípio geral de que um país deve considerar os interesses dos outros países quando da aplicação de suas leis, em troca de que estes façam o mesmo”.

¹¹⁴ *Wood Pulp* I, 19 de dezembro de 1984, ECD (IV/29.725), [1985] OJ L 85/1, [1985] 3 CMLR 474. A *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission*, 1988, ECR 5193. O caso contempla a formação de um cartel por fabricantes de celulose de país não integrante da Comunidade, mas com efeitos naquele território.

¹¹⁵ RAMOS, André de Carvalho e CUNHA, Ricardo Thomazinho. A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade? In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 825.

¹¹⁶ Martinez, Ana Paula. Defesa da Concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 182.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

a) *Cortesia negativa ou tradicional*

Pela cortesia negativa, também denominada cortesia tradicional, mais costumeiramente verificada nos acordos de primeira geração, uma das partes signatárias leva em consideração os interesses da outra ao aplicar sua legislação aos atos internacionais, ou seja, evitando prejudicá-la quando da aplicação de suas leis nacionais.¹²²

O princípio da cortesia negativa foi introduzido no julgamento do caso *Hilton v. Guyot*,¹²³ quando se estabeleceu que o reconhecimento por uma nação de atos, em seu território, emanado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de outra, leva em consideração os interesses de seus próprios cidadãos e de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis.

Com esse objetivo, antes de iniciar uma investigação de cartel internacional, por exemplo, o país afetado pela prática deve notificar a autoridade do país onde ocorre a conduta para que adote as providências que entender necessárias. Tal princípio é uma forma superficial de integração dos países no combate às práticas anticompetitivas por permitir uma subjetividade prejudicial aos interesses da defesa da concorrência como um todo,¹²⁴ como se verifica no acordo de cooperação firmado entre as autoridades de defesa da concorrência brasileira e

americana.¹²⁵

b) *Princípio da cortesia positiva*

O princípio da cortesia positiva estabelece que os signatários que assinam um Acordo de Cooperação podem decidir aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em sua legislação,¹²⁶ por intermédio da notificação mútua das investigações iniciadas. Facilitam-se, assim, as consultas, por meio da notificação de práticas anticompetitivas, do intercâmbio de informações não confidenciais entre autoridades, além de possibilitar que um país solicite ao outro que inicie a investigação de uma conduta que ocorre em seu território, mas cujos efeitos sejam produzidos no país solicitante. É possível, ainda, a realização de encontros regulares entre autoridades para discutir a evolução das políticas e promover a troca de informações de interesse mútuo.¹²⁷

Verifica-se o desenvolvimento desse princípio na década de 1990 com o incremento de condutas anticompetitivas internacionais e de fusões transfronteiriças, a que se somam as limitações da cortesia tradicional e a ausência de instrumentos de cooperação multilaterais contemplando questões concorrenciais. Sua primeira aplicação ocorreu na análise de condutas anticompetitivas praticadas por companhias aéreas, por solicitação formulada pela União Europeia.¹²⁸

¹²²Nesse sentido, artigo VI do Acordo celebrado entre os EEUU e a Comunidade Europeia em 1991, ou seja, antes da modificação de 1998. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international_agreements.htm>. Acesso em: 24 set 2005.

¹²³"the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws." *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895), *Black's Law Dictionary*, 6^a ed., 1990, apud, MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004.

¹²⁴Cf. MARTINEZ, Maria Beatriz, A Cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 184-185, 2004.

¹²⁵"Cada parte deverá, ao amparo de suas leis e na medida em que for compatível com seus próprios interesses, assegurar cuidadosa consideração aos importantes interesses da outra parte, em todas as fases das atividades de aplicação, incluindo decisões relacionadas à iniciação de uma investigação ou procedimento, à amplitude de uma investigação ou procedimento e à natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso". Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Internacional/Acordo_Brasil_Estados_Unidos.pdf>. Acesso em: 19 jan 2006.

¹²⁶MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-197, 2003. p. 188.

¹²⁷SAYEG, Fernanda Manzano. Combate a Práticas Anticompetitivas Transnacionais: O Grande Desafio das Políticas de Defesa da Concorrência no Século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003. p. 207.

¹²⁸BALZAROTTI, Nora. Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n. 10, p. 6-7, jun. [200-] Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_10_1_es.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2006.

Entre os acordos de cooperação bilateral de primeira geração mais bem sucedidos, a doutrina cita o acordo empresado entre os governo dos EEUU e a Comissão Europeia, em 23 de setembro de 1991,¹²⁹ aditado em junho de 1998, quando se ampliou o conceito de cortesia positiva nele estabelecido,¹³⁰ determinando-se que uma parte deve atender ao pedido de abertura de investigação feito pela outra, mesmo que o fato não configure violação à sua própria legislação antitruste.

Os relatórios anuais sobre Política da Concorrência da União Europeia,¹³¹ além de divulgarem os acordos de cooperação mantidos pela União Europeia com outros países na persecução a condutas anticompetitivas internacionais, fomentam o estabelecimento de acordos entre autoridades de concorrência em todo o mundo, ao quantificarem os casos em que as investigações foram bem sucedidas com base na cooperação recíproca entre Órgãos de defesa da concorrência de diferentes nações.

- Acordos de Segunda Geração

Os acordos de segunda geração objetivam a intensificação da cooperação por meio da eliminação de obstáculos remanescentes de outros acordos, como os relacionados ao intercâmbio de informações confidenciais, de que é exemplo o acordo firmado entre os EEUU e Austrália em 1999.¹³²

Ainda nessa categoria, destaca-se o Acordo de Cooperação e Coordenação entre autoridades de defesa da concorrência da Austrália e Nova Zelândia, por meio do qual pode a autoridade de um país conduzir diretamente as investigações no país vizinho, onde a decisão também será dotada de eficácia. A adoção desse tipo de cooperação iniciou-se em 1983, com a celebração entre os referidos países do *Closer Economic Relations Trade Agreement*,¹³³ acordo que estabeleceu um mandato para que as autoridades dessas duas nações harmonizassem suas leis de defesa da concorrência.

O sucesso desse tipo de acordo tem levado às autoridades antitruste desses dois países a firmarem acordos em matéria antitruste com outros países, como se verifica no instrumento de cooperação empresado com o Canadá.¹³⁴

Os EEUU têm se mostrado favorável à adoção de acordos bilaterais com seus principais parceiros comerciais, no que se refere ao intercâmbio de informações, o que certamente diminui o impacto decorrente da aplicação de leis divergentes. Com efeito, em 1994, o Congresso dos EEUU aprovou o *International Enforcement Assistance Act (IAEAA)*, lei que permite a troca de informações com outros países pela celebração de Tratados de Assistência Legal Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaty*), tendo sido firmados acordos com o Canadá, a União Europeia, Austrália, Israel, Brasil, México, Japão, entre outros.¹³⁵

No caso dos cartéis internacionais, a celebração desse tipo de acordo permite a obtenção de provas situadas em outras jurisdições, o que seria legalmente impossível sem a utilização desse instrumento.¹³⁶ O acordo celebrado entre os EEUU e o Canadá, por exemplo, possibilitou a investigação bem sucedida do cartel interna-

¹²⁹Como destaca MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004. p. 194, o acordo empresado em 23 de setembro de 1991 entre a Comissão Europeia e o Governo dos EEUU, objetivando a cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência, foi objeto de anulação pelo Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia no julgamento do caso C-327/91. Em 10 de abril de 1995, o Conselho Europeu, em conjunto com a Comissão Europeia, reverteu a decisão, quando o acordo foi considerado válido.

¹³⁰KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA., *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002. p. 169 e MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 188.

¹³¹Os relatórios anuais sobre Política de Concorrência, publicados a partir de 1996, encontram-se no seguinte endereço: Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/>. Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³²*US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>. Acesso em: 2 jan. 2006.

¹³³Informações sobre as relações entre as autoridades antitruste da Austrália e Nova Zelândia. Disponível em: <<http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/australia/country/australiapa-per.html#Business%20Law%20Coordination>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³⁴NOVA ZELÂNDIA. Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canadá), *The Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws*. Disponível em: <<http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/northamer/canada.html>>, Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³⁵NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171.

¹³⁶MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 187.

cional de fixação de preços de papel de fax formado pela Mitsubishi Corporation, Kanzaki Speciality Papers Inc. e Mitsubishi International Corporation.

§ 2º. Acordos regionais

Na tentativa de minimização de erros e assimetrias de informações decorrentes da celebração de acordos entre autoridades de defesa da concorrência para persecução de cartéis internacionais, tem-se efetuado a celebração de acordos de cooperação regional. Como resultado desse esforço de minimização de falhas, os acordos regionais de cooperação geralmente são celebrados entre países que possuem uma aproximação cultural, jurídica ou econômica, como se verifica entre nações situadas no mesmo bloco econômico, como é o caso da ALCA, da União Europeia.¹³⁷

A harmonização das legislações de defesa da concorrência entre países de um mesmo bloco regional é um passo importante não apenas para a integração da política de defesa da concorrência, mas para a integração comercial, que está intimamente ligada à consolidação dos blocos econômicos.¹³⁸

No que se refere às práticas anticompetitivas internacionais, a cooperação em blocos de integração econômica, não apenas pelos esforços resultantes da uniformização da legislação, mas pela possibilidade da tomada de decisões por um ente supranacional, diminui os riscos de que sejam exaradas decisões conflitantes acerca de uma mesma conduta.

-União Europeia

O sucesso do modelo de integração regional europeu é devido, em grande parte, à existência de um organismo comunitário responsável pelas questões concorrenciais, cuja competência se sobrepõe às dos demais membros da União, bem como à cooperação entre os Órgãos nacionais de defesa da concorrência de cada país europeu. Ressalte-se que a competência do ente supranacional se restringe a analisar condutas anticompetitivas que afetem o comércio entre os países da União Europeia, que impeçam ou falseiem a concorrência no mercado comum ou constituam abuso de posição dominante exercido em

todo o mercado europeu ou em parte substancial dele,¹³⁹ ficando a cargo de cada país proteger a concorrência em seus domínios.

A doutrina destaca os esforços da Comissão Europeia em ampliar o âmbito de atuação em matéria antitruste fora do território europeu. Diversos acordos de cooperação bilateral têm sido celebrados entre a União Europeia e outros países não localizados naquele continente.¹⁴⁰ Tentativas de ampliação dos efeitos dos ajustes bilaterais são evidenciadas em acordos celebrados entre a União Europeia e outros blocos econômicos. O aumento do número de países que possuem legislação de defesa da concorrência, entre outros motivos, tem feito com que a União Europeia tenha se posicionado a favor da celebração de acordos regionais e da adoção de um acordo multilateral que contemple a atuação das autoridades de defesa da concorrência na defesa aos cartéis internacionais.¹⁴¹

9 Transnacionalização na regulação de litígios que envolvem a análise de cartéis clássicos

Há um movimento em direção à desregulamentação, à privatização, à restrição da intervenção pública nos processos econômicos que indica a substituição do Estado de bem-estar social por um Estado competidor, que mostra que devem ser ponderados sob esses contextos os seus elementos essenciais, como a soberania nacional e o

¹³⁷O Mercosul não é objeto de análise neste artigo.

¹³⁸OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

¹³⁹SAYEG, Fernanda. Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003. p. 210.

¹⁴⁰Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral>>. Acesso em: 19 jan 2006. No mesmo sentido, ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001. p. 41.

¹⁴¹Nesse sentido, veja-se interessante artigo de Maria Cecília Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001.

poder de dizer o direito – *jurisdictio* – em seu território ou a seus indivíduos.¹⁴²

As tentativas de alcançar cartéis fora do território são, via de regra, viabilizadas por estratégias permitidas em acordos de cooperação. Outra possibilidade é a aplicação extraterritorial da legislação, também denominada transnacionalização de litígios, que suscita dúvidas e críticas, diante das discussões, que relacionadas à violação da soberania de outro país.

Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território ou que sobre ele produzam efeitos, consequência de seu poder de legislar e aplicar o direito emanado de seu arcabouço jurídico a eventos que ocorrem nos limites de seu território, posição que se coaduna com o conceito de soberania clássico, cabendo ao Estado, por meio de seus poderes legalmente constituídos, a função de dizer o direito, do qual decorrem os conceitos de jurisdição e competência.¹⁴³

O fato de as normas internas de um Estado soberano só terem caráter impositivo às pessoas físicas e jurídicas de seu território faz com que os Estados, no plano do Direito Internacional Público, promovam entre si “arranjos horizontais¹⁴⁴” indispensáveis à sua convivência pacífica, verdadeiros pactos de soberanias.¹⁴⁵

Uma das consequências da igualdade entre os Estados no âmbito do Direito Internacional Público é a possibilidade de se admitir efeitos extraterritoriais às normas nacionais, alcançando pessoas, recursos ou eventos fora de seus territórios em razão de um vínculo fático do evento com o território, como a nacionalidade dos agentes, o objeto do negócio ou da relação jurídica, ou valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais.¹⁴⁶

Da análise do artigo 2º da Carta das Nações Unidas de 1945,¹⁴⁷ verifica-se não só a delimitação da competência interna dos Estados, mas de critérios que admitem a competência desses para analisar fatos ocorridos em território estrangeiro e, também, o cumprimento de suas decisões, além de suas fronteiras.

Em que pese o descrito no referido dispositivo, até a atualidade, não há uma zona de conforto na aplicação pelo Poder Judiciário de efeitos de decisões nacionais, ainda que tomadas em cartéis transfronteiriços, quando se tratam de demandantes que não estejam domiciliados em seu território.

¹⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 54, ao tratar das fragilidades do universalismo jurídico, indica que devem ser inseridas nos critérios que universalizam direitos, inclusive nos mais atinentes às questões de mercado, margens de aplicação que considerem questões nacionais, para reconhecimento e legitimação nas ordens internas de direitos e decisões reconhecidos em Cortes estrangeiras. A margem nacional de aplicação indica a possibilidade, também na ordem interna, de efetivação de direitos predominantemente econômicos, como o de estabelecer-se a partir de um determinado território e desenvolver atividades econômicas, ainda que a atuação transnacional, como indica a Professora Delmas-Marty, possa permitir uma leitura que signifique para muitos a fragilização das estruturas do Estado (p. 97). Os atributos do Estado continuam tendo sua utilidade, mas ensejam a revisão do que seja necessário e útil no Direito.

¹⁴³ Confirma no artigo de ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A aplicação “Extraterritorial” do direito da concorrência brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001, a abordagem das competências normativa e judiciária dos Estados.

¹⁴⁴ Conceito utilizado por José Carlos de Magalhães no texto “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo, RT, 1985, p. 666.

¹⁴⁵ PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 193.

¹⁴⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 661.

¹⁴⁷ Art. 2º - A organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: (...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Ainda que se considere a presença de uma estrutura linear e hierarquizada do sistema jurídico como uma forma que domina o pensamento jurídico interno,¹⁴⁸ passível de reforçar os movimentos tendentes à fragmentação¹⁴⁹ de uma ordem jurídica internacional, essa questão mostra que a imprecisão na compreensão dos pressupostos indica a necessidade de que seja estabelecida uma lógica moral que se coadune com a perspectiva de atuação do Estado em todas as instâncias.

A tarefa não é simples, haja vista que, caso se trate como palavras de valor, podem-se gerar problemas lógicos que nem sempre são de fácil universalização,¹⁵⁰ daí porque é importante a necessidade de que seja prevista a aplicação de um mesmo juízo, de mesmos critérios, a atores que estejam em situações semelhantes.

¹⁴⁸ OST, François; KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau?: vers un nouveau mode de production du droit?. *R.I.E.J.*, n. 44, p. 01-91, 2000. p. 1, ao estudar a natureza e o entendimento em torno de transformações essenciais que afetam os sistemas e em que medida comandam a elaboração de novos modelos teóricos, ressalta a predominância de uma estrutura linear, hierarquizada, kelseniana dos sistemas jurídicos internos, que se contrapõe a uma nova ordem jurídica internacional, mais ampla, com elementos de coordenação que reforça a incompletude do sistema jurídico e a necessidade de que seja interpretada com base na norma fundamental, que também não está livre de interpretações do legislador e de outros atos políticos (p. 14). Nesse sentido, toda norma fundamental traz limites ao próprio poder de revisão, no intuito de estabelecer barreiras que violem elementos fundantes, mas que não obstaculizam que as Cortes Judiciais contribuam ativamente no que denomina de “definição e formulação” da lei. Além dos julgados de validação e invalidação da lei, há decisões que propõem uma interpretação construtiva, sugerindo ao legislativo uma leitura mais satisfatória do texto normativo.

¹⁴⁹ Clark, Ian. *Globalization and Fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press, Great, 1997. p. 8 Globalização denota um movimento de intensidade e sentido das interações internacionais. No primeiro sentido, globalização abrange certo sentido de integração, interdependência, multilateralismo, abertura e interpenetração. No segundo, indica a abrangência geográfica de tendências e relaciona-se com abrangência espacial, universalização e homogeneidade. Fragmentação, por sua vez, em que pese ir para outra direção, também pode ter, segundo o autor, duas abrangências. Na primeira, sugere desintegração, autarquia, unilateralismo, fechamento e isolamento. No outro, envolve nacionalismo e regionalismo, dispersão espacial, separatismo e heterogeneidade.

¹⁵⁰ Hare, Richard Mervyn. *A linguagem moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. Local: Martins Fontes, 1996. p. 45. Veja-se a esse propósito, estabelece FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 148.

Segundo Buxbaum,¹⁵¹ a transnacionalização das questões afetas ao Direito Concorrencial ocorre quando as Cortes de um país, em particular, abrangem um determinado país, mas envolvem a aplicação de normas de direito internacional.

9.1 Do papel dos tribunais

A definição dos papéis dos Tribunais no atual estágio de integração é um tema que também tem progressivamente chamado a atenção dos estudiosos de Direito da concorrência. A questão envolve a aplicação de normas de direito internacional, em que pese o litígio ocorrer e ser levado ao conhecimento de um país em especial. Essa questão tem sido remetida ao Judiciário norte-americano, em alguns casos de comportamentos ocorridos em cartéis “*hard-core*”, que tiveram atuação simultânea no território americano e em outros países.

Os questionamentos levados ao conhecimento do Judiciário americano têm como demandantes estrangeiros que solicitam a aplicação, pelas cortes norte-americanas, da legislação antitruste por danos que lhes foram causados por atividades de fixação de preços. Cada cartel questionado, em que pese ter sido também perpetrado no território norte-americano, alcançou os demandantes, gerando-lhes danos fora desse território.

Não se limita a questão discutir a aplicabilidade de normas públicas, mas os efeitos do comportamento de agentes econômicos a outros indivíduos ou empresas não domiciliados nos Estados Unidos.

Há muitos questionamentos em torno da validade desses julgamentos fora das fronteiras do país, eis que costumam colocar em xeque princípios típicos de jurisdição, seja no que se refere à aplicação extraterritorial das normas de um determinado Estado soberano, seja com relação à primazia do direito convencional, há que se perquirir acerca dos critérios de fixação da competência internacional quanto à aplicação da legislação de defesa da concorrência, haja vista que abrangem não a aplicação de direito internacional, mas de direito regulatório, cuja aplicabilidade é nacional.

¹⁵¹ BUXBAUM, Hannah. Transnational Regulatory Litigation. *Virginia Journal of International Law*, v. 46, n. 2, p. 252-316. Disponível em www.ssrn.com., acesso em 21.julho.2011.

Os questionamentos relacionados à prestação jurisdicional também podem representar uma expressão de dominação por parte do Estado que fornece a prestação jurisdicional.

Em uma série de cartéis transfronteiriços julgados pelas autoridades americanas, demandantes não domiciliados nos Estados Unidos questionaram à Suprema Corte americana a possibilidade de indenização de acordo com os padrões estabelecidos na legislação norte-americana a cartéis transfronteiriços. Além de suscitarem que os cartéis transnacionais clássicos têm efeitos fora do território norte-americano, também foi aduzido como argumento o fato de que os casos analisados tinham alcançado o país de origem dos demandantes e que, portanto, não teriam efeitos divergentes da análise atribuída aos cartéis clássicos em seus países de origem.

Argumento interessante alegado pelos demandantes, segundo BuxBaum, é que a aplicação da legislação americana suscitada reforçaria a ideia de aplicabilidade de um direito de regulação da concorrência global. Particularmente, há que se verificar, com reservas, a possibilidade de judicialização¹⁵² das políticas regulatórias, eis que pode trazer questões de legitimidade da aplicação do mérito das políticas públicas.

Em que pese a discussão de mérito ter ficado circunscrita em torno de argumentos relacionados à soberania, culminou a Justiça norte-americana por tangenciar abordar questões que permeiam o mérito da aplicabilidade do direito antitruste norte-americano ao caso concreto, sob o argumento de que o não conhecimento da questão poderia representar ausência de prestação jurisdicional e macular, em outras situações, os direitos dos norte-americanos ou daqueles que com eles fazem negócio.

Remete a questão aos critérios costumeiramente definidos pelo Direito Internacional Público, eis que embasado o entendimento nos princípios da territorialidade do comportamento e dos efeitos, da nacionalidade, da segurança pública, da universalidade e da personalidade passiva, solidificados pelos usos e costumes internacio-

nais¹⁵³ e internalizados de forma expressa em diversas legislações antitruste.

BuxBaum destaca que os recursos levariam o incremento de persecução de cartéis ao redor do mundo, diminuindo os eventuais vazios de regulação existentes. Não tece, porém, comentários sobre os efeitos decorrentes dessa interpretação na condenação de cartéis nos países a que os demandantes pertençam, nem tampouco as dúvidas que possam estar relacionadas à invasão dos limites de outro Estado soberano, em que pese o caráter transnacional do comportamento.

Verifica-se que apesar de o caso ter sido tratado como litigância regulatória transnacional que não se diferencia das questões globais que implicam na litigância regulatória extraterritorial ou na aplicação extraterritorial, costumeiramente contemplada em questões internacionais, apesar da opinião exteriorizada por comentaristas no sentido de que se trata de demandas que objetivam a aplicação transnacional de uma lei comum e de buscarem a regulamentação de um problema que ultrapassa os limites formais de jurisdição.

Em que pese a transnacionalização judicial ter sido aplicada em diversos julgados analisados pelo Judiciário americano, verifica-se que não ousou o tribunal em definir questões relacionadas ao mérito da aplicação do direito regulatório para fora de seus fronteiras.

9.2 Direito antitruste transnacional

Como assevera Neves,¹⁵⁴ há um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, estatais internacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional, especialmente em relação aos direitos fundamentais e à limitação de poder, os quais, muitas vezes, são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas, sem

¹⁵³MAGALHÃES, José Carlos de. "Aplicação Extraterritorial de leis nacionais". In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662-663; PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 195 e ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação "Extra-Territorial" do Direito da Concorrência Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, 2001, p. 67-87, p. 67.

¹⁵⁴NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p.116, denomina o entrelaçamento de transconstitucionalismo.

¹⁵²LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 195. Esclarece a interpretação como a descoberta da vontade da lei, o que acaba não se materializando com o alargamento das manifestações do Judiciário.

uma imposição unilateral, mas sim com base em um diálogo constitucional.

É importante que se proceda a uma diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas por sua transterritorialidade e por não haver hierarquia entre as ordens jurídicas, o que indicaria como alternativa de efetivação da transnacionalização do direito antitruste um diálogo entre cortes diante dos problemas a serem enfrentados por diversas ordens jurídicas e que podem apresentar soluções diferenciadas.

Representariam os juízes e tribunais, segundo o autor, pontes de transição para que a transversalidade fosse efetiva. O transconstitucionalismo faz emergir uma fertilização constitucional cruzada, busca resolver problemas constitucionais que surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.

Na transnacionalização de questões afetas a defesa da concorrência, haveria vínculos estabelecidos no plano reflexivo ou, como estabelece Teubner, o acoplamento de ordens jurídicas globais e plurais por meio de Constituições civis, mas que Neves considera que sejam possíveis de fragmentações que se verificam no contexto da sociedade mundial hodierna.

Ademais, a judicialização da persecução dos cartéis, mediante a admissão ampla de sua transnacionalização judicial, pode redundar na paralisação do desenvolvimento de redes de cooperação em torno de questões concorrentes e que, em muito, têm contribuído para o crescimento da cultura da concorrência em países em desenvolvimento, o que, no limite, mitiga a possibilidade de instalação de cartéis nesses Estados e a irradiação de seus efeitos no mundo.

Sem dúvida, um dos elementos positivos da possibilidade da transnacionalização judicial de leis regulatórias seria a mitigação de efeitos assimétricos de cartéis transfronteiriços nos mais variados locais em que estivesse surtindo efeito, o que permitiria o incremento da eficiência por intermédio do questionamento do comportamento em um único tribunal. Um critério para a atratividade das ações seria, por exemplo, o volume de ações a ser analisado nas nações mais afetadas pelo comportamento.

Tal questão questionaria a possibilidade de aplicação da legislação norte americana como hegemônica, o que geraria um efeito indesejável na análise transfronteiriça do comportamento.

Outro ponto também destacado e que demonstra a necessidade de aprimoramento da transnacionalização judicial da análise concorrencial seria as divergências, em muito mitigadas, mas ainda existentes na aplicação da legislação internacional, ou seja, o fato de algumas nações continuarem percebendo cartéis clássicos como condutas administrativas e outras como crimes.

10 Pela criação de um direito global

Existe um consenso de que a globalização indica a necessidade de que sejam privilegiadas normas que tenham aplicabilidade a situações que se modificam de acordo com a dinâmica complexa das sociedades modernas e das relações jurídicas que nelas se verificam.

A globalização tem reduzido significativamente o tamanho do Estado, que está cada vez mais subordinado às exigências da economia global, caracterizada por um policentrismo decisório¹⁵⁵ com arranjos societários altamente flexíveis que, em nome do incremento da competitividade – critério considerado central nas relações de mercado – levam necessariamente à reflexão do papel do Estado- sociedade e dos direitos positivados nas ordens jurídicas internas. Há um movimento em direção à desregulamentação, à privatização, à restrição da intervenção pública nos processos econômicos que indica a substituição do Estado de bem-estar social por um Estado competidor, que mostra devem ser ponderados, sob esse contexto, os seus elementos essenciais, como a soberania nacional e o poder de dizer o direito – *jurisdictio* – em seu território ou a seus indivíduos.¹⁵⁶

¹⁵⁵FARIA, José Eduardo. *Qual o futuro dos Direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad. 2002. p. 69.

¹⁵⁶DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 54 e seguintes, ao tratar das fragilidades do universalismo jurídico, indica que devem ser inseridas nos critérios que universalizam direitos, inclusive nos mais atinentes às questões de mercado, margens de aplicação que considerem questões nacionais, para reconhecimento e legitimação nas ordens internas de direitos e decisões reconhecidos em Cortes estrangeiras. A margem nacional de aplicação indica a possibilidade, também na ordem interna, de efetivação de direitos predominantemente econômicos, como o de estabelecer-se a partir de um determinado território e desenvolver atividades econômicas, ainda que a atuação transnacional, como indica a Professora Delmas-Marty, possa permitir uma leitura que signifique para muitos a fragilização das estruturas do Estado (p. 97). Os atributos do Estado continuam tendo sua utilidade, mas ensejam a revisão do que seja necessário e útil ao Direito.

É importante pensar o direito de uma forma em que seja possível a construção de sociedades de rede, considerando-se a existência de uma relação entre linguagem e direito, cuja existência e forma são dadas pela prática comunicativa de uma dada sociedade.¹⁵⁷

Haveria a possibilidade de criação de um Direito Global?

Le Goff¹⁵⁸ questiona a pertinência, com a crescente globalização e seu impacto às relações de comércio global, em se discutir a importância de um direito global, convergindo com valores e práticas igualmente globais e seus benefícios para os partícipes das relações econômicas globais e a comunidade econômica de uma forma geral. Indica ser entendimento dos maiores especialistas em comércio global a necessidade de harmonização e unificação de regras que venham a regular o comércio global.

A divergência de normas nacionais, na opinião de H. Van Houtte e P. Wautelet, cria obstáculos que impedem a concretização de diversos negócios, o que faz com que movimentos de globalização do Direito (“de um conjunto de regras substantivas”) sejam sempre bem-vindos.

Considera LeGoff que o Direito Global não significa acreditar em uma forma romântica de globalização, como alguns desejam. Não à toa, o autor considera prudente considerá-lo como um fenômeno legal e não como um sistema legal. No que tange a área do comércio internacional, indica o autor que H. Van Houtte e P. Wautelet relembram que vários sítios eletrônicos são dedicados a coletar decisões, considerando a Convenção das Nações Unidas da Venda Internacional de Bens de 1980, com os conceitos e recursos arbitrais contidos nos Princípios de Comércio Internacional dos Contratos da UNIDROIT. Em sentido contrário ao argumento, indica que os autores citados no parágrafo anterior criticam que a globalização necessita de uma ajuda para garantir a uniformidade de regras de uma forma pré-estabelecida.

A criação de um Direito Global é feita para e por atores globais. O advento do que se considera como fenômeno legal é o resultado de ações levadas a efeito, de esforços despendidos por diversas entidades e do im-

pacto em indivíduos, direta e indiretamente, no cenário internacional. As instituições internacionais também possuem papel de destaque na denominada criação do Direito Global, em especial aqueles afetos às sociedades organizacionais.

O impacto das Nações Unidas, da União Europeia, da Câmara Internacional de Comércio, dos Centros de Arbitragem Internacional e das associações profissionais internacionais, nas situações jurídicas que possam ter impacto concorrencial, é significativo. Ao analisar o sistema das Nações Unidas de forma ampla, LeGoff¹⁵⁹ indica ser possível concluir rapidamente que, por intermédio dessas atividades instituições como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a OMPI, OMS ou a Organização de Desenvolvimento Industrial contribuem para a emergência de normas, regras ou práticas de relevância direta para o desenvolvimento do direito global.

O transconstitucionalismo pressupõe que as diversas ordens jurídicas pertençam ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o qual pretende se reproduzir primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito. Propõe-se um aprendizado normativo recíproco, especialmente em termos reflexivos e abrangentes do transconstitucionalismo.

Danos ambientais, violações de direitos humanos, efeitos do comércio e finanças internacionais, criminalidade transnacional – como os cartéis – são alguns exemplos de problemas que exigem esse diálogo constitucional. O problema é que a resposta a tais problemas deve ser dada conforme o código binário lícito x ilícito, mas com base em critérios normativos originariamente diversos. As chamadas pontes de transição, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não construídas de maneira permanente e estáticas.¹⁶⁰

11 Conclusões

As visões apresentadas contribuem para o entendimento dos cartéis como distorções do comportamento

¹⁵⁷SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The free press, 1995. p. 27.

¹⁵⁸LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.

¹⁵⁹LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.

¹⁶⁰NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p.128.

esperado de empresas transfronteiriças, cujas raízes podem ser verificadas em conceitos inerentes à própria razão de ser do Estado, como forma de organização social e como expressão de poder.

É inútil querer entender a dinâmica dos cartéis a partir de cenários estritamente públicos, sem analisar os movimentos progressivos de globalização. Na verdade, os cartéis expressam-se, tal como o Estado, por meio de arranjos sofisticados e sistêmicos, que desafiam a capacidade de repreensão dos Estados e suscitam o desenvolvimento de mecanismos de persecução e recomposição de danos, como as demandas judiciais transnacionais, haja vista que a lógica de atuação desses agentes, muitas vezes, como demonstrado, é formada independentemente do arcabouço jurídico dos estados, relacionando-se de forma mais intensa com os movimentos econômicos plurais que buscam coexistir e desafiar os critérios de validação e interligação hierárquicas das normas tradicionais.

Na persecução dos cartéis, a transnacionalização das decisões é uma alternativa, não única, mas possível, e mostra que há muito a se construir em torno de mecanismos de solução de litígios em que os estados devem deixar de lado a disputa pelo monopólio da decisão aplicável ao cartel em persecução para que os conflitos deixem de ter e de crescer com base em uma conotação destrutiva.

É importante que haja a sensibilidade interna das cortes judiciais e de autoridades de defesa da concorrência para que suas decisões não sejam direcionadas, tão somente, à solução de problemas internos e que representem um reforço do comportamento cartelizado fora de suas fronteiras.

Mecanismos de cooperação entre autoridades e extensão de efeitos de decisões provenientes de outras jurisdições não devem representar imposições, mas alternativas construídas em prol do bem comum, focadas na construção de uma sociedade global que supere, inclusive entre os estados, o olhar de amigo x inimigo, tradicionalmente relacionado a formas tradicionais de dizer o direito.

Referências

- AGUIAR, Roberto. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1995.
- ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo., v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001
- ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001.
- ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS. Organización de Los Estados Americanos. Unidad de Comercio. Grupo de Negociación sobre Política de Competencia. *Informe sobre desarrollos y aplicación de las y leyes de competencia..* Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev_2_s.doc>. Acesso em: 14 jan. 2006.
- ARENDDT, Hannah, *The human condition*, Chicago: Chicago University Press, 1958.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- BALZAROTTI, Nora. Política de competencia internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. *Boletín latino americano de concorrência*, n. 10, jun./200[?]. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_10_1_es.pdf>. Acesso em: 13 jan 2006.
- BUXBAUM, Hannah. Transnational regulatory litigation. *Virginia journal of international law*, v. 46, n.2, p. 252-316, Disponível em [www.ssrn.com.](http://www.ssrn.com), acesso em 21.julho.2011.
- CASSELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo(coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press; Great Calrendon Street, 1997.
- CLARK, Ian. *Globalization and international: relations theory*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Relatórios anuais sobre política de concorrência*. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/>. Acesso em: 22 fev. 2006
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. Disponível em:<<http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral/>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of modern international cartels*. Indiana: Purdue University, 2004. Disponível em: <www.ssrn.com>. acesso em: 21 abr. 2004.

CORRÊA, Rossini. *Crítica da razão legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTIÇA. Recueil des arrêts, affaire du "Lótus". *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série A, n. 10, le septembre, 1927. disponível em: <www.icj-cji.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A-1-/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Internacional/Acordo_Brasil_Estados_Unidos.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2006.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions Du Seuil, 2006. v. 2.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: la refondation des pouvoirs*. Paris: Éditions Du Seuil, 2007. v. 3.

DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. *US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>. Acesso em: 2 jan. 2006.

DUPUY, René Jean. *Le droit international*. Paris: Press Universitaires de France, 1976.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1975.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. p. 3. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7.

FARIA, José Eduardo. *Qual o futuro dos direitos?: estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad. 2002.

FORGIONI, Paula. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOWLER, Michael; BUNCK, Julie Marie. *Law, power and the sovereign state: the evolution and application of the concept of sovereignty*. Pennsylvania: Univesity Press, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GAUCHET, Marcel. A dívida do sentido e as raízes do Estado: política da religião primitiva. In: CLASTRES, Pierre et al. *Guerra, religião e poder*. Lisboa: Ed. 70, 1977.

GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAUS, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRIFFIN, James. *An inside look at a cartel work: common characteristics of international cartels: speech presented at omni Shoreham Hotel*. Washington, D.C., 6 april 2000. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm>. Acesso em: 10 out. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARE, Richard. *A linguagem da moral*. São Paulo: M. Fontes, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: M. Claret, 2003.

INTERNATIONAL COMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. THE RESPONSABILITY TO PROTECT - ICCS. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisprudência normativa e sociológica*. Brasília: UnB, s/d.

- KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002.
- KRASNER, Stephen. *Sovereign: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. Indiana University School of Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MALARD, Neide Terezinha. O cartel. *Revista de direito econômico*, n. 21, Brasília, p. 38-43, out./dez. 1995.
- MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p.175-198, 2003.
- MARTINEZ, Maria Beatriz, A Cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, . 179-205, 2004.
- MATHEWS, Jéssica. "Power Shift". *Foreign Affairs*, v. 76, n. 1, jan./fev., 1997. Disponível em: <www.nwc.navy.mil/nsdm/latinamerican>. Acesso em: 16 fev. 2005.
- MORGENTHAU, H. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Brasília: UnB, 2003.
- NOVA ZELÂNDIA. Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canadá). *The Australian Completion and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws*. Disponível em: <http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/northamer/canada.html>. Acesso em: 19 jan. 2006.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Model law on competition: UNCTAD series on issues in competition law and policy*. Geneva: s/ed., 2003.
- ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA. *Hard core cartels, recent progress and challenges ahead*. Washington, 2003. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 22 jul. 2005
- OST, François; KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau?: vers un nouveau mode de production du droit?. *R.I.E.J.*, n. 44, p. 1-91, 2000.
- PAIM, Maria Augusta Fonseca Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 193.
- ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SAYEG, Fernanda Manzano. *Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003.
- SUSTEIN, Cass R. Incommensurability and kinds of valuation: some applications in law. In: CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard University, 1997.
- TEUBENER, G. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Tradução, Professor Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito, 1964.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- WHITNEY, William Dwight. Sources of conflict between international law and the antitrust law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 63, p. 655-666, s/d.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Internacionalização do
direito além do Estado: a
nova *lex mercatoria* e sua
aplicação**

***Intenationalization of
law beyond the State: the
new *lex mercatoria* and its
application***

Marlon Tomazette

Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação*

Internationalization of law beyond the State: the new lex mercatoria and its application

Marlon Tomazette¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo a análise do ressurgimento da *lex mercatoria*, no atual cenário mundial, como sistema jurídico autônomo aplicável aos contratos internacionais do comércio. Os problemas a serem resolvidos envolvem a discussão sobre os contornos da atual *lex mercatoria*, bem como seu caráter jurídico e sua aplicabilidade. Por meio da análise efetuada, pretende-se mostrar que a globalização econômica impôs mudanças no Estado e, conseqüentemente no direito, exigindo a internacionalização do direito. No campo dos negócios internacionais, tal internacionalização é fundamental e é mais facilmente operada, na medida em que o direito estatal não consegue atender aos anseios do mercado. Nesta perspectiva, ressurge a *lex mercatoria* como sistema jurídico privado autônomo, transnacional criado para e pelos operadores da globalização econômica, cuja aplicabilidade é demonstrada tanto pela análise doutrinária quanto pela análise de decisões especialmente nos tribunais arbitrais.

Palavras-chave: *Lex Mercatoria*. Globalização. Internacionalização do direito. Pluralismo jurídico. Arbitragem.

Abstract

The present study aims to analyze the reemergence of the *lex mercatoria* in the current scene, as an autonomous legal system applicable to international trade contracts. The problems to be solved involve the discussion about the conception of the current *lex mercatoria* and its legal character and application. Through the analysis performed, we shall show that economic globalization has imposed changes in the state and therefore in the law, requiring the internationalization of law. In the field of international business, such internationalization is vital and more easily operated, to the extent that state law fails to answer the needs of the market. From this perspective, the *lex mercatoria* emerges as private autonomous legal system, created for and by transnational operators of economic globalization, whose applicability is demonstrated by both doctrinal analysis and decision analysis by arbitral courts in particular.

Key words: *Lex mercatoria*. Globalization. Internationalization of law. Legal pluralism. Arbitration.

* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Advogado, Procurador do DF, Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e do IDP; Mestre e Doutorando em Direito. Email: marlon@opendf.com.br

A *lex mercatoria* e o Estado nacional moderno são conceitos que se condicionam reciprocamente. A primeira surgiu justamente quando não havia uma organização formal de um estado na idade média e entrou em declínio com a ascensão e o protagonismo dos Estados nacionais modernos, que tomaram para si o protagonismo da produção normativa. Ocorre que esse protagonismo vem sendo posto em xeque em razão da complexidade das relações jurídicas da atualidade, cujos contornos são definidos pelo fenômeno da globalização. Nessa perspectiva, surge a questão da possibilidade do ressurgimento da *lex mercatoria* como sistema jurídico autônomo, transnacional e não estatal responsável pela disciplina dos contratos internacionais do comércio.

Esse Estado nacional moderno se depara atualmente com o surgimento de mudanças radicais na sociedade causadas pelo fenômeno da globalização, em especial a globalização econômica. Esse fenômeno que impacta a sociedade impacta também a própria ideia do Estado nacional que, por conseguinte, deve sofrer mudanças para se adequar a essa nova realidade. Dentre essas mudanças, surgem algumas que também vão afetar diretamente a concepção tradicional do Direito, sendo possível apontar diversas tendências, dentre as quais merece especial destaque a mudança do conteúdo das normas e da produção normativa.

Com a globalização econômica, o Estado já não tem mais a capacidade de lidar sozinho com toda a produção normativa. Muitas relações jurídicas já não são travadas dentro de limites territoriais que sempre pautaram a produção normativa do Estado. Há a necessidade de uma internacionalização do direito que poderá se operar de diversas formas. Diante dessa situação, impõe-se o surgimento de novos atores que assumirão o papel de protagonistas inclusive na produção normativa. É neste ponto que surge a questão da possibilidade do ressurgimento da *lex mercatoria* enquanto regime jurídico privado a serviço do mercado.

Essa reemergência da *lex mercatoria* traz consigo diversos questionamentos sobre os próprios contornos desse regime. Além disso, discute-se também se ela teria ou não o caráter de um sistema normativo autônomo, desvinculado dos ordenamentos jurídicos nacionais. A discussão desses problemas é fundamental para analisar, ao final, quais são as possibilidades de aplicação desse novo regime, tanto na arbitragem como em tribunais nacionais.

Para solucionar esses questionamentos, é fundamental analisar o surgimento e os contornos da antiga *lex mercatoria* medieval, bem como as razões do seu declínio. Nesse sentido, é necessário analisar as condições da sociedade medieval que permitiram o seu surgimento. Outrossim, após definir esses contornos iniciais, devem ser apresentadas as modificações sociais que geram seu declínio com o surgimento do Estado nacional moderno, que concentrou toda a produção normativa, afastando a possibilidade de regimes privados.

1 A antiga *lex mercatoria*

A queda do Império Romano e, conseqüentemente, a ausência de um poder estatal centralizado fizeram surgir pequenas cidades, as quais se mantiveram fechadas durante toda a Idade Média.² No fim da idade média, por volta dos séculos XI e XII, com a reabertura das vias comerciais do norte e do sul da Europa, desenvolve-se uma mudança radical na configuração da sociedade, há uma grande imigração do campo, formando-se cidades como centros de consumo, de troca e de produção industrial. Essa mudança foi provocada pela crise do sistema feudal, resultado da subutilização dos recursos do solo, da baixa produtividade do trabalho servil, aliadas ao aumento da pressão exercida pelos senhores feudais sobre a população.

Em função da citada crise, houve uma grande migração que envolveu, dentre outros, os mercadores ambulantes, que viajavam em grupos e conseguiram um capital inicial, que permitiram a estabilização de uma segunda geração de mercadores nas cidades, desenvolvendo um novo modo de produção.³ As condições para o exercício da atividade dos mercadores não eram tão boas, por isso, eles foram levados a um forte movimento de união⁴ que facilitou a expansão da atividade comercial. A desorganização do estado medieval fez com que os comerciantes se unissem para exercitarem mais eficazmente a autodefesa e, conseqüentemente, fizessem um direito que atendesse a

² GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 31; LEO, Walter N. de. *Derecho de los negocios en el comercio*. Buenos Aires: Universidad, 1999. p. 35.

³ GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 32.

⁴ LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil*: elemento de unificação do direito privado. São Paulo: RT, 2003. p. 42.

seus interesses. “Os (grandes) comerciantes, organizados em corporações, passam a constituir a classe econômica e politicamente dominante”.⁵ Nessa perspectiva, eles foram capazes de forjar as normas jurídicas que atendiam às suas necessidades especiais, isto é, normas que se adequassem às exigências do direito empresarial.

O desenvolvimento da atividade comercial trouxe à tona a insuficiência do direito civil para disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam.⁶ A disciplina estatal era baseada na prevalência da propriedade imobiliária, estática e cheia de obstáculos para sua circulação,⁷ ao passo que a atividade comercial reclama do direito maior simplicidade de formas e mais eficaz tutela do crédito.⁸ Apesar da unidade da vida econômica moderna, ainda há uma nítida contraposição entre a atividade de conservação e gozo de bens e a atividade de produção e troca de bens.⁹ “Ontologicamente o bem é sempre o mesmo. Mas a sua destinação de fato a um processo produtivo muda nitidamente a função, o valor, o relevo, a importância social”.¹⁰

Em função disso, impôs-se o surgimento de uma nova disciplina especial, de um novo direito destinado a regular esses novos fatos que se apresentam. Só nesse período, começa a se desenvolver um direito comercial, essencialmente baseado em costumes, com a formação das corporações de mercadores (Gênova, Florença, Veneza...), surgidas em virtude das condições avessas ao desenvolvimento do comércio. Esse ramo do direito repousa basicamente em três pilares: a rapidez; a segurança; e o crédito.¹¹ Vale dizer, ele exige um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa-fé e

a simplificação da movimentação de valores,¹² tendo em vista a realização de negócios em massa.

Nesse primeiro momento, o direito comercial podia ser entendido como o direito dos comerciantes, vale dizer, o direito comercial disciplinava as relações entre os comerciantes. Eram, inicialmente, normas costumeiras, aplicadas por um juiz eleito pelas corporações, o cônsul, e só valiam dentro da própria corporação, daí falar-se em um direito corporativo.¹³ Posteriormente, no seio de tais corporações, surgem também normas escritas para a disciplina das relações entre comerciantes. Essas normas escritas, juntamente com os costumes, formaram os chamados estatutos das corporações, fonte primordial do direito comercial em sua origem.¹⁴ A especialidade dessas normas e da jurisdição é que permitia o desenvolvimento do direito mercantil e sua diferenciação do direito comum.¹⁵ Essa primeira fase do direito comercial é entendida como a antiga *lex mercatoria*, que pode ser definida como “um conjunto de regras e princípios que dizem respeito aos mercados e às transações mercantis, distintos do direito comum da terra”.¹⁶

A primeira característica dessa antiga *lex mercatoria* era sua natureza costumeira, vale dizer, tratava-se de um direito eminentemente prático, adaptado para as exigências do comércio.¹⁷ Registre-se que os costumes comerciais continuaram se desenvolvendo mesmo no contexto do Estado (pós-feudal), contudo já não possuíam mais um papel tão determinante, tendo em vista o protagonismo estatal.

⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v.1. p. 1.

⁶ BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 53-54.

⁷ AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 8.

⁸ ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 80.

⁹ FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 71-72; FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976. p. 13.

¹⁰ FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 72, tradução livre de “Ontologicamente il bene è pur sempre lo stesso. Ma la sua destinazione in atto ad um processo produttivo ne muta nettamente la funzione, il valore, il rilievo, l'importanza sociale.”

¹¹ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001. p. 27.

¹² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 37; VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950. v. 1. p. 4.

¹³ TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther. *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 10.

¹⁴ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Book-seller, 2000. v. 1. p. 69.

¹⁵ ASCARELLI, Túlio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 21.

¹⁶ MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 10, tradução livre de “a body of rules and principles relating to merchants and mercantile transactions, distinct from the ordinary law of the land”.

¹⁷ MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 12.

Além disso, para atentar a celeridade exigida em negócios de massa, sua jurisdição tinha uma natureza sumária, mas ágil do que a jurisdição comum,¹⁸ especialmente, porque eram tribunais especiais das próprias corporações de mercadores. Em suma, tratava-se de “um direito criado pelos mercadores para regular as suas atividades profissionais e por eles aplicado”.¹⁹ Com o aumento do poder econômico da burguesia comercial e, conseqüentemente, com a difusão de relações com não comerciantes, a jurisdição corporativa estendeu e passou a valer também para demandas entre comerciantes e não comerciantes.²⁰ Nesse momento, a corporação mercantil estende seus poderes para fora de sua esfera corporativa, desenvolvendo o papel do governo da sociedade urbana.²¹

Outra característica da antiga *lex mercatoria* era a grande utilização de um espírito de equidade, com a valorização especial da boa-fé dos envolvidos. Chega-se a identificar a boa-fé como o princípio fundamental²² da *lex mercatoria*, na medida em que dela se irradia toda essa disciplina própria e especial da atividade comercial. Além disso, e talvez a mais marcante característica da *lex mercatoria*, era o seu caráter internacional.²³ Ora, se o comércio não estava restrito a fronteiras territoriais, a disciplina dessa atividade também não poderia ficar restrita a fronteiras territoriais.

2 Protagonismo estatal e declínio da *lex mercatoria*

Essa antiga *lex mercatoria* passou, aos poucos, a ser um direito estatal e não mais corporativo, aplicado, inicialmente, por tribunais especiais e, posteriormente, pelos tribunais comuns,²⁴ perdendo seu caráter especial. Com essa politização, a antiga *lex mercatoria* perdeu sua unidade, passando a ser apenas uma parte do direito nacional, podendo se falar até em sua extinção. O desapa-

recimento do seu caráter internacional e a perda do seu caráter flexível foram os principais responsáveis por essa extinção.²⁵ Outrossim, a força e o protagonismo dos estados nacionais afastaram o prestígio e o uso de normas não estatais. A mediação estatal na produção normativa passa a abranger todas as matérias.

Com efeito, a centralização monárquica inerente à formação dos estados modernos levou a produção normativa para o seio do próprio estado. Nessa perspectiva, houve uma estatização da produção normativa, a qual abarcou inclusive as antigas normas corporativas que compunham a velha *lex mercatoria*. Essa estatização tirou a flexibilidade e a internacionalidade da *lex mercatoria* e, conseqüentemente, gerou seu declínio.²⁶ Assim, a atividade mercantil passou a ser regida por normas estatais que, embora ainda possuíssem certas peculiaridades, passam a depender diretamente do estado.

Nos Estados absolutistas, é retomada a ideia de unidade do Estado, que era fundamental nos Estados da antiguidade,²⁷ vale dizer, ressurgiu com toda força a concepção de soberania, no sentido de poder que não se submete a nenhum outro. A formação do Estado moderno, que se inicia nesse período, se conclui com transformações que ocorrem dentro do próprio Estado em conseqüência de movimentos revolucionários, especialmente na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos durante os séculos XVII e XVIII, formando o que se convencionou denominar de Estados nacionais. Estes surgiram basicamente como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado nacional; e d) Estado democrático de direito e social.²⁸

Para o presente trabalho, interessa especialmente a figura do Estado administrativo que pode ser concebido como o resultado da separação entre o Estado e a sociedade, isto é, “a sociedade, para atuar politicamente sobre

¹⁸ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 9.

¹⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1. p. 3.

²⁰ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976. p. 6.

²¹ GALGANO, Francesco. *História do Direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990. p. 39.

²² OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 2002. p. 19.

²³ MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904. p. 20.

²⁴ AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 10.

²⁵ JIMÉNEZ, Carlos Forero. Causas y consecuencias de La aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*. Universidad de los Andes. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, p. 5, jun. 2007.

²⁶ MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n.2, p. 455, Summer 2007.

²⁷ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción por Fernando de Los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000. p. 320.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 80.

si mesma, deve destacar um subsistema que seja especializado em decisões que agreguem a coletividade”.²⁹ Ficam reservadas ao Estado o protagonismo do uso legítimo da violência e as competências reguladoras públicas mais importantes. Na sociedade moderna, na qual foi afastada a autodefesa, salvo hipóteses excepcionais, sendo protagonismo do Estado a coação física legítima, compete a ele solucionar a grande maioria dos conflitos de interesses, a fim de assegurar a paz social. O Estado dita regras que disciplinam as relações sociais – o direito objetivo – e soluciona os conflitos de interesses aplicando as regras do direito objetivo, por meio do processo.

Levando-se em conta a forma de imposição do direito positivo, isto é, o âmbito de atuação coercitiva do direito imposto pelo Estado, a demarcação social da comunidade política deve ser combinada com a delimitação territorial. O Estado deve ter um território, no qual se circunscreve o âmbito de validade de uma ordem jurídica que ele mesmo impõe. Nessa perspectiva, as atividades econômicas, em geral, passam a ser regidas por normas nacionais e o direito comercial passa o direito dos códigos comerciais.³⁰ Assim, a *lex mercatoria* perde toda a sua utilidade e pode-se falar até na sua extinção.

3 A globalização econômica como fator de mudanças na sociedade e no estado nacional

Como visto, o protagonismo dos estados nacionais modernos é o principal fator de declínio da antiga *lex mercatoria*, logo, apenas com mudanças radicais e a perda desse protagonismo dos estados nacionais é que é possível falar no seu ressurgimento. Desde seu surgimento, os estados nacionais sofreram mudanças nas suas funções e na sua própria concepção, mas nada que afastasse o já citado protagonismo. Apenas a partir do final do século XX, é que surgem mudanças econômicas radicais que afetam as atribuições do estado nacional, retirando-lhe o protagonismo, em especial na produção normativa, permitindo o ressurgimento da *lex mercatoria*.³¹ Em muitos

casos, o Estado atua como mero espectador da atuação dos agentes privados.³² Essas mudanças radicais são, em boa parte, fruto da globalização econômica, cuja concepção deve ser mais bem explicada.

3.1 A globalização econômica

A globalização é uma expressão de sentido bastante variado, sendo entendida basicamente como “a ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”,³³ isto é, uma ligação geral entre indivíduos, organizações complexas e comunidades localizadas em locais distintos. Fundamentalmente, a globalização é a integração de pessoas e países, em razão da revolução dos transportes e das comunicações que derrubaram as barreiras artificiais que impediam o fluxo de bens, pessoais, capitais serviços e conhecimento através das fronteiras.³⁴ Trata-se em última análise da sobreposição do mundial sobre o nacional,³⁵ não se limitando a matérias específicas.³⁶

As ideias, os efeitos e as práticas que resultam da globalização são extremamente variados, daí poder-se falar em globalizações, dada a multidimensionalidade³⁷ do fenômeno. Alguns autores destacam a globalização das finanças e da propriedade do capital, a globalização dos mercados e das estratégias, a globalização da tecnologia, a globalização dos modos de vida e consumo (cultura), a globalização das capacidades regulatórias e da governança, a globalização como unificação política do mundo e a globalização da percepção e da consciência.³⁸ Há ainda quem afirme que a globalização abrange muitas coisas, desde o fluxo internacional de ideias e conhecimento, o

²⁹ FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 8.

³⁰ BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

³¹ STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. New York: Penguin, 2002. p. 9.

³² FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

³³ ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 4.

³⁴ BONAGLIA, Federico; GOLDSTEIN, Andrea. *Globalizzazione e sviluppo*. 2. ed. Bologna: Il mulino, 2008. p. 14.

³⁵ PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 66.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 80.

³⁰ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 9.

³¹ MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n. 2, p. 456, Summer 2007.

compartilhamento de culturas, uma sociedade civil global e o movimento ambiental mundial.³⁹

Outros nos propõem quatro acepções da globalização, afirmando que, com um enfoque mais amplo, “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”.⁴⁰ Dentro dessa perspectiva, vale destacar que a globalização não deixa de ser um localismo bem sucedido, que extrapolou o âmbito inicial de suas fronteiras, isto é, a globalização é o reflexo da influência de determinado comportamento por todo o globo. Como exemplo dessa concepção, temos a expansão da língua inglesa como uma língua “universal” em detrimento de outras línguas que tinham o mesmo potencial, como a francesa.

Outra acepção da globalização seria o chamado globalismo localizado que representaria o impacto de práticas transnacionais nas condições locais, vale dizer, seria a forma como tais práticas se refletem no dia a dia de certa comunidade. A alteração da agricultura, de agricultura de subsistência para agricultura de exportação, seria um dos reflexos dessa globalização. Uma terceira acepção da globalização, tomada por Boaventura de Sousa Santos é o chamado cosmopolitismo, entendido como “a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica”.⁴¹ O globalismo localizado e o localismo globalizado geram efeitos muitas vezes nefastos, que fazem surgir uma reação em nível global, possível graças à revolução da tecnologia, da informação e da comunicação. Essa reação, que se manifesta por um conjunto vasto e heterogêneo de medidas, movimentos e organizações, é que representa o cosmopolitismo nessa visão. Diretamente ligada a esta última concepção, o mesmo autor nos apresenta a quarta acepção da globalização, entendida como a “emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais quanto

o próprio planeta”.⁴² Surge, nesse ponto, o chamado patrimônio comum da humanidade que representaria esse conjunto de preocupações globais, que enseja movimentos também globais para a defesa desse patrimônio comum.

Sem a pretensão de querer esgotar as acepções da globalização, é certo que as acepções apresentadas têm o condão de ilustrar a multiplicidade de efeitos que a globalização está gerando e, conseqüentemente, os desafios que surgem dessas globalizações. Para os fins do presente trabalho, porém, serão analisados especificamente os desafios impostos exclusivamente pela globalização econômica.

A globalização econômica, embora seja a mais estudada, é apenas uma dimensão da emergente reconfiguração do mundo.⁴³ Ela representa a “intensificação dos fenômenos de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”⁴⁴ ou, em outras palavras, a “interligação de mercados nacionais através do aumento da circulação entre eles de bens, serviços e capitais”.⁴⁵ De forma mais detalhada, afirma-se que “por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas, acaba comprometendo mortalmente a ideia republicana de comunidade”.⁴⁶ Ou ainda, que ela representaria a “integração das economias nacionais em uma economia internacional através do comércio, do investimento estrangeiro direto (por parte de corporações e multinacionais), fluxos de capital de curto prazo, fluxo

³⁹ STIGLITZ, Joseph. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 62.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 433.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 437.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 437.

⁴³ PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 62.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

⁴⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 137-138.

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

internacional de trabalhadores e pessoas em geral e fluxos de tecnologia.⁴⁷

Portanto, a ideia geral da globalização econômica é a formação de um mercado global e a perda de importância das fronteiras para o exercício das atividades econômicas, vale dizer, as atividades econômicas alcançam um grau de integração temporal e geográfico. Uma das principais características desse fenômeno é a globalização dos mercados financeiros, permitindo que os fluxos de capital sejam mais amplos, abrangendo cada vez mais países. O movimento global de capitais é o fator mais importante para essa modalidade de globalização.⁴⁸ Esse fenômeno representa o triunfo do mercado, que pode ser atribuído a três fatores fundamentais.⁴⁹ Em primeiro lugar, o mercado triunfou em razão de sua eficiência, vale dizer, o sistema capitalista, apesar de todos os seus problemas, se mostrou como o mais eficiente para geração e distribuição de riquezas. Em segundo lugar, houve a queda do sistema econômico socialista, reforçando a primazia do sistema capitalista. Por fim, a expansão tecnológica e das comunicações foi determinante no surgimento desse fenômeno.

Além disso, há uma internacionalização das estratégias corporativas, havendo cada vez mais estratégias de competição em escala global.⁵⁰ Outrossim, há uma difusão de tecnologias que passam a ser acessíveis em todo o mundo de forma cada vez mais rápida. Há ainda uma homogeneização das práticas de consumo, que passam a ter cada vez mais um caráter comum, embora fatores culturais e religiosos ainda tenham um peso fundamental nessas escolhas. Nesse cenário, os agentes econômicos ganham importância e passam a ser considerados protagonistas.⁵¹ Em suma, por força da globalização, vê-se claramente a formação de um mercado unificado, no qual os mesmos produtos são vendidos e as mesmas imagens e

informações são transmitidas, isto é, há uma mudança radical na economia e o surgimento de novos protagonistas, em especial pela crise do Estado nacional e do Direito.⁵²

3.2 Impactos da globalização econômica sobre o estado nacional

O Estado moderno surgiu com três elementos essenciais: a separação entre a esfera pública e a esfera privada; a dissociação entre o poderio político e o poder econômico; e uma separação entre as funções administrativas e políticas, afastando-se da sociedade civil.⁵³ Mesmo com mudanças ao longo do tempo, tais elementos se mantiveram e garantiram a condição de protagonista ao Estado, que era centrado em dois grandes modelos: o Estado Liberal e o Estado Social.

No longo século XIX, podemos afirmar que houve um extenso período de paz, tendo em vista o sucesso da atuação das quatro instituições em que se firmava a civilização desse século, a saber: o sistema de equilíbrio de poder entre as grandes potências, o padrão ouro, o mercado autorregulável e o estado liberal. Tais pilares estão diretamente ligados ao sistema capitalista de produção. Assim, na civilização do século XIX, o estado liberal era um dos pilares e representava um estado com poderes e funções limitadas⁵⁴ que permitia ao mercado a sua autorregulação,⁵⁵ mas que ainda assim tinha o caráter de protagonista.

Já o século XX, sob a perspectiva econômica,⁵⁶ é ocupado de modo tenso, pelo conflito entre o sistema capitalista mundial e o sistema socialista, então emergente, que fez surgir o Estado Social na Europa. De todo modo, nesse período, o Estado pôde influenciar nos âmbitos de produção e da distribuição com o intuito de alcançar crescimento, estabilidade dos preços e pleno emprego, mantendo ainda seu protagonismo. Ao final do breve século XX, há uma grande mudança na configuração do mundo.

⁴⁷ BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 3-4.

⁴⁸ PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 68.

⁴⁹ IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 176-177, jan./mar. 2010.

⁵⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 138.

⁵¹ IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 178, jan./mar. 2010.

⁵² IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano13, n.47, p. 180, jan./mar. 2010.

⁵³ ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 7.

⁵⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 9. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 17.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 59.

“O Breve século XX fora de guerras mundiais, quentes ou frias, feitas por grandes potências e seus aliados em cenários de destruição de massa cada vez mais apocalípticos, culminando no holocausto nuclear das superpotências, felizmente evitado. Esse perigo desaparecera visivelmente”.⁵⁷ Tal fato não significa que a era das guerras tenha acabado, mas apenas que não há mais o risco da guerra de efeitos apocalípticos entre as duas superpotências. Essa mudança de concepção do mundo traz o desenvolvimento para o campo central das preocupações e, nessa perspectiva, há uma mudança estrutural do sistema econômico mundial, que tem uma palavra chave: globalização.

A globalização econômica trouxe consigo uma reestruturação da economia caracterizada especialmente pela mudança nos padrões de produção, pela união de mercados financeiros, pelo aumento da importância das multinacionais, pelo aumento da importância do intercâmbio, pelo crescimento da integração regional, pelo ajuste estrutural e privatização, pela hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas, pelo renovado interesse no império do direito pelo surgimento de novos protagonistas.⁵⁸ A existência desta nova realidade econômica não é facilmente adaptável à configuração tradicional do estado nacional moderno

Conforme já destacado, o Estado nacional moderno surgiu como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado nacional; e d) Estado democrático de direito e social. Na Europa do pós-guerra, os quatro aspectos do Estado se desenvolveram de modo satisfatório, podendo-se afirmar que boa parte dos Estados da Europa ocidental se encaixava no conceito de Estado nacional. Todavia, a partir dos anos de 1970, o Estado nacional passou a sofrer pressões pelo fenômeno da globalização, as quais afetaram diretamente as condições de funcionamento e de legitimação de uma democracia de massa de Estado social.⁵⁹

⁵⁷ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914 - 1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 538.

⁵⁸ DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-30.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

De início, convém destacar que a globalização afeta a sua segurança jurídica e a efetividade. Graças à quebra do equilíbrio ecológico e à capacidade de destruição embutida na aplicação de novas tecnologias, novos riscos surgiram (camada de ozônio, chuva ácida, acidentes nucleares etc.). Tais riscos não se atêm as fronteiras de um Estado e, por isso, também não se deixam mais controlar nos âmbitos nacionais. Além disso, o crime organizado torna as fronteiras dos Estados cada vez mais porosas, dificultando também a efetividade de atuação do Estado administrativo. A capacidade que o Estado vem perdendo nesses aspectos pode ser compensada em nível internacional por organizações globais. De todo modo, é inegável a perda da capacidade estatal de garantir, por si só, a segurança dos seus cidadãos e a sua integridade territorial.⁶⁰

Outrossim, a mobilidade de capital dificulta a atuação do Estado Fiscal na apreensão de recursos. Os paraísos fiscais são cada vez mais acessíveis aos empresários. Além disso, o acirramento da concorrência conduz à redução de ganhos fiscais, sob pena de se gerar uma grande emigração de capitais. Por essas razões, a expressão Estado enxuto vem se impondo pelas possibilidades de atuação do Estado no mundo globalizado.⁶¹ As funções do Estado social não poderão mais ser preenchidas por ele, no mesmo nível que já o foram. A intervenção estatal deve ser cada vez menor dentro de uma economia globalizada, na medida em que o próprio poder de coação dos Estados é cada vez menor,⁶² mas ainda tem sua importância.

A globalização também afeta a ideia de soberania do Estado, na medida em que as decisões de um Estado podem afetar pessoas em outros Estados e a coincidência entre os participantes da decisão e os afetados é cada vez mais difícil na sociedade mundial interdependente. Os atributos normalmente colocados como consectários da soberania vêm sendo progressivamente relativizados e enfraquecidos, em especial pelo ganho de poder dos

⁶⁰ ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann- Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 88.

⁶² ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

mercados e pelo surgimento de novos atores.⁶³ A soberania do Estado já não pode ter mais a mesma acepção. A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido de multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, refletem a necessidade dessa mudança do conceito, na medida em que já não se pode falar em um centro unitário de poder para tomada das decisões e definição das regras jurídicas.⁶⁴

Pode-se afirmar, portanto, que a globalização é um catalisador na mudança do conceito de soberania.⁶⁵ Todavia, globalização e soberania não precisam ser apresentadas em termos antagônicos, uma vez que a globalização não precisa acabar com a soberania, mas deve apenas impor novas conformações desse conceito. A globalização não é a diminuição da soberania do Estado (habilidade de lidar com seus próprios negócios), mas fundamentalmente é a reconstrução da soberania com a remodelação do estado.⁶⁶ Há, sem dúvida, um processo de internacionalização do Estado com sua participação em organizações internacionais sendo cada vez mais relevante, como na Organização Mundial do Comércio – OMC.

4 Globalização econômica e o direito

Assim como o Estado nacional moderno sofre o impacto da globalização econômica, o Direito também sofre mudanças, especialmente no que tange ao conteúdo e ao modo de produção do direito. O direito do Estado Liberal tinha como objetivo primordial a proteção dos direitos individuais em face do Estado. De outro lado, o direito do Estado Social era um instrumento a serviço de metas concretas, como uma técnica de gestão e regulação

da sociedade.⁶⁷ Apesar dos objetivos distintos, o modo de produção do direito em ambos os modelos de Estado era centrado no Estado e seu conteúdo também era formado essencialmente por regras gerais, abstratas e previsíveis, gerando inclusive a codificação de normas em alguns sistemas. O direito tradicional se desenvolveu com base em uma concepção hierárquica, linear e arborescente da estrutura de um sistema jurídico,⁶⁸ a qual não é mais compatível com a atual realidade.

Com a globalização, houve uma reestruturação da economia e da própria sociedade, exigindo mudanças também no direito como um todo e não apenas no sistema dos códigos. As normas até então existentes não se mostraram suficientes para atender às exigências da globalização.⁶⁹ “Conceitos e categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade funcionalidade”.⁷⁰ A globalização “subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção [...]”.⁷¹ A perspectiva de um mercado global e a incapacidade de o Estado nacional lidar sozinho com essa realidade impõem mudanças. Podem ser destacadas, apenas a título ilustrativo, diversas tendências decorrentes da incidência do fenômeno da globalização econômica sobre o direito.

A primeira tendência é a de ampliação e alteração das formalidades dos processos de elaboração legislativa, especialmente em matérias que exigem decisões mais técnicas, fazendo surgir, por exemplo, redes de reguladores que permitem a elaboração de regras uniformes ao me-

⁶³ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

⁶⁴ RANDEIRA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 467-468.

⁶⁵ ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80.

⁶⁶ CLARK, Ian. *Globalization and international relations theory*. New York: Oxford, 1999. p. 79-80; LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 259.

⁶⁷ ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20.

⁶⁸ OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 43.

⁶⁹ ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 4.

⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

⁷¹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 13.

nos harmonizadas em boa parte do mundo.⁷² Neste particular, pode-se falar até em uma erosão do campo das leis que passa a ser preenchida especialmente por normas internacionais.⁷³ A segunda tendência é a progressiva redução do número de regras impositivas no direito positivo, com programas de flexibilização, deslegalização e deconstitucionalização de certas matérias,⁷⁴ como se vê, ainda que de forma tímida, no direito do trabalho. Na mesma perspectiva, a terceira tendência é a simplificação dos procedimentos tanto no processo civil, quanto no processo penal, admitindo-se cada vez mais o uso da tecnologia, como a possibilidade de interrogatórios por videoconferência, tornozeleiras para rastreamento de presos e a própria difusão do processo eletrônico.

A quarta tendência é a hegemonia inglesa e norte americana no sistema financeiro da economia globalizada,⁷⁵ transportando padrões e regras desses sistemas para o mundo inteiro, como as regras de transparência e de elaborações de demonstrações financeiras das sociedades anônimas incorporadas ao regime brasileiro por intermédio das Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009. A quinta tendência é a expansão do espaço da autonomia privada, vale dizer, a ampliação do espaço aberto a contratos negociados entre as diversas partes envolvidas. A sexta tendência é o enfraquecimento do direito do trabalho⁷⁶ na sua concepção mais tradicional, vale dizer, ele ainda existe, ainda será importante, mas já não terá mais a mesma conotação de proteção extremada do trabalhador.

A sétima tendência é a transformação do papel do direito internacional que passa a ter mais importância em assuntos que, inicialmente, fugiam do seu âmbito de incidência, como o direito ambiental e o direito penal. A oitava tendência é “o aumento no ritmo de regressão de direitos humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo, em razão da regressão da própria esfera de atuação dos estados modernos, em face de quem os direitos

humanos se impunham normalmente. Neste ponto, surge inclusive a discussão sobre a aplicação desses direitos contra corporações transnacionais,^{77/78} o que torna extremamente discutível essa tendência. A nona tendência é o primado da lei e ordem no direito penal,⁷⁹ com maior criminalização de condutas.

Essas nove tendências foram indicadas apenas para demonstrar que o direito sofre e continuará sofrendo os impactos das mudanças da própria sociedade impostas pela globalização econômica. Para os fins do presente trabalho, nem todas as tendências são importantes, mas são fundamentais aquelas que demonstram a necessidade de mudanças no processo de elaboração e no próprio conteúdo das normas jurídicas.

Dentro dessa perspectiva, normas rígidas têm cedido espaço à enunciação de normas mais gerais e mais flexíveis, vale dizer, estabelecem-se o uso intensivo de cláusulas gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados. Sempre existiram os princípios gerais de direito, mas há um aumento da mudança no conteúdo das normas jurídicas, de modo que elas possam ser aplicadas “a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa e cuja forma de expressão das relações jurídicas é variada”.⁸⁰ Dentro dessa perspectiva, há uma ampliação da discricionariedade judicial e do protagonismo dos juízes. A utilização de normas fechadas e mais detalhadas é cada vez menos recomendável, tendo em vista a velocidade com que ocorrem as mudanças. Por isso, as normas de textura aberta que dão maior margem de flexibilidade na atuação dos julgadores estão se difundindo inclusive em escala global.

Essa mutação do conteúdo das normas tem gerado diversas reações no sentido de novas concepções do direito que fujam do paradigma tradicional da pirâmide, como a menção a um direito reflexivo,⁸¹ a um direito

⁷² SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 52.

⁷³ OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 79.

⁷⁴ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

⁷⁵ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

⁷⁶ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

⁷⁷ TEUBNER, G. The anonymous matrix. Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors. *The Modern Law Review*, p. 327-346, . 2006.

⁷⁸ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

⁷⁹ FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

⁸⁰ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. p. 19.

⁸¹ ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22.

em rede e outras tantas.⁸² Embora inegável, tal mudança paradigmática nem sempre é associada ao fenômeno da globalização.⁸³ Apesar disso, não se pode negar que tal fenômeno é decorrente das mudanças da sociedade, as quais ao menos parcialmente decorrem do fenômeno da globalização. Neste momento, porém, o mais importante é destacar a mudança no processo de elaboração das normas jurídicas.

A par da mudança de conteúdo, também uma mudança na forma de produção de direito, a qual decorre diretamente das mudanças estruturais impostas pela globalização. A existência de um mercado mundial e a expansão da atuação das empresas demonstram que a ideia da autarquia como um estado possível ou mesmo desejável deve ser descartada do mundo real. Nenhum Estado é capaz de suprir todas as suas necessidades. Tal realidade implica a existência de laços entre as economias de vários países. Sobretudo, com a globalização, esses laços entre as economias nacionais vêm ficando cada vez mais estreitos, com a expansão da atuação das empresas multinacionais, de modo que pode se falar hoje já em interdependência, para descrever as relações econômicas internacionais. A interdependência, que pauta todas as relações econômicas contemporâneas, traz à tona a complementaridade existente entre as várias economias nacionais. Uma economia depende da outra e vice-versa. Não há economia que sobreviva sem tais ligações. As economias nacionais são cada vez mais afetadas pelos “equilíbrios externos e pelos vínculos de interdependência que se estabelecem em escala planetária”.⁸⁴

Essa interdependência entre as diversas economias nacionais afetará o próprio modo de produção do direito que não poderá mais ser exclusivamente nacional. A “mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com exigências impostas às economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para

o declínio das instituições, mecanismos e ‘senso comum’ jurídicos do Estado-nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada”.⁸⁵ Dentro dessa ideia, o papel dos governos nacionais vem diminuindo nessa produção de normas para a governança global.⁸⁶

O Estado já não consegue fazer a coordenação macroeconômica sem o consentimento e a colaboração das organizações complexas. “Com a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente”.⁸⁷ Isso significa também o surgimento de um caráter difuso e transparente da elaboração de regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial, porquanto a centralidade da atuação dos governos nacionais já não é suficiente para atender aos interesses dos agentes econômicos que atuam em nível global.

Nessa perspectiva, não há mais espaço para uma produção de normas jurídicas de forma exclusivamente nacional, se a atividade a ser disciplinada já não é mais exclusivamente nacional. O Estado perde a pretensão de deter o protagonismo da produção normativa,⁸⁸ porquanto esse protagonismo é desafiado pela existência de regras de outros estados que possuem efeitos extraterritoriais, com as regras norte-americanas relacionadas ao mercado de capitais,⁸⁹ e pela autorregulação promovida pelos

⁸² OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 16-17.

⁸³ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. p. 19.

⁸⁴ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 35.

⁸⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109.

⁸⁶ PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 64.

⁸⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

⁸⁸ ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20; VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; Ponzanelli, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 8.

⁸⁹ GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 77.

agentes econômicos.⁹⁰ Especialmente pelo último aspecto, a perda do protagonismo estatal de produção normativa conduz indiscutivelmente a um fenômeno de internacionalização do direito. O direito não vem mais apenas do Estado, mas também de organizações supranacionais, de outros Estados ou até mesmo de agentes privados.

Cada vez mais outros atores internacionais participam de modo ativo da elaboração de regras. Com a perda da centralidade dos governos nacionais, há a necessidade de uma internacionalização do direito, isto é, “o direito nacional adquire de maneira ampliada a forma do direito internacional”.⁹¹ Em suma, a globalização impõe a internacionalização da produção do direito,⁹² a qual se acompanha de uma proliferação de normas com textura aberta.⁹³ Neste particular, é bem frequente também que os próprios Estados progressivamente renunciem a partes da sua atuação, permitindo a atuação de Órgãos jurisdicionais de natureza internacional.⁹⁴

5 Internacionalização do direito

Como visto, assim como a mudança da economia medieval exigiu mudanças no Estado e no Direito, a atual globalização econômica também exige mudanças no Direito, tanto no seu conteúdo quanto na forma de produção. A mudança da sociedade medieval permitiu o desenvolvimento das atividades comerciais e demonstrou a insuficiência do direito comum para disciplina dessas novas atividades. Este panorama permitiu o surgimento do direito comercial, com fontes e conteúdos distintos do direito comum, uma vez que não havia um poder centralizado forte o suficiente para disciplinar essa nova realidade. Com a globalização econômica, o fenômeno se re-

pete, mas agora porque o poder centralizado dos Estados modernos já não é capaz de lidar sozinho com a realidade de um mundo sem fronteiras. As mudanças nos transportes, nas comunicações e na própria atividade econômica fazem aflorar a insuficiência da atual estatal na produção normativa, bem como a impossibilidade de normas rígidas, sem capacidade de adaptação.

Especificamente no que tange à produção normativa, o Estado vem perdendo sua centralidade na atual configuração do mundo e novos atores passam a assumir o papel de protagonistas inclusive na produção de normas jurídicas. A globalização não afeta apenas as estruturas jurídicas, mas também a repartição de poderes,⁹⁵ especialmente no que tange à produção normativa. O advento de novos atores e de novos fóruns de produção normativa é que vai forjar a racionalidade jurídica inerente à sociedade globalizada. A internacionalização do direito representa, portanto, a extensão da produção normativa além das fronteiras do Estado nacional, o que hoje não pode ser negado nem pelos estados mais poderosos.⁹⁶

Esse fenômeno é especialmente influenciado pelo mercado, que atua como força unificadora que se impõe face ao pluralismo das nações.⁹⁷ Essa força unificadora, porém, não significa um direito universal. Ao contrário, o que se pode esperar é uma fragmentação legal mais intensificada,⁹⁸ vale dizer, apenas certos setores da produção normativa nacional é que sofrerão os impactos das normas internacionais, a internacionalização do direito se dá apenas em certos ramos. Em suma, pode-se afirmar que o que está ocorrendo é um “processo de internacionalização harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional”.⁹⁹ Qualquer aspiração a uma unidade normativa do direito é assim condenada desde o início, vale dizer, boa parte da

⁹⁰ ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 49.

⁹¹ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21.

⁹² DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-30.

⁹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 102.

⁹⁴ DEL VECCHIO, Angela. Globalization and its effect on international courts and tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Boston, v. 5, n.1, p. 4-5, 2006.

⁹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 145.

⁹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 8.

⁹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97.

⁹⁸ TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

⁹⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 148.

prática jurídica ainda ocorrerá no plano nacional,¹⁰⁰ mas, cada vez, haverá influência dos atores internacionais na prática jurídica.

5.1 Terminologia

A expressão internacionalização do direito é naturalmente associada a uma extensão do campo de aplicação do direito internacional. Com efeito, tradicionalmente o direito internacional é um direito para disciplinar as relações entre estados e organizações internacionais. Todavia, tal concepção clássica se mostra insuficiente, uma vez que as regras internacionais já não se limitam a relações entre estados e organizações internacionais, além do que é inegável que existe um espaço jurídico global.¹⁰¹ Com o fenômeno da globalização econômica, o direito internacional existe também para permitir, ainda que em fragmentos e em tempos diferentes,¹⁰² a internacionalização do direito.¹⁰³ Essa mudança de perspectiva na essência do direito internacional levou diversos autores a propor novas expressões para explicar esse fenômeno de mudança do direito.

Muito antes da difusão do estudo dessas mudanças impostas pela globalização, Philip Jessup reconheceu a existência do direito transnacional. Para ele, esse direito incluiria “todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais”.¹⁰⁴ Nesse conceito, o referido autor afirma que as situações transnacionais podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações internacionais e outros grupos. Tal expressão ainda

hoje possui diversos seguidores¹⁰⁵ e é bem útil para demonstrar que se está diante de um direito que trata não de relações entre estados, mas de relações que são travadas além das fronteiras do Estado.

Outra expressão utilizada para dar a ideia de um direito sem fronteiras é a expressão direito global. Alguns autores tentam ver esse direito global como resultado do transplante ou intercâmbio de institutos jurídicos de um ordenamento jurídico para outro.¹⁰⁶ Pela própria dificuldade de conceituação, outros autores preferem destacar as principais características desse direito global, afirmando que ele se diferencia do direito tradicional no critério de aplicação das normas, na independência, na unidade e especialmente nas fontes.¹⁰⁷ Na mesma linha, há quem prefira destacar a verticalidade, a legalidade, a integração e a existência de garantias coletivas como pilares desse direito global.¹⁰⁸

Esse direito global é conceituado por Pierrick Le Goff como “um fenômeno jurídico multicultural, multinacional e multidisciplinar, que ainda não alcançou a maturidade e a formalidade de um sistema legal estruturado”.¹⁰⁹ Dentro dessa concepção, ele ainda não seria um sistema legal formal e estruturado, na medida em que ainda não existiriam tribunais globais ou códigos globais. Todavia, tal opinião não é, a nosso ver, a mais correta. Não se pode negar que ainda há muito por se desenvolver nesse chamado direito global. Todavia, isso não lhe retira a conclusão de um sistema jurídico completo.

Nesse sentido, Gunther Teubner¹¹⁰ afirma que não se trata de um direito atrasado no seu desenvolvimento

¹⁰⁰ DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31; IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 13, n. 47, p. 189, jan./mar. 2010.

¹⁰¹ VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 7.

¹⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 227.

¹⁰³ KIRBY, Michael. Internationalising Law: a new frontier for Law and Justice. *Law in Context*, Sidney, v. 25, Issue 1, p. 11-24, 2007.

¹⁰⁴ JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

¹⁰⁵ BOISTER, Neil. Transnational criminal law? *European Journal of International Law*, v. 14, Issue 5, p. 953-976, nov. 2003.

¹⁰⁶ ALAGNA, Sergio. *Mercato globale e diritto dell'impresa*. Padova: CEDAM, 2009. p. 14.

¹⁰⁷ TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

¹⁰⁸ CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *Diritto globale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 27.

¹⁰⁹ LE GOFF, Pierrick. Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 1, p. 126, Spring 2007, tradução livre de “a multicultural, multinational, and multidisciplinary legal phenomenon, which has not yet reached the maturity and formality of a structured legal system”.

¹¹⁰ TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

em comparação com o direito tradicional. Ao contrário, esse direito global já estaria completamente configurado no momento atual, distinguindo-se do direito tradicional dos estados nacionais por diversas características, em especial a sua relação com processos sociais e econômicos dos quais derivam seus principais impulsos. Dentro dessa perspectiva, é que deve ser entendido o direito decorrente da globalização econômica.

5.2 Características da internacionalização do direito

Independentemente da terminologia adotada, é certo que estamos diante de uma inegável mudança da racionalidade jurídica. Há, sem sombra de dúvida, uma influência cada vez mais determinante da comunidade internacional na produção normativa, sem, contudo, acabar com o âmbito de atuação dos estados nacionais e sem chegar a um direito universal. Os direitos nacionais continuam a existir e, em muitos aspectos, mantêm-se alheios a pressões internacionais, especialmente nas questões que envolvam cultura e religião.¹¹¹ Entretanto, não há como negar que está em curso um processo de internacionalização do direito, no qual a comunidade internacional terá cada vez mais influência na produção normativa. Registre-se, porém, que não se trata apenas de um processo de pressão, a multipolaridade do mundo atual permite falar também em concordância e busca pela integração, especialmente nos blocos regionais.

Nesse processo, destaca-se a substituição do território por outros critérios de aplicação das normas.¹¹² Com efeito, não se pode mais tomar como parâmetro o aspecto territorial como único fator de determinação da aplicação de normas jurídicas. Os fluxos globais de mercadorias, capitais, informações e eventualmente de pessoas impedem que o critério territorial seja o único fator de referência. Esses fluxos substituem os territórios e as redes substituem as fronteiras,¹¹³ fazendo surgir conflitos intersistêmicos e não mais conflitos internacionais. Por isso, regras internacionais se proliferam justamente porque as regras nacionais não têm como lidar com es-

ses fluxos. Nesse sentido, surgiram diversas regras sobre a proteção do meio ambiente e mesmo sobre o comércio internacional.

Há que se destacar ainda que o direito global possui uma dependência elevada em relação a outras áreas, como a economia.¹¹⁴ Neste particular, o direito tradicional tentava manter um grau relativamente elevado de distanciamento, o qual nem sempre era possível. Do mesmo modo, a unidade do direito que era um dos pilares invocados pelo tradicional é praticamente impossível em escala global. Não se pode descrever o atual estado do direito como um direito dotado de unidade, o qual era paradigma essencial do sistema tradicional do Direito.¹¹⁵

Por derradeiro, destaca-se uma mudança nas fontes do direito, isto é, o legislativo perde importância em escala global. De fato, não há como negar que o fenômeno da globalização trouxe à tona novos atores capazes de influenciar a produção normativa, como as organizações de caráter supranacional (exemplo: União Europeia). É impossível ficar alheio à influência de novos centros de poder que atuam diretamente na produção normativa do Estado nacional limitando a sua atuação. Tome-se aqui o exemplo das regras da Organização Mundial do Comércio, que afetam os próprios limites de atuação do legislador nacional. Em suma, o direito global só pode ser compreendido a partir de uma concepção que reconheça um pluralismo jurídico e, consequentemente, uma teoria pluralista das fontes do direito.¹¹⁶

5.3 Técnicas de internacionalização do direito

Essa internacionalização do direito, que impõe alterações na concepção tradicional do direito, pode se desenvolver de diversas formas, havendo inclusive a possibilidade de internacionalização de maneira hegemônica, isto é, sem pluralismo, o que, porém, não é o melhor caminho. Deve-se preferir uma internacionalização pluralista que não privilegia um único sistema, mas as interações entre

¹¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82.

¹¹² TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

¹¹³ OST, François. Mundialización, globalización y universalización: abandonar, ahora y siempre, el estado de naturalización. *Anuario de derechos humanos*, Madrid, n. 3, p. 455, 2002.

¹¹⁴ TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.

¹¹⁵ ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. *European Law Journal*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 413, sept. 2002.

¹¹⁶ TEUBNER, Gunther. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

diferentes sistemas.¹¹⁷ O Estado aberto a essa influência não está perdendo a sua vida democrática, mas está percebendo uma nova dimensão dela.¹¹⁸ Portanto, deve-se buscar um pluralismo ordenado,¹¹⁹ como resposta à complexidade jurídica do mundo, no qual seja possível manter uma separação sem impor a fusão e, portanto, sem construir qualquer coisa como uma ordem ou um espaço ordenado.

A hipótese do pluralismo ordenado abre, portanto, o caminho se não de uma futura ordem mundial, ao menos de uma harmonia, ou melhor, de uma harmonização, no sentido amplo. Dentro dessa perspectiva, podem existir várias técnicas de internacionalização do direito, em especial, a coordenação por cruzamentos, a harmonização por aproximação e a unificação.¹²⁰ Essa enumeração de técnicas é apenas uma das linhas possíveis de análise do fenômeno da internacionalização do direito, a qual não exclui a possibilidade de se indicar outras técnicas. Todavia, para os fins do presente trabalho, essa exemplificação será utilizada como parâmetro para enquadramento da nova *lex mercatoria*.

5.3.1 Coordenação por intercruzamentos

Como já mencionado, a existência de um mercado mundial e a expansão da atuação das empresas demonstram que a ideia da autarquia como um estado possível ou mesmo desejável deve ser descartada no mundo real. Nenhum Estado é capaz de suprir todas as suas necessidades. Tal realidade implica a existência de laços entre as economias de vários países.¹²¹ Essa interdependência é especialmente demonstrada por meio de relações comerciais e da guerra. Nessa perspectiva, é que se insere a internacionalização do direito, por meio da coordenação por intercruzamentos, que representa uma interpenetração entre sistemas normativos não hierarquizados entre si.¹²²

Uma das formas dessa coordenação é a imitação de outro sistema jurídico. Não havendo relação hierárquica, um sistema não tem a menor obrigação de adotar institutos de outro sistema. Todavia, a interdependência entre os Estados pode acabar gerando essa imitação de institutos jurídicos de outros sistemas, a qual está longe de ser uma unificação, na medida em que não modifica os moldes conceituais forjados pela história e atinge apenas as camadas mais superficiais dos sistemas de direito.¹²³ Nesse sentido, os institutos de recuperação empresarial foram imitados pelo Brasil com a edição da Lei nº 11.101/2005.

Outra técnica de coordenação por intercruzamento envolve o empréstimo de institutos jurídicos.¹²⁴ Tal técnica não é tão facilmente visualizada na produção normativa em si, mas pode ser visualizada especialmente em sistemas supranacionais. Nesse sentido, os exemplos mais conhecidos envolvem a luta contra a corrupção ou a proteção do meio ambiente no âmbito da União Europeia. Ressalte-se que essa técnica ganha força especialmente com a atuação e o diálogo entre juízes.

5.3.2 Harmonização por aproximação

Além da coordenação por intercruzamentos, a internacionalização do direito pode operar por meio de uma harmonização por aproximação entre diferentes sistemas jurídicos. Trata-se de uma integração vertical que se situa entre o isolamento impossível e a codificação impossível, pautada pela identificação e estabelecimento de princípios comuns entre diversos sistemas.¹²⁵ A ideia nesse particular é remover incompatibilidade entre sistemas, sem unificá-los. Nessa perspectiva, a concepção da margem nacional de apreciação ganha grande importância,¹²⁶ na medida em que permite a interpretação dos direitos em harmonia com as tradições nacionais.

No âmbito da União Europeia, a par dos regulamentos, que são instrumentos rígidos de uniformização

¹¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 35.

¹¹⁸ BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. Universalism and particularism as paradigms of international law. New York: *ILJ Working Paper*, 2008. p. 57.

¹¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 26.

¹²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 37.

¹²¹ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

¹²² DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 42.

¹²³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 42.

¹²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 44.

¹²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 20.

¹²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 78.

jurídica,¹²⁷ existem as diretivas que têm o objetivo menos ambicioso de apenas aproximar e harmonizar as legislações nacionais, atentando para as peculiaridades de cada Estado-membro, garantindo-lhes certa margem de liberdade. As diretivas representam uma tendência descentralizadora no direito comunitário, criando apenas marcos de trabalho para os Estados-membros. O que irá caracterizar a diretiva será seu caráter específico, uma vez que tem destinatários individualizados – os Estados membros – e o fato de ser um instrumento de atuação indireta do direito comunitário.¹²⁸ Nos termos do artigo 249 do Tratado CE, “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.” As diretivas são, pois, dirigidas exclusivamente a um tipo de sujeito comunitário, a saber, os Estados-membros.¹²⁹ Elas são determinações para que os Estados incorporem seu conteúdo aos ordenamentos internos, exigindo a prática de atos de integração do seu conteúdo normativo.¹³⁰

A harmonização, porém, não se insere apenas no âmbito de sistemas regionais de integração. Mesmo fora desse âmbito, há iniciativas de harmonização, como por exemplo, no direito econômico, por meio de tratados como o que instituiu o ICSID – International Center for the Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre investimentos), criado pela Convenção de Washington de 1965. Neste particular, também ganham importância instituições que tomam iniciativas para a harmonização entre diferentes sistemas jurídicos, como a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional) e o UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado).

5.3.3 Unificação

Há ainda a possibilidade da unificação que representaria o processo de integração mais perfeita, sob o ponto de vista formal, entre sistemas jurídicos.¹³¹ Não se pode cogitar aqui uma imposição de um sistema sobre o outro, na medida em que o único não deve ser confundido com o hegemônico. Fugindo da imposição pela força, a unificação representará a uniformização das normas aplicáveis a certas pessoas. Em todo caso, a unificação é objeto de sérios questionamentos quanto à possibilidade de sua realização.

Com efeito, não se pode negar que a diversidade de atores envolvidos nesse processo dificulta essa unificação. Todavia, em nenhum momento se pretende que a unificação seja simultânea nos diversos estados. A unificação será possível em tempos diferentes para cada um deles.¹³² Outrossim, não há como negar que certos domínios estão fora da possibilidade de unificação.¹³³ Todavia, a fragmentação inerente ao processo de internacionalização permite justamente que a unificação ocorra apenas em certos ramos. Não há e nem pode haver uma pretensão ao surgimento de um direito universal. Qualquer pretensão nesse sentido está fada ao insucesso. O que se deve buscar é unificação de certos fragmentos. Ademais, as diferenças entre as tradições legais dominantes, *civil law* e *common law*, também dificultam essa unificação. Na primeira, há uma ênfase em normas codificadas. Na última, há prevalência da atuação jurisdicional, dando-se uma força maior aos precedentes. Tais diferenças já não têm sido tão importantes, porquanto os precedentes têm adquirido muita importância no sistema da *civil law* e a edição de leis também tem sido cada vez mais frequente no âmbito da *common law*. Independentemente disso, é certo que as diferentes tradições não impedem a unificação, ao menos em fragmentos.¹³⁴

Assim, apesar das dificuldades, a unificação é perfeitamente viável, ao menos em alguns ramos do direito,

¹²⁷CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 329.

¹²⁸MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 124.

¹²⁹MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 124.

¹³⁰BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 625.

¹³¹DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 101.

¹³²DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 112.

¹³³DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 15.

¹³⁴BARNES, Wayne R. *Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code*. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 772, 2005.

a qual pode se dar tanto por transplantação como por hibridação.

A transplantação ocorre com a transferência de institutos de um sistema a outro. Neste caso, o que existe é um processo unilateral de integração jurídica que se limita a transportar de um sistema para outro, normalmente de um sistema mais prestigiado para outro. Um dos grandes exemplos dessa transplantação é a obediência às regras da Lei Sarbanes Oxley, que regulou de maneira detalhada as práticas de governança corporativa das companhias atuantes no mercado. Nos Estados Unidos, a aplicabilidade das boas práticas de Governança Corporativa possui essa legislação específica, a *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), que institui adoção destas práticas pelas empresas que negociam suas ações na NYSE (*New York Stock Exchange*) Bolsa de Valores de Nova Iorque.

Também é possível a unificação por hibridação na qual há um processo de troca, vale dizer, de interação recíproca entre sistemas que acaba gerando regras uniformes. Neste particular, a língua é indicada como um dos obstáculos a essa uniformização. Contudo, apesar da dificuldade efetivamente existir, há idiomas que tendem a facilitar essa forma de unificação, em especial o inglês. Há exemplos dessa interação no âmbito do processo penal aplicável em tribunais internacionais.¹³⁵

É nesse fenômeno de unificação internacional que se insere o ressurgimento da *lex mercatoria*, enquanto sistema normativo autônomo que disciplina os contratos internacionais do comércio.

6 Internacionalização do direito dos negócios internacionais: a nova *lex mercatoria*

Como já mencionado em várias oportunidades, a globalização econômica impacta o modo de produção normativa por meio da chamada internacionalização do direito, ou se preferirem pelo surgimento de um direito global. Essa internacionalização pode se realizar de diversas maneiras, dentre as quais se encontra a já citada possibilidade de unificação. O campo mais propício e de mais sucesso dessa unificação é o campo do direito dos negócios internacionais, porquanto é nessa seara que a

uniformidade tem se mostrado como um objetivo a ser alcançado¹³⁶ ou até como uma necessidade dos agentes econômicos.¹³⁷ A globalização dos mercados exige uma regulamentação uniforme do tráfico internacional,¹³⁸ especialmente no que tange às vendas internacionais, às operações de crédito e ao transporte de pessoas e coisas.¹³⁹

Além disso, os obstáculos a essa medida são superados nesta seara, na medida em que se tratam apenas de um segmento, cujos atores estão em condições mais semelhantes. Mesmo as diferenças entre as tradições legais são superáveis nesta seara, uma vez que a realização de negócios internacionais não é e nunca foi impedida por tais divergências.¹⁴⁰ Ademais, a globalização dá origem a formação do que se pode chamar de uma economia-mundo,¹⁴¹ que pressiona o Estado a melhorar as condições de atuação dos agentes econômicos no mercado, na medida em que os sistemas jurídicos tradicionais mostram-se insuficientes para atender às exigências do mercado.

O mercado precisa do direito para funcionar, mas de um direito concebido como um instrumento compatível com esse modelo, um direito a serviço do mercado.¹⁴² O mercado, por meio de seus agentes, tende a selecionar as normas que lhe sejam mais favoráveis, em uma espécie de Darwinismo jurídico.¹⁴³ Com efeito, nos mercados globais, há certas exigências para seu correto funcionamento, que alguns autores sintetizam em três ideias: a necessidade da unidade das normas aplicáveis aos negócios internacionais; a facilidade de utilização e compreensão da norma pelos agentes que atuam no mercado; e a segurança na aplicação das referidas normas.¹⁴⁴ De forma

¹³⁶BARNES, Wayne R. Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code. *Louisiana Law Review*, Local, v. 65, n. 2, p. 772. 2005. p. 751.

¹³⁷FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 16.

¹³⁸GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 52.

¹³⁹GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du droit et lex mercatoria. Revista de arbitragem e mediação*, v. 6, n. 22, p. 213, jul./ set. 2009.

¹⁴⁰GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

¹⁴¹FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25-26.

¹⁴²DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97-98.

¹⁴³DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 154.

¹⁴⁴SOTO, Ricardo Alonso. *Globalización y derecho comercial*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do direito no novo século*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 148.

¹³⁵DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 112.

similar, há quem diga que o mercado exige eficiência, uniformidade, certeza, redução de custos e redução das barreiras a realização de negócios.¹⁴⁵ Em última análise, o mercado exige um direito que permita a realização de negócios de forma ágil, segura e confiável.

Tais exigências não são preenchidas pelas normas editadas isoladamente pelos diversos estados nacionais e, por isso, são necessárias mudanças nas regras que se referem especialmente a essa atuação no mercado. Ora, se o mercado não se limita a fronteiras de um estado, o direito que disciplina esse mercado também não pode se limitar a fronteiras de um estado. A disciplina da atividade empresarial sempre exigiu uma disciplina mais cosmopolita. Enquanto o direito civil representa as concepções de vida de uma sociedade determinada, estando sujeito aos influxos históricos de cada nação,¹⁴⁶ o direito mercantil/empresarial se destina a regular relações que não se prendem a qualquer Estado, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo, com o crescente movimento de globalização. Em função disso, se afirma o cosmopolitismo do direito empresarial que se reflete no grande número de tratados que disciplina a matéria empresarial, como a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

Todavia, a internacionalização, exclusivamente por meio de tratados, é insuficiente, dada a própria rigidez da atuação estatal na sua celebração. Por isso, ressurgiu a *lex mercatoria* como um instrumento mais adaptável às necessidades do mercado, fugindo das amarras da atuação exclusivamente estatal da produção normativa. Nesta perspectiva, a globalização traz atores privados como protagonistas da produção normativa, por exemplo, as corporações multinacionais,¹⁴⁷ Esses atores privados, embora formalmente ligados a ordenamentos jurídicos di-

versos, são capazes de atuar com desenvoltura além das fronteiras tradicionais do Estado, superando as barreiras da descontinuidade territorial e a diversidade estatal.¹⁴⁸ Outros atores, como organizações supranacionais, também colaboram e atuam na internacionalização, mas, especificamente para a análise da *lex mercatoria*, ganham importância os atores privados.

A realidade econômica atual, impactada pela globalização, dá origem a chamada economia-mundo,¹⁴⁹ a qual pressiona o Estado a melhorar as condições de competitividade sistêmica, eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial, desregulamentação de mercados, privatizações, flexibilização da legislação trabalhista e implementação de projeto de deslegalização e desconstitucionalização.¹⁵⁰ Nessa economia-mundo, “as organizações financeiras e empresariais transnacionais ampliaram exponencialmente a produção de suas próprias regras, sob a forma de sistemas de organização e métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares, códigos deontológicos de, contudo e, principalmente, contratos padronizados com alcance mundial”.¹⁵¹ Neste processo, há a substituição da política pelo mercado e o ressurgimento da *lex mercatoria*, como reflexo da atuação dos agentes privados em nível global na produção normativa, sendo, portanto, o grande exemplo da privatização da produção normativa,¹⁵² ou seja, a *lex mercatoria* é o grande paradigma de sucesso de uma ordem mundial sem o Estado.¹⁵³

Alguns autores, porém, destacam que não há uma total ausência do Estado nessa disciplina. Para eles, haveria uma conjugação de regras e procedimentos decor-

¹⁴⁵BARNES, Wayne R. Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 733-772, 2005.

¹⁴⁶BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 17.

¹⁴⁷PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996. p. 73; BACKER, Larry Catá. Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance: an introduction and analysis. In: BACKER, Larry Catá (Ed.). *Harmonizing Law in an Era of Globalization*: convergence, divergence and resistance. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 17.

¹⁴⁸VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 9; GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

¹⁴⁹Expressão utilizada por Immanuel Wallerstein em meados da década de 70. WALLERSTEIN, Immanuel. *The Modern World System*. New York: Academic Press, 1974. p. 162.

¹⁵⁰FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25-26.

¹⁵¹FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

¹⁵²DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 145.

¹⁵³TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 3.

rentes da atuação privada e da atuação estatal, que estão unidas pelo objetivo comum que seria a disciplina dos negócios internacionais.¹⁵⁴ Assim, não sealaria em um direito sem o Estado, mas além do Estado. De fato, não há como negar que os estados continuam participando também da produção normativa atinente aos negócios internacionais. Além do que os próprios estados ajudam no processo de internacionalização. Entretanto, é inegável que não há mais um protagonismo estatal de produção normativa, vale dizer, outros atores também participam dessa tarefa. Nessa abertura é que se insere a *lex mercatoria* que se mantém como um direito além do Estado. Neste momento, portanto, não se pode dizer que o Estado tenha qualquer influência na produção da *lex mercatoria*, porém, não há qualquer impedimento para que se operacionalize a sua politização.¹⁵⁵

6.1 Conceito e características da nova *lex mercatoria*

Partindo-se dessa ideia, pode-se definir a *lex mercatoria* como um “conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecidos pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais”.¹⁵⁶ Em outras palavras, “a *lex mercatoria* pode ser definida como um conjunto de princípios jurídicos transnacionais, que resultam da prática dos contratos internacionais, são especialmente adequadas para atender às necessidades de transações comerciais internacionais”.¹⁵⁷ Pode-se afirmar também que a *lex mercatoria* é “um direito criado pela categoria empresarial, sem a mediação do poder legislativo dos Estados, e formado por regras destinadas a disciplinar de modo uniforme, além da unidade política dos Estados, as relações que se instauram dentro da

unidade econômica dos mercados”.¹⁵⁸ Embora possuam diferenças, todos esses conceitos ressaltam os elementos essenciais desse sistema normativo privado destinado à disciplina uniforme dos negócios internacionais.

Tais conceitos não diferem do conceito da antiga *lex mercatoria*, porém, há diferenças entre esse sistema medieval e a atual *lex mercatoria* e, por isso, deve-se preferir o uso da expressão nova *lex mercatoria*. O sistema medieval precedeu o advento dos Estados Modernos e sua função era derogar a aplicação do direito civil medieval nas relações comerciais da época. Já aquela surge em uma realidade caracterizada pela divisão política do mercado em uma pluralidade de Estados e sua função é superar a descontinuidade jurídica provocada por essa descontinuidade.¹⁵⁹ Ademais a antiga *lex mercatoria* era um direito eminentemente corporativo, ao passo que a nova *lex mercatoria* não possui esse caráter, uma vez que não há uma corporação de mercadores, ou qualquer organização formal suficientemente ampla para lhe dar esse caráter.¹⁶⁰

Feita a diferenciação, podem ser identificadas algumas características básicas nessa nova *lex mercatoria*.

Em primeiro lugar, diz-se que se trata de um direito transnacional,¹⁶¹ na medida em que ela regula atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais.¹⁶² Outrossim, trata-se de um sistema normativo forjado e administrado pelos agentes do mercado,¹⁶³ sem participação estatal, podendo-se falar em um regime jurídico privado. Nesse sentido, pode-se reconhecer nos costumes, enten-

¹⁵⁸ GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57, tradução livre de “un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati”.

¹⁵⁹ GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 57.

¹⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 20.

¹⁶¹ MICHAELS, Ralf. *The true lex mercatoria: law beyond the state*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14 n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

¹⁶² JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

¹⁶³ BARNES, Wayne R. *Contemplating a civil law paradigm for a future international commercial code*. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 65, p. 678-774, . 2005. p. 737.

¹⁵⁴ MICHAELS, Ralf. *The true lex mercatoria: law beyond the state*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v.14, n.2, p. 454-455, Summer 2007.

¹⁵⁵ TEUBNER, Gunther. ‘Global Bukowina’: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 4.

¹⁵⁶ FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 160.

¹⁵⁷ LE GOFF, Pierrick. *Global Law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n.1, p. 119-145, Spring 2007. p. 125.

didados como regras produzidas “pela vontade jurídica geral de uma coletividade manifestada normalmente mediante o uso”.¹⁶⁴ A aplicabilidade ou não da *lex mercatoria* deve ser analisada em razão dos efeitos da globalização sobre a produção de normas jurídicas. Não se trata mais de um direito corporativo, meramente costumeiro, mas de um novo regime. Pela própria amplitude dos negócios abrangidos, trata-se de um direito de produção difusa e não concentrada,¹⁶⁵ que ainda mantém um caráter costumeiro.

Ademais, por sua própria origem a *lex mercatoria* deve atender às necessidades do mercado e, nesse sentido, seus procedimentos devem ser rápidos e informais, permitindo a agilidade necessária à realização dos negócios em uma economia globalizada. Há ainda que se destacar a equidade como princípio fundamental na *lex mercatoria*, permitindo decisões com esse fundamento. Vale também destacar a horizontalidade e ausência de hierarquia desse sistema em relação ao direito nacional.¹⁶⁶ Usa-se uma heterarquia entre o centro e a periferia da produção normativa.¹⁶⁷ Além disso, ela representaria um acoplamento estrutural com processos econômicos globais, vale dizer, ela representaria boa parte das ligações essenciais entre o sistema jurídico e o sistema econômico. Trata-se, em suma, de um direito espontâneo, não territorial, descentralizado e com pouco poder de coerção.¹⁶⁸

6.2 O caráter normativo da nova *lex mercatoria*

Definidas as características da *lex mercatoria*, vê-se claramente que se trata de um regime muito diferente do regime jurídico mais tradicional baseado em uma estrutura hierárquica, piramidal, centrada no Estado como

detentor do protagonismo da produção normativa. Diante disso, surgem questionamentos sobre a existência ou não de um caráter normativo nesse novo sistema. Nesse sentido, discute-se especialmente se é um regime autônomo que independe do direito nacional ou um regime cuja aplicabilidade é condicionada por sua recepção no direito nacional.

A visão positivista reconhece a origem supranacional da *lex mercatoria*, mas admite sua aplicação apenas a partir dos direitos nacionais.¹⁶⁹ Dentro dessa concepção, a existência de um sistema normativo autônomo sem o Estado seria um sonho e não uma realidade.¹⁷⁰ Um contrato sem vínculo a um ordenamento jurídico estatal seria um contrato sem coercibilidade.¹⁷¹ Nesse sentido, a *lex mercatoria* não representaria um sistema jurídico, mas normas profissionais, regras sociais, usos, costumes, obrigações contratuais, acordos entre organizações e dentro das organizações, ou até mesmo decisões arbitrais.¹⁷²

A imprecisão do conteúdo da *lex mercatoria* impediria o seu reconhecimento como um sistema jurídico autônomo.¹⁷³ Nessa perspectiva, ela seria aplicável aos negócios internacionais apenas se incorporada formalmente aos direitos nacionais, ou fosse transformada em costumes cuja aplicação fosse admitida pelos sistemas nacionais ou ainda se o Estado reconhecesse a sua aplicabilidade por intermédio de normas nacionais.¹⁷⁴ Tal concepção nega a própria ideia de um pluralismo jurídico vinculando aos estados nacionais, mesmo no atual estágio, a centralidade nas questões de aplicação e criação do direito. A pouca coercibilidade e a ausência de sanções são apontadas como argumentos que reforçam a necessidade do recurso aos direitos nacionais.

¹⁶⁴ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción: Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. v. 1. p. 136, tradução livre de “*es una proposición jurídica o un conjunto de proposiciones jurídicas, dictada y publicada por los órganos del Estado competentes conforme la Constitución*”.

¹⁶⁵GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 73.

¹⁶⁶FERRARESE, Maria Rosaria. La “glocalizzazione” del diritto: una trama di cambiamenti giuridici. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 31.

¹⁶⁷TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005, p. 22.

¹⁶⁸DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 101.

¹⁶⁹WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999, p. 161.

¹⁷⁰MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

¹⁷¹HIGHET, Keith. The enigma of the *lex mercatoria*. *Tulane Law Review*, New Orleans, v.63, n. 1, p. 615, . 1989.

¹⁷²DELAUME, Georges R., Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the myth of the *Lex Mercatoria*, *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 63, n. 1, p. 575, . 1989,

¹⁷³WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999. p. 170.

¹⁷⁴MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.

De outro lado, uma visão chamada de autonomista, irá reconhecer na *lex mercatoria* um sistema não nacional, autônomo e autoprodutor de normas articuladas pela comunidade internacional para regular suas atividades. Ela faria parte do sistema jurídico global e seria composta por elementos jurídicos e nada mais.¹⁷⁵ Nessa visão, os direitos nacionais podem ter um papel complementar, mas não essencial para o reconhecimento da normatividade da *lex mercatoria*. Com tal concepção, busca-se uma nova ideia de direito fugindo das concepções mais tradicionais. Em outras palavras, a *lex mercatoria* rompe com o tabu da unidade entre o estado e o direito¹⁷⁶ e não seria o único exemplo desse tipo, havendo também a chamada *lex sportiva internationalis*.¹⁷⁷

Ela advém das necessidades das atividades dos operadores econômicos e de processos que não têm necessariamente uma natureza política.¹⁷⁸ Trata-se de um direito particular caracterizado pela unidade do mercado, sendo independente de qualquer unidade política. A mediação política do direito tradicional é substituída pela mediação cultural dos juristas¹⁷⁹ e pela mediação econômica dos agentes do mercado. A integração das economias nacionais na economia global está diretamente ligada a novas fontes de produção normativa¹⁸⁰ afastadas no Estado e, por conseguinte, da política. O pluralismo jurídico se desenvolve com cada vez mais força diante dessa nova realidade mundial.

Essa nova visão, a nosso ver acertada, afasta a concepção tradicional, na qual se recorria exclusivamente a um código binário (direito e não direito), fundado nos elementos característicos do sistema tradicional. O que há é um novo sistema com vigência global e não nacional, que delimita e separa a *lex mercatoria* dos fenômenos jurídicos nacionais e interestatais.¹⁸¹ Existem regras de conduta, usos e princípios gerais, que são respeitadas por seus destinatários, existem julgadores que aplicam essas regras e existem meios de pressão para cumpri-las, logo, estamos diante de uma ordem jurídica¹⁸².

No que tange a sua pouca coercibilidade, tem-se entendido que há uma mudança na caracterização do Direito, passando a sanção a ocupar um papel secundário. A ausência de sanção não pode significar a ausência de efetividade,¹⁸³ na medida em que há outros mecanismos que dão efetividade a essas normas, como a pressão dos atores do mercado e a própria perspectiva de uso em benefício próprio desse novo sistema. Outrossim, na verdade, não se trata de um direito indeterminado, mas sim de um direito flexível, mutável, adaptável às exigências do mercado, mas perfeitamente determinado no tempo.¹⁸⁴

Por outro lado, a exigência de internalização da *lex mercatoria* tiraria muito da sua utilidade, uma vez que isso iria contra sua principal vantagem, a capacidade de adaptação rápida às necessidades do mercado. O que permitiu seu reerguimento foi justamente a insuficiência das normas nacionais e mesmos das normas interestatais que não tinham a flexibilidade necessária para atender às exigências do mercado. Este precisa do direito para funcionar, mas de um direito concebido como um instrumento compatível com esse modelo, um direito a serviço do mercado.¹⁸⁵ A ideia de um darwinismo jurídico é perfeitamente

¹⁷⁵TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 27; GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du droit et lex mercatoria*. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 230, jul./ set. 2009.

¹⁷⁶TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 12.

¹⁷⁷TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 21.

¹⁷⁸FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 13.

¹⁷⁹GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010. p. 286.

¹⁸⁰JARAMILLO-VARGAS, Jorge. *Lex mercatoria: a flexible tool to meet transnational trade law needs today*. *REVISTA e - Mercatoria*, Bogotá, v. 1, n. 2, p. 6, 2002.

¹⁸¹TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 13.

¹⁸²PELLET, Alain. La *lex mercatoria* "tiers ordre juridique" remarques ingénues d'un internationaliste de droit public. In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud. *Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 20ème siècle*. Paris: Litec, 2000. p. 72-73.

¹⁸³OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002. p. 113.

¹⁸⁴GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 61.

¹⁸⁵DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 97-98.

aplicável a essa nova realidade normativa, porquanto se está diante de um sistema normativo que é capaz de evoluir e que tem suas regras estabelecidas de acordo com as necessidades dos participantes desse jogo jurídico.

A criatividade dos agentes econômicos faz com que todo dia surjam novos contratos, novas relações jurídicas. Essa variabilidade e essa contínua expansão exigem instrumentos mais flexíveis e mais ágeis de disciplina, os quais não conseguem ser operacionalizados dentro da estrutura dos Estados. Não só a burocracia tradicional dos aparatos estatais, mas a própria incapacidade das estruturas estatais de acompanhar a velocidade do mercado torna a atuação estatal muito difícil nessas matérias. Ademais, o poder de influência dos agentes econômicos é cada vez maior, permitindo que eles exijam normas que atendam às suas necessidades não apenas na esfera local, mas em escala global. Não se pretende aqui, porém, dizer que os Estados nacionais deixarão de existir, mas apenas que eles não são mais capazes de cumprir certas funções. Assim como a inexistência de um poder centralizado forte permitiu o surgimento da antiga *lex mercatoria*, como sistema normativo autônomo e privado, o atual enfraquecimento dos Estados diante da realidade mundial permitirá o ressurgimento desse sistema.

Desse modo, fica claro que não se pode exigir a internalização da *lex mercatoria*, isto é, não se pode vincular essa novidade à atuação dos Estados. No longo prazo, não há dúvida de que poderá e deverá haver uma recepção e uma repolitização da *lex mercatoria* nos sistemas nacionais. É inegável que, em determinado momento, a unificação se dará por meio da atuação de agentes públicos e privados,¹⁸⁶ com prevalência dos últimos, uma vez que as características dessa nova *lex mercatoria* são mais facilmente utilizadas por eles. Porém, hoje ela ainda representa um regime jurídico privado e autônomo em relação aos direitos nacionais. Trata-se de um direito feito mais de valores e princípios do que um direito de estruturas e regras casuísticas.¹⁸⁷

7 Aplicabilidade da nova *lex mercatoria*

Definidos o conceito e as características da nova *lex mercatoria*, bem como seu caráter normativo, é essencial analisar o seu campo de aplicabilidade. Pelas próprias características destacadas, é fácil concluir que ela “tem sua jurisdição sobre mercados, comunidades profissionais e cadeias produtivas”¹⁸⁸ e não sobre territórios. Em outras palavras, sua aplicabilidade é definida pela matéria e pelos sujeitos e não pelo território de realização dos negócios. Nessa perspectiva, a nova *lex mercatoria* destina-se à disciplina dos negócios internacionais do comércio, nos quais se tem boa parte da atividade econômica transfronteiriça travada na economia globalizada.

Essa aplicação se justifica pelos interesses dos próprios agentes econômicos, uma vez que a nova *lex mercatoria* está baseada em princípios gerais que permitem uma rápida adaptação às mudanças da sociedade. Trata-se de uma área do direito que cresce e se transforma em correspondência com as transações econômicas globais¹⁸⁹ e, por isso, deve ser aplicada aos contratos internacionais. Pode-se falar aqui, mais uma vez, que darwinismo jurídico, uma vez que há uma adaptação ao ambiente econômico das normas, integra esse regime jurídico.¹⁹⁰ Neste ponto, vale a pena ressaltar que a *lex mercatoria* é capaz de fornecer bases suficientes para as decisões das controvérsias sobre negócios internacionais sem precisar recorrer aos direitos nacionais.¹⁹¹

7.1 Aplicação da *lex mercatoria* na arbitragem

Além dessa flexibilidade, a aplicação da *lex mercatoria* também deve se dar de forma ágil, porquanto os agentes econômicos precisam de celeridade para a condução de seus negócios. Nesta perspectiva, a arbitragem comercial internacional é o campo mais propício para a solução dos litígios inerentes à sua seara de aplicação. A nova *lex mercatoria* se difundiu em razão da difusão internacional das práticas que ela reconhece como legí-

¹⁸⁶CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority*. London: Cambridge University Press, 2003. p. 191-207.

¹⁸⁷TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 35.

¹⁸⁸FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

¹⁸⁹TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 15.

¹⁹⁰DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. p. 101.

¹⁹¹MERTENS, Hans Joachin. *Lex mercatoria: a self-applying system beyond national law?* In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 36.

timas no mundo dos negócios e pela jurisprudência das câmaras de arbitragem que reconheceram sua aplicação.¹⁹² Ademais, pode-se dizer que a arbitragem comercial privada é o campo mais propício para a criação de um sistema decisório que começa a construir uma hierarquia de normas e de organizações, baseada especialmente na reputação,¹⁹³ atuando em prol da unificação da disciplina das relações comerciais internacionais sem a atuação do Estado. Em outras palavras, é na arbitragem que se pode buscar a comprovação de que existe um fenômeno de internacionalização do direito, mais especificamente de unificação de certos ramos do direito como o direito do comércio internacional.

A arbitragem, em geral, pode ser conceituada como a “instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou direito público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”.¹⁹⁴ Em outras palavras, a arbitragem “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.¹⁹⁵ Qualquer que seja o conceito adotado, é certo que a arbitragem representa, em última análise, uma forma alternativa de solução de conflitos, na qual predomina a autonomia da vontade. Dentro da arbitragem, surgem novas questões sobre a aplicabilidade da *lex mercatoria* como direito a ser usado pelos árbitros para a solução da controvérsia.

7.1.1 Escolha das partes

Pelo papel preponderante da vontade das partes, é natural que se reconheça sua aplicação quando as partes assim definirem, isto é, no regime da arbitragem as partes naturalmente têm a condição de definir qual o direito

aplicável a seu contrato.¹⁹⁶ Assim, a *lex mercatoria* será aplicada quando o contrato expressa que será regido por “normas gerais de direito” ou pela “*lex mercatoria*”, ou, se as partes não definiram o direito aplicável ou ainda se houver uma necessidade de complementar as outras normas internacionais uniformes, como a United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods – CISG (Convenção das Nações Unidas para contratos de venda internacional de mercadorias).

O Supremo Tribunal de Justiça português reconheceu expressamente também que: “Se validamente convenionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio ‘rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional’, sendo permitido que as partes remetam para um Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para ‘princípios gerais’ ou para a equidade; – Havendo convenção arbitral válida a questão que pode colocar-se é de competência convencional dela derivada e seus efeitos e não de competência jurisdicional, por aplicação ou não do princípio da coincidência”.¹⁹⁷

A questão, porém, se torna mais complexa quando existem regras nacionais cogentes que dão outra solução à matéria. Neste caso, resta saber se a vontade das partes pode afastar a aplicação dessas normas nacionais e determinar a aplicação da *lex mercatoria* em detrimento dos direitos nacionais. Há quem sustente que, nesse caso, a aplicação seria possível desde que não contrariasse normas cogentes de direito nacional. De outro lado, há quem sustenta a prevalência da escolha da vontade das partes.

A questão, porém, não é tão simples. A propósito, vejamos o exemplo da aplicação da *lex mercatoria* às controvérsias sobre o contrato de crédito documentário, em *leading cases* divergentes proferidos pelo judiciário dos Estados Unidos.

No âmbito dos negócios internacionais, o contrato de crédito documentário é um contrato extremamente

¹⁹² GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 58-59.

¹⁹³ TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della *lex mercatoria*. In: TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 31.

¹⁹⁴ STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 17.

¹⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43.

¹⁹⁶ MELKOMIAN, Gayaneh Melkom. Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts. *International Business Law*, CMPL 604, Research Essay, Winter 2010, Disponível em: http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf. Acesso em 20 jun. 2010.

¹⁹⁷ STJ – Processo 05A2507, Relator Alves Velho, julgado em 15/03/2005.

importante. Ele pode ser definido como “todo acordo pelo qual o Banco (chamado emissor), a requerimento e de conformidade com as instruções de seu cliente (ordenante) se compromete a efetuar o pagamento a um terceiro (beneficiário) contra a entrega de documentos representativos das mercadorias objeto da operação concluída entre um e outro”.¹⁹⁸ Em outras palavras, pode-se dizer que o crédito documentário é a “operação pela qual o banco, de acordo com instruções do comprador de uma mercadoria, se compromete a pagar, por este, ao terceiro vendedor, contra a entrega dos documentos, o respectivo preço”.¹⁹⁹

Em suma, por meio desse contrato, são operacionalizadas compras a distância, especialmente aquelas internacionais. Em primeiro lugar, é feito o contrato de compra e venda, que se aperfeiçoa com mero consentimento das partes. O comprador então se socorre de um banco, abrindo um crédito ou fazendo um depósito. Esse banco, diante do depósito ou da abertura do crédito, emite uma carta de crédito que corresponde a uma promessa de pagamento, de aceitação ou de negociação. A carta é entregue ao beneficiário ou ele é avisado da carta (confirmação do crédito). Apresentados os documentos, há o pagamento da compra pelo banco diretamente ou por meio de um correspondente.

Não há uma disciplina específica para tal contrato, sendo sua disciplina feita pelos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP), divulgados pela Câmara Internacional de Comércio, exemplo clássico da *lex mercatoria*. Especificamente no âmbito dos Estados Unidos, a aplicação desses usos e costumes foi posta em discussão em face da seção 1-301(c) (2) of the *Uniform Commercial Code* (UCC), que afirma que “um acordo entre as partes para uma transação internacional, que algum ou todos os seus direitos e obrigações devem ser determinados pela legislação deste Estado ou de outro Estado é eficaz, se ou não a transação tem uma relação com o Estado ou país designado”. Como tal dispositivo se referia a “Estado”, surgiram controvérsias sobre a possibilidade de aplicação de um direito privado a esses contratos.

A respeito da aplicação dessa regra, um exemplo significativo foi o *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa*

Nacional de Comercialización de Insumos, no qual o Tribunal do 9º Circuito dos Estados Unidos recusou o pedido de aplicação dos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP), embora o contrato tenha expressamente declarado que o contrato estava sujeito aos Costumes Uniformes e práticas do Crédito Documentário (UCP) divulgados pela Câmara de Comércio Internacional. O Tribunal afirmou que um estado “é definido como unidade territorial com um conjunto distinto de Direito” e com base nessa definição considerou que a UCP não era a “lei de uma jurisdição estrangeira, mas sim ... um compêndio de práticas comerciais, publicado pela Câmara de Comércio Internacional”.²⁰⁰ Assim, a escolha da norma aplicável “não impede a aplicação do Código Comercial da Califórnia”. Por esta razão, o Tribunal recusou-se a ordenar o pagamento de uma carta de crédito, o que não ocorreria com base na UCP.

Também nos Estados Unidos, o Tribunal do segundo circuito concluiu, na mesma matéria, que “A UCP goza de um status único. Embora não seja lei, a UCP se aplica a maioria das cartas de crédito (incluindo as que estão em causa neste caso), porque em geral os emitentes as incorporam em seus créditos”.²⁰¹ Neste julgado, deu-se prevalência a *lex mercatoria*, na medida em que havia sido escolhida pelas partes. A nosso ver, a razão está nesta última decisão dada a completude e a utilidade da aplicação da *lex mercatoria* para a própria promoção dos negócios internacionais. Isto porque ela representa a melhor disciplina das relações travadas no comércio internacional e possui um caráter normativo que permite que os árbitros lhe deem a qualidade de direito aplicável à solução de um litígio. A própria formação da *lex mercatoria* pela atuação dos agentes do mercado, a credenciação como um instrumento legítimo de disciplina do comércio internacional. A ausência da atuação dos Estados, enquanto fontes desse direito, não lhe retira o caráter normativo, nem torna sua observância facultativa.

7.1.2 Aplicação da *lex mercatoria* por escolha dos árbitros

Outra situação é aquela na qual as partes não definem a lei aplicável à controvérsia, cabendo ao árbitro essa escolha, com uma boa margem de discricionariedade.

¹⁹⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2001. p. 210.

¹⁹⁹ ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169-170.

²⁰⁰ *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercialización de Insumos* 829 F2d 949

²⁰¹ *Alaska Textile Co Inc v. Chase Manhattan Bank Na* 982 F2d 813

Nesse caso, a própria natureza da matéria pode permitir que os árbitros utilizem a *lex mercatoria* como razão de decidir. Trata-se de conjunto de regras amplamente favorável ao tráfico jurídico e, em geral, traz as melhores soluções, em razão do seu próprio modo de produção. Sua neutralidade e flexibilidade permitem a sua utilização sem maiores dificuldades. Ademais, a dificuldade de optar pela direito nacional de qualquer das partes envolvidas costuma ser determinante na decisão pelos árbitros.

Um exemplo bem ilustrativo envolve um contrato internacional de agência, isto é, um contrato internacional no qual “uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada” (CC – art. 710). O caso em questão foi submetido à Câmara de Comércio de Paris e envolvia um agente austríaco e um proponente egípcio,²⁰² por meio do qual o primeiro intermediaria negócios para o último em quatro países e teria direito a uma remuneração equivalente a 5,5% do valor de cada contrato celebrado.

Um dos contratos celebrados com o Estado X foi anulado posteriormente, mas havia sido feito um pagamento parcial desse contrato. Em razão desse pagamento parcial, o agente austríaco pleiteou o pagamento da sua comissão sobre o montante recebido. De outro lado, o proponente egípcio alegava a desnecessidade desse pagamento em razão da anulação do contrato diante da omissão contrato. Submetida a questão à arbitragem, discutiu-se o direito aplicável ao referido das partes e

Na decisão, os árbitros decidiram pela aplicação da *lex mercatoria*, na medida em que ela representa um conjunto de regras do comércio internacional desenvolvidas pela praxe empresarial e aplicadas pelos tribunais nacionais. A partir disso, afastou-se a aplicação da regra imperativa do Estado X que impede a atuação de agentes ou representantes estrangeiros. Essa decisão ilustra a importância que a *lex mercatoria* vem tendo na prática dos negócios internacionais, inclusive em detrimento de normas nacionais imperativas.

Outro caso ilustrativo seria o caso *Primary Coal Inc. v. Companhia Valenciana de Cimentos Portland*,²⁰³ no qual a questão era justamente saber se a *Lex mercatoria* seria ou não direito com validade transnacional.

Neste caso, a sociedade americana *Primary Coal* comprometeu-se a entregar, durante 3 anos, à sociedade espanhola *Valenciana de Cimentos Portland* certas quantidades de carvão a um preço a fixar de 6 meses em 6 meses. No referido contrato, havia uma cláusula compromissória que o direito aplicável não indicado pelas partes será determinado por uma sentença parcial. Diante de uma demanda, o árbitro decidiu que o litígio é regulado de acordo com os usos do comércio internacional (*lex mercatoria*). Diante dessa decisão, a *Companhia Valenciana* ajuizou uma ação anulatória da sentença arbitral proferida pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, alegando que o árbitro não havia escolhido corretamente a lei aplicável ao conflito à luz das regras do direito internacional privado.

A Corte de Cassação Francesa tinha que decidir justamente se a *lex mercatoria* poderia prevalecer sobre as regras tradicionais de direito internacional privado. Neste caso, ela reconheceu a validade e aplicação dessas regras não estatais para solução de uma controvérsia sobre um contrato no qual as partes não definiram o direito aplicável. No sistema italiano, também foi reconhecido o caráter originário da *lex mercatoria* que encontra fundamento de validade em si mesma e deve ser aplicada nos contratos internacionais, mesmo que contrariando regras de direito nacional.²⁰⁴

Pelo papel preponderante da vontade das partes nesse procedimento de solução de controvérsias, é natural que a escolha dos árbitros não possa ser feita a intenção das partes. Assim, a princípio, tal escolha será possível no silêncio das partes e na ausência de prejuízo para a intenção delas. Entretanto, nos casos em que o atendimento à vontade das partes seja impossível ou mesmo quando a atuação das partes contraria regras imperativas de direito internacional, a escolha dos árbitros poderá ir contra a vontade das partes. Trata-se de situação excepcional que só pode ser aplicada em casos extremos.

²⁰²Decisão no caso 9246 de março de 1996 da Câmara de Arbitragem de Paris Yearbook Commercial Arbitration, 1997. v. 22.

²⁰³Compañia Valenciana de Cimentos Portland S.A. v. Primary Coal Inc., Cour de Cassation (October 22, 1991)

²⁰⁴GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 62.

7.2 Aplicação da *lex mercatoria* pelos tribunais nacionais

A arbitragem nem sempre poderá utilizada, uma vez que ela depende da vontade expressa das partes no sentido da submissão de eventual conflito a essa forma de solução de controvérsias. Nessa impossibilidade, a resolução da controvérsia deve ser submetida aos tribunais nacionais, cuja possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* ainda é mais discutível. Pela vinculação dos tribunais nacionais a um ordenamento nacional, há quem afaste completamente a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* nessa seara, mesmo se escolhida pelas partes. De outro lado, há quem sustente a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* apenas em caráter suplementar ou pela escolha das partes e desde que não exista contrariedade a normas cogentes de direito nacional.²⁰⁵

A nosso ver, a ausência de hierarquia entre a *lex mercatoria* e os direitos nacionais permite que ela seja aplicada pelos tribunais nacionais. Naturalmente, tal aplicação não será possível se as partes escolheram um direito nacional para reger a matéria. Todavia, se as partes escolheram a *lex mercatoria* como disciplina da sua relação jurídica, essa opção deve ser prestigiada, ainda que contrarie normas nacionais, caso se trate de um contrato internacional do comércio. Outrossim, no silêncio das partes, a eventual aplicação da *lex mercatoria* pode ser o único ou ao menos o melhor caminho de interpretação de um contrato internacional submetido a jurisdições nacionais. Portanto, mesmo nos tribunais nacionais, a *lex mercatoria* pode ser aplicada como um regime jurídico autônomo aos contratos internacionais do comércio.

8 Considerações finais

A *lex mercatoria* é, portanto, um regime jurídico autônomo aplicável aos negócios jurídicos do comércio internacional, tanto na arbitragem quanto por meio dos juízes nacionais. O ressurgimento dessa *lex mercatoria* é determinado especialmente pelo enfraquecimento e pela perda de protagonismo dos estados nacionais, fatos que lhe retiram o protagonismo da produção normativa. A

queda desse protagonismo faz surgir novos sujeitos relacionados à produção normativa e, neste particular, os agentes econômicos tem poder suficiente para fazer valer seus interesses em escala global.

O catalisador dessas mudanças foi indubitavelmente a globalização econômica que, independentemente dos problemas que traz consigo, é realidade que impacta a sociedade, os estados nacionais e o próprio direito. A atual realidade social e econômica não pode se conformar com regras exclusivamente nacionais, pois os fluxos de informações, pessoas, capitais e mercadorias romperam com as fronteiras dos antigos estados nacionais. Um direito exclusivamente nacional é um direito parcial, vale dizer, são essenciais regras internacionais.

Há, portanto, a necessidade de uma internacionalização do direito, ainda que em fragmento e em tempos diferenciados. Especificamente para o mercado global, essa internacionalidade exige alguma unificação e, por isso, ressurgiu a *lex mercatoria*. Estamos diante de um direito uniforme, transnacional, produzido pelos agentes econômicos, sem hierarquia em relação aos direitos nacionais dotado de flexibilidade e apto a atender às exigências do mercado. Apesar de eventuais críticas, a nova realidade mundial forjada pela globalização econômica é a responsável pelo surgimento desse tipo de direito, cuja aplicação representa o triunfo de um pluralismo jurídico inerente à complexidade das relações que se instauram na órbita econômica.

Referências

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1.

ALAGNA, Sergio. *Mercato globale e diritto dell'impresa*. Pádova: CEDAM, 2009.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Brasil e o multilateralismo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ARNOLD, Rainer. Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti dela globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi dela globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 3-5.

²⁰⁵ SYMEONIDES, Symeon C. *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn't* (November 19, 2006). Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=946007>>. Acesso em: 15 set. 2010.

- ASCARELLI, Túlio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Nicoló. *Diritto commerciale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- BACKER, Larry Catá. Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance: an introduction and analysis. In: BACKER, Larry Catá (Ed.). *Harmonizing Law in an Era of Globalization – Convergence, Divergence and Resistance*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 3-26.
- BARNES, Wayne R. Contemplating a civil law paradigm for a future international commercial code. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 65, n. 2, p. 678-774, 2005.
- BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. *Universalism and particularism as paradigms of international law*. New York: IILJ Working Paper, 2008.
- BOISTER, Neil. Transnational criminal law? *European Journal of International Law*, v. 14, Issue 5, p. 953-976, nov. 2003.
- BONAGLIA, Federico; GOLDSTEIN, Andrea. *Globalizzazione e sviluppo*. 2. ed. Bologna: Il mulino, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.
- CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *Diritto globale*. Milano: Giuffrè, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CLARK, Ian. *Globalization and international relations theory*. New York: Oxford, 1999.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2001.
- CUTLER, A. Claire. *Private power and global authority*. London: Cambridge University Press, 2003.
- DEL VECCHIO, Angela. Globalization and its effect on international courts and tribunals. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* Boston, v. 5, n.1, p. 1-11, 2006.
- DELAUME, Georges R. Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *Lex Mercatoria*, *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 63, n. 1, p. 575-611, 1989.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*. Torino: Giappichelli, 2003.
- DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción: Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. v. 1.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZIO, Silvia. *The harmonization of international commercial law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.
- FRANSCESCHELLI, Remo. *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1970.

- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990.
- GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il mulino, 2010.
- GOLDMAN, Berthold. Frontieres du droit et lex mercatoria. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 211-230, jul./set. 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HIGHET, Keith. The enigma of the *lex mercatoria*. *Tulane Law Review*, New Orleans, v.63, n. 1, p. 613-628, 1989.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914 – 1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IUDICA, Giovanni. Law & globalization. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo, ano 13, n. 47, p. 173-199, jan./mar. 2010.
- JARAMILLO-VARGAS, Jorge. Lex mercatoria: a flexible tool to meet transnational trade law needs today. *Revista e – Mercatoria*, Bogotá, v. 1, n. 2, p. 1-18, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción por Fernando de Los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- JIMÉNEZ, Carlos Forero. Causas y consecuencias de La aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*. Universidad de los Andes. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 38, jun. 2007.
- KIRBY, Michael. Internationalising Law: a new frontier for Law and Justice. *Law in Context*, Sidney, v. 25, Issue 1, p. 11-24, 2007.
- LE GOFF, Pierrick. Global Law: A Legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n.1, p. 119-145, Spring 2007.
- LEO, Walter N. de *Derecho de los negocios en el comercio*. Buenos Aires: Universidad, 1999.
- LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: RT, 2003.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- MARÓN, José Manuel Peáez. *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2000.
- MELKOMIAN, Gayaneh Melkom. Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts. *International Business Law*, CMPL 604, Research Essay, Winter 2010, Disponível em: http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf. Acesso em 20 jun. 2010.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.
- MERTENS, Hans Joachin. Lex mercatoria: a self-applying system beyond national law? In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 31-43.
- MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 14, n. 2, p. 447-468, Summer 2007.
- MITCHELL, William. *An essay on the early history of the law Merchant*. London: Cambridge University Press, 1904.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 2002.
- OST, François. Mundialización, globalización y universalización: abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaliza. *Anuario de derechos humanos*, Madrid, n. 3, 2002.
- OST, François; KERCHOVE, Michel var de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Saint-Louis, 2002.
- PELLET, Alain. La *lex mercatoria* “tiers ordre juridique” remarques ingenuas d’um internatinaliste de droit public. In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud. *Souverainete etatique et marches internationaux a la fin du 20ème siècle*. Paris: Litec, 2000. p. 53-74.

- PETRELLA, Ricardo. Globalization and internationalization: the dynamics of the emerging world order. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Ed.). *States against markets*. London: Routledge, 1996.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 9. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- REINHARD, Yves e CHAZAL, Jean-Pascal. *Droit commercial*. 6. ed. Paris: Litec, 2001.
- ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 45-77.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROTH, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SOTO, Ricardo Alonso. Globalización y derecho comercial. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Internacionalização do direito no novo século*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. New York, Penguin, 2002.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SYMEONIDES, Symeon C., *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn't* (November 19, 2006). Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=946007>>. Acesso em: 15 set. 2010.
- STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: Ltr, 1998.
- TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2003/2004.
- TEUBNER, G. The anonymous matrix. Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. *The Modern Law Review*, V. 69, p. 327-346, 2006.
- TEUBNER, G. 'Global Bukowina': Legal pluralism in the world society. In: _____. (Ed.). *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1996. p. 7.
- TEUBNER, G. Breaking Frames: la globalizzazione economia e l'emergere della lex mercatoria. In: _____. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando, 2005. p. 17-39.
- VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950. v. 1.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. In: AMATO, Cristina; PONZANELLI, Giulio (a cura di). *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2006.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *The Modern World System*. New York: Academic Press, 1974.
- WIENER, Jarrod. *Globalization and the harmonization of Law*. New York: Pinter, 1999.
- ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. *European Law Journal*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 400-432, sept. 2002.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A justiça de transição:
ápice da internacionalização
do direito?

*Is transitional justice the
most advanced stage of
internationalization of
Law?*

Christiani Amaral Buani

A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito?*

Is transitional justice the most advanced stage of internationalization of Law?

Christiani Amaral Buani¹

Resumo

O artigo trabalha a justiça de transição como possível ápice da internacionalização do direito e as possibilidades de integração dos processos que constituem esse fenômeno, em especial, com relação à reconstrução de Estados e à globalização. Esses processos interligam-se e influenciam-se mutuamente e suas interações contribuem para o melhor entendimento da dinâmica internacional e o desenvolvimento do direito internacional como um todo. O texto integrará análises dos processos de reconstrução de Estado que têm se tornado muito frequentes no cenário internacional, como forma de construção da paz e da estabilidade para países que sofreram conflitos armados – e a justiça de transição, como um instrumento jurídico para apoiar uma reconstrução mais pacífica e mais duradoura, na busca de reconciliar desavenças e conflitos passados, de criar ou fortalecer instituições judiciais e políticas para o Estado afetado e de elaborar legislações que reflitam a realidade nacional. A globalização também será estudada, pois constitui o ambiente no qual os processos de internacionalização do direito se disseminam e se constroem e influenciam a reconstrução de Estados, com a montagem da transição.

Palavras-chave: Justiça de transição. Reconstrução de Estados. Internacionalização do direito. Globalização

Abstract

The article deals with transitional justice as a possible advanced stage of internationalization of law process and the possibilities for integrating process that integrates this phenomenon, especially in terms of statebuilding and globalization. These processes are connected and influence each other reciprocally. Their interactions contribute to a better understanding of the international dynamic and to development of international law. The text integrates the analyzes of statebuilding process, which had become very frequent in the international arena as a strategy to build peace and stability in post-conflict countries, and transitional justice, which represents a legal instrument to support a more pacific and sustainable state reconstruction, in the search to reconcile past struggles and conflicts, to create or strengthen juridical and legal institution to the State and to elaborate legislations, which are able to reflect national realities. Globalization is also present at the article because it is the environment where all the internationalization of law takes place, spread, is built and influences the state building process, with the transition framework.

Keywords: Transitional justice. Ttate building. Internationalization of law. Globalization

* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em: 25/01/2013

¹ Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB, Brasília e pela Université d'Orléans, mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB (Centro Universitário de Brasília) e Mestre em Direito Internacional, pela Universidade de Paris II, Panthéon-Sorbonne. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2006), graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília (2003) e graduação em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2004). Tem experiência na área de Ciência Política, Relações Internacionais, Direito Internacional Público - direitos humanos, direito humanitário, direito de segurança e defesa internacional, justiça transicional. Atualmente, trabalha no Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas, no Centro de Excelência contra a Fome. Email: chris.buani@gmail.com

1 Introdução

Os processos de reconstrução de Estado têm se tornado muito frequentes nas dinâmicas do cenário internacional, como forma de construção da paz e da estabilidade para países que sofreram conflitos armados. A justiça de transição representa um instrumento jurídico para apoiar uma reconstrução mais pacífica e mais duradoura, na busca de reconciliar desavenças e conflitos passados, de criar ou fortalecer instituições judiciais e políticas para o Estado afetado e de elaborar legislações que reflitam a realidade nacional. As influências da globalização, com os processos de internacionalização do direito, contribuem para que o ambiente jurídico da formação e do fortalecimento do Estado em reconstrução seja mais suscetível a receber essas influências externas, o que também pode resultar em transplante de estruturas legais invés de adaptações aos padrões nacionais. As organizações internacionais deveriam funcionar, nesse sentido, como filtros dessas influências externas frente à realidade nacional. O artigo discute se a justiça de transição pode ser entendida como o ápice da internacionalização do direito e quais as possibilidades de integração desses fenômenos.

A justiça de transição, como instrumento de reconstrução de Estado em sociedades de pós-conflito, pode gerar melhores resultados se incorporar os processos de internacionalização do direito, especialmente porque eles lhe conferem mais legitimidade. Um dos objetivos principais desse instrumento jurídico é auxiliar na reestruturação de um sistema legal que possa fornecer uma base sólida e consistente ao Estado, contribuindo para reiniciar o diálogo entre as populações, penalizar culpados, trabalhar passados dolorosos, ressentimentos e conflitos civis, militares e raciais.

A ideia é restabelecer uma nova relação entre os grupos atingidos, promover a estabilização do conflito e contribuir para a manutenção da paz e da segurança das populações. Nesse sentido, deve-se destacar que não há um direito único que sustenta esse instrumento jurídico e que a sua formação reflete, algumas vezes, a internacionalização de direitos diversos, que se misturam e se ajustam às diversas realidades locais, e em outros momentos, à busca de elementos em vários direitos para a construção de um novo direito local, puramente derivado de direitos estrangeiros e do direito internacional.

O processo da globalização, com a interação crescente dos atores globais, contribuiu para um novo tratamento do direito. A justiça internacionalizou-se com a proliferação de tribunais internacionais especializados, com a disseminação de fóruns discutindo a formação de um direito internacional para a sociedade global, com a necessidade de tratar a reconstrução de Estado após conflitos e o direito que caberia a cada uma das situações, com um intercâmbio mais desenvolvido entre as jurisprudências locais e internacionais e, portanto, como resultado, um maior diálogo entre os juízes. Assim, a justiça transnacionalizou-se como reflexo de uma ordem mundial marcada pela atuação de redes governamentais, horizontais e verticais, que aparecem como aspecto essencial da forma de atuação dos atores em diversos temas².

As redes governamentais advêm, principalmente, da percepção de que as agências domésticas estão aumentando seu alcance em suas atividades para o exterior, por meio da reorganização e cooperação mais próxima com as contrapartes estrangeiras. Essa realidade se observa frequentemente no âmbito da economia global, com as densas redes de ministros das finanças, que se organizam em grupos, como o G-8, G-20, para enfrentar as crises financeiras internacionais. Nesse contexto, diversos níveis do governo nacional se internacionalizam, estendem suas ações, abrem suas visões para o exterior, no intuito de se influenciar por ele, mas também de influenciar na base da troca da experiência e da cooperação em diversas áreas. Essas redes não se limitam somente ao nível do executivo de um governo, mas abrangem também o legislativo e o judiciário. Cada uma dessas redes tem objetivos e atividades específicos, dependendo da área da história; mas, em conjunto, elas possuem funções comuns. Elas expandem o alcance regulatório, permitindo aos agentes nacionais de governo manter suas organizações em vários aspectos, construindo confiança e estabelecendo relações entre os diversos participantes, que são condições essenciais da cooperação de longo prazo. Trocam-se informações constantes sobre as atividades e desenvolvem-se as bases das melhores práticas.³

² SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 2.

³ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 2.

Diante desse cenário jurídico diverso, a justiça de transição pode aparecer como o ápice da internacionalização do direito – momento em que as influências do direito internacional interagem de forma mais intensa com os pontos do direito interno, na medida em que o que será implantado para os estados poderá representar, na maioria das vezes, um transplante do sistema jurídico das potências mundiais do Ocidente. O filtro para que esse transplante não se verifique e que haja uma atenuação de possíveis imposições de modelos deveria ser a presença de organizações internacionais, que deveriam neutralizar essas influências e permitir ao país em reconstrução os ajustes necessários à justiça de transição, a fim de que se implemente, ao final, um sistema mais próximo da população, capaz de apresentar mecanismos de solução de conflitos que sejam reconhecidos pelos diversos grupos sociais e que auxiliem a reinstaurar instituições do sistema judiciário.

Fora do âmbito doméstico, a organização de um ordenamento jurídico sofre significativas restrições, pois o meio internacional envolve Estados soberanos, representados em organismos internacionais e discutindo a melhor forma de agir, e que tentam sobreviver frente a cenários complexos e de constantes tensões. Cada Estado participante do cenário internacional possui uma realidade jurídica diferente e concebe a si próprio também de forma particularizada. Nesse sentido, pensar a justiça de transição significa interagir com a natureza do Estado a ser reconstruído e com a questão sobre qual direito será a base dessa organização.

A justiça, sendo elemento constituinte do Estado, está sujeita a refletir as crenças, tradições e hábitos da população a qual se relaciona, de forma que o direito daí derivado não poderá desconsiderar essas influências. Um Estado fragilizado por conflitos, porém, pode ter dificuldades em externalizar essas características durante a transição, o que poderia facilitar a imposição de modelos jurídicos para a reconstrução. As Nações Unidas, com as missões de *state building*, têm tido a tarefa de evitar esses transplantes e prezar para que a transição ocorra de forma a evidenciar um modelo próprio de justiça, que seja apropriado pela população. Importante ressaltar, entretanto, que a capacidade das Nações Unidas de promover essa apropriação tem se mostrado muito limitada.

As Nações Unidas parecem estar em crise frente a um mundo que se transforma rapidamente e que apresen-

ta um processo de crises permanentes. Essa crise resultaria, principalmente, da incapacidade das Nações Unidas de aparecer como instituição capaz de mobilizar uma ação coletiva e de coordená-la. Talvez hoje haja necessidade de mudança de método para um mais radical, que sirva para alcançar as consequências políticas e jurídicas de crescente interdependência, de forma a ultrapassar a lógica interestatal rumo a uma concepção supraestatal, que representaria uma base de proteção do bem comum dos povos.⁴

Nesse sentido, qual direito estaria se estruturando na ótica da justiça de transição em sociedades de pós-conflito? Há uma tendência de formação de um direito comum para essas situações, que estaria mesmo sendo pensado no âmbito das organizações internacionais que deveriam promover a diversidade? Como trabalhar a legitimidade dessa justiça de transição se a população dela não se intera e as administrações internacionais apenas a implementam sem consultar as características da população? Como a internacionalização do direito poderia ser um ápice eficiente para contribuir para a construção de uma justiça de transição coerente com a realidade das populações? Essas questões apresentam-se essenciais para o tratamento da justiça de transição no mundo contemporâneo, mas confrontam padrões já estabelecidos de comportamento das organizações internacionais.

Esse artigo buscará discutir as indagações acima mencionadas, apresentando, inicialmente, as concepções sobre justiça de transição como instrumento jurídico de reconstrução de Estados. Em seguida, trabalhar-se-ão alguns elementos da globalização e as implicações no âmbito da internacionalização do direito que podem contribuir para a melhor compreensão da relação existente desse tema com a justiça de transição, especialmente a oposição entre pluralidade ordenada⁵ e unicidade no âmbito jurídico. Uma terceira parte consistirá em analisar a legitimidade dessa construção jurídica de transição no seio dessas sociedades em relação ao direito ou “mistura de direitos” que será utilizado como base.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Le Seuil, 2007. p.15.

⁵ O termo advém de “*pluralisme ordonné*”, da autora Delmas-Marty, do livro “*Le pluralisme ordonné*”. A autora trabalha a hipótese do pluralismo ordenado: manter uma separação, sem impor a fusão, e, portanto, construir algo como uma ordem ou um espaço ordenado, o que pode ser a resposta à complexidade jurídica do mundo. p. 26.

Apresentar novas propostas para que a justiça de transição realmente cumpra seu papel de forma mais eficiente na reconstrução de Estados, com a utilização coerente dos mecanismos oferecidos pela internacionalização do direito, é a quarta e última parte deste trabalho. A conclusão refletirá as percepções futuras para o assunto e as perspectivas que o tema ainda pode avançar no âmbito do direito internacional.

2 A justiça de transição como instrumento jurídico de reconstrução de estados

O estudo de como sociedades podem se reorganizar após situações de conflito apresenta-se como um dos temas mais complexos da atualidade. O Estado, com seus componentes de território, população e governo, é duramente posto à prova em situações de reconstrução de sociedades que foram destruídas após conflitos. O direito representa, nesse contexto, um dos instrumentos mais importantes para auxiliar na reestruturação do meio social, político e econômico dessas populações. Um dos mecanismos jurídicos para lidar com essas situações é a justiça de transição, que busca principalmente fornecer as bases necessárias para que se estabeleçam as estruturas judiciárias na formação ou fortalecimento do Estado.

A justiça de transição pode servir para construir as bases para a aplicação da lei – nacional ou internacional – ou para trazer à população atingida o sentimento de penalização dos culpados por meio da definição do bem em contraposição ao mal, sendo que esses conceitos devem refletir as características nacionais, e não o meio ou instituições internacionais que estejam se estabelecendo no território de pós-conflito. Esse instrumento jurídico apresenta um grupo de medidas que as sociedades empreendem para considerar formas de lidar com legados do disseminado ou sistemático abuso de direitos humanos, na medida em que eles se transformam em um período de conflito violento ou opressão em direção à paz, à democracia, à regra de direito e ao respeito aos direitos individuais e coletivos. Nessa transição, as sociedades devem confrontar o legado ou o passado para atingir um senso de justiça holístico para todos os cidadãos, para estabelecer ou renovar confiança civil, para reconciliar as pessoas e as comunidades, além de prevenir abusos futuros. Uma variedade de abordagens da justiça de transição

está disponível com intuito de ajudar sociedades feridas a começar de novo.⁶

Importante ressaltar que o que for construído durante o período de transição é fundamental para o ordenamento jurídico e a reconstrução do Estado resultante desse período. A base da justiça que comporá o novo Estado advirá da forma como esse processo for conduzido, e a estabilidade social também dependerá da maneira como foi pensada a inclusão dos diversos grupos na proposta de se conciliar conflitos passados em uma nova estrutura estatal. Dessa forma, deve-se pensar não só a construção ou o fortalecimento de um judiciário em termos de instituições ou legislações, mas também o sentido de justiça que se desenvolverá para a reconstrução do Estado, o que provavelmente emergirá das próprias relações sociais que forem se construindo na sociedade.

No pós-conflito, visa-se, com os meios da justiça de transição, recompor o Estado, com o objetivo de estabilizar a região ou o país. Essa busca pela transição pacífica indica um dos objetivos mais fundamentais no tratamento desse assunto. Em razão da sua relação direta com estabilidade, paz e defesa dos direitos humanos, a justiça transicional adquire papel essencial nas discussões do mundo contemporâneo. Esse instrumento jurídico desenvolve-se concomitantemente à relevância conferida aos direitos humanos e à promoção da democracia no plano internacional.

2.1 A justiça de transição e o desenvolvimento do tema dos direitos humanos no cenário internacional

Regimes de transição, ao contrário dos predecessores autocráticos e abusivos, comprometem-se normalmente com direitos humanos, democracia e regra de direito. Para serem eficientes nesse comprometimento, novos Estados devem buscar justiça para as vítimas e para aqueles que sofreram abusos e violências. A justiça de transição enfrenta a difícil questão: o que deve e pode ser feito para buscar justiça pelos erros do regime anterior de forma a se construir um futuro melhor para o Estado atingido?⁷ Essa questão reflete a importância do tema no desenvolvimento de instrumentos internacionais que

⁶ Disponível em: <www.ictj.org>. Acesso em: 20 nov. 2010.

⁷ GRAY, David Charles. *Philosophical dimensions of criminal trials in transitions to democracy*. Evanston: Northwestern University, 2004.

façam valer o objetivo maior de proteção dos direitos humanos dos povos.

Mais de 60 anos se passaram após a criação das Nações Unidas, e os direitos humanos e a democratização das sociedades representam um dos assuntos mais tratados, sendo relacionados com a área econômica, social, securitária e humanitária. Os direitos humanos são um tema transversal, base para a análise de todos os outros – o que pode fragilizar sua utilização como base de discurso –, especialmente em razão do papel mais significativo que tem sido conferido ao indivíduo no plano externo.

É nessa área que a evolução tem sido mais relevante, passando dos antagonismos e hipocrisias – durante os 30 anos de Guerra Fria – a um engajamento coletivo cada vez mais decidido, com a reafirmação da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. Desde então, com mais destaque, o engajamento em favor dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito encontra-se no centro do sistema, sendo constantemente evocado pelos Secretários-Gerais das Nações Unidas.⁸

Com o tratamento conferido aos direitos humanos no plano internacional, instrumentos jurídicos de reconstrução de Estado destacaram-se no cenário internacional, sendo a justiça de transição um dos mais representativos. Essa estratégia de reconstrução de Estados ocupa um espaço cada vez mais representativo, pois a ele relacionam-se muitos dos elementos que auxiliam a construir uma sociedade estável e pacífica, como as cortes de justiça e dos tribunais, que possuem um papel determinante na construção democrática. Nesse sentido, a reforma do poder judiciário pode representar um ponto inicial significativo, com a modernização da estrutura, da organização, do exercício desse poder, em consonância com a Constituição.⁹ Isso não se deve limitar à reforma do Judiciário e deve abranger todas as estruturas institucionais do Estado em reconstrução.

A democracia relaciona-se à construção de um Estado de direito, noção que se situa no centro das relações

complexas e tumultuosas entre o jurídico e o político. Assim, o poder político deve aceitar se definir e se limitar em relação ao direito. Essa é a condição para que o Estado de direito possa se concretizar e encarnar, proteger e realizar os valores fundamentais de toda sociedade democrática. Enquanto que, em um regime totalitário, o direito está subordinado à razão de Estado, um regime democrático estrutura-se sobre o direito e o respeito aos direitos humanos.¹⁰ Diversidade de expressões da vontade popular é outra característica essencial nos regimes democráticos. Justiça de transição liga-se à promoção da democracia, assunto que se encontra no topo da agenda internacional, o que decorre principalmente da relação estreita que esse sistema político possui com o funcionamento da justiça, especialmente no que concerne à separação dos poderes.

2.2 Histórico da justiça de transição

A reconstrução de Estados tem sido uma das grandes preocupações das Nações Unidas. Isso advém da percepção de que a instabilidade local, regional ou nacional não se isola do contexto mundial, e a interferência de um conflito pode espalhar-se internacionalmente e atingir toda a comunidade internacional. A interdependência dos países conheceu um grande crescimento no período posterior à Segunda Guerra Mundial, baseada na ideia de estabelecer mecanismos de coordenação dos países como uma de suas principais intenções, especialmente na área de segurança. A cooperação destacou-se como forma de ação capaz de causar forte impacto no sistema de segurança, ao procurar enfatizar o direito como forma de manutenção da ordem e estabilidade nas relações entre os atores. A justiça de transição reflete também essa realidade e dificilmente pode ser entendida fora desse contexto global.

Nas organizações internacionais, o número de organismos que lidam com os aspectos da reconstrução de Estados aumenta constantemente, simultaneamente ao número de organizações não governamentais envolvidas nos processos em várias regiões do mundo. Nas Nações Unidas, o tema aparece frequentemente nas discussões do Conselho de Segurança, órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional,

⁸ DECAUX, Emmanuel (Org.). *Les Nations Unies et les droits de l'homme : enjeux et défis d'une réforme*. Paris: Éditions Pedone, 2006. p. 5.

⁹ DEMO-DROIT. Les systèmes judiciaires dans une période de transition. In: REUNION MULTILATERALE ORGANISEE PAR LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA COUR SUPREME DE L'HONGRIE, 3. Budapeste, 25-27 octobre 1995. *Themis...* Budapeste: Éditions du Conseil de l'Europe, 1995. p. 7.

¹⁰ DEMO-DROIT. Les systèmes judiciaires dans une période de transition. In: REUNION MULTILATERALE ORGANISEE PAR LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA COUR SUPREME DE L'HONGRIE, 3. Budapeste, 25-27 octobre 1995. *Themis...* Budapeste: Éditions du Conseil de l'Europe, 1995. p. 19.

em razão de sua relação com a estabilidade de uma região ou de um país.

O tema envolve vários mecanismos jurídicos que contribuem para a estabilização da sociedade pós-conflito, acalmando as rivalidades e propondo soluções de reconciliação, que, normalmente, incluem a criação de Comissões de Verdade, Justiça e Reconciliação – a mais conhecida é a da África do Sul, que foi presidida pelo arcebispo Desmond Tutu.¹¹ Essas Comissões costumam funcionar com base na concessão de anistia (total ou parcial) em troca de depoimentos e informações. Apesar do argumento moral de punir, que pode parecer meio abstrato, várias alternativas de punição podem expressar a mensagem normativa de transformação política e regra de direito (*rule of law*), com o objetivo de promover a democracia.¹² A justiça de transição é utilizada em vários países africanos que sofreram duras perdas com regimes ditatoriais e extremistas, como, por exemplo, na África do Sul, em Uganda e em Ruanda. Na Ásia, a experiência também se verifica no Camboja.

A questão da busca da justiça de transição não é limitada em profundidade, significado e tempo. Enquanto eventos nos últimos 50 anos trouxeram a justiça de transição ao centro do sistema internacional, o problema básico de o que um regime sucessor poderia e deveria fazer sobre as injustiças perpetradas por seus antecessores data de, ao menos, 403 D.C, quando os atenienses enfrentaram os males de trinta tiranos. Sem a promessa imediata de utopia cosmopolita, existe pouca razão para pensar que as futuras gerações não irão confrontar essas decisões difíceis.¹³

Assim, com o passar dos anos e das experiências de conflitos no cenário internacional, reforçou-se a ideia de que algo poderia e deveria ser feito, não somente para parar com as atrocidades, mas também responsabilizar os culpados, apurar a verdade e auxiliar as vítimas. Ao ser entendida como uma concepção de justiça associada a períodos de mudanças políticas que se caracterizam por

respostas legais para confrontar os erros e as más condutas de regimes repressivos anteriores – definição que abre espaço para várias falhas, como a falta de uma indicação de para onde está transitando o Estado ou desequilíbrio das questões a serem tratadas, umas durando mais do que outros nessa justiça de transição, ou mesmo quem serão as autoridades que instituirão a transição – pode se esquecer da importância que exercem o papel da cultura, da tradição e da educação nesse processo.¹⁴

Nesse aspecto, a própria ideia de transição pode parecer não ser adequada ao fenômeno, uma vez que não se trataria apenas do ritual de passagem do Estado em crise para o Estado estável, reconstruído; mas trata-se também de discutir o passado. Da mesma forma, alguns instrumentos da justiça de transição como as comissões de verdade, sua institucionalização e funcionamento já pressupõem um Estado mais ou menos estável, e não mais de um Estado em transição. Entretanto, a transição é o período de construção até o momento em que ocorra o fortalecimento ou a consolidação de instituições nacionais que não mais estejam totalmente dependentes de administrações internacionais em seus territórios, daí a necessidade do termo ‘transição’.

Com o colapso da União Soviética e a queda do muro de Berlim, a questão da justiça de transição foi dotada de uma urgência renovada. Sociedades em várias partes do mundo – América Latina, Europa do Leste, ex-União Soviética, África – derrubaram ditaduras militares e regimes totalitários na busca de liberdade e democracia.¹⁵ Recentemente, observou-se uma “terceira onda” (*third wave*) de revoluções liberais na Europa, na África, na Ásia e na América do Sul, que expandiram o escopo e a força de uma suposta cultura internacional de direitos humanos, juntamente com a democracia e a regra do direito, a Estados anteriormente governados pelo terror.¹⁶

Durante a década de 1990, o cenário internacional presenciou casos de genocídio, crimes contra humanidade de que requereram um posicionamento global a fim de

¹¹ MARIEZCURRENA, Janvier; ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Transitional justice in the twenty-first century: beyond Truth versus Justice*. New Jersey: Cambridge University Press, 2006.

¹² TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

¹³ GRAY, David Charles. *Philosophical dimensions of criminal trials in transitions to democracy*. Evanston: Northwestern University, 2004.

¹⁴ MARIEZCURRENA, Janvier; ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Transitional justice in the twenty-first century: beyond Truth versus Justice*. New Jersey: Cambridge University Press, 2006. p. 1.

¹⁵ TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 3.

¹⁶ HUNTINGTON, Samuel. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. University of Oklahoma Press, 1991.

evitar que tais tragédias viessem novamente a ocorrer. Em cada local ou região afetados, foi iniciado um processo de reconstrução do Estado de forma a estabilizar o conflito e criar condições necessárias para que a democracia fosse instituída. O caráter de justiça que se fez presente foi essencial para abrir o diálogo nas sociedades afetadas e iniciar o longo caminho para a paz.

A justiça de transição possui assim uma conexão com o desenvolvimento do direito humanitário, que já é discutido há longos anos. As treze convenções adotadas há 100 anos na Segunda Conferência de Paz de Haia de 1907, que formam o conhecido “Direito de Haia”, e que constituiu mais tarde o “Direito de Genebra”, foram responsáveis por elaborar um sistema complexo, pouco a pouco edificado: o direito internacional humanitário.¹⁷ Esse direito internacional humanitário desenvolveu-se também simultaneamente com a emergência da sociedade civil, fato que o fortaleceu, mesmo que ainda esse ator tenha sua influência limitada na determinação dos acontecimentos internacionais.

Com a crescente presença da mídia nas relações internacionais, com a participação de associações e de organizações não governamentais, pode-se observar uma pressão em relação à forma que um ou outro assunto será tratado. Isso ocorre em específico nas tragédias humanitárias, nas quais a justiça de transição possui um papel importante. O conceito de uma sociedade civil internacional possui a vantagem de evidenciar uma realidade: traduz na individualização de um ser coletivo, objeto de certo reconhecimento na ordem internacional e dotado de certas capacidades.¹⁸

Sua presença ganha destaque com o processo de globalização e a crescente interdependência entre os atores internacionais e representa um elemento que não pode ser desconsiderado quando da análise da justiça de transição, pois esse instrumento jurídico relaciona-se às populações, às comunidades locais e às condições de pós-conflito que normalmente envolvem violações de direitos humanos e assistência humanitária, dois assuntos que costumam atrair a atenção dessa sociedade civil internacional e que confrontam a relação direito nacional e direi-

to internacional, ao gerar mobilizações que pressionam por soluções efetivas, que normalmente envolvem utilização de elementos do direito nacional e também do direito internacional. A atuação da sociedade civil nacional é essencial para a criação de ações sustentáveis na justiça de transição e para a reconstrução do Estado.

2.3 O instrumento jurídico da justiça de transição na reconstrução de estados

A estabilização do Estado relaciona-se com a implementação efetiva dos mecanismos de justiça de transição, que permitem a sociedades de pós-conflito lidar com atrocidades passadas em circunstâncias de mudanças radicais. Insere-se no objetivo de lidar com situações de pós-conflito ou de queda de um regime repressivo. O conceito de justiça de transição envolve noções de “transição” e “justiça”, na ideia de sociedades em transição rumo a uma forma mais legítima de governabilidade e paz após períodos de regras repressivas.¹⁹

Ainda que na década de 1990 vários debates sobre os méritos de perseguições criminais (*criminal prosecutions*) e comissões de verdade (*truth commissions*) tenham acontecido, no final desse período, percebeu-se a inadequação desses meios jurídicos e a sua desnecessidade. Uma segunda geração de justiça de transição reafirmou então a verdade e a justiça e reconheceu que um único método não seria suficiente para auxiliar sociedades a se reconstruírem depois de conflitos ou ditaduras. A ideia é a busca pela combinação de múltiplas instituições, organizadas no nível comunitário que se baseiem nas leis e nas culturas tradicionais, e também a combinação de ações internas com outras transnacionais e internacionais, a fim de que se resulte em um sistema judiciário efetivo e eficaz. Assim, os esforços de justiça de transição não podem deixar de considerar os desafios de legitimidade e poderes locais que emergem depois de intervenções militares externas ou ocupações.²⁰

Assim, o ordenamento nacional pode ser usado para buscar justiça em retrospectiva e a construção de democracias viáveis, na tentativa de enfatizar a impor-

¹⁷ SZUREK, Sandra. Les Conventions de la Haye de 1907: des instruments au service de relations internationales pacifiques. *Questions Internationales*, n. 29, p. 114.

¹⁸ Idem. p. 51.

¹⁹ DUKIC, Drazen. Transitional justice and the International Criminal Court in “the interests of justice”? *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 867, p.691-693, sept. 2007.

²⁰ MARIEZCURRENA, Janvier; ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Transitional justice in the twenty-first century: beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

tância da transição entre o regime novo e o velho. Nesse sentido, a democratização de regimes requer atenção aos limites políticos, éticos e legais que podem restringir a habilidade de se buscar a compensação por erros passados. Apesar de alguns países não terem outra solução, a não ser esquecer o desejo por punição em nome da sobrevivência política do regime, outros possuem meios de julgar os perpetradores dos crimes de violação de direitos humanos. Muitas vezes, os governos conseguem vencer obstáculos e, fazendo uso de padrões legais nacionais e internacionais, levaram os ditadores e seus comparsas ao judiciário. Quando esses procedimentos judiciais são conduzidos propriamente e longe de pressões políticas partidárias, prova-se a tangibilidade de princípios guias, como igualdade, justiça e regra da lei, essenciais para a reconstrução da ordem em sociedades de pós-conflito.²¹

Há de se ressaltar, entretanto, a visão crescente de que crimes de guerra e contra a humanidade não são perdáveis, o que trará ao Estado nascente a responsabilidade de lidar com a sociedade emergente desse processo de transição, reflexo de conflitos diversos que não se apagam facilmente. A transição deve, assim, incorporar a perspectiva de acomodar conflitos entre as populações afetadas - sem ignorá-los - e apresentar soluções criativas que permitam aos diversos grupos viverem juntos novamente em paz. A estabilidade necessariamente implica a pacificação das comunidades como um dos requisitos para que a reconstrução de Estado se conclua.

Importante destacar que o primeiro teste para o estabelecimento real da democracia e da regra de direito (entre os princípios que deverão diferenciar o regime novo do velho) é considerar as mudanças radicais que o país enfrenta no processo de repressão a regimes autoritários, as particularidades dessa situação, as crenças sociais, a cultura e as formas de organização dos grupos mais atingidos. A tensão entre o novo e o velho é o principal componente da justiça transicional, especialmente porque a maneira de lidar com esse tópico pode ser a diferença entre a paz e a guerra.²²

O contexto transicional de uma sociedade pode variar consideravelmente, como por exemplo, crimes podem ter cessado muito tempo antes de a transição ocorrer, ou podem ter sido cometidos até o momento da transição ou podem continuar a acontecer durante a transição. Como a justiça de transição permanece como conhecedora do potencial de dificuldade em tais circunstâncias, busca-se um senso holístico de justiça ao invés de se relacionar a uma noção clássica e retributiva de justiça.²³ Nesse sentido, quatro instrumentos são empregados: 1) tribunais - de natureza civil ou criminal, conduzidos por cortes nacionais, estrangeiras, internacional e/ou híbridas; 2) processos de busca da verdade (*truth-seeking*) - por meio de Comissões de Verdade ou mecanismos similares; 3) processos de reparações - que podem ser de natureza monetária ou simbólica, por exemplo; e 4) reformas - por exemplo, por meio de programas de exame minuciosos²⁴, com intuito de excluir aqueles agentes estatais acusados de cometer violações de direitos humanos ou envolvimento em práticas de corrupção.

Esses instrumentos podem ser complementados por processos domésticos, híbridos e internacionais dos perpetradores de abusos de direitos humanos; as reparações para as vítimas de violações de direitos humanos, incluindo reparações compensatórias, restitutivas e simbólicas; promoção da reconciliação dentro das comunidades divididas, incluindo o trabalho com vítimas dos mecanismos de justiça tradicional e falsa reconstrução social; construção de memoriais e museus para preservar a memória do passado; consideração dos tipos de abusos sexuais para reforçar justiça para as vítimas femininas.²⁵

2.4 A justiça de transição e o tribunal penal internacional

O desenvolvimento das instâncias judiciárias internacionais contribuiu para o reforço no tratamento do tema da justiça de transição e para a busca de maneiras

²¹ MCADAMS, A. James. *Transitional justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997.

²² KRITZ, Neil. *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington, DC: United States Institute for Peace Press, 1995. v. 3.

²³ UNITED NATIONS. Report of the Secretary General. *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. UN Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004. p. 8-9.

²⁴ FREEMAN, Mark. *Truth Commission and Procedural Fairness*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 5 *apud* DUKIC, Drazan. *Transitional justice and the International Criminal Court in "the interests of justice"?* *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 867, p. 693, sept. 2007.

²⁵ MCADAMS, A. James. *Transitional justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997.

mais eficientes de lidar com os abusos decorrentes dos conflitos e dos processos de reconstrução de Estado. A Corte Internacional de Justiça – CIJ – nasceu em consonância com o sistema das Nações Unidas, mas para tratar especificamente de divergências entre países – que são os sujeitos de direito internacional que podem ser partes em um processo na CIJ. A Assembleia Geral das Nações Unidas pode solicitar pareceres sobre assuntos específicos, de forma a solicitar o pronunciamento da Corte em questões jurídicas internacionais de relevância – mas essa solicitação não passa de um parecer, e não de um litígio, que poderia gerar uma sentença executória.

O crescimento dos crimes de natureza humanitária, como genocídios, tortura e agressão, que se centram muitas vezes na pessoa de uma autoridade nacional de um país, e não no país como um todo, contribuiu para a concepção de uma instância internacional responsável por julgar indivíduos envolvidos em crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra, de agressão e de tortura. O Tribunal Penal Internacional é regido pelo Estatuto de Roma e foi criado para contribuir com o fim da imunidade dos autores dos crimes mais graves que tocam a comunidade internacional.

O Tribunal é uma organização internacional independente, que não pertence ao sistema das Nações Unidas. Tem sede em Haia, nos Países Baixos. Apesar de que suas despesas sejam financiadas pelas contribuições dos Estados Partes, o Tribunal recebe também contribuições voluntárias de governos, de organizações internacionais, de particulares, de empresas e de outras entidades. Essa instância judicial contribuiu para estabelecer conceitos que já eram longamente esperados pela comunidade internacional, com a definição do genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra.

Em 1998, a comunidade internacional atingiu uma vitória histórica com a adoção do Estatuto de Roma por 120 países, fundamento jurídico da criação do Tribunal Penal Internacional. O Estatuto entrou em vigor em 2002, após sua ratificação por 60 países. O Tribunal Penal Internacional apresenta-se como instância judiciária internacional, que possui relações mais estreitas com o assunto de justiça de transição, principalmente discutindo as implicações jurídicas da utilização de dois mecanismos mais conhecidos para lidar com a transição jurídica de sociedades – Comissões de Verdade e Processos Criminais.

O Tribunal Penal Internacional entende que os procedimentos de Comissões de Verdade e Processos Criminais podem colidir quando combinados com anistia. O Estatuto de Roma, em seu artigo 53,²⁶ analisa a possibilidade de que haja uma complementaridade de medidas, não uma colisão. Três argumentos são mais difundidos: uma interpretação do artigo 53 em acordo com as regras relevantes da interpretação dos tratados; obrigações dos Estados de processarem certos crimes e abordagem do Estatuto de Roma à discricção do Ministério Público. Uma das análises do artigo 53 do Estatuto permite que se discuta se ele é apropriado ou não para acomodar comissões da verdade com anistia²⁷

Como o artigo 53 não indica especificamente a possibilidade de deferimento dos esforços não acusatórios da busca da verdade, o Promotor de Justiça parece ter mais margem de manobra nesse contexto, aplicando o conceito de “os interesses da justiça”. Nesse sentido, o Promotor de Justiça considera assuntos derivados diretamente do julgamento criminal, tais como a gravidade do crime – como indicado no artigo 53 – ou preocupações mais amplas, como o prejuízo da frágil barganha da paz, por meio do início de uma investigação ou acusação. Em sociedades de transição, comissões de verdade seguidas por anistia são normalmente tidas como o único mecanismo possível de transparência, em razão das circunstâncias políticas precárias. Assim, se o escopo dos “interesses da justiça” pode razoavelmente ser interpretado para incorporar tais preocupações, seria fornecida uma forte indicação da adequação do artigo 53 para permitir que o Estatuto de Roma acomodasse as comissões de verdade combinadas com anistia.

²⁶ O artigo 53 prevê: “[...] Na decisão de iniciar uma investigação, o Promotor de justiça deve considerar se: [...]].

(c) Considerando a gravidade do crime e os interesses das vítimas, se não há, contudo, razões substanciais para acreditar que uma investigação não serviria os interesses da justiça ... Se, durante uma investigação, o Promotor de Justiça concluir que não existe base suficiente para a acusação porque:...

(d) A acusação não é do interesse da justiça, considerando todas as circunstâncias, incluindo a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou enfermidade do alegado perpetrador, e o papel no alegado crime, deve informar a Câmara de Pré-Julgamento e o Estado que faz a referência sob o artigo 13, parágrafo (b), da conclusão e das razões para a conclusão”. Estatuto de Roma, artigo 53.

²⁷ DUKIC, Drazen. Transitional Justice and the International Criminal Court in “the interests of justice”? *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 867, p. 691-694, sept. 2007.

Entretanto, por outro lado, como o Estatuto de Roma não incorpora uma provisão específica para anistia – nem se combinado com comissão de verdade, mais especificamente em razão das opiniões divergentes das delegações presentes nas negociações, o que foi adotado reflete uma ambiguidade criativa que poderia potencialmente permitir ao promotor de justiça e aos juízes do Tribunal Penal Internacional interpretarem o Estatuto de Roma como uma permissão reconhecida da exceção da anistia à jurisdição do Tribunal.²⁸ Tal abordagem poderia comprometer as ações processuais existentes no âmbito do Tribunal e conturbar o processo político da justiça de transição.

Importante ressaltar que a anistia pode contribuir para apagar as consequências legais de alguns crimes e tem sido empregada em contextos de pós-conflito, com o intuito de fomentar a reconciliação nacional. Entretanto, a anistia pode também ser instrumento útil para os que pretendem assumir suas práticas delituosas, sem, no entanto, proporcionar a construção de confiança entre as partes, tampouco compensação ou restauração.²⁹ A natureza da anistia pode variar desde medidas de auto-serviço promulgadas pelos regimes que deixam o poder (ex: Chile) até tentativas ostensivas sinceras de lidar com os legados do pós-conflito (ex: África do Sul). Embora anistia não seja considerada parte ou parcela da justiça de transição, estes interagem em seus mecanismos. Uma abordagem na justiça de transição a atrocidades passadas enfrenta, inevitavelmente, uma série de prioridades conflitantes. Uma delas é a inter-relação entre os tribunais penais internacionais – antes do TPI – e a busca pela verdade (*truth-seeking*) pelas Comissões de Verdade.³⁰

As comissões de verdade têm funções que se diferenciam bastante das de um tribunal. Embora cada comissão de verdade possua um caráter *sui generis* – reflexo das experiências específicas de um país, alguns traços comuns foram identificados. Inicialmente, a comissão de verdade se foca no passado. Depois, não se foca em um

evento específico, mas tenta demonstrar um cenário geral de abusos dos direitos humanos ou violações do direito internacional humanitário em um período. Além disso, as comissões de verdade geralmente existem temporariamente, por um período pré-definido de tempo, deixando de existir com a submissão dos relatórios das conclusões. Outro ponto é que as comissões de verdade estão sempre revestidas com certa autoridade, que permite mais acesso a informações, mais segurança ou proteção para adentrar em questões sensíveis e mais impacto no relatório. A maioria das comissões é criada no momento da transição política, usada tanto para demonstrar ou ressaltar uma ruptura com um passado de abusos de direitos humanos, para promover a reconciliação nacional e obter ou sustentar legitimidade política.³¹

Esse cenário parece mostrar a ineficácia de soluções de justiça de transição que prezem pelo transplante de instituições e de ordenamentos jurídicos, com as mesmas normativas e legislações. Na justiça de transição, a internacionalização deve contemplar o diferente, apesar de ter como modelo o igual, o direito comum e universal, com os princípios das Nações Unidas. A ideia é aproveitar os dois sentidos da internacionalização, de fora para dentro e de dentro para fora, ajustar, adaptar, acoplar estruturalmente e criar um modelo de justiça que reflita, de forma mais exata possível, as aspirações sociais daquela população, sua necessidade de proteção e de restabelecimento de confiança na capacidade de um governo de fazer aplicar a justiça.

A ideia é buscar uma justiça que não seja estranha e desconhecida à sua sociedade, mas que seja apropriada e que empodere os cidadãos frente à difícil tarefa de reconstruir um Estado. Diversos autores tratam da capacidade do direito penal de se internacionalizar, de ser utilizado de formas diversas nos contextos das sociedades no âmbito internacional, de maneira que as tipificações penais auxiliem na definição dos ordenamentos jurídicos penais mais eficazes e eficientes. A justiça de transição é alimentada por essas variações do direito penal, que podem contribuir para a estruturação de novos regimes penais, nas sociedades de pós-conflito.

²⁸ SCHARE, Michael “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”. *Cornell Law Journal*, v. 32, p. 521–522, 1999.

²⁹ TIVERON, Raquel. *Ébano e marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda*. neste número.

³⁰ DUKIC, Dražan. Transitional Justice and the International Criminal Court in “the interests of justice”? *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 867, p. 691–694, sept. 2007.

³¹ HAYNER, Priscilla. Fifteen truth commissions 1974 to 1994: a comparative study. *Human Rights Quarterly*, v. 16, p. 604, 1994.

3 A justiça de transição frente aos desafios contemporâneos da globalização

A globalização intensificou a interdependência entre os atores internacionais, com uma interpenetração das sociedades, interação de interesses, mas contribuiu, ao mesmo tempo, para uma intensificação de conflitos regionais, envolvendo questões culturais, religiosas, sociais.³² O que acontece no mundo interessa às políticas internas dos países, interfere no processo de tomada de decisões dos agentes governamentais e influencia nas relações entre direito interno e direito internacional.

Esse novo cenário demanda um enfrentamento mais cuidadoso dos impasses enfrentados pela mundialização,³³ em contexto de movimentos, fluxos e intercâmbios (políticos, econômicos, culturais e tantos outros), o que se torna essencial para a melhor compreensão do sistema internacional.³⁴ Os processos característicos do mundo globalizado muitas vezes se efetivam em completa contradição com interesses, modos de vida, maneiras de viver e de existir de comunidades locais diversas, o que pode produzir conflitos e confrontos. Essa discussão orienta a dicotomia global – local, que se encontra hoje na base da compreensão da realidade contemporânea.

Esses processos relacionam-se, no contexto contemporâneo, a mudanças nas concepções de valores, como a justiça, a dignidade e os direitos humanos, além da maior e mais rápida afluência de capitais. Pode ser considerada, ao mesmo tempo, como um fenômeno que aproximou os Estados, mas que também criou um abismo entre eles, acentuando as hierarquias e as desigualdades, com a fragmentação do direito e do poder e a existência de conflitos.

³² HASSNER, Pierre. *La terreur et l'empire. La violence et la paix II*. Paris: Editions du Seuil, 2003.

³³ Para Delmas Marty, a mundialização não remete apenas ao direito nascido da globalização econômica, mas também à universalização dos direitos do homem, fundada na Declaração Universal de 1948, no sentido de construir um universalismo pluralista, que permita instaurar uma verdadeira comunidade mundial de valores.

³⁴ O sistema internacional pode ser entendido pela organização dos Estados e suas respectivas relações, sem que haja valores, costumes ou regras comuns, o que irá acontecer com a idéia de sociedade internacional, especialmente com as relações entre os países centrais europeus. CERVO, Amado. Da construção do mundo liberal à globalização. In: SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). *Relações internacionais contemporâneas: da construção do mundo liberal à globalização*. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 63-164.

3.1 O processo de refundação dos poderes na justiça de transição

Importante ressaltar que o que domina a paisagem jurídica, no início do século XXI, é a imprecisão, a incerteza, o instável, ou ainda, o maleável, o flexível e o moldável. O que domina a paisagem, longe da ordem jurídica no sentido tradicional, é a grande desordem de um mundo fragmentado em excesso, como deslocado por uma globalização anárquica e rapidamente unificada, até uniformizada pela integração hegemônica que acontece simultaneamente no silêncio do mercado. Ordenar o múltiplo sem o reduzir ao idêntico, admitir o pluralismo sem renunciar a um direito comum, a uma medida comum de justo e de injusto, pode parecer um objetivo inacessível, um exercício talvez divertido para o espírito mais vão.³⁵

O processo da globalização, com a transnacionalização dos fluxos comerciais, políticos, sociais, judiciais, promoveu a internacionalização de todos os níveis dos governos nacionais, que passaram a estender suas ações para além de suas fronteiras nacionais, abriram suas visões para o exterior e permitiram que essas influências internas estivessem presentes em processos cotidianos da vida social e jurídica.³⁶ Esse fenômeno, entretanto, desperta a questão sobre qual a medida dessas influências – em termos de serem impostas ou adaptadas às características e necessidades nacionais. Essa medida pode ser calculada em relação à margem nacional de apreciação,³⁷ que expressa um filtro quanto ao que um Estado recebe do exterior e a decisão nacional do que realmente poderá ser incorporado ao ordenamento interno.

É um processo de refundação dos poderes instituídos (executivo, legislativo e judiciário), que demanda novas articulações entre competências nacionais e internacionais. Se as competências internacionais devem ser estendidas e reforçadas – para conter as interdependên-

³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.7.

³⁶ SLAUGTHER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p.3.

³⁷ O termo faz referência à expressão “*margin nationale d'appréciation*”, usada para indicar a medida de discricionariedade permitida ao Estado na medida em que recebem e implementam normas internacionais, considerando as particularidades, as circunstâncias e as condições específicas nacionais. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.22.

cias crescentes nascidas da globalização –, as competências nacionais devem também ser preservadas, principalmente pelas margens nacionais de apreciação, a fim de evitar um enfraquecimento excessivo dos Estados, o que deixaria sem proteção, apesar de todos os discursos universalistas, a parte mais frágil da população, que fica ligada ao território. A ordem mundial não se limitará às instituições tradicionais,³⁸ especialmente porque muitas delas não conseguiram acompanhar as transformações advindas do mundo contemporâneo e não correspondem às novas necessidades.

Nesse cenário, os sistemas nacionais resistem a uma integração no âmbito de uma ordem jurídica internacional que impõe a uniformidade, o que resultou em perda de uma grande parte da autonomia. As principais escolhas são feitas em nível internacional, pelos representantes dos Estados, mas também pelos atores privados, principalmente as empresas multinacionais ou transnacionais, porque suas estratégias atravessam fronteiras. O Estado permanece como o principal produtor de normas, mas ele não é mais o único a influenciar e ditar o conteúdo normativo que origina de seu interior. Da mesma forma, o seu território também não é mais o único espaço normativo – em termos de *hard laws*, o estado continua sendo o único produtor de normas. Essas tensões entre o público e o privado, ou ainda o local, o nacional e o global, resultam em fragmentos de um direito comum que obscurece o esquema de relações e opõe universalismo e relativismo.³⁹ Particularismo e universalismo são paradigmas do direito internacional, base de todas as teorias desse ramo do direito.⁴⁰

Nesse sentido, para tentar escapar à desordem do mundo (separação radical e relativismo absoluto) e à ordem que seria imposta pelo mais forte em nome de um universalismo (fusão total do tipo hegemônica), deve-se buscar uma saída além do relativo e do universal. Isso significa explorar as vias e os meios de um direito que conseguiria ordenar a complexidade sem a suprimir, aprendendo a transformá-la em um “pluralismo ordenado”. É uma resposta que, para

lidar com a complexidade jurídica do mundo, parece ter de contar com uma montagem, com a finalidade de religar, por múltiplas interações, jurídicas e normativas, espontâneas e impostas, diretas e indiretas, conjuntos jurídicos (nacionais e internacionais), que a história havia separado e que rejeitam uma fusão, pois a entendem como sinônimo de hegemonia. Nesse jogo de interações, a separação não exclui totalmente a integração, mas há a necessidade de uma coordenação entre os dois elementos.⁴¹

Esse movimento não pode, entretanto, ser utilizado para explicar todas as dinâmicas de desenvolvimento do complexo mundo jurídico da comunidade internacional, especialmente porque os países vivem em tempos diferentes, com capacidades e estruturas de inserção diversificada. Esse cenário inclui a policronia, ou seja, a diferenciação de velocidades em um espaço único – como o espaço de Schengen ou o espaço de Kyoto – pode aparecer como um gerador de diversidade, capaz de garantir, ao mesmo tempo, pluralismo e organização. Na ausência de um enquadramento legal, o espaço possui várias velocidades, concebido como uma vanguarda, ao qual cada um pode se juntar de acordo com sua vontade e capacidade, com o risco de se tornar um espaço de escolhas, em que se poderia isentar de algumas obrigações. Em vez de se antecipar sobre o movimento de integração, a diferenciação no tempo favoriza o movimento inverso de frenagem, ou mesmo de desintegração.⁴²

Os riscos aumentam em razão dos fenômenos de assincronia, como por exemplo, entre o comércio e os direitos dos homens. A comparação entre o reequilíbrio progressivo, crescente na escala mundial, sugere a ideia de que uma melhor sincronia demandaria novas articulações de um nível a outro, mas também entre os poderes jurídicos e os poderes políticos e econômicos. Entretanto, para que sejam suficientemente flexíveis a fim de serem compatíveis com a soberania nacional, essas articulações supõem dispositivos jurídicos de um tipo novo, que permita ordená-las, por equilíbrio e reequilíbrio.⁴³

A lei global somente pode ser explicada adequadamente pela teoria do pluralismo legal, o que passou do

³⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 30.

³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p. 27.

⁴⁰ BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigms of international law*. Paris: Indian Institute of Law Jokes-ILLJ Working Paper, 2008. p.1.

⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p. 28.

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.265.

⁴³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.265.

direito das sociedades coloniais para as leis das comunidades étnicas, culturais e religiosas em modernos Estados-nação. Necessita realizar uma nova transformação: dos grupos para discursos. Deve focar a atenção em um novo conjunto de direito que emerge de vários processos de globalização em múltiplos setores da sociedade civil independentemente das leis dos Estados. Além disso, a emergente lei global é uma ordem jurídica, que não deve ser medida em relação aos padrões dos sistemas legais nacionais. Não é um subdesenvolvido conjunto de lei que possui certas deficiências estruturais em comparação com a lei nacional. Antes disso, sua característica peculiar de lei real se diferencia da lei tradicional dos Estados-nação. Essas características podem ser explicadas pela diferenciação dentro da própria sociedade mundial. Enquanto faltam à lei global o apoio institucional e político, no nível global, ela se encontra bem acoplada aos processos de globalização socioeconômicos.⁴⁴

3.2 O universalismo da globalização frente à justiça de transição

Hoje a globalização não é uma emergência gradual de uma sociedade mundial sob a liderança de políticas interestatais, mas um processo altamente contraditório e fragmentado, no qual a política perdeu seu papel de liderança. Apesar da importância das relações internacionais e do direito internacional privado e público, política e direito ainda têm seu centro de gravidade nos Estados-nação. São até correntes opostas rumo ao fortalecimento da política regional e local. Os outros setores sociais ultrapassaram claramente política e direito no caminho da globalização e estão encontrando suas vilas globais, independentemente da política.⁴⁵

Essas considerações são essenciais para compreender as implicações da montagem de um sistema de transição jurídico em sociedades que enfrentaram conflitos, pois, nesse cenário, a relação interna e externa é diminuída, uma vez que as fronteiras são bem mais fluidas do que as existentes em Estados que possuem instituições fortes, com governo bem estabelecido. Por essa razão, as conexões entre o que é direito interno e externo tam-

bém se tornam mais densas e dificultam a organização do processo de justiça de transição. Se os instrumentos jurídicos que serão utilizados para tentar reconciliar as populações, punir culpáveis e estabelecer o diálogo entre grupos rivais forem totalmente transplantados do direito internacional, por meio das organizações internacionais presentes *in loco*, pode ocorrer um distanciamento da população do processo, o que dificultará a participação das comunidades envolvidas. Daí a necessidade de se pensar mecanismos ajustáveis ao direito internacional para a atuação efetiva na transição.

Alguns elementos importantes relacionados à justiça como a moral e a religião não são mais obstáculos à globalização, pois já estão globalizados. É um cenário de universalismo de valores, dentro de um universo particular.⁴⁶ Assim, não se pode mais supor que a religião e a moral estejam relegadas à esfera privada, mas o estudo histórico das interferências da moral e da religião é indispensável para entender os limites do direito internacional. Esses limites conduzem ao questionamento sobre a possibilidade ou não de uma universalização, que deve considerar a existência de aspectos do direito internacional, que funcionam como zonas de resistência à internacionalização do direito: moral e religião. Nessas zonas, a uniformização do direito internacional apresenta-se como uma grande dificuldade.⁴⁷

Dessa forma, poder-se-ia visualizar um quadro em que a justiça de transição conteria aspectos do direito internacional aplicados às particularidades das sociedades, sem que esse direito se tornasse realmente estranho às instituições a serem pensadas para a reconstrução do Estado.

Assim, uma vez que as Nações Unidas, principal organização internacional implicada em transições e reconstrução de Estados, não possui um direito próprio – sendo uma mistura do direito dos Estados-membros –, o que não é necessariamente ruim, a oposição universal e particular se tornam termos de ampla discussão no cenário internacional. Assim, em situações particulares podem existir valores considerados como universais – direitos humanos em geral – e que podem se aplicar à com-

⁴⁴ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 2.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 3.

⁴⁶ TEUBNER, Gunther. *Videoconferência*. Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Brasília, 23 de junho de 2010.

⁴⁷ DINIZ, Geilza. *Domínios recalcitrantes*. Local: Editora, 2012. p. 4.

plexidade da globalização, o que não é, necessariamente, mais efetivo para a comunidade local, principalmente por, normalmente, estarem relacionados a interesses específicos das potências hegemônicas, que conseguem mesclar suas prioridades políticas aos interesses gerais comuns da comunidade internacional.

A nova lei global não retira sua força da lei das comunidades étnicas como a antiga lei local deveria fazer e o mais recente retalho de lei das minorias deve fazer. Certamente, a vida mundial dos diferentes grupos e comunidades não é a principal fonte de lei global, mas as redes de comunicação – redes globais de natureza econômica, cultural e tecnológica.⁴⁸ Esse novo cenário de rede, ao mesmo tempo em que contribui para a fragmentação do direito e colisão de regimes, poderia também auxiliar a reconstrução dos Estados, pois ofereceria novas possibilidades frente ao transplante de modelos.

A fragmentação do direito internacional produz dificuldades advindas da diversificação e da expansão dessa área do direito, principalmente em razão da ausência de um órgão legislativo geral – o que poderia ser suprido por uma analogia bem aproximada com o conflito de leis, isso seria uma lei regulando não só conflitos entre sistemas territoriais legais, mas também conflitos entre regimes de tratados – e do próprio desenvolvimento da lei. Uma das características importantes da modernidade internacional é a diferenciação funcional, que significa a crescente especialização de partes da sociedade e a relacionada autonomia dessas partes no âmbito nacional e internacional. Esse é o paradoxo da globalização: uma crescente uniformização da vida social, que resulta em uma crescente fragmentação – ou seja, a emergência de esferas relativamente autônomas e especializadas de ação social e estrutural.⁴⁹ A ideia é que a globalização pode também demandar mais governo e mais instituições, mas há um medo do que isso significaria. O mais difícil de tratar o paradoxo é em razão da necessidade de buscar a transparência (*accountability*).⁵⁰

⁴⁸ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p.4.

⁴⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International*. Geneva: 2006. p. 11.

⁵⁰ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 9.

A globalização, nesse sentido, permite a disseminação de redes de cooperação com escopo global, que ultrapassam fronteiras nacionais e são difíceis de regular pelo tradicional direito internacional. Leis nacionais parecem insuficientes frente à natureza transnacional das redes, enquanto o direito internacional parece inadequado, considerando os objetivos e as necessidades específicas dessas redes. O resultado desse quadro é uma tendência de que as redes desenvolvam suas próprias regras e sistemas de regras.⁵¹ Elas não necessariamente serão enquadradas nas regras e nos sistemas de regras estatais, podendo ir de encontro a elas, de forma a forçá-las a se ajustarem a um novo contexto mais amplo, com uma maior diversidade de atores em diversos níveis de atuação.

Como as sociedades que não estão inseridas nessas redes se relacionarão com o direito internacional nesse cenário de fragmentação é uma das questões que se coloca, pois no âmbito da justiça de transição, os Estados estão fragilizados, destruídos, e as sociedades estão preocupadas em retomar suas vidas, punir os culpados pelos crimes cometidos e se colocam no meio desse contexto nebuloso entre direito interno e direito internacional. Assim, um aspecto para análise é o que ocorre com as relações privadas transnacionais em estados colapsados, na dinâmica entre entes públicos e privados presentes no processo de reconstrução de Estados.

Inicialmente, poder-se-ia argumentar que as relações privadas internacionais não se destroem, mas podem se inserir no processo de reconstrução de Estado de forma a reforçá-lo ou fragilizá-lo. Importante ressaltar que, normalmente, o limite da atuação dos entes privados é moderado pelo Estado, território no qual eles deverão atuar. Durante o processo de transição, entretanto, não se pode contar plenamente com um Estado, pois ele se encontra fragilizado por conflitos e fragmentado em sua institucionalidade. Dessa forma, o Estado não pode garantir a segurança jurídica “normal” aos entes privados que ali querem se instalar. Por vezes, porém, o que os entes privados podem ganhar como benefícios – econômicos, políticos, estratégicos - com essa proeminência na

⁵¹ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International*. Geneva: 2006. p. 243.

reestruturação pode valer o desafio da ausência dessa segurança jurídica, uma vez que esses entes poderiam cuidar de sua própria segurança de forma mais eficiente do que o Estado – talvez essa atuação possa contribuir com benefícios indiretos à população e à estrutura estatal destruída ou fragilizada. Além disso, esses agentes privados passarão a possuir formas “fortes” de pressão política e econômica em relação ao Estado ainda fragilizado – esse aspecto pode ser positivo ou não, dependendo de como será usado para gerar resultados concretos no processo de reconstrução de Estados.

Se os entes privados perceberem que a ação na reconstrução de Estado independe de como o Estado se comportará durante o processo, pode-se criar uma situação de independência e descaso desses entes quanto à recomposição do Estado como ato fundamental da emergência da sociedade no pós-conflito. Surgiria, assim, um cenário em que várias forças dispersas comandariam a reconstrução, sem que a justiça seja pensada de forma a contribuir para o que se deseja no futuro para aquele Estado. Por outro lado, os agentes transnacionais privados podem perceber que a presença estatal é um reforço para a atuação no território, que pode compreender desde a formulação de marcos regulatórios, até outros arranjos econômicos formadores da segurança jurídica tão esperada. Tudo depende de como será balanceado a oposição de custos e benefícios no processo de transição no âmbito interno e internacional.

A relação entre esses dois eixos do direito já vem sendo discutida há muitos anos, desde que se percebeu que os Estados estavam inseridos em um sistema internacional, e que regras e normas de comportamento deveriam regulamentar essa relação, se houvesse o interesse de manter a paz e a estabilidade internacional. Assim, a existência de uma comunidade jurídica entre diversos Estados e as relações que delas resultam causam problemas de teoria jurídica, principalmente no tratamento do direito interno e direito internacional público. A relação não é simplesmente de dois sistemas de normas ou de regras diferentes, o que normalmente é obscurecido pela ideia de que o Estado é uma entidade diferente do direito, por natureza, estranho em toda medida ao direito, e mesmo conflitante a ele. Entidade esta que, por ser soberana, ia se inserir entre o direito interno e o direito internacional. Kelsen, para realizar sua análise no âmbito do Estado, sugere lidar com a unidade do direito como sistema de

todas as regras jurídicas em vigor, tanto de direito interno quanto de direito internacional.⁵²

Como não é possível admitir o caráter obrigatório de duas ordens normativas diferentes e independentes uma da outra, a ideia é tratar da coordenação – une dois elementos equivalentes – e a subordinação – estabelece hierarquia entre dos termos. Coordenar dois sistemas de normas e os subordinar a uma terceira ordem, uma ordem superior que o limita a área. Quanto à subordinação, um sistema de normas é subordinado a outro logo que ele tira sua força obrigatória desse último, que se considera como superior principalmente por essa razão. Entretanto, isso supõe que essa ordem superior contém uma norma que constitui a fonte da ordem inferior.⁵³

No âmbito da reconstrução de Estado, com a montagem de administrações internacionais e uma diversidade de atores internacionais *in loco*, coordenação de sistemas jurídicos internamente e internacionalmente é o atual desafio da justiça de transição. Assim, ao observar no nível micro, o sistema de coordenação de normas jurídicas aparece como a possibilidade de se criar ou restabelecer um ordenamento jurídico interno mais próximo da população e que seja efetivo também na realização da transição.

Importante ressaltar que as regras do direito internacional nunca são criadas por um Estado único, mas por uma comunidade de Estados quer de todos, quer de vários Estados. O legislador do direito internacional não é, por conseguinte, o Estado, mas uma comunidade de Estados. Os sujeitos do direito internacional, pelo contrário, são os Estados particulares – entre outros, como atores privados internacionais, organizações internacionais. A primazia do direito internacional é de uma importância fundamental para o edifício jurídico, porque é capaz de superar a pluralidade das ordens jurídicas, fornecendo uma concepção unitária do direito. Os diversos direitos nacionais, bem como o direito estatal por um lado e o direito internacional por outro lado, são círculos jurídicos fechados sem relação entre eles.⁵⁴

⁵² KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. Paris: RCADI, 1926. p. 231.

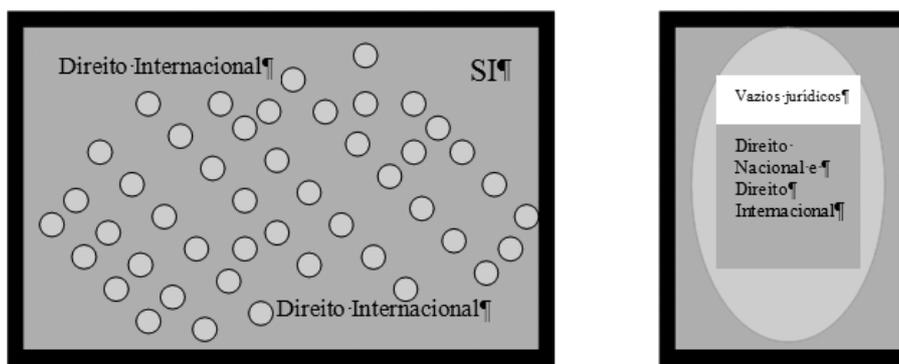
⁵³ KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. Paris: RCADI, 1926. p. 270.

⁵⁴ VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. Haia: RCADI, 1929. p.1.

Entretanto, o direito internacional hoje não é suficiente para preencher todos os vazios jurídicos existentes nos direitos nacionais e, menos ainda, quando se trata de sociedades de pós-conflito, em que o Estado está fragilizado ou mesmo inexistente. Por isso, recorre-se novamente ao poder de criação de normas do Estado e à capacidade de desenvolvimento do ordenamento jurídico interno. As figuras abaixo visam mostrar essas relações entre direito interno, direito internacional e as relações

no sistema internacional, de forma a demonstrar que há partes de vazios jurídicos que ganham mais destaque nos Estados em reconstrução de sociedades de pós-conflito. Nesses Estados, há uma mescla e disputa entre o direito nacional e direito internacional no que diz respeito à montagem do sistema que será estruturado. Isso também determinará o que preencherá os vazios jurídicos e o que resultará da formação desse Estado.

Figura 1



3.3 O Estado frente à globalização na justiça de transição

As influências do processo da globalização, com as redes transnacionais, contribuem para a desagregação do ente estatal e exigem que o Estado aja também além de suas fronteiras, pois o seu ordenamento interno relaciona-se diretamente com os acontecimentos internacionais, que também influenciam a condução da política doméstica. A noção de Estado unitário passa a de Estado desagregado, em que há a necessidade e a capacidade crescente de diferentes instituições governamentais domésticas se engajarem em atividades além de suas fronteiras com suas contrapartes estrangeiras. A extensão e a natureza das redes governamentais existentes descrevem um sistema de governança global que institucionaliza a cooperação e suficientemente contém o conflito, o que permite a todas as nações e suas populações atingirem mais paz e prosperidade. As redes governamentais continuam de qualquer forma agregadas ao Estado, com mais autonomia, mas sob a institucionalização estatal.⁵⁵

Na reconstrução, isso pode causar problemas, pois se busca inicialmente uma unidade perdida, e a desagrega-

ção pode dificultar a reorganização estatal, principalmente de suas instituições; e a identificação da população com esse novo Estado, que por estar influenciado pelas tendências da globalização, com as normativas do direito internacional, com as estruturas onusianas, podem não reconhecer o que há de nacional nesse processo. Poder-se-ia questionar se esse fato é realmente importante quando da planificação do processo de transição da justiça, uma vez que elementos internacionais poderiam compor a estratégia, sem que necessariamente a reconstrução fique prejudicada. Entretanto, a justiça é elemento constituidor do Estado e, portanto, formador e refletor das relações jurídicas que irão estruturar as sociedades. Dessa forma, ignorar as características nacionais pode fazer com que as verdadeiras causas do conflito não sejam atacadas e permaneçam latentes, esperando apenas outra oportunidade para se manifestar.

A estruturação da justiça ficaria, assim, comprometida, pois não teria reconhecido os componentes nacionais tão expressivos para sua constituição. A contribuição externa para a montagem do ordenamento jurídico de Estados em reconstrução não deixa de ser válida, mas deve ser ajustada às necessidades e às características internas daquela sociedade, principalmente porque o Estado deve refletir as organizações e as relações sociais, presentes naquele território, sob a tutela estatal.

⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Local: Editions du Seuil, 2006. p.12.

Importante ressaltar, porém, que a internacionalização supõe uma coesão mais forte das sociedades, uma tendência à homogeneidade de princípios, a aceitação de uma maior densidade de regras comuns. Esse processo tende a gerar instâncias de regulação mais intrusivas e mais eficazes que os meios diplomáticos tradicionais, o que traduz o tema da governança global, que incita uma maior coerência normativa. Pode também resultar em aperfeiçoamento dos meios de aplicar e de fazer respeitar as regras comuns. No estado atual do direito internacional, esses meios dependem de cada Estado, ou seja, cabe somente a ele respeitar e fazer respeitar as regras às quais ele consentiu. A coerção possui um papel excepcional e limitado, sobretudo a coerção militar, responsabilidade do Conselho de Segurança das Nações Unidas. No entanto, uma solidariedade mais forte só pode se sustentar sobre uma coerção mais forte. O Estado só pode manter a ordem pública e a segurança privada em seu território na medida em que ele dispõe do monopólio da força legítima.⁵⁶

Esse posicionamento, porém, confere importância reduzida – quase mínima – às forças emergentes do processo da globalização, na ideia de que o convencimento e o poder de persuasão na arena política internacional relacionam-se com o uso da força. A reconstrução de Estados aporta novos elementos a essa consideração, especialmente porque o monopólio de uso da força, normalmente, não se encontra com o Estado, mas com as organizações internacionais *in loco*, que as controlam e estabelecem as ligações com as instituições criadas ou restabelecidas. A pacificação social deve ultrapassar a restrição do uso da força e passa a basear-se nos mecanismos de justiça de transição, principalmente aqueles que colocam os diversos grupos rivais frente ao passado e abre espaço para o diálogo entre eles e a punição dos culpáveis, o que não representa tarefa fácil.

Uma possibilidade de coordenação é o entrecruzamento, interações por meio de processos horizontais, pelas influências cruzadas, a fim de marcar a reciprocidade de um conjunto a outro, de uma instituição a outra, ou de uma corte a outra. Entretanto, a reciprocidade, que condiciona literalmente a coordenação, é raramente sufi-

ciente para o estabelecimento da ordem, pois isso supõe uma coerência de conjunto, que não se encontra nesse processo.⁵⁷

Para garantir uma melhor coerência, as interações devem se verticalizar, implicando um retorno à hierarquia, suavizada, entretanto, pelo reconhecimento da margem nacional de apreciação. Ao permitir uma aproximação de sistemas em torno de princípios superiores comuns, suficientemente flexíveis para preservar as margens nacionais, a harmonização, que é, por definição pluralista desde que uma margem nacional seja admitida, o que evita de suprimir as diferenças. Isso diferencia o processo de harmonização do processo de unificação, pois a unificação não permite nenhuma margem, supõe a fusão de sistemas, ou de conceitos jurídicos, em benefício de uma norma única que poderia ser imposta em nome de uma estrita hierarquia de normas. Entretanto, estas somente guardarão traços de pluralismo caso resultem não da extensão hegemônica de um sistema único, mas da elaboração interativa, concebida pelo hibridismo, ao combinar diversos conjuntos.⁵⁸

A margem nacional de apreciação pode ser considerada um método do processo de interação do direito, que visa preservar as diferenças e promover os direitos humanos, por meio da aproximação de práticas, de exames periódicos, de modo a considerar a evolução das interações sociais e científicas. A ideia é a busca da preservação do caráter diverso das práticas nacionais, principalmente determinadas por questões religiosas e morais, de forma a considerar também uma possibilidade futura de aproximação com ordenamentos jurídicos distintos.⁵⁹

Assim, podem-se identificar três processos mais específicos para o tratamento do complexo ordenamento jurídico: coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridismo. A classificação em três categorias, somente indicativas, não exclui a movimentação de um processo a outro, facilitados pela instabilidade das práticas. Entre interações puramente horizontais e verticais se intercalam inúmeras formas intermediárias, de tal modo que a harmonização

⁵⁶ SUR, Serge. Intervention militaire et droit d'ingérence en question. In: QUILÉS, Paul; NOVOSSELOF, Alexandra. *Face aux désordres du monde*. Campoamor: editora, 2005. p. 225.

⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Local: Editions du Seuil, 2006. p.36.

⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Local: Editions du Seuil, 2006. p.36.

⁵⁹ DINIZ, Geilza. *Domínios recalcitrantes*. Neste número, p. 42.

poderia se tornar o processo dominante, sob o emblema do pluralismo ordenado. Entretanto, o que se observa é justamente a diversidade dos processos de interação, e o destaque para a heterogeneidade que é inseparável do pluralismo.⁶⁰

Isso significa que a colisão de regimes é também impossível de se conter nesse cenário de globalização. Como lidar com essa situação significa um ponto interessante a tratar, uma vez que passar da unidade legal à compatibilidade de regimes normativos envolve compreender os impactos que essa transição causa na autopercepção do direito, tendo em vista a fragmentação da lei transnacional em regimes autônomos. Desse ponto deriva que altas expectativas da habilidade de se lidar adequadamente com a fragmentação legal devem ser freadas, pois as origens não se encontram na lei, mas nos contextos sociais,⁶¹ e estes se encontram em constantes movimentos, muitas vezes com uma dinâmica própria, sem desdobramentos previsíveis. Uma das grandes questões dessa abordagem é como conseguir atingir esse objetivo.

Essa é uma lição que se deve também levar para as análises em justiça de transição associada a sociedades de pós-conflito, pois elas também estão sujeitas a uma imprevisibilidade de acontecimentos e reações, que podem afetar diretamente os processos de transição em todas as áreas, mas, principalmente, a área das medidas de reconciliação e diálogo no seio dos grupos sociais. O direito, nesse sentido, pode contribuir para a formalização de disposições que servirão para a organização do futuro ordenamento jurídico, que representará possivelmente uma mistura de direito internacional com os elementos da internacionalização do direito.

3.4 A fragmentação ordenada na justiça de transição: a luta contra os demônios da globalização

A necessidade não é tanto assegurar a unidade do direito internacional, mas a preocupação de manter, mesmo que fracamente, a compatibilidade entre os fragmentos. Invés de uma integração ilusória de uma sociedade global diferenciada, o direito só pode, na melhor das

hipóteses, oferecer limitações de danos. Instrumentos legais não podem superar contradições entre diferentes racionalidades sociais. O melhor que o direito pode oferecer seria uma “civilização” para os sistemas sociais.⁶² Essa ideia se contrapõe à defendida por Delmas Marty, que trabalha a possibilidade de integração entre uma sociedade global diferenciada, de forma que o que se combate é a unificação, mas a integração não pode se confundir com unificação. É nesse sentido que caminha o processo da justiça de transição, com reconhecimento das limitações que tal instrumento jurídico pode representar frente à fragmentação do direito internacional. Essa observação pode também levar ao questionamento sobre se os modos tradicionais dos Estados lidarem com as colisões do direito, das normas, serão suficientes ou se será necessário um repensar radical dos conflitos de lei.⁶³

Podem-se propor três elementos essenciais, que representam perigo para a unidade do direito internacional: confusa variedade de campos autônomos legais, regimes de autocontenção (*self-contained regimes*) e tribunais altamente especializados. Desses três elementos derivam as problemáticas da falta de consistência conceitual-doutrinária, clareza quanto à hierarquia das normas e a hierarquia judicial efetiva. Nesse sentido, o aumento do número dos tribunais internacionais possibilita que autoridades independentes influenciem as decisões finais jurídicas.⁶⁴ No caso dos regimes de autocontenção, a característica essencial não é só de criar altamente especializadas normas primárias – regras substantivas em campos especiais do direito –, mas eles também produzem, ao contrário de normas secundárias gerais de direito internacional, suas próprias normas procedimentais em elaboração, reconhecimento e sanção legais.⁶⁵

Esse cenário é fundamental para a compreensão de como a justiça de transição será implementada e, principalmente, os desafios que resultam do processo da globalização e das dinâmicas de internacionalização do

⁶⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Local: Editions du Seuil, 2006. p.36.

⁶¹ TEUBNER, Gunther; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 1045-1046, 2004.

⁶² TEUBNER, Gunther; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 1045-1046, 2004.

⁶³ Idem, p. 1001-1003.

⁶⁴ Idem, p. 1003-1005.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 1015-1016, 2004.

direito. As instituições a serem criadas ou restabelecidas refletiram, em larga medida, os elementos que influenciarão a reconstrução do Estado e a relações existentes entre as organizações internacionais responsáveis pelo processo. O estabelecimento de cooperação nessa área representa desafio à diversidade de atores transnacionais, internacionais que participam da retomada das atividades no país, na região ou no local.

Governança global, por essa perspectiva, não é uma questão de regular os Estados da forma que Estados regulam cidadãos, mas principalmente tratar as questões que resultam do fato que os cidadãos se tornam globais. Nesse sentido, até os oficiais supranacionais que participam em redes de governo (juízes ou reguladores que exercem autoridade soberana delegada por um grupo de Estados) devem trabalhar perto das contrapartes nacionais e devem atrelar-se ao poder coercitivo nacional para ser efetivo. Em um mundo de redes governamentais, os mesmos agentes oficiais que estão julgando, regulando e legislando internamente, estão também alcançando suas contrapartes estrangeiras para ajudar a tratar os problemas da governança que nascem quando atores e questões nacionais vão além de suas fronteiras.⁶⁶

Essa movimentação pode ser benéfica à reconstrução do Estado, principalmente à justiça de transição, se ocorrer em um relacionamento horizontal, de cooperação e de colaboração, sem hierarquias. O diálogo no cenário da governança é fundamental para a promoção da autonomia do Estado e a consolidação de sua soberania, conceito que passa a provocar discussões diversas no cenário internacional, especialmente sobre sua relativização. Não é que se está direcionando para um mundo sem soberania, mas parece mais um cenário de diluição da soberania, que se transformaria em uma soberania - ou responsabilidade - compartilhada. Quer se trate de soberania ou responsabilidade, a divisão incita a imaginar novas técnicas jurídicas para suavizar a rigidez de normas e permitir a revolução das práticas.⁶⁷ Na esfera global, a harmonização de regras de conduta pelo convencimento representa largamente a possibilidade de adaptar estruturas às reali-

dades nacionais,⁶⁸ mas nem sempre esse procedimento é suficiente. Dai a necessidade de análise caso a caso, sem modalidades pré-concebidas de soluções jurídicas para a situação de reconstrução de Estados, especialmente na área de planejamento da justiça de transição.

Importante destacar que toda a vontade de atingir os objetivos de justiça de transição esbarra em dificuldades cada vez mais complexas, especialmente relacionadas à natureza do Estado. O conceito de Estado-nação e a noção de Direito têm passado por diversas transformações a partir da transnacionalização dos mercados guiada pela globalização.⁶⁹ Há uma exaustão paradigmática,⁷⁰ na qual o Estado não consegue mais impor sua vontade, pois outros atores passaram a deter poder de influência sobre suas decisões. Desse modo, o Estado perde centralidade como unidade exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa,⁷¹ sofrendo influência de organismos internacionais, não governamentais, grupos transnacionais e facções armadas. A composição de estruturas do Estado, especialmente quando de sua reconstrução, passa pela dificuldade de ter de englobar as demandas de vários setores, em um ambiente já desgastado por conflitos.

No plano concreto da norma a ser estudada pela justiça de transição, a complexidade do cenário interfere na sua estruturação e elaboração, conferindo-lhe importantes limites. No âmbito do Direito, o impacto da globalização tem um efeito tão relevante,⁷² que as legislações nacionais não conseguem abarcar as atuações dos atores transnacionais que tomam suas decisões independentemente dos Estados.⁷³

⁶⁸ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 12.

⁶⁹ FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 13.

⁷⁰ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 117.

⁷¹ FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

⁷² Segundo Gustavo Tepedino, "Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana" TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 43, p. 89-99, 1995.

⁶⁶ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 12.

⁶⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Local: Editions du Seuil, 2006. p. 29.

Como somente de demônios⁷⁴ – diferentes, mas demônios (talvez pode se pensar também em movimentos contrassistêmicos antidiabólicos, ainda que os existentes não se tenham mostrado suficientes) – é feito o cenário internacional, com a relação entre direito nacional e globalização, tem-se uma combinação desses demônios, com advogados adaptando as situações às suas realidades específicas. Não é um quadro que tenha solução⁷⁵ em termos da diversidade de atores que se movimentam em diversos níveis na revolução das redes.⁷⁶ Essa revolução resulta na erosão das hierarquias organizacionais no setor público e privado, o que causa uma descentralização do processo de tomada de decisões. Isso foi conseguido por meio de um alto nível de autonomia operacional que as emergentes organizações em rede conferiram a seus pontos nodais. Entretanto, essa sociedade de rede não está livre de falhas, especialmente ligada à falha de hierarquia,⁷⁷ o que é tema muito sensível no âmbito do direito internacional. Essas falhas advêm de problemas na estrutura interna das redes, como fluxo de informação, relações assimétricas de poder e bloqueios de coordenação.⁷⁸

O direito não é inocente quanto a essas falhas, podendo ser considerado como seu coprodutor, na medida em que falha em mitigar as ameaças das novas incertezas. Com relação às hierarquias, o direito reforçou consideravelmente as falhas por meio do apoio à centralização do processo de tomada de decisão. Com relação às redes, o direito parece ter tido um papel diferente: ao tratar as redes com mais resistência – por ser algo externo –, parece ter auxiliado a facilitar a falha de rede.⁷⁹

⁷⁴ O termo faz referência à expressão utilizada no artigo publicado pelo autor Gunther Teubner intitulado “And if I by Beelzebub cast out Devils...”: an essay on the diabolics of network failure, e também à videoconferência com o autor, realizada no Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, em 23 de junho de 2010.

⁷⁵ TEUBNER, Gunther. *Videoconferência*. Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Brasília, 23 de junho de 2010.

⁷⁶ TEUBNER, Gunther. And if I by Beelzebub cast out Devils: an essay on the diabolic of network failure. *German Law Journal*, v.10, n.4, p. 115-119.

⁷⁷ TEUBNER, Gunther. And if I by Beelzebub cast out Devils: an essay on the diabolic of network failure. *German Law Journal*, v.10, n.4, p. 115-118.

⁷⁸ TEUBNER, Gunther. And if I by Beelzebub cast out Devils: an essay on the diabolic of network failure. *German Law Journal*, v.10, n.4, p. 117.

⁷⁹ TEUBNER, Gunther. And if I by Beelzebub cast out Devils: an essay on the diabolic of network failure. *German Law Journal*, v.10, n.4, p. 117-118.

Essas considerações auxiliam a criar o ambiente de interpretação de qual direito estar-se-á tratando quando da implementação da justiça de transição e as implicações que os desafios da globalização impõem quando da elaboração de estratégias nessa área. As organizações internacionais, que normalmente conduzem o processo, não possuem um direito aplicável imediatamente, devem funcionar – mas, normalmente não funcionam – mais como um filtro das diversas influências jurídicas convergentes ao sistema de justiça de transição que será implantado. Da mesma forma, cada sociedade possui sua forma própria de reagir ao processo de transição, principalmente quando se trata de justiça.

As Nações Unidas indicam que o sucesso no estabelecimento do *rule of Law* na justiça de transição, que se relaciona à necessidade de assegurar bases comuns nas normas e nos padrões internacionais e à mobilização de recursos para um investimento sustentável em justiça.⁸⁰ A ideia de bases comuns, entretanto, deve ser entendida com atenção, a fim de que não se imponham normas internacionais que sejam totalmente estranhas às sociedades. Por outro lado, a busca do fim dos conflitos, das atrocidades humanitárias devem ser valores a ser considerados nesse âmbito. Nesse sentido, devem-se evitar fórmulas de modelo único (*one-size-fits-all formulas*) e a importação de modelos externos, e ter como base o apoio em avaliações nacionais: participação, necessidades e aspirações.⁸¹

3.5 Os desafios do processo de reconstrução de estado frente à justiça de transição

As dificuldades enfrentadas no âmbito da justiça de transição são relacionadas aos desafios existentes no processo de reconstrução de um Estado. Desde o início, os princípios de direito humanitário e as intervenções já causam significativas divergências entre os atores do sistema internacional, principalmente porque qualquer intervenção é muito intrusiva quando se trata de entes soberanos, acostumados ao longo dos séculos a ter controle sobre seu território e as ações que ocorrem nesse espaço.

⁸⁰ UNITED NATIONS. Report of the Secretary General. *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. UN Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004. p. 2.

⁸¹ UNITED NATIONS. Report of the Secretary General. *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. UN Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004.p. 2.

As instituições presentes na reconstrução podem potencializar os ganhos da cooperação entre atores, mas podem também ser potencialmente opressivas,⁸² situação que pode acontecer na justiça de transição, com a necessidade do Estado de se reestruturar. À medida que há a emergência da reconstrução, pode haver a tendência de ignorar acontecimentos passados e se forçar o estabelecimento de uma justiça que tem seu início no período pós-conflito e que visa o futuro, ignorando o passado. Com a montagem de uma administração internacional, pelas Nações Unidas, pode ocorrer o transplante de um sistema jurídico, imposto ao que existe de remanescentes estruturas governamentais. Esse modelo seria implantado de cima para baixo e tentaria reverter as rivalidades existentes na população; mas, provavelmente, a capacidade de atingir realmente as relações na comunidade seriam mínimas, pois o sistema seria estranho à sociedade. Por outro lado, o fato de que nem todas as comunidades estão inseridas nas redes globais, poderia contribuir para maior flexibilidade quanto às influências advindas do processo de governança global, que é caracterizada pela erosão significativa das fronteiras separando o que está dentro do governo e na sua administração e o que está fora dela.⁸³

Assim, deve-se ressaltar que a atualidade do direito internacional humanitário é feita de frustrações, de êxitos e de interrogações. O futuro dependerá mais do que nunca de uma vontade política firme, aquela capaz de salvar a dignidade humana durante os conflitos armados. Essas frustrações consistem principalmente em violação de regras convencionais, o que pode indicar que a concentração de esforços na implementação das regras existentes, no desenvolvimento de mecanismos mais eficazes e na organização de meios operacionais suficientes, parece ser caminho eficiente para lidar com essa problemática,⁸⁴ especialmente quando o objetivo maior é a reconstrução do Estado e a reparação das violações de direitos humanos ocorridas.

Discutir os mecanismos de justiça de transição parece um caminho importante para a uma reconstrução de

Estado exitosa. Hoje as possibilidades de inação não são mais possíveis, desejáveis ou viáveis. Inicialmente, grupos nacionais e internacionais de direitos humanos veem o fim da impunidade como ponto central de suas agendas e conseguem exercer certa pressão para que o assunto seja relevante em nível mundial. Muitos desses governos possuem observadores internacionais, missões, administradores, e essas pessoas normalmente pressionam para que seja dada atenção às questões de justiça de transição. A preocupação desses governos deriva, principalmente, da percepção de que os bancos internacionais e as agências de auxílio insistem na busca pela regra de direito como pré-requisito para o desenvolvimento econômico.⁸⁵

Atualmente, não se consideram somente as questões de ordem política, mas também de caráter econômico, legal, social e de tomada de decisões, o que reflete interações mais densas entre os diversos aspectos da globalização e de suas implicações na internacionalização do direito. É uma interação de normas nacionais e internacionais na formulação do instrumento jurídico de reconstrução de Estado. As abordagens à justiça de transição são baseadas na crença fundamental nos direitos humanos universais, além de se apoiarem nos direitos humanos internacionais e no direito humanitário, na demanda de que os Estados acabem com os abusos e os investiguem, punam, reparem e previnam. Nesse ponto, pode-se perceber um *free-rider*, que é representado pelo conjunto dos interesses econômicos que eventualmente se achem subjacentes à política de transição implementada.

Essas abordagens normalmente centralizam-se em direitos e necessidades das vítimas e suas famílias. Entretanto, um Estado fragilizado pode ter dificuldade em empreender esses procedimentos, mas pode, por outro lado, utilizar de suas instituições – caso não estejam ausentes – para coordenar o processo, a fim de que considerem, na medida do possível, as especificidades das populações atingidas nessas áreas de conflito e crises. Os direitos humanos reconhecidos no ambiente internacional propagam ideias como respeito às diferenças culturais, religiosas e políticas, mas a efetiva realização na prática dessas diferenças é um dos desafios da atualidade.

⁸² SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 9-11.

⁸³ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p.10.

⁸⁴ FLAUSS, Jean-François (Dir.). *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*. Dirigée para Pierre Lambert. Bruxelles: Bruylant, Bruxelles, 2003. p. 11-13. (Collection Droit et Justice, 52).

⁸⁵ MARIEZCURRENA, Janvier; ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Transitional justice in the twenty-first century: beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 8-10.

A ideia orientadora de tratamento da justiça de transição deve ser ampla, com atenção a todas as instituições interdependentes, sensíveis aos grupos-chaves e perceptíveis das necessidades de complementaridade entre os mecanismos de justiça transicional. O papel principal das Nações Unidas não é construir substitutos internacionais para as estruturas nacionais, mas auxiliar na construção das capacidades da justiça doméstica – apesar das dificuldades que isso pode representar.⁸⁶

Essa construção jurídica exige esforço árduo das instituições domésticas, bem como o auxílio das organizações internacionais, a fim de que o processo se concretize sem maiores sofrimentos e perdas humanas. É a busca de valores particulares dentro de um assunto que vem sendo tratado como universal, com tendência à imposição de modelos e de desconsideração da vontade popular das comunidades atingidas. É o reconhecimento de que há um direito mesclado de elementos nacionais e internacionais, flexível, que pode se ajustar melhor às características particulares da situação específica. Talvez a sociedade internacional não tenha paciência para aprender a utilizar o processo de internacionalização do direito para aperfeiçoar os mecanismos de justiça de transição, pois eles são densos, dinâmicos, descentralizados e sem hierarquia, mas eles podem, na sua diversidade, proporcionar abordagens diferenciadas, participativas e, por consequência, mais legítimas.

4 Contribuição dos processos de internacionalização do direito para a legitimidade da justiça de transição

Nem todos os processos realizados no âmbito da reconstrução de Estados em sociedades de pós-conflito, com organizações internacionais envolvidas, são totalmente legítimos. Frequentemente, pode ocorrer que as organizações internacionais apenas se insiram no processo para legitimar certa ação que não teve aceitação prévia pela comunidade internacional, nem reconhecimento pelas instâncias decisórias relacionadas ao tema. Da mesma forma, a falta de legitimidade pode ocorrer pela não aceitação da sociedade nacional das estruturas internacionais que se estabeleceram no território. Entretanto, em sociedades de pós-conflito, há uma tendência à busca por

instrumentos jurídicos que sejam sustentáveis e que auxiliem na reconstrução do Estado.

Isso significa que a sustentabilidade pode advir da capacidade do processo de transição de incorporar elementos nacionais na formulação do novo sistema, bem como selecionar o melhor e adaptável dos sistemas de direito externos para utilizar no processo de reconstrução. Essa ação pode contribuir para conferir mais legitimidade ao processo, mas também pode gerar sistemas estranhos às sociedades, que não seriam reconhecidos e, portanto, seriam ilegítimos. Para evitar esse resultado, seria interessante conjugar o melhor dos dois processos: utilizar o processo de internacionalização do direito, mas lhe atribuir caráter nacional, também de forma a acomodar as demandas sociais no processo de justiça de transição. Inicialmente, tratar-se-á do conceito de legitimidade que guiará o trabalho e, posteriormente, das contribuições que a internacionalização do direito pode gerar ao processo de legitimação da justiça de transição em sociedades em reconstrução.

4.1. Legitimidade no direito internacional e a justiça de transição

Legitimidade é um termo de diversas definições. Etimologicamente, a palavra “deriva do latim *legitimus* (*de lex*), significando o que é estabelecido por lei, o que é conforme a lei”.⁸⁷ Para Robert Dahl, tem-se um governo legítimo quando “[...] o povo acredita que seus atos, procedimentos, decisões, políticas, estruturas, autoridades, líderes são apropriados, moralmente justos – se têm o direito de promulgar regras obrigatórias”,⁸⁸ concebendo legitimidade como uma “[...] questão de influência política, de autoridade. Segundo Dahl, a autoridade consiste num caso especial de influência política, a influência legítima”.⁸⁹

Atualmente se observa um processo de construção da legitimação da ingerência no plano internacional, que, conforme os níveis e o locais dessa construção, pode resultar em diferentes percepções da legitimidade. Isso

⁸⁷ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2005. p. 42.

⁸⁸ DAHL, Robert. *Análise política moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 50.

⁸⁹ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2005. p. 43.

⁸⁶ UNITED NATIONS. Report of the Secretary General. *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. UN Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004. p. 2.

significa que a legitimidade é construída em conjunto com o Estado, o que pode beneficiar ou não o processo de reconstrução. Da mesma forma, influenciará no processo a forma como o direito foi pensado durante a transição e o seu papel de legitimação perante a sociedade. Isso significa mensurar qual a capacidade de influência da internacionalização do direito no que será formado e como essa incorporação se fará. Como legalidade é base para a legitimidade – segundo o conceito de Weber – essa mensuração poderá contribuir para que o processo de justiça de transição seja aperfeiçoado.

O conceito weberiano de legitimidade fornecerá a sustentação teórica necessária ao desdobramento do tema. O fato de a norma atender todos os requisitos legais é suficiente para que seja verificada sua legitimidade – Weber entende que o fato de aqueles que exercem o poder legal legislarem confere legitimidade à legislação, sendo legítimos aqueles que exercitam o poder legalmente. Assim, a legitimidade faz-se presente quando a legalidade é estabelecida – sendo a legitimidade definida como a crença na validade da ordem social por uma parte relevante dos membros da sociedade, o que constituiria um ordenamento jurídico legítimo.⁹⁰

Em nível internacional, há certa dificuldade de estabelecer quais as bases para a legitimidade, principalmente quando não se trata de avaliar o nível de democracia presente em uma região, objetivo que não é desse trabalho. A base da legitimidade pode ser entendida como a confiança e aquele “algo” que se identifica com a soma de subjetividades individuais similares, o que contribui para construir as bases psicológicas do consenso coletivo. Nesse sentido, a obediência ao regime é fruto de um cálculo, da possibilidade de que o poder venha a recorrer à coerção.⁹¹

Além da preocupação com a coerção no plano internacional, a legitimidade deve também lidar com a preocupação de que suas formas são normalmente contestáveis, seja por descompasso com a realidade (que está sempre em mudança) ou por distância da perspectiva de

um ideal de justiça.⁹² Isso significa que, frequentemente, há uma distância entre as instituições governamentais e a população, acrescida de uma busca constante para diminuir esse espaço. A legitimidade apresenta-se como uma qualidade atribuída ao poder, que é questionada,⁹³ mas que é fundamental para a consistência do regime.

Um regime legítimo requer uma necessidade normativa diminuída⁹⁴, porque retira sua força de outros elementos, como por exemplo, a aceitação popular. Entretanto, a combinação dos dois elementos fortalece a sustentabilidade das estruturas estatais. A interação entre os regimes político e normativo, no contexto da fragmentação, pode se ver gerenciada seus conflitos pela negociação e pela coordenação. O direito interage nas redes, mas não é seu papel de coordenar os fragmentos sociais.⁹⁵

4.2 A internacionalização do direito na legitimação do processo da justiça de transição

A justiça de transição ao utilizar as influências do processo de internacionalização do direito e do direito internacional para elaborar estratégias de reconciliação de grupos rivais, de retomada do diálogo, persecuções criminais pode aproximar-se mais da comunidade, atribuir um caráter mais nacional, o que pode contribuir para conferir mais legitimidade ao processo. Com mais apropriação do instrumento jurídico, as comunidades podem se integrar - ou se animar a integrar – com mais facilidade à estrutura de reconstrução do Estado. Essa participação é fundamental para a continuidade e a sustentabilidade das ações implementadas rumo à autonomia e fortalecimento do Estado.

Importante destacar que muitos dos problemas internacionais têm raízes domésticas e devem ser tratados nesse nível - dentro das nações mais do que entre as nações. Isso significa agir mais de forma multilateral do que unilateral, o que contribui para estabelecer razões de legitimidade, em que atores partilham do peso, da res-

⁹⁰ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 150.

⁹¹ FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 138.

⁹² FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 142-143.

⁹³ ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 19-21.

⁹⁴ TEUBNER, Gunther. *Videoconferência*. Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Brasília, 23 de junho de 2010.

⁹⁵ TEUBNER, Gunther; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, p. 1017-1018, 2003-2004.

ponsabilidade e da efetividade das ações previstas. As redes governamentais, em nível mundial, podem fornecer apoio multilateral para governos nacionais, instituições em Estados falidos, fracos ou de transição, e podem ter um papel instrumental na reconstrução de um país – com o apoio e a reforma de instituições governamentais.⁹⁶

Muitas vezes, Estados em reconstrução, fracos ou falidos, não conseguem atacar seus problemas internamente e necessitam de auxílio externo para realizar uma transição exitosa. A ajuda multilateral pode contribuir para legitimar a presença internacional em territórios nacionais, com apoio das redes governamentais, mas a questão é o quanto essas redes conseguem interagir com a população local. No caso da justiça de transição, internacionalizar essas redes pode resultar em estruturas estranhas à população, que não conseguem impulsionar o diálogo ente os diversos grupos e os distanciam da reconciliação. Pode acontecer, porém, que essas redes sejam exatamente o que a burocracia interna, caso existente, necessite para legitimar-se, impulsionar a retomada das atividades no país e promover o debate na população sobre a situação anterior de conflito e os novos desdobramentos que servirão de base para a justiça que se pensa estabelecer.

Quando se trata de redes influenciando os aspectos da internacionalização do direito, têm-se três elementos principais a serem detalhados e que podem influenciar diretamente o tipo de direito e de instituições a serem pensados para a justiça de transição: o diálogo entre juízes, a influência de decisões das cortes internacionais na jurisprudência doméstica dos países e o intercâmbio de procedimentos judiciais entre os países. Esses são temas que representam a internacionalização do direito e influenciam diretamente a justiça de transição e os seus mecanismos. A permeabilidade jurídica do Estado em reconstrução facilita os movimentos desses componentes para dentro das estruturas estatais. Eles se disseminam e podem ser incorporados aos instrumentos pensados para a justiça de transição, como por exemplo, nas reformas jurídicas ou na forma de realizar a reconciliação ou a punição dos culpados.

A globalização possibilitou que não só gestores e reguladores participassem ativamente da rede mundial, mas também os juízes nacionais. Hoje eles estão trocando

decisões por meio de conferências, organizações judiciais e internet. Juízes constitucionais cada vez mais citam a decisão um do outro em várias matérias. Além disso, esses agentes governamentais estão também interagindo diretamente com suas contrapartes supranacionais na área de comércio e questões de direitos humanos.⁹⁷

O aumento do poder dos juízes, que podem ser considerados pilotos da globalização e trabalham com técnicas de interpretação, contribuiu para oferecer numerosas possibilidades às jurisdições nacionais e afirmar o lugar das jurisdições internacionais. O problema é que se o poder judiciário se universaliza antes dos outros poderes (legislativo e executivo), o equilíbrio rischia de ser comprometido ou mesmo rompido.⁹⁸ Os juízes são liberados do direito interno em razão de um direito internacional cuja imprecisão reforça a margem de interpretação. O diálogo de juízes pode contribuir para o processo de transição no que diz respeito à formação do corpo de normas que regerá o Estado em reconstrução e o estabelecimento de instituições que implementará a aplicação de normas na sociedade.

O fenômeno da emulação é a concorrência que é criada pelo desenvolvimento das jurisdições internacionais e contribui paradoxalmente para estimular a audácia dos juízes nacionais. Mesmo quando a competência deles fique limitada pelo território nacional, o efeito da emulação pode incitar os juízes a se emanciparem do direito interno, principalmente de disposições sobre a imprescritibilidade, anistia ou imunidades pela integração direta das normas internacionais. Pode-se pensar, dessa forma, que uma internacionalização progressiva seria preferível, combinando a competência nacional e as normas internacionais, em um modelo nacional integrado. Esse modelo misto pode favorecer a harmonização progressiva das regras penais internacionais, mas supõe um controle internacional, pois é raro que a harmonização seja totalmente espontânea.⁹⁹ Essa harmonização pode contribuir para a implementação dos mecanismos da justiça de transição, na medida em que cria alternativas para que a população integre o processo, o que o tornaria mais legítimo, com o estabelecimento mais efetivo de confiança nas ações que estão sendo propostas.

⁹⁷ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p.3.

⁹⁸ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p.37-41.

⁹⁹ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p.39-50.

⁹⁶ SLAUGHTER, Ana-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 4.

Isso pode também contribuir para desdobramentos importantes de execução dos procedimentos, principalmente se os agentes oficiais do país também forem envolvidos nessa movimentação. A inclusão nessas redes transnacionais judiciais não é tarefa fácil, principalmente se os Estados fragilizados em situação de pós-conflito não possuírem juízes e outros profissionais relacionados ao tema. Caso isso se verifique, uma possibilidade seria formar cidadãos nacionais nessa área, já os integrando nessas redes, permitindo que tenham acesso a um maior número de informações e alternativas para a atuação no processo de transição e a montagem do futuro sistema judiciário. A participação de nacionais qualificados para liderar, em conjunto com funcionários internacionais, o processo de justiça de transição pode contribuir para uma apropriação maior das comunidades.

Entretanto, deve-se ter o cuidado de selecionar quem serão as pessoas envolvidas nesse processo, a fim que não gere imediatamente repulsa aos cidadãos que estarão sendo liderados por esses nacionais e novos conflitos emergjam. A reconciliação e o diálogo poderiam ficar comprometidos. Por isso, o envolvimento da comunidade deve ser bem planejado, e o governo, mesmo que esteja se reestruturando, deve ser o condutor principal desse processo. As organizações internacionais deveriam servir de filtro para o direito que deverá ser implementado ao longo do processo de transição, a fim de que não seja o direito nacional de um ou outro Estado mais forte, que consiga impor suas tendências jurídicas – o que nem sempre é possível, pois as organizações internacionais têm países e interesses preponderantes, que, muitas vezes, podem comprometer a tarefa de filtro. Entretanto, caso a função de filtro seja implementada, ela só poderá ser eficaz se contar com o apoio governamental, mesmo que isso aconteça simultaneamente ao processo de reconstrução.

Filtros também podem servir para racionalizar as trocas entre os diferentes componentes da governança mundial, como as listas de objetivos comuns que se multiplicam – os Objetivos do Milênio, os Três objetivos anunciados pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em seu relatório para o 60º aniversário da organização. Como por vezes esses objetivos podem não ser suficientes ou até mesmo contraditórios, pensa-se em filtros suplementares, que estabeleçam prioridades para orientar a circulação dos fluxos no âmbito das redes, como por

exemplo, a sistematização do uso de conceitos advindos do direito internacional público.¹⁰⁰

As influências são diversas, o que dificulta o controle, ou mesmo a apropriação pelos nacionais de elementos dessa rede. Há uma dificuldade de elaborar mecanismos que contribuam para o gerenciamento do processo de transição, especialmente com o crescente aumento do número de atores internacionais envolvidos em reconstrução de Estados e buscando atuar por meio do instrumento da justiça de transição.

Os meios para gerenciar a globalização não acompanham a sua rapidez e as crises de instituições internacionais revelam uma ausência de modelo teórico para se representar as práticas à organização dos poderes. Há uma recusa pela réplica do nacional nos processos de transição internacional, momento em que o modelo antigo não é mais adaptável, e o novo não existe ainda. Entretanto, esse tempo de crises é revelador das dificuldades a resolver, que servem para apresentar novas soluções para as crises.¹⁰¹

As crises podem significar eventos que abrem vias para que se possa sair delas, pois revelam as dificuldades a enfrentar e a desarticulação dos poderes no seio das instituições nacionais e a fragmentação nas instituições supranacionais. Por outro lado, sugerem também, implicitamente, o aumento potencial dos poderes não instituídos, que devem se integrar à refundação dos poderes.¹⁰² Para sair das crises, não é suficiente, porém, instituir ou reinstaurar os poderes públicos, não é só retomá-los e transpô-los do nível nacional para o internacional¹⁰³ – ou vice-versa –, com a distinção entre executivo, legislativo e judiciário. É necessária uma transformação mais radical, que possa ultrapassar a oposição ‘público e privado’ e coloque em relação diversos atores.¹⁰⁴

A crise é mais profunda, pois remete à zona obscura das vontades, com os novos sujeitos de direito internacional público, com os novos atores da globalização.

¹⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 127.

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 8-9.

¹⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 18.

¹⁰³ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 30.

¹⁰⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 30.

Avança-se para a ideia de religar poderes, vontades e saberes, por meio de um procedimento triplo,¹⁰⁵ que analise as técnicas de atribuição de competências entre os níveis internacional, nacional e supranacional, e que repare os jogos de poder e a democratização dos saberes.¹⁰⁶

Reinstituir os poderes supõe uma invenção de novos instrumentos jurídicos para a governança mundial. É uma forma de repensar as funções tradicionais, racionalizar a dispersão das competências e resolver as tensões buscando uma “bússola” para se orientar.¹⁰⁷ Essas orientações são essenciais no momento de planificação da justiça de transição, pois a combinação de novo e velho deve ser bem calculada, estudada, a fim de que as proposições visem à saída mais eficiente para a situação de conflito e o bem estar da população, de forma mais imediata possível.

A governança mundial parece termo assustador, pois não há uma delimitação objetiva do que se estaria representando pela expressão. Por isso, melhor não entendê-la como a figura ameaçante do Estado global, mas como uma hibridação integrante, como parte da garantia do Estado de direito nas redes de governança. Nesse tema, é necessário implementar técnicas que organizem as trocas, com a discussão de conceitos, concebidos como variantes e passarelas institucionais. Deve-se sistematizar o uso entre as redes de governança mundial (redes de juízes, de reguladores e de legisladores), porque elas facilitam a articulação entre os níveis e os setores e permitem ultrapassar as contradições e reduzir as incompletudes que se relacionam às descontinuidades do sistema.¹⁰⁸

Assim, percebe-se como são fluidas e permeáveis as estruturas de reconstrução de Estado, e o direito que a elas deverá se atrelar. A justiça de transição tem importância fundamental no pós-conflito e no ambiente jurídico que se estabelecerá. A construção, reinstituição ou refundação das instituições refletirão a forma como a transição for conduzida entre os diversos atores internacionais presentes e os nacionais.

5 Conclusão

Ao tomar a internacionalização do direito como um movimento que privilegia o processo de interação, os níveis de organização e as velocidades de transformação dos processos, risca-se de colocar à prova o conceito de ordenamento jurídico, mesmo até de destruir a intuição inicial que existe desse ordenamento e a resistência que possui à internacionalização do direito e à sua globalização.¹⁰⁹ Entretanto, desafiar o conceito de ordem jurídica pode também significar modificações positivas para Estados que estão em processo de reconstrução, pois permite maior amplitude de possibilidades no âmbito da justiça de transição.

Esse instrumento jurídico, essencial para a pacificação social e manutenção da ordem, contribui para o estabelecimento de relações mais duradouras e pacíficas entre os diversos grupos sociais, quando consegue atingir seus objetivos de punição dos culpados, diálogo e reconciliação entre comunidades, organização das comissões de verdade, processos de *truthtelling* e *truth seeking*. Esses procedimentos de conciliação e de persecução penal auxiliam as populações a lidarem com o passado de crimes e atrocidades, apesar de ser difícil trabalhar as consequências psicológicas advindas dessas situações. O simples fato de escutar famílias e indivíduos falarem sobre acontecimentos passados pode ser uma forma efetiva de auxiliá-los a superarem traumas e voltarem à vida cotidiana.

Não é simplesmente arrumar diferenças em um espaço específico supostamente estatal; deve-se considerar também a variabilidade no tempo, dado o ritmo de cada Estado, de cada região e, mais largamente, as velocidades de transformação que também variam no espaço. A implementação demanda também uma sincronização no tempo.¹¹⁰ Cada Estado, com sua sociedade, tem seu tempo de restabelecimento, com seu processo de (re) fundação das instituições e restabelecimento das relações sociais, mas esse processo não acontece isoladamente de toda uma rede que se movimenta em nível internacional, até transnacional.

Essas interações provocam movimentos de integração, mas também de desintegração da ordem jurídica,

¹⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 37.

¹⁰⁶ O termo faz referência à transparência total, ao menos uma reflexão sobre o acesso e o compartilhamento de saberes.

¹⁰⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. p. 96.

¹⁰⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007. 126.

¹⁰⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p. 255.

¹¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.196.

tanto que as modificações de nível entre os diversos espaços – nacional, regional e mundial – traduzem-se por movimentos de expansão, mas também de recuo. Assim, os movimentos de velocidade podem facilitar uma sincronização progressiva ou conduzir a uma dessincronização de ritmos, como se vê no nível mundial, entre direito do comércio e direitos humanos. Nesse sentido, ordem, espaço e tempo normativo caracterizam um potencial dinâmico, uma extensão em movimento, mas a dissociação produz outros movimentos aparentemente contraditórios, não lineares e desordenados – novos conjuntos jurídicos parecem se desfazer antes mesmo que se consiga desenhar seus contornos.¹¹¹

Esse contexto influencia a forma de interpretar a justiça de transição como instrumento jurídico de reconstrução de Estado, especialmente porque se percebe que essa ferramenta não é definida em seus contornos durante o planejamento de ações que a comporão, mas deve ajustar-se à realidade com a qual será confrontada, a fim de que possa ser mais eficiente.

Importante ressaltar que esse fenômeno supõe, inicialmente, uma autonomia institucional e normativa em relação aos Estados-membros, demanda uma neutralização de relações de força e de reforço de fatores de coesão, que somente torna possíveis verdadeiros pontos de convergência.¹¹²

Não é o ápice da internacionalização do direito, porque as organizações internacionais servem largamente como filtros para que nem todas as tendências jurídicas movimentando-se nas redes, como consequência da globalização, transplante-se para o processo de justiça de transição do Estado. Além disso, há normas de direito internacional público que também se fazem válidas e se misturam com as de direito nacional, quando este é ainda existente. Independentemente dessas considerações, o direito tenderá sempre a refletir os hábitos, a cultura e os costumes da população envolvida, mesmo que bem influenciado pelos processos de internacionalização.

Referências

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALBUQUERQUE, C. D. M. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

BELL, Christine. Peace agreements: their nature and legal states. *The american journal of international law*, v. 100, apr. 2006.

BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigms of international law*. Indian Institute of Law Lucknow-ILLJ; Working Paper, 2008.

DAHL, Robert. *Análise política moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

DECAUX, Emmanuel (Org.). *Les Nations Unies et les droits de l'homme: enjeux et défis d'une réforme*. Paris: Éditions Pedone, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Editions Du Seuil, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions Du Seuil, 2006

DEMO-DROIT. Les systèmes judiciaires dans une période de transition. In: REUNION MULTILATERALE ORGANISEE PAR LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA COUR SUPREME DE L'HONGRIE, 3., 1995. Budapest, 25-27 octobre 1995. *Themis...* Budapest: Éditions du Conseil de l'Europe, 1995

DAHL, Robert. *Análise política moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2005.

DINIZ, Geilza. *Domínios recalitrantes*. Neste número.

DUKIC, Drazen. Transitional justice and the International Criminal Court – in “the interests of justice”? *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 867, sept. 2007.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FLAUSS, Jean-François (Dir.). *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*. Dirigée para Pierre Lambert. Bruxelles: Bruylant, 2003. (Collection Droit et Justice, 52)

¹¹¹DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.256-257.

¹¹²DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006. p.256-257.

FONSECA JR, Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais*. Poder e ética entre as nações. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

GRAY, David Charles. *Philosophical dimensions of criminal trials in transitions to democracy*. Local: editora, 2004. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 43, p. 89-99, periodicidade 1995.

HASSNER, Pierre. *La terreur et l'empire: la violence et la paix II*. Paris: Editions du Seuil, 2003.

HAYNER, Priscilla. Fifteen truth commissions 1974 to 1994: a comparative study. *Human Rights Quarterly*, Local, v. 16, p. 604, periodicidade 1994.

HUNTINGTON, Samuel. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Local: editora, 1991.

KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. Paris: editora, 2007

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International*. Geneva: editora, 2006

KRITZ, Neil. *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington, DC: United States Institute for Peace Press, 1995. v. 3.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MARIEZCURRENA, Janvier; ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*. Local: Cambridge University Press, 2006.

MCADAMS, A. James. *Transitional justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997.

REZEK, J. F. *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos de cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). *Relações internacionais contemporâneas: da construção do mundo liberal à globalização*. Brasília: Paralelo 15, 1997.

SARAT, A.; DOUGLAS, L.; UMPHREY, M. M. (Eds.). *The limits of law*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

SCHARE, Michael. The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court. *Cornell Law Journal*, Local, v. 32, p. 521-522, periodicidade 1999.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SUR, Serge. Intervention militaire et droit d'ingérence en question. In: QUILÉS, Paul; NOVOSSELOF, Alexandra. *Face aux désordres du monde*. Campoamor: editora, 2005.

SZUREK, Sandra ; GHERARI, Habib. *L'émergence de la société civile internationale: vers une privatisation du droit international ?* Paris: Éditions Pedone, 2003.

SZUREK, Sandra. Les Conventions de la Haye de 1907: des instruments au service de relations internationales pacifiques. *Questions Internationales*, Local, n. 29, p. 114-120, periodicidade. ano.

TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Local: Oxford University Press, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Gunther. And if I by Beelzebub cast out Devils: an essay on the diabolic of network failure. *German law journal*, v.10, n. 4, p. inicial-final, periodicidade. 2009.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

TEUBNER, Gunther. *Videoconferência*. Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Brasília, 23 de junho de 2010.

TEUBNER, Gunther; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, Local, v. 25, n. 999, p. inicial-final, 2003-2004.

UNITED NATIONS. Report of the Secretary General. *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. UN Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. Haia: RCADI, 1929.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Ébano e Marfim: a
justiça restaurativa e o TPI
orquestrados para a paz
sustentável em Uganda

Ebony and ivory:
Restorative Justice and the
ICC orchestrated in pursuit
of sustainable peace for
Uganda

Raquel Tiveron

Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda*

Ebony and ivory: Restorative Justice and the ICC orchestrated in pursuit of sustainable peace for Uganda

Raquel Tiveron¹

Resumo

O conflito em Uganda é um dos maiores problemas humanitários do nosso tempo, devido as campanhas de terror impostas pelos rebeldes e o exército contra a população de Uganda, incluindo assassinatos, torturas, mutilações, deslocamento de civis, destruição de suas casas, o seqüestro de crianças, estupros e saques de plantações e animais. Estima-se que milhares de ugandenses já morreram por causa do conflito e quase dois milhões estão refugiados nos últimos vinte anos. As soluções propostas para resolver este grave problema - a concessão de anistia e repressão pela ICC - são insuficientes. Eles podem prometer justiça, mas eles não garantem a paz, que permeia as questões sensíveis, tais como a reintegração de combatentes e da restauração da vida em sociedade. O uso de uma prática local de restauração - o “mato oput” - seria eficaz para este fim, bem como para resolver outros problemas estruturais subjacentes ao conflito, a fim de evitar um retorno à violência, respeitando as peculiaridades históricas, sociais e culturais no país. A associação de métodos tradicionais de resolução de disputas, como ICC com uma forma tradicional de fazer isso vai equilibrar as necessidades de resolução de prestação de contas e conflito com a justiça e paz para Uganda.

Palavras-chave: Uganda, conflito, Tribunal Penal Internacional, Justiça Restaurativa, anistia, “O ritual”

Abstract

The conflict in Uganda is one of the biggest humanitarian issues of our time due the campaigns of terror imposed by the rebels and the army itself against the Ugandan population, including killings, torture, maiming, displacement of civilians, destruction of their houses, kidnapping of children, rape and looting of crops and animals. It is estimated that thousands of Ugandans have died because of the conflict and nearly two million are refugees in the last twenty years. The solutions proposed to address this serious problem - the granting of amnesty and prosecution by the ICC - are insufficient. They might promise justice, but they do not ensure peace, which permeates sensitive issues such as the reintegration of combatants and the restoration of life in society. The use of a local restorative practice - the “mato oput” - would be effective for this purpose as well as to solve other structural problems underlying the conflict in order to prevent a return to violence, respecting the histo-

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Promotora de Justiça do MPDF. Doutoranda em Direito das Relações Internacionais do Uni-CEUB. Email: quel28bsb@yahoo.com.br

rical, social and cultural peculiarities in the country. The association of traditional methods of dispute resolution such as ICC with a traditional way to do it will balance the needs of accountability and conflict resolution with justice and peace to Uganda.

Keywords: Uganda, conflict, International Criminal Court, Restorative Justice, amnesty, “mato oput”

1 Introdução

O artigo trata do conflito étnico em Uganda, que representa uma das maiores questões humanitárias do nosso tempo, e é atualmente alvo de atuação do TPI. O texto aborda as vantagens e as dificuldades das soluções propostas para o problema, como a anistia e o julgamento pelo TPI. Pretende-se discutir meios de associar os métodos tradicionais de solução de litígios com o modelo local, a fim de equilibrar as necessidades imediatas de responsabilização e de solução do conflito com a demanda de justiça e de paz duradoura para o país.

As guerras civis na África constituem um fenômeno bastante complexo e chamam a atenção principalmente pela violência e pela brutalidade de suas batalhas, pela pobreza característica da população local e pelo aumento significativo do número de embates desde a década de 1990, em especial dos ataques contra civis.²

Quanto ao primeiro aspecto, campanhas de terror são instituídas em larga escala e incluem assassinatos, estupros, deslocamentos de civis e a destruição de espaços. Além das fatalidades imediatas do combate, cidadãos fenece também devido a outras consequências diretas da guerra, como a pobreza e a desnutrição, seja em virtude das más condições sanitárias, seja durante o acampamento, o deslocamento ou a detenção, sem mencionar as infecções por doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, contraídas em razão da violência sexual.

Do ponto de vista econômico, as razões para o conflito residem não só na pobreza e na desigualdade social fomentada pela economia mundial pós-guerra, mas também na ganância de líderes locais e regionais. Essa avidez se manifesta na exploração dos recursos naturais,

na tributação da ajuda humanitária e no financiamento do combate por terceiros interessados. A guerra, em alguns momentos, assemelha-se mais a um desejo de maximizar os ganhos do que a um surto de ódio e ressentimento.³

Além dos ganhos econômicos, impulsionados pela lógica da racionalidade presente em toda conflagração, a beligerância africana é movida particularmente por questões outras – culturais, sociais, pessoais e históricas –, que exigem uma intervenção diferenciada para a sua solução. A história nos mostra que a África foi desde sempre um território conquistado e explorado pelas potências coloniais que, para administrar as colônias, optaram por “dividir para reinar”. Como resultado dessa estratégia de administração indireta, restaram profundas clivagens entre as categorias privilegiadas e reprimidas da população, em muitos casos, não superadas até hoje e que causam os embates.⁴

O histórico de conflitos violentos na África indica que, para uma ordem ser sustentável, é importante ter em conta a necessidade de transformação dessas diferenças. Consequentemente, a propositura de abordagens para solução de conflitos no continente deve considerar a condição histórica e social das batalhas, bem como os fatores de sua perpetuação, os ganhos econômicos e os demais interesses que se influenciam mutuamente. Assim, em que pese aos países em geral terem ao seu dispor uma gama de métodos para a solução de controvérsias - judiciais e não judiciais, como o julgamento por um órgão jurisdicional nacional ou internacional, a arbitragem, ou a assinatura de acordos de paz - estes são insuficientes para por fim ao conflito subjacente às guerras africanas, que exige uma intervenção que considere essa peculiaridade histórica e cultural.

2 O conflito em Uganda – um caso à parte

A República de Uganda situa-se numa região de frequentes conflitos étnicos, na África Oriental, fazendo divisa com Sudão, Quênia, Tanzânia, Ruanda e República Democrática do Congo. Uganda abriga muitos grupos

² LWANGA-LUNYIIGO, Samwiri. The Colonial roots of internal conflict. In: Kumar Rupesinghe (Ed.). *Conflict resolution in Uganda*. London: James Curry, 2001, p. 12.

³ THESING, Fr. Ken. Together with Africa update. *Maryknoll Fathers & Brothers Africa region newsletter*, p. 1, jun. 2009.

⁴ THESING, Fr. Ken. Together with Africa update. *Maryknoll Fathers & Brothers Africa region newsletter*, p. 1, jun. 2009. p. 14.

nativos diferentes (mais de quarenta), mas nenhum deles constitui maioria na população. A população atual é muito jovem, com média de quinze anos de idade, e estimada em 32,4 milhões de habitantes. As várias etnias que compõem a nação ugandense são classificadas de acordo com semelhanças linguísticas. O inglês é a língua oficial, mas cerca de quarenta idiomas diferentes são falados e atualmente em uso no país.⁵

O atual presidente de Uganda é Yoweri Kaguta Museveni, eleito democraticamente em 1996, com 75% dos votos válidos. Entretanto, anos antes, em 1986, Museveni tomou o poder em Uganda, por meio de uma rebelião conduzida pelo Exército, também conhecido por *Uganda People's Defense Forces* (UPDF). Na ocasião, tomou um país recordista em violações dos direitos humanos, uma economia abandonada e um passado marcado pela violência e sofrimento. Até a tomada de poder por Museveni, em 1986, Uganda foi submetida a ditaduras ferozes e a esperança de que o país iria finalmente retornar à paz com Museveni era grande. No entanto, embora grande parte da população o apoiasse, a milícia rebelde conhecida como Exército de Resistência do Senhor ou *Lord's Resistance Army* (LRA), conduzida pelo profeta autoproclamado Joseph Kony, resistiu à tomada de poder por Museveni.⁶ O povo acholi do norte e nordeste de Uganda foi acusado de colaboração com o Exército de Resistência de Kony (LRA) e em 1987, Museveni ordenou que suas tropas matassem e saqueassem os acholi em busca de rebeldes contra o seu governo. Ficou comprovado que o próprio exército ugandense foi o responsável por violações humanitárias contra o seu povo acholi, tais como: tortura, sequestro de civis, massacres, assassinatos à vista das vítimas, incêndio de suas casas, estupro de mulheres e saqueio de colheitas e animais.

Como não bastasse o terror implantado pelas tropas de Museveni, os rebeldes do LRA também intensificaram suas atrocidades contra os acholi. O LRA alega que os acholi são colaboradores do governo e que essa delação deve ser paga em sangue. Desde então, os rebeldes do LRA têm aterrorizado os acholi: cortam suas pernas para

impedi-los de ir até as autoridades públicas denunciá-los; cortam os braços sob o argumento de que podem ser usados para pegar armas em favor do governo; amputam-nos a pretexto de impedi-los de trabalhar aos domingos (dizem, viola o ensinamento da Bíblia Sagrada, o qual afirmam seguir); sequestram e transformam em soldados crianças a partir dos cinco anos de idade; as crianças que não podem transportar as cargas pesadas oriundas de saques são brutalmente assassinadas por outras com paus ou facões (esse procedimento é feito para incutir o medo nas crianças e desestimulá-las a voltar para casa). As Nações Unidas estimam que os rebeldes recrutaram até agora mais de 20.000 crianças em suas fileiras.⁷

O governo intensificou o terror contra seu povo, em 1996, quando ordenou que todos os acholi desocupassem suas casas nas aldeias e se dirigissem imediatamente aos campos de concentração, sob pena de enfrentarem “as consequências”. Os que tardaram em deixar suas casas foram bombardeados por tanques e helicópteros e obrigados a refugiarem-se em acampamentos. Nos acampamentos, as tropas do governo prenderam e agrediram homens suspeitos de serem rebeldes, bem como violentaram as mulheres, incluindo menores de 15 anos de idade. Os detidos não são autorizados a deixar o acampamento, tampouco têm para onde ir, uma vez que suas casas já foram destruídas pelo exército do governo, que deveria protegê-los.⁸

O conflito, um dos mais longos já vistos, resultou em uma crise humanitária severa. Durante uma vintena de anos, a disputa causou a morte de dezenas de milhares de ugandenses e quase dois milhões de refugiados. Demais disso, o confronto alastrou-se para o sul do Sudão e para a República Democrática do Congo. Desde o início das tratativas de paz, em 2006, aproximadamente um milhão de pessoas voltaram para Uganda, porém, cerca de 850 mil continuam vivendo em campos de refugiados, segundo informações do Alto Comissariado das Nações

⁵ Fonte: Uganda Bureau of Statistics. Disponível em: <<http://www.ubos.org/index.php?st=pagerelations&id=16&p=related%20pages:Demographic%20Statistics>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

⁶ GINGYERA-PINYCWA, A.G. Is there a Northern Question? In: Kumar Rupesinghe (Ed). *Internal conflicts and their resolution: the case of Uganda*. London: James Curry, 1999. p. 43.

⁷ UNITED NATIONS INFORMATION CENTRE - Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://unic.un.org/imucms/rio-de-janeiro/64/402/norte-de-uganda-principais-passos-para-a-paz-em-um-conflito-que-comecou-ha-decadas.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

⁸ ESSONGOU, André-Michel. Uganda põe TPI à prova. *Le monde diplomatique*, jul. 2007. Disponível em: <<http://diplomatie.uol.com.br/acervo.php?id=2114&PHPSESSID=7344ed5e82e51d5534f731688bd39468>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

Unidas para os Refugiados (ACNUR).⁹ O envolvimento do próprio exército ugandense fez com que a confiança no governo de Museveni e nas suas forças armadas fosse exaustivamente minada.

No final de 2003, autoridades ugandenses representaram perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), para que a Corte investigasse e processasse as atrocidades cometidas pelos rebeldes do LRA. Instigado por essa representação, o Procurador do TPI, Luis Moreno Ocampo,¹⁰ acusou formalmente cinco líderes rebeldes - Joseph Kony, Okot Odhiambo, Dominic Ogwen, Vincent Otti e Raska Lukwiya¹¹ - e contra eles requereu ordens de prisão, que foram expedidas, mas não cumpridas até hoje.

3 Buscando mais do que justiça: a construção da paz

Em um ambiente pós-conflito como o que se encontra Uganda atualmente, o centro das atenções acadêmicas e da opinião pública é voltado para o processo de negociação e a formalização dos tratados de paz. Por outro lado, o momento de realização da justiça e da construção da paz ainda permanece pouco explorado. A assinatura do acordo e a posse do novo governo são apenas o início de um complexo processo de transição para a paz. Em uma sociedade devastada pela guerra e pejada de líderes manipuladores, há um longo caminho a percorrer até se assegurar que os responsáveis pelos danos sejam responsabilizados, que a harmonia seja realmente alcançada e que o país esteja imune do retorno à violência.

Dentre as alternativas para promover a paz e a justiça em ambientes conflituosos como Uganda, trataremos de três mais especificamente, assinalando suas vantagens e desvantagens: a atuação do TPI solicitada pelas autoridades ugandenses, a concessão de anistia pelo governo

do país e o uso de práticas restaurativas locais, como o “*mato oput*”.

3.1 A anistia: a proposta oficial

Em 21 de janeiro de 2000 foi promulgada a lei de anistia ugandense (“Uganda amnesty act”), que oferece perdão a todos os cidadãos envolvidos na prática de atos de rebelião contra o Governo do Uganda desde 26 de janeiro de 1986. A lei apresenta uma resposta radical aos conflitos em curso no país e busca equilibrar as necessidades imediatas de resolver os conflitos com as demandas de longo prazo de justiça. Com ênfase no perdão, a anistia apresenta um forte contraste com as formas retributivas ou punitivas de justiça, cada vez mais presentes quando se trata de proteção internacional dos direitos humanos. Para se beneficiarem com a remissão oferecida pela lei, os rebeldes devem abandonar e renunciar os seus crimes¹². A grande vantagem prática da anistia é que mais de dezessete mil milicianos já aderiram a ela, e na medida em que o fizeram, foram paulatinamente reintegrados às suas comunidades¹³.

A concessão de anistia, entretanto, tem sido alvo de severas críticas. A jurisprudência internacional sobre direitos humanos é claramente contrária a ela, especialmente por se tratar de graves violações de direitos humanos. A tendência hodierna é a de proibir anistias nestes casos¹⁴. Essa proibição é baseada na ideia de que a anistia corresponde à impunidade e que minaria a eficácia das normas internacionais.

Outra censura feita à anistia é que ela O conflito em Uganda possui a especificidade de não se poder distinguir muito bem os ofensores das vítimas, pois grande parte dos milicianos, em verdade, foi vítima de sequestro e forçada a cometer crimes. Muitos deles foram obrigados a matar seus próprios familiares, parentes e membros da aldeia em que viviam como forma de iniciação para serem membros do LRA. Caso não o fizessem, eles se colocariam em perigo perante o grupo rebelde.

⁹ ESSONGOU, André-Michel. Uganda põe TPI à prova. *Le monde diplomatique*, . 2007. Disponível em: <<http://diplomatie.uol.com.br/acervo.php?id=2114&PHPSESSID=7344ed5e82e51d5534f731688bd39468>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

¹⁰ O campo é argentino, tem 58 anos de idade e foi o primeiro a ocupar o cargo de Procurador-geral do TPI. O Tribunal encontrou dificuldades para preencher esta vaga. No período inicial aberto a candidaturas, nenhum Estado apresentou interessados. Foi somente na segunda tentativa, entre março e abril de 2003, que o TPI recebeu do governo argentino a indicação de Ocampo. Em contraste, para as 18 vagas de juizes, o TPI registrou 43 candidaturas.

¹¹ Raska Lukwiya faleceu durante o curso do processo.

¹² Artigo 4º da Lei de Anistia. Disponível em: <www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc>. Acesso em: 29 nov. 2010.

¹³ Dados registrados pela organização Anistia Internacional. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/region/uganda>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

¹⁴ Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5o, XLIII).

A Lei da Anistia concede-lhes perdão e, portanto, o combatente é autorizado a voltar para sua comunidade. Todavia, isso não é suficiente, pois ele terá de enfrentar a vida na comuna e voltar a conviver com os sobreviventes e familiares de suas vítimas. A anistia é útil para os que pretendem assumir suas práticas delituosas, no entanto, ela não proporciona a construção de confiança entre as partes, tampouco compensação ou restauração. Além disso, a pobreza contribui para a recusa no acolhimento dos ex-milicianos. Por causa da guerra prolongada, o Estado e a iniciativa privada perderam o dinamismo econômico. Dessa forma, as pessoas são obrigadas a voltar para o campo, abrigando-se em “campos de deslocados”. Alguns ex-combatentes, depois da experiência violenta e agressiva da guerra, acabaram voltando para a mata e deixaram de adaptar-se à vida em comunidade.

Assim, do ponto de vista da reintegração dos ex-combatentes e de restauração da vida em sociedade, nem o TPI, nem a Lei de Anistia têm capacidade de solucionar a questão, pois, como visto, a rescisão de um conflito, para ser sustentável, exige mudanças na própria identidade do indivíduo e na sua relação com o grupo, de forma que só um procedimento “restaurativo” pode oferecer.

3.2 A segunda via: o TPI

O TPI é parte de um processo lento, complexo e evolutivo de internacionalização do direito penal, e concretiza o esforço de elaboração de um direito penal internacional comum, de definição dos crimes internacionais e da criação de uma Corte internacional de caráter permanente. Nesse processo, o TPI é, mais especificamente, fruto do que se pode chamar de hibridação, ou seja, de uma espécie de internacionalização que pressupõe a junção dos vários “direitos nacionais” de seus Estados-parte em um direito unificado. Por meio dela, cria-se um corpo normativo internacional (no caso, o Estatuto de Roma), que orienta os seus signatários para o ajuste e aperfeiçoamento da sua legislação penal nacional.¹⁵

A Conferência Diplomática para aprovação do Estatuto do TPI se deu em Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, da qual participaram delegados de 162 Estados-membros das Nações Unidas, de diferentes sistemas legais e com diversidade de posicionamentos.

Nessa Conferência, tomaram parte, além de representantes dos Estados-membros, delegados de 260 outras organizações não governamentais. Para se ter uma ideia da relevância e da urgência da conclusão dos trabalhos para a instituição do Tribunal, todo o processo de discussão do Estatuto de Roma desenvolveu-se em apenas cinco semanas. A entrada em vigor do TPI em tempo recorde, em 1º de julho de 2002, demonstra verdadeira vontade política de se criar uma jurisdição penal internacional.

O TPI representa uma conquista concreta para a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em especial contra violações graves, a saber, os crimes de genocídio, de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Reza literalmente o Estatuto de Roma que a criação do TPI foi feita em consideração aos milhões de crianças, homens e mulheres vítimas de “atrocidades inimagináveis”, que chocam profundamente a consciência da humanidade, como é o caso de Uganda.

A missão proposta ao TPI atualmente é dupla: justificar a proteção a essa nova categoria jurídica, a humanidade, e cumprir essa tarefa de forma efetiva. Quanto à primeira tarefa, a dificuldade reside no fato de que o conceito de humanidade está em constante evolução: surgido no âmbito do direito internacional, engloba o cruzamento de muitos conceitos recentes e ainda em desenvolvimento (crime contra a humanidade, patrimônio comum da humanidade). Por outro lado, a humanidade nem sempre teve uma boa reputação: seu universalismo é visto como totalitário, ameaçador dos homens em sua singularidade e também inquietante para os Estados em sua soberania.¹⁶ Ou seja: sob o manto do conceito de humanidade podem ser impostos valores supostamente universais capazes de aniquilar as naturais diferenças entre os homens. O universalismo extremo pode levar a conceitos paternalistas dos direitos humanos e, de outro turno, o particularismo exacerbado (ou relativismo), pode disfarçar ou justificar atrocidades contra um povo, constituindo uma das piores formas de racismo.¹⁷ No que tange à questão ugandense, por exemplo, as atrocidades cometidas contra o povo acholi foram consideradas cri-

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 20.

¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 74.

¹⁷ KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 6.

mes contra a humanidade, o que justificou a atuação do TPI contra seus líderes locais.¹⁸

Estabelecida a humanidade (e o povo acholi) como vítima de crimes da competência do TPI, outra questão que se coloca é a da iniciativa para se provocar a atuação do Tribunal. De acordo com o artigo 13 do Estatuto de Roma, o TPI poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes de sua competência, seja por iniciativa própria do seu Procurador, seja porque um Estado-parte denunciou uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de crimes. A prerrogativa do Procurador de investigar crimes da competência do TPI e denunciar à Corte determinados casos encontrou enorme resistência, especialmente pelos Estados Unidos. Temia-se que o Procurador pudesse utilizar a Corte para fins políticos. Argumentou-se que ele poderia levar à Corte assuntos levementes, visando embaraçar os Estados e, portanto, atentar contra sua soberania, já que estaria protegido por sua função. Para alcançar a harmonização sobre esse aspecto, foi necessário impor uma série de restrições à liberdade de ação do promotor. No caso de Uganda, a questão da iniciativa restou atendida e não constitui empecilho para a atuação do TPI, já que foram as próprias autoridades ugandenses que representaram perante a Corte em 2003. Nesse ponto de vista, a atuação do Tribunal é legal e oportuna.

Ainda com relação à atuação do TPI, cabe mencionar que ela é suplementar, ou seja, a Corte só intervém

¹⁸ Estatuto de Roma: Artigo 7º Crimes contra a Humanidade: 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

quando um Estado-membro não tem vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento, ou quando ele não tenha capacidade para fazê-lo, nos termos do artigo 17 do Estatuto de Roma. A intenção é evitar ao máximo a interferência da Corte nos sistemas judiciais nacionais, para quem permanece a responsabilidade de processar e julgar os crimes, fato que diferencia o TPI dos demais tribunais *ad hoc*.¹⁹ Portanto, nesse aspecto, a atuação do Tribunal é justificável, pois tivesse Uganda a capacidade de julgar os responsáveis pelos crimes perpetrados em seu território, a intervenção do Tribunal estaria dispensada, eis que suplementar.

3.2.1 O primeiro desafio da atuação do TPI em Uganda: a prescrição dos crimes investigados

A primeira dificuldade diz respeito à prescrição dos crimes investigados (que datam de mais de vinte anos atrás). A maioria dos delitos data de antes de 2002, ano de criação do Tribunal. Assim, os conflitos étnicos que se iniciaram em 1987 e se estenderam até 1º de julho de 2002, não estão, em princípio, sujeitos à jurisdição da Corte. Isso porque o Estatuto de Roma adotou o princípio da não retroatividade, segundo o qual nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do tratado (artigo 24 do Estatuto de Roma).

3.2.2 O desafio da afirmação da autoridade do TPI contra países hegemônicos

O segundo desafio do TPI está em evitar que países hegemônicos e com supremacia militar, econômica, política, cultural etc., subtraíam-se da sua jurisdição penal internacional ou impeçam o seu exercício por meio de expedientes jurídicos e diplomáticos. É sabido que a capacidade de um Estado em contrapor-se às instituições internacionais está intimamente relacionada à sua hegemonia e ao seu poder de influência nos aspectos acima citados. Talvez o fato de grande parte dos Estados africanos não deterem esse poder explique a presença - única e reiterada - de seus representantes como réus no TPI.

Quanto a esse ponto, chama atenção a discrepância da situação em que se encontram os países africanos em relação aos Estados Unidos, por exemplo. Inicialmente, a criação do TPI foi apoiada pelo presidente norte-

¹⁹ Como por exemplo, os tribunais para Ruanda e para a ex-Iugoslávia.

-americano Clinton, que chegou a assinar mensagem de adesão ao Tratado no ano de 2000, no último dia do seu mandato. Todavia o Senado não o ratificou, sob o argumento de que os Estados Unidos, na condição de maior potência militar, é, mais do que qualquer país, chamado a intervir em missões humanitárias por todo o mundo. Há, portanto, a preocupação de subtrair seus militares à sujeição ao TPI em caso de prática de graves crimes da respectiva competência, especialmente em face do “princípio da irrelevância da qualidade oficial”, quando há a possibilidade de que sejam também responsabilizados os ocupantes de altos cargos do Estado. Entretanto, é necessário ressaltar que a argumentação norte-americana perde força diante do “princípio de complementaridade” do TPI, segundo o qual bastaria que os tribunais americanos se ocupassem, com genuinidade, de processar e julgar tais crimes, para que a intervenção do TPI fosse excluída.

De acordo com documentos oficiais divulgados pela rede de informações “wikileaks”, os Estados Unidos têm contatado diferentes governos para o estabelecimento de acordos bilaterais, a fim de que estes não entreguem ao TPI os cidadãos estadunidenses acusados de crimes de sua competência. Caso não respondam a essa demanda, os Estados Unidos ameaçam cancelar a ajuda militar milionária destinada a tais países, numa clara demonstração da sua supremacia econômica em prejuízo do funcionamento do Tribunal.²⁰

Ainda em relação à hegemonia ocidental e seus interesses econômicos, é relevante a crítica de uso ideológico dos conflitos étnicos e até mesmo das práticas destrutivas (genocídios) - como ocorreu no Congo, Ruanda,

Camboja, Líbia etc. - sobretudo para justificar intervenções humanitárias travestidas de um uso político a fim de assegurar essa hegemonia. Uganda não seria um caso à parte nesse cenário.

3.2.3 TPI: uma forma de colonialismo moderno?

O terceiro obstáculo que o TPI tem que enfrentar são as críticas quanto à sua isenção e legitimidade para julgar o conflito ugandense. O caso de Uganda é um dos dez que o TPI possui em andamento atualmente. Chama atenção o fato de que todos os processos em curso são relativos a países situados no continente africano.²¹ Esse é o primeiro grande desconforto gerado pelo TPI, especialmente entre os Estados-membros da União Africana (UA). A suspeita é de que esse fato represente “um colonialismo ocidental”, já que o Tribunal tem atuado apenas contra líderes africanos.

Argumentam os africanos que, enquanto seus compatriotas são processados perante o Tribunal, as violações aos direitos do homem em outros locais no mundo permanecem impunes e sem apuração. De outra aresta, questionam ainda o fato de que, com o TPI, os africanos são levados para longe do local do crime (no caso Haia, na Europa), a fim de serem submetidos a julgamento, do qual participam praticamente apenas advogados e juízes estrangeiros, alheios à peculiaridade da sua cultura e realidade. Por essa razão, durante uma das conferências da UA, Líbia, Senegal, Djibouti e Camarões manifestaram a intenção de retirarem-se do TPI. O incômodo gerado com esse protesto foi tão grande, que ensejou uma manifestação oficial do Tribunal, a fim de se defender da acusação de ser “uma ferramenta do Oeste com o propósito de subjugar líderes do continente africano e promover um programa imperialista”.²²

Como afirmado, os africanos possuem tradicionalmente sua própria maneira de fazer justiça e de resolver litígios, que é conduzida por líderes locais. Entretanto, devido à influência ocidental, a tendência é de ignorar os chefes tradicionais e suas crenças para em seu lugar adotar o modo “ocidental” de resolução de litígios, o judicial.

²⁰ Cerca de oitenta e dois países já assinaram esses acordos de impunidade e cederam à pressão da Casa Branca, embora o Departamento de Estado afirme que aproximadamente outros dez países assinaram o acordo em segredo. Estão entre eles: Timor Oriental, Israel, Romênia, Honduras, República Dominicana, Ilhas Marshall, Mauritània, Índia e Tayikistão, Ruanda, Djibuti, Albânia, Mongólia, Nicarágua, Seicheles e Togo, em geral países mais pobres, muitos dos quais não podem suportar a ameaça da perda da ajuda estadunidense. Os Estados Unidos suspenderam toda a ajuda militar que vinham prestando a trinta e cinco países, entre eles o Brasil, a Colômbia e a seis outros que tentavam ingressar na Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN). A medida é uma punição às nações que ratificaram seu apoio à criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) e se negaram a conceder imunidade aos cidadãos americanos perante aquela Corte. Fonte: Wikileaks.org. Disponível em: <<http://wikileaksbrasil.org/?p=622>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

²¹ São eles: quatro no Congo, um na República Centro-Africana, um em Uganda e quatro no Sudão.

²² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Folha de Informação: África e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/Africa_and_the_ICC_Portuguese.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2010.

Quanto a esse aspecto, a gestão de conflitos deve, em primeiro lugar, ser praticada e fomentada dentro das próprias sociedades, em detrimento da importação de modelos externos. A globalização, com o seu característico aumento da mobilidade de bens e pessoas devido à oferta de transportes e telecomunicações, contribuiu para o aumento crescente do que se pode chamar de um “colonialismo” moderno.²³ Na África em especial, a influência ocidental impactou as culturas locais e o conhecimento tradicional, em virtude da introdução forçada de valores concorrentes e, às vezes, conflitantes com os africanos, como se verá adiante. Não se defende aqui um retorno a um passado romântico, anterior às influências externas, mas sim que, como sempre e em toda parte, as tradições locais se desenvolvam ao longo do tempo por meio de estímulos internos e externos.

A polêmica não é só pelo fato de a atuação do TPI ser apenas em desfavor de líderes africanos e não contra outros líderes mundiais, mas diz respeito à própria judicialização do conflito, já que para os ugandenses acholi, o procedimento judicial constitui um retrocesso ao processo de paz iniciado com o “cessar-fogo” de 2006. Exemplo dessa controvérsia foi o debate, ocorrido em setembro de 2006, entre o Subsecretário-geral das Nações Unidas para as questões humanitárias Jan Egeland e o chefe de um campo de 25 mil refugiados do norte de Uganda. Na ocasião, o líder asseverou que seu povo não queria o TPI e sim a paz. Em resposta, Egeland argumentou que era necessário que a justiça fosse assegurada a eles. “Sem dúvida”, respondeu seu interlocutor, que retrucou quanto à efetividade do TPI: “mas o julgamento de cinco pessoas nos trará de volta aqueles que perdemos? O TPI vai nos devolver a paz? Ou favorece a continuação da guerra?”²⁴

A dúvida e a insatisfação com a atuação do TPI no continente foi novamente manifestada por ocasião da 15ª Cúpula de Chefes de Estado e de Governo, realizada entre 15 e 27 de julho de 2010. Na ocasião, a União Africana – UA – formalmente se recusou a criar um gabinete de ligação do TPI na UA, bem como ameaçou de sanção os Estados-parte africanos do Estatuto de Roma que se afas-

tares das decisões da UA.²⁵ Outro ponto em que a UA mostrou-se pertinaz foi quanto à alteração do artigo 16 do Estatuto de Roma, a fim de que outros organismos da ONU possam pedir a suspensão da ação penal do TPI, em caso de inércia pelo Conselho de Segurança. Esse pedido de providência vem ao encontro do desejo africano de distanciamento da atuação do TPI naquele continente²⁶ e a favor da ação de mecanismos de justiça locais. Não foi por acaso que Campala foi eleita como a sede dessa Conferência. O objetivo visível da escolha da capital ugandense foi o de minimizar a rejeição do continente africano ao TPI ao tempo em que enalteceu a sua importância para o Tribunal. Essa Convenção visou atender ao disposto no artigo 123, parágrafo 1º do Estatuto de Roma, que determina que sete anos após a entrada em vigor do tratado, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocaria uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração no tratado.²⁷ Os Estados Unidos, China e Rússia - em que pese a eles serem membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU - não integram o grupo dos 111 Estados-parte do TPI, mas puderam participar da Conferência na condição de observadores.²⁸

Durante a Conferência de Campala, discutiram-se propostas de emenda ao Estatuto, bem como foi feito um balanço da atuação do TPI até o momento. Quando da confecção do Estatuto de Roma, logrou-se definir o que seriam os crimes de genocídio, contra a humanidade e os de guerra, mas não foi possível alcançar um consenso sobre a definição dos crimes de agressão, visto se tratar de um conceito fluido, que envolve valores políticos e conflitantes. Sete anos depois, nessa Conferência de revisão

²⁵ Devido à sua alta sensibilidade, a atuação do TPI na controvérsia tem sido cautelosa e discreta e se reflete até mesmo nas suas instalações físicas. Notícias a imprensa que o escritório do TPI em Campala não tem sua localização divulgada, assemelhando-se mais a um “esconderijo”. Os jornalistas, por exemplo, podem apenas enviar seus questionamentos via internet e então recebem as respostas.

²⁶ Fonte: *15th Summit of Heads of State and Government*. Disponível em: <<http://www.africa-union.org/root/au/conferences/2010/july/summit/15thsummit.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

²⁷ DECLARAÇÃO de Campala. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C35392FF-E272-4761-94D0-878A911E9BC/0/RC4ENG.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

²⁸ DECLARAÇÃO de Campala. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C35392FF-E272-4761-94D0-878A911E9BC/0/RC4ENG.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

²³ RICHARDS, Paul. *No peace, no war: an anthropology of contemporary armed conflict*. Oxford: James Currey, 2005.

²⁴ Idem

em Campala, permaneceu a indefinição quanto a esses crimes.²⁹ Em se tratando o TPI de fruto de um processo de internacionalização do direito, a dificuldade de obtenção de um consenso sobre definições é esperada. Em casos como esses, o ideal é proceder à harmonização do conceito de crimes de agressão de acordo com os diversos sistemas jurídicos dos países-membros, ou seja, realizando uma aproximação entre todos, em que pese a nós sabermos que o recurso a essa técnica não suprimirá por completo todas as diferenças. A harmonização auxiliaria na proteção de um valor comum a todos os Estados – a integridade e a dignidade da vida humana – e por meio dela, todos estariam aptos a cooperar mais efetivamente com essa proteção. Tal solução é mais facilmente aceita do que a simples unificação dos sistemas que, diferentemente da harmonização, conferiria tratamento idêntico ao assunto em âmbito mundial, o que não é desejável no caso. Somente por meio de métodos de internacionalização que considerem a pluralidade e as diferenças (como a dita harmonização, a hibridação ou o diálogo entre juízes), é possível ordenar as dissensões do cenário internacional anárquico e se criar um “pluralismo ordenado”.³⁰

O objetivo dessa ligeira digressão sobre a definição de crimes pelo TPI e as técnicas empregadas para obter o consenso em relação a eles é demonstrar que tais técnicas também são cabíveis quando se trata de harmonizar o seu procedimento de acordo com as práticas locais de determinado país em que atua, abrindo um espaço para o que se chama de “margem nacional de apreciação”.³¹

3.2.4 O TPI como instrumento de internacionalização e contra a universalização do Direito

O inconformismo dos Estados-membros da UA é pertinente, já que para alcançar a legitimidade pretendida, o TPI deve preocupar-se, entre outras coisas, em congregar valores comuns. O Tribunal, contudo, deve ir mais adiante e reequilibrar os poderes jurídicos e econômicos, a fim de impor a independência e a imparcialidade ao seu julgador, como é também desejado nos níveis nacional e regional.³² É latente, portanto, o risco de um direito co-

mo hegemonico, imposto de forma unilateral pelos Estados mais fortes por meio do TPI.

A globalização, ao mesmo tempo em que possibilita o surgimento de um direito comum pluralista também pode, paradoxalmente, favorecer o renascimento de um modelo imperial próprio do passado.³³ Dessa forma, qualquer outro tipo de modelo de justiça imposto a eles seria também uma forma de “imperialismo”, refutada com veemência. O ideal para o caso seria a relativização deste modelo universal, de forma a adequá-lo a esta realidade, situada dentro de um espaço (Uganda) e dentro de um tempo (a atualidade e não há 20 anos, quando iniciaram os conflitos étnicos), fenômeno denominado juridicamente de “margem nacional de apreciação”. Por meio deste recurso, seria possível a relativização do universal, no dizer de Delmas-Marty³⁴. Ou como diria Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitaese, em seu artigo “Do Império da Lei à Lei do Império: quem governa o Direito?”, a teoria do direito atual está configurada em um modelo hierárquico estratificado de normas, que é insuficiente para compreender o direito na atualidade. Há que se refletir, portanto, sobre uma estrutura mais interativa do processo de criação do próprio direito (*Law making*).

Condicionar a atuação do TPI para a solução do conflito ugandense sem levar em conta as especificidades locais é fomentar a universalização do direito e não a sua internacionalização. Ela pressupõe uma dialética com as particularidades do caso e os valores das populações envolvidas e não a sua imposição ideológica. Em relação à universalização, já advertia Ost³⁵ sobre o risco de ser ele um conceito ideológico, universal, que visa reinterpretar o resultado da globalização como uma oportunidade para um “sentido comum” ampliado na linha do universalismo moral do Iluminismo, cujos direitos humanos são universais. Frise-se, ademais, que até o momento não se logrou êxito em promover uma comunidade que esteja baseada em valores universais. Devemos considerar ainda o risco já ponderado por Koskeniemi,³⁶ de imposição na verdade de um particularismo ocidental sob forma de

²⁹ Segundo o art. 123 do Estatuto de Roma, a revisão programada poderia incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º, na qual se incluem os crimes de agressão.

³⁰ DELMAS-MARTY, Op. Cit., p. 49.

³¹ Idem, p. 406.

³² Idem, Op. Cit., p. 10.

³³ Idem, Op. Cit., p. 14.

³⁴ Idem, p. 206.

³⁵ OST, François. Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature. In: MORAND, Charles-Albert (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant, 2001. p. 6.

³⁶ KOSKENIEMI, Op. Cit., p. 5

universalismo. A fragmentação do direito, o respeito às diferenças e a margem nacional de apreciação poderiam servir de ajustes nesses casos, como se discutirá mais detalhadamente a seguir.

Exemplo disso é a própria ideia de conflito, cuja noção criada pelas sociedades ocidentais é tida como parâmetro universal e projetada nas demais sociedades do globo. Como adverte Ruitemberg Nunes Pereira, em seu artigo intitulado “Interações transjudiciais e transjudicialismo. Sobre a linguagem irônica no direito internacional”, o ocidente “[...] encerra uma pretensão de universalidade de valores em expansão contínua, [...] cujas expressões típicas estão identificadas em valores como a democracia, os direitos humanos, o judaísmo/cristianismo, o cientificismo e, sobretudo, o capitalismo”. No nosso caso, por exemplo, para os teóricos em resolução de disputas da comunidade ocidental, o conflito é tido como um fenômeno predominantemente negativo, notável primordialmente por seus efeitos nocivos, como a morte, a violência e o sofrimento. Em contraste, uma posição árabe poderia sugerir que esses efeitos colaterais não são tão significativos, se comparados ao valor da luta em si, caso ela seja bem sucedida.³⁷

3.3 Justiça restaurativa: uma opção autêntica

A Justiça Restaurativa é um paradigma de justiça que enfatiza a reparação do dano causado por um comportamento criminoso com a participação de todos os atingidos pela conduta ofensiva. Abrange uma série de discursos teóricos e práticos que visam facilitar o diálogo e a conciliação entre todos os atingidos por um crime, ou seja, as vítimas primárias, os ofensores e a comunidade.³⁸

A Justiça Restaurativa não se restringe a um procedimento específico. Compreende vários processos de cooperação, como por exemplo, a mediação vítima-ofensor, os círculos de conferência, a assistência às vítimas, a assistência a ex-condenados e a prestação de serviços comunitários.

Entretanto, não é qualquer procedimento conciliatório que pode ser considerado restaurativo. Para que uma

intervenção seja tida como verdadeiramente restaurativa é necessário que esta atenda a certos princípios básicos, tais como: a participação voluntária e facultativa de todos os interessados ou atingidos pelo delito; o reconhecimento e a aceitação da responsabilidade pelo ofensor; a reparação do dano causado; o fortalecimento dos laços das vítimas e dos ofensores com sua comunidade e a promoção de comunidades mais estáveis, pacíficas e inclusivas³⁹.

Diferentemente de uma mera liquidação ou resolução de conflitos, a justiça restaurativa pressupõe uma transformação destes por meio de diferentes intervenções em todos os níveis da sociedade. De acordo com Lederach⁴⁰, os atores e as abordagens para a transformação de conflitos podem ser organizados sob a forma de uma pirâmide. No topo da sua estrutura estariam os principais líderes, com alto poder de negociação e meios para resolver o conflito, seguido por dirigentes de nível médio e líderes populares e grupos locais de paz na parte inferior. Para ser bem sucedida, a transformação de conflitos deve acontecer em todos os níveis e simultaneamente, de forma interdependente. Essa metodologia de abordagem é necessária, uma vez que considera ainda outros fatores que vão além da mera mudança de comportamento, como por exemplo, o impacto da negociação em toda a sociedade; a compreensão das causas da crise, como as injustiças e as desigualdades sociais; e o resultado deste desequilíbrio de poder no comportamento das partes envolvidas. Assim, enquanto uma resolução de litígios tradicional se baseia em resultados, como o fim da violência direta e o restabelecimento do status quo ante, num cálculo racional de custo-benefício; numa óptica restaurativa, resolver um conflito significa envidar esforços para abordar as causas estruturais subjacentes às diferenças e gerar novas idéias de compreensão mútua, a fim de se chegar a um resultado de longo prazo, orientado para a mudança social.

A justiça restaurativa considera que os embates não surgem apenas devido a interesses incompatíveis, o que pode ser negociado, mas também devido a causas não-materiais, não-comercializáveis, relacionadas às

³⁷ SALEM, Paul E. *Conflict resolution in the arab world*. Beirut: American University of Beirut, 2003. p. 32.

³⁸ TIVERON, Raquel. *A Justiça restaurativa como novo paradigma de combate à impunidade e de promoção dos direitos humanos*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DE ESTADO, 2010.

³⁹ TIVERON, Raquel. *A Justiça restaurativa como novo paradigma de combate à impunidade e de promoção dos direitos humanos*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DE ESTADO, 2010.

⁴⁰ LEDERACH, John Paul. *Building peace*. Sustainable reconciliation in divided societies. Washington: United States Institute of Peace, 2007. p. 22.

necessidades humanas, como por exemplo, a marginalização, a discriminação e a desigualdade. Estas questões devem ser necessariamente enfrentadas, caso se pretenda acabar com um conflito a longo prazo. A abordagem baseada na noção de “necessidades humanas”⁴¹ pressupõe que indivíduos e seus grupos se esforçam para o atendimento de suas necessidades que, uma vez não satisfeitas, podem levar à instabilidade e à perseguição violenta para sua realização. Isto decorre da compreensão de que para sobreviver, os humanos precisam de uma série de exigências que vão além de comida e água, incluindo a segurança, auto-estima, reconhecimento, realização pessoal, identidade, cultura, liberdade e justiça distributiva.

3.3.1 Justiça restaurativa x comissões de verdade

Da simples leitura dos princípios da justiça restaurativa anunciados, podemos observar que as comissões de verdade - que auxiliam sociedades pós-ditatoriais a descobrir verdade sobre o passado de violações dos direitos humanos - se assemelham com o paradigma restaurativo, mas com ele não se confundem.

Como ressalta Christiani Amaral Buani, em seu artigo “A Justiça de Transição: ápice da internacionalização do direito?”, as comissões de verdade são criadas ocasionalmente por países emergentes de períodos de instabilidade interna, como a guerra civil ou a ditadura. Na África do Sul, por exemplo, a Comissão Verdade e Reconciliação criada pelo presidente Nelson Mandela após o apartheid é popularmente considerada um modelo das comissões de verdade⁴². Assim como os relatórios do governo, elas podem fornecer provas sobre crimes e abusos dos direitos humanos. O foco das suas investigações é determinar o que realmente aconteceu, especialmente em caso de pessoas “desaparecidas”. Há também o desafio de determinar quem é o responsável e atribuir a punição adequada, combinando estratégias de busca da verdade e da justiça⁴³.

Ambos se parecem pelo fato de constituírem métodos não judiciais que países emergentes de um período

de violações generalizadas de direitos humanos têm a sua disposição para chegar a um acordo sobre seu passado e também por nenhum deles estar previsto no Estatuto de Roma, além de ambos não buscarem necessariamente a punição dos responsáveis. Como bem salientou Christiani Amaral Buani, o objetivo principal de uma comissão de verdade é compilar um registro preciso do que aconteceu, buscando a verdade por meio de investigações. Enquanto ela tem o compromisso com a busca da verdade, a justiça restaurativa pretende em primeiro plano viabilizar a restauração das relações sociais.

3.3.2 Justiça restaurativa x Justiça de transição

À primeira vista é perceptível a semelhança entre a justiça restaurativa e a justiça de transição, visto que ambas há o desejo de superar o passado e seguir de forma prospectiva, a fim de construir uma nova sociedade baseada em fortes laços comunitários.

Todavia, para alcançar esse objetivo, elas propõem caminhos que podem ser divergentes, convergentes ou complementares. A justiça de transição tem a finalidade essencial de encontrar um equilíbrio entre as exigências da justiça e da paz num contexto excepcional de transição da guerra para a paz ou do autoritarismo para a democracia, em situações caracterizadas por atrocidades sistemáticas. Em contraste, a justiça restaurativa surge como uma crítica e um paradigma alternativo ao funcionamento do sistema penal retributivo. Enquanto a justiça de transição admite o recurso a práticas como o processo penal e a retribuição para alcançar seus objetivos, a justiça restaurativa procura a reconciliação entre vítima e ofensor, com a necessária satisfação das vítimas, de suas necessidades, e restabelecimento da paz social. Dessa forma, mais do que punir o agressor, o direito penal nesta perspectiva deve buscar reconhecimento para o sofrimento da vítima e da comunidade, a reparação de seu dano e restauração de sua dignidade. Quanto ao agressor, ele deve ser reincorporado na sociedade, a fim de restabelecer assim suas obrigações sociais.

Ferramentas restaurativas podem acompanhar os processos de transição e, assim, garantir o seu sucesso duradouro. Há contextos de transição em que, devido à natureza do conflito anterior, os mecanismos de justiça restaurativa podem ser úteis para realizar um processo de transição bem-sucedido, como no caso de Uganda, em que transições após os conflitos armados ou guerras civis,

⁴¹ BURTON, John. *Conflict: resolution and prevention*, New York: St. Martin's Press, 1990.

⁴² FREEMANTLE, T. Truth commissions: try to put the past to rest. *Houston Chronicle*, 1996, p. 15

⁴³ ROCHE, Declan. Truth commission amnesties and the International Criminal Court. *British Journal of Criminology*, p. 2, jul. 2005.

em que a violência é simétrica ou horizontal, ou seja, em que cada ator armado e suas bases sociais são, ao mesmo tempo, as vítimas e autores de crimes atrozes. Nesse contexto, fórmulas de transição com base restaurativa e perdões recíprocos são mais eficazes.

3.3.3 Justiça restaurativa: distinções da justiça tradicional

Na abordagem jurisdicional tradicional, como a do TPI, as regras são o ponto de referência e a violação a estas regras é considerada em primeiro plano, em detrimento da violação aos relacionamentos (ofensor x ofendido e ofensor x sua coletividade). Seu objetivo é garantir a justiça. Seu principal argumento, quando se trata conflitos armados, são os direitos humanos. Já do ponto de vista restaurativo, ao invés da justiça, o reestabelecimento da paz é colocado como prioridade. A paz é vista como a única solução desejável para todas as questões, o que faz com que este paradigma seja considerado por seus críticos como utópico e idealista em contraponto ao outro, visto como legalista.

As decisões restaurativas são tomadas em consideração aos interesses imediatos dos envolvidos, em detrimento do discurso geral baseado nos direitos humanos. Na óptica tradicional, há uma tendência de posicionamento em favor da vítima, enquanto que a restaurativa tende a assumir uma postura mais neutra. Ela se concentra mais na restauração, manutenção ou construção de relações do que numa reparação para as violações de direitos humanos. Podemos, portanto, adjetivar o modelo de justiça baseado em direitos humanos como “universal” e o segundo, o restaurativo, como “contextual”.

Diante de tantas diferenças, podemos afirmar que em certos momentos a justiça restaurativa contrasta com o TPI e demais estratégias centradas no Estado, pois nestes se sobressai o recurso a medidas coercivas, como as sanções, em detrimento da restauração. Outra distinção reside no fato de que a resolução tradicional de conflitos busca encerrar uma contenda violenta por meio da criação de uma situação conhecida por “jogo de soma zero”. Os principais atores na sua resolução são os políticos, militares e os líderes religiosos. O terceiro interveniente é visto tão-somente como um facilitador independente, que auxilia as partes no conflito para levar à tona todos os interesses e as necessidades que permanecem insatisfeitos. A justiça restaurativa, por outro lado, amplia o

âmbito dos atores envolvidos na contenda: além de autoridades locais, integra como protagonistas representantes da sociedade civil, acadêmicos e outros especialistas capazes de estimular um processo de mudança. O papel reservado ao colaborador aqui é o mesmo citado na justiça comum. Todavia, na justiça restaurativa, há espaço para que este facilitador (geralmente líderes, anciãos etc) exerça uma função primordial, ou seja, o de autoridade capaz de resolver o conflito em jogo e acabar com a violência, o que seria impensável na justiça tradicional, mas é bastante comum nas culturas africanas.

3.3.4 O modelo restaurativo africano

As práticas restaurativas não são novidade para a população africana. O povo acholi no Norte do Uganda possui um ritual tradicional de reconciliação chamado “*mato oput*”, que na língua acholi significa beber uma poção amarga feita das folhas do “*oput*”, uma erva acre extraída de uma árvore local.⁴⁴

Na maioria das vezes, o ritual do “*mato oput*” envolve dois clãs - o clã do “agressor” e o clã dos “sobreviventes” - e seu processo é dividido em três etapas: o ofensor confessa seus erros, mencionando especificamente os crimes que cometeu; os clãs chegam a um acordo sobre a reparação do dano causado e ambos realizam rituais que simbolizam que um acordo foi alcançado. A cerimônia do “*mato oput*” pode ser resumida da seguinte forma:

1. Bater o pau: bater o pau simboliza a motivação reparadora do “*mato oput*”. O bastão significa que a mediação vai impedir a morte da próxima pessoa que seria abatida pela família da vítima, em vingança. Também simboliza a verdade, que é essencial para restaurar a justiça. O bater da vara significa que a raiva e amargura conduziram à luta e aos atos de vingança, se não tivessem sido mediadas. Sem mediação, o “espírito da pessoa assassinada” iria levar a mais mortes e violência.

⁴⁴ AFAKO, Barney. Traditional drink unites Ugandans. *BBC Focus on Africa Magazine*, set. 2006. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/5382816.stm>>. Acesso em: 29 nov. 2010

2. Abate dos ovinos e caprinos: uma ovelha é oferecida pelo clã do agressor como sinal do reconhecimento de culpa. Outra ovelha é oferecida pelo clã do vitimado que, por sua vez, simboliza a unidade, a reconciliação e o perdão. Essas ovelhas serão cortadas pela metade e os lados opostos são trocados entre as duas partes. Cortar e misturar ovelhas significa a união dos dois clãs.
3. Comer “*rotten mkwok boo*” (vegetal local podre): indica que a tensão entre os grupos foi longe demais a ponto de comprometer até mesmo a sua alimentação. Comer a “*boo*” podre significa que os clãs estão prontos para se reconciliar.
4. Beber o “*oput*” (raiz amarga): é um sinal da amargura que existe entre os dois clãs. Ambas as partes beberem o “*oput*” simboliza a lavagem da amargura do coração das pessoas, agindo como um remédio para curar o agror.
5. Comer o “*acwiny*” (fígado): o fígado das ovelhas e cabras é cozido e comido pelas duas partes. Em humanos, o fígado é supostamente o lugar onde toda a amargura é armazenada ou, variavelmente, a fonte da vida, onde todo o sangue é armazenado. O sangue é a fonte da vida e o fator unificador de todos os clãs.
6. Comer “*odeyo*”: “*odeyo*” é a sobra que fica em uma panela e é utilizada para misturar. Comer “*odeyo*” simboliza reunir ambas as partes para comerem juntas novamente.
7. Acabar com todos os alimentos: comer toda a comida simboliza que não há tensão ou amargura deixada entre as partes.

Há a possibilidade ainda do pagamento de uma compensação à vítima, como por exemplo, a entrega de uma vaca ou mesmo dinheiro.

O consumo do “*mato oput*” significa que as duas partes em conflito devem aceitar a amargura do passado e

da promessa de um futuro novo. Muitos acholi acreditam que o “*mato oput*” pode trazer a verdadeira cura de uma forma que o sistema de justiça formal não pode. Com esse ritual, não se pretende em primeiro plano estabelecer se um indivíduo é culpado ou não, mas sim restaurar a harmonia social na comunidade afetada.

3.3.5 A justiça restaurativa pode superar a amargura causada por crimes contra a humanidade?

Em que pese haver vozes tanto em âmbito nacional quanto internacional pleiteando a aplicação da Justiça Restaurativa a crimes de competência do TPI,⁴⁵ o cabimento desse sistema de justiça para crimes de tal gravidade está longe de ser consenso.

A par das sempre existentes tensões entre as exigências do sistema de justiça criminal e as abordagens não punitivas para graves e sistemáticas violações dos direitos humanos, pode-se perguntar se o “*mato oput*” não seria uma tentativa disfarçada de impunidade em Uganda.

Para responder a essa pergunta, uma das técnicas consiste em verificar se a aplicação do mecanismo de “*mato oput*” no caso estaria ou não revestida de boa-fé. Se o objetivo é fugir do Estado, da sociedade, das obrigações legais, éticas e políticas de seu povo, a abordagem restaurativa deve ser rejeitada. Nesse caso, o propósito do mecanismo “*mato oput*” seria apenas proteger alguns autores e o processo violaria o direito internacional, não sendo do interesse da paz e tampouco da justiça.

Assim, a resposta deve ser encontrada na concepção do processo em si e também no grau de participação, de consulta e de transparência que rodeia o mecanismo de “*mato oput*”.

Por outro turno, restaurativistas também apontam as vantagens de aplicação desse paradigma. Alegam que o Tribunal deve dar uma chance à paz, o que seria mais relevante no caso de Uganda, que sofreu por mais de vinte anos com o conflito. Além disso, ponderam, a retirada pelo TPI não significaria o fim da prestação de contas, mas o início dos processos de justiça próprios da

⁴⁵ Nesse sentido: KELLER, Linda M. Seeking justice at the international criminal court: victim’s reparations. *Thomas Jefferson School of Law Review*, San Diego, v. 29, n. 2, p. 189, 2007.; MURITHI, Tim. Sequencing the administration of justice to enable the pursuit of peace. *IRJ Policy Brief*, n. 1, jun. 2010. THESING, Fr. Ken. Together with Africa update. *Maryknoll Fathers & Brothers Africa region newsletter*, p. 1, jun. 2009.

cultura daquela região. E arrematam argumentando que a intervenção do TPI teria um impacto negativo no processo de paz no Norte de Uganda, eis que os mandados de prisão expedidos contra os cinco líderes militares tornariam ainda mais difíceis as negociações de paz, senão impossível. Segundo esse ponto de vista, o TPI não deveria desconsiderar a vontade política da população local, pois se insistir em uma lógica exclusivamente judicial, estimulará a continuidade do conflito. É o que Koskeniemi⁴⁶ chama de necessária “sensibilidade”, ou seja, a capacidade de considerar atitudes, ideias e práticas, como a fé, a política, a imagem que o indivíduo tem de si próprio e da sociedade, para uma boa convivência na comunidade internacional.

3 Formas de operacionalizar a conciliação do tpi com a proposta restaurativa

É possível a conciliação da Justiça Restaurativa com a jurisdição do TPI se concebermos a Justiça Restaurativa não como uma opção substituta do Sistema de Justiça Criminal tradicional, mas complementar a ele. De outra banda, a harmonização de normas e do direito não é contrária aos fins propostos pelo Estatuto de Roma para o TPI e pode ser alcançada mediante a adoção de alguns mecanismos previstos nele próprio. Dessa forma, o TPI se transformaria em vetor de internacionalização e não de uniformização do direito, mitigando a crítica de atuação imperialista, colonizadora e ocidentalista. Ademais, como ressalta Geilza Fátima Cavalcanti Diniz, em seu artigo intitulado “Os domínios recalcitrantes do direito internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo”, “[...] o papel do direito internacional deve ser o de garantidor, a cada indivíduo, da possibilidade de serem livres conforme os espaços culturais em que nasceram e foram criados”.

O procedimento do TPI pode ser considerado restaurativo na medida em que promove direitos fundamentais de outros envolvidos no processo – como vítimas, testemunhas e até mesmo a comunidade internacional – que, normalmente, não são reconhecidos pelo sistema de justiça comum, tais como: direito à informação, à reparação, à oportunidade de manifestação e de consideração

do seu dissabor. No sistema convencional, elas não são devidamente informadas sobre os seus direitos, tampouco sobre a situação processual dos fatos que também lhes dizem respeito; a reparação dos seus danos é rara e seu infortúnio e as suas perspectivas para o momento posterior ao sofrimento do delito são totalmente ignorados.

Uma das grandes inovações trazidas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o seu regulamento é o conjunto de direitos reconhecidos às vítimas perante a Corte. Pela primeira vez na história da justiça penal internacional, as vítimas têm a possibilidade de apresentar seus pontos de vista e observações ao Tribunal. A participação das vítimas no TPI pode ocorrer em várias etapas do processo e de diferentes formas. Na maioria dos casos, ocorrem por meio de um representante legal e serão realizadas “de maneira que não seja prejudicial ou incompatível com os direitos dos acusados e um julgamento justo e imparcial”. Assim, o regulamento do Estatuto de Roma visa proporcionar às vítimas a oportunidade de ter suas vozes ouvidas e obter, se necessário, alguma forma de reparação. É facultado a elas apresentar observações antes ou após o Juízo de Instrução e ainda formular propostas sobre todas as questões relativas à competência do Tribunal ou da admissibilidade dos casos.

Em seu artigo 43 (6), o Estatuto prevê uma “Unidade de Vítimas e Testemunhas” com vistas a fornecer-lhes medidas de proteção e de segurança, aconselhamento e assistência. De forma semelhante, o artigo 68 estabelece procedimentos para a “proteção das vítimas e testemunhas e sua participação no processo.” Há ainda a previsão de um Escritório Público de Defesa das Vítimas, para prestar apoio e assistência às vítimas e a seus representantes legais. E, por fim, o Artigo 79 estabelece um Fundo Fiduciário para fazer reparações financeiras às vítimas e às suas famílias.

Outra novidade do TPI é que, pela primeira vez, um Tribunal Penal internacional tem o poder expresso de ordenar um indivíduo a pagar reparação a outro indivíduo. Nos termos do artigo 75, o Tribunal poderá estabelecer os princípios para a reparação das vítimas, que poderão incluir a restituição, a indenização e a reabilitação.

A técnica da complementaridade, prevista no artigo 17, outorga ao país em conflito a responsabilidade primária de processar e julgar os crimes cometidos em seu território, evitando ao máximo a interferência da Corte

⁴⁶ Op. Cit.

nos sistemas judiciais nacionais. Dessa forma, a Corte incentivaria os Estados-parte a aperfeiçoarem seu ordenamento jurídico a fim de atuarem na responsabilização dos culpados e evitarem a atuação do TPI. Esse é um exemplo clássico de internacionalização do direito que, no caso, ocorre mais especificamente por meio do processo de harmonização das normas jurídicas, uma das facetas da mundialização observada hodiernamente. Lembre-se ainda de que, por ocasião da criação do Tribunal, o mundo viu-se obrigado a harmonizar o pensamento jurídico dos diversos sistemas jurídicos existentes para alcançar algum consenso sobre vários temas, como pena de morte, prisão perpétua, imunidades.⁴⁷ A fim de viabilizar a conciliação entre o TPI e a justiça restaurativa, o encontro restaurativo poderia, por exemplo, constituir até mesmo uma fase preliminar ao processo judicial no TPI. Uma vez realizado com êxito no âmbito daquela Corte, implicaria um pedido oficial de interrupção e ulterior extinção dos processos penais, o que teria sido feito com a intervenção do TPI, sem levá-lo a uma crise de legitimidade e eficácia. Essa alternativa encontra amparo legal no art. 53 do Estatuto de Roma, mais precisamente em seu item 4 que diz: “O procurador poderá, a todo o momento, reconsiderar a sua decisão de abrir um inquérito ou proceder criminalmente, com base em novos fatos ou novas informações.” O argumento a ser utilizado pelo promotor pode ser o previsto no item 2, “c”, desse mesmo artigo: o de que “o procedimento não serviria o interesse da justiça”, que é exatamente o caso em análise.

4 Conclusão

Conceber conflitos como frutos de um processo social e histórico anterior, como faz a justiça restaurativa, apresenta novas e importantes oportunidades para a sua transformação. Por meio desse processo, as partes são capazes de mudar suas relações antagônicas para um

processo de aceitação mútua e assim, assegurar maiores chances de uma paz sustentável.

O cerne da polêmica em Uganda em relação ao TPI reside na convicção do povo acholi de que o início do tão almejado processo de paz anulou a “exigência moral de justiça” do TPI. Para eles, não se trata de negar os crimes cometidos, mas sim de um apelo para que seja dada preferência à paz em detrimento da retribuição. Invocam em seu favor o fato de que o governo ugandense já concedeu a anistia em relação a tais crimes e que possuem culturalmente outra maneira de fazer justiça, alternativa ao sistema tradicional, o “*mato oput*”. Estas duas abordagens entram em tensão especialmente por se tratar de responsabilização por violações passadas. A questão que se coloca é a seguinte: depois de anos de sofrimento e da dor da guerra, deve a comunidade acholi esquecer o tormento, como requer a anistia; seguir rumo à cura, como sugere a sua própria proposta restaurativa, ou deve buscar a prestação de contas, com a punição dos culpados, estabelecimento da verdade e combate à impunidade, como sugere o sistema tradicional com apoio dos ativistas de direitos humanos?

Quaisquer destes processos que ponha termo ao ciclo vicioso da violência e que promova a paz será visto como um processo justo. Como nenhum deles - nem o judicial, nem a anistia e nem o restaurativo - é capaz de fazê-lo isoladamente, o melhor a fazer é combiná-los, numa hibridação, de modo a aproveitar as vantagens de cada um. Esta solução atenderia à necessidade de mudanças de longo prazo, assim como promoveria os direitos humanos, com uma governança inclusiva, possibilitando o desenvolvimento local.

O que se almeja é uma solução que ponha fim ao conflito e que, ao mesmo tempo, crie um ambiente favorável para uma paz sustentável. Não se pretende simplesmente encobrir as mazelas trazidas pelo conflito com uma solução de curto prazo, mas permitir que a paz seja vista como uma meta alcançável e de longa duração.

A emergência de uma paz duradoura requer um trabalho de ajustamento entre o relativo, o global e o universal. A solução não deve se situar em um único modelo, mas pelo cruzamento de vários sistemas, que engloba o direito interno e o internacional, o regional e o mundial, o geral e o especial. É imperativo que as perspectivas, a cultura e a opinião das vítimas, o povo ugandense, sejam

⁴⁷ Os interesses estavam divididos entre grupos políticos globais e regionais, como o Movimento dos Países Não Alinhados; Grupo Árabe; Grupo da América Latina e Caribe; União Europeia; Leste Europeu; Países do Conselho de Segurança (P5) e os like-minded states, composto pelos seguintes países: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, Croácia, Dinamarca, Egito, Eslováquia, Finlândia, Grécia, Guatemala, Hungria, Irlanda, Itália, Lesoto, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Sarnoa, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago (que representava 12 Estados do Caricom), Uruguai e Venezuela.

levados em conta. O caminho para a paz passa por diversos processos (cooperação, harmonização, unificação por hibridação), na tentativa de “ordenar o múltiplo”, sem reduzir à extensão hegemônica de um sistema único (DELMAS-MARTY, 2005, p. 13). Nesse aspecto, a conciliação entre a justiça restaurativa ugandense e o TPI é possível, desejável e oportuna. O que se propõe aqui é o chamado “pluralismo ordenado” de Delmas-Marty (2005): não a mera justaposição de normas e procedimentos, mas a harmonização do ritual do “mato oput” com o Estatuto de Roma, como uma fase preliminar à atuação do TPI. Assim, o ébano (“mato oput”) e o marfim (TPI) estariam orquestrados como as teclas de um piano, numa sintonia em busca da paz, compondo um direito harmonizado, ao invés de imposto ou unificado, em um legítimo processo de internacionalização do direito.

Referências

- AFAKO, Barney. Traditional drink unites Ugandans. *BBC Focus on Africa Magazine*, set. 2006. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/5382816.stm>>. Acesso em: 29 nov. 2010.
- ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/region/uganda>>. Acesso em: 30 nov. 2010.
- BURTON, John. *Conflict: resolution and prevention*. New York: St. Martin's Press, 1990.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers um droit commun de l'humanité*. Paris: Textuel, 2005.
- ESSONGOU, André-Michel. Uganda põe TPI à prova. *Le monde diplomatique*, jul. 2007. Disponível em: <<http://diplomatie.uol.com.br/acervo.php?id=2114&PHPSESSID=7344ed5e82e51d5534f731688bd39468>>. Acesso em: 26 nov. 2010.
- FREEMANTLE, T. Truth Commissions: try to put the past to rest. *Houston Chronicle*, 1996.
- GINGYERA-PINYCWA, A.G. Is there a Northern Question? In: Kumar Rupesinghe (Ed.). *Internal conflicts and their resolution: the case of Uganda*. London: James Curry, 1999.
- J GUARANI. *EUA pressionou por imunidade a seus militares*. Wikileaks.org. Disponível em: <<http://wikileaksbrasil.org/?p=622>>. Acesso em: 13 fev. 2011.
- KELLER, Linda M. Seeking justice at the international criminal court: victim's reparations. *Thomas Jefferson School of Law Review*, San Diego, v. 29, n. 2, 2007.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: The rise and fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LEDERACH, John Paul. *Building peace: Sustainable reconciliation in divided societies*. Washington: United States Institute of Peace, 2007.
- LWANGA-LUNYIIGO, Samwiri. The colonial roots of internal conflict. In: Kumar Rupesinghe (Ed.). *Conflict resolution in Uganda*. London: James Curry, 2001.
- MURITHI, Tim. Sequencing the administration of justice to enable the pursuit of peace. *IRJ Policy Brief*, n. 1, jun. 2010.
- OST, François. Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature. In: MORAND, Charles-Albert (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant, 2001.
- RICHARDS, Paul. *No peace, no war: an anthropology of contemporary armed conflict*. Oxford: James Currey, 2005.
- ROCHE, Declan. Truth commission amnesties and the International Criminal Court. *British Journal of Criminology*, jul. 2005.
- SALEM, Paul E. *Conflict resolution in the arab world*. Beirut: American University of Beirut, 2003.
- THESING, Fr. Ken. Together with Africa update. *Maryknoll Fathers & Brothers Africa region newsletter*, jun. 2009.
- TIVERON, Raquel. *A Justiça restaurativa como novo paradigma de combate à impunidade e de promoção dos direitos humanos*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DE ESTADO, 2., 2010.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Folha de Informação: África e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/Africa_and_the_ICC_Portuguese.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2010.

UNITED NATIONS INFORMATION Centre Rio de Janeiro. *Norte de Uganda*: principais passos para a paz em um conflito que começou há décadas. Disponível em: <<http://unic.un.org/imucms/rio-de-janeiro/64/402/norte-de-uganda-principais-passos-para-a-paz-em-um-conflito-que-comecou-ha-decadas.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional

Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law

Ruitemberg Nunes Pereira

VOLUME 9 • N. 4 • 2012
NÚMERO ESPECIAL: INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONALIZATION OF LAW

Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*

Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law

A figura de linguagem irônica se anula a si mesma, pois é como um enigma para o qual temos no mesmo instante a solução.

Kierkegaard

Ruitemberg Nunes Pereira¹

Resumo

As interações entre cortes nacionais e internacionais estão se expandindo *pari passu* com a ampliação dos poderes do Judiciário ao longo do sistema-mundo e a proliferação do número de cortes internacionais e supranacionais. Reconhecendo que as interações transjudiciais configuram um fenômeno sociológico complexo, o presente estudo pretende concentrar-se sobre o seus aspectos éticos, políticos e epistemológicos. Um dos objetivos da pesquisa é sustentar a íntima relação entre as idéias e valores universais da sociedade ocidental, do capitalismo histórico e da linguagem irônica do direito internacional e que tal relação constitui o fundamento primeiro do transjudicialismo, e defender o paradigma da complexidade como modelo teórico mais adequado para se refletir sobre o fenômeno. Adotar-se-á, fundamentalmente, uma análise teórica, que tem como pano de fundo uma crítica à perspectiva comunitarista subjacente ao transjudicialismo, embora não raras as incursões sobre os próprios precedentes invocados nos episódios de interação transjudicial.

Palavras-chave: Transjudicialismo. Linguagem irônica. Capitalismo histórico. Judiciário internacional.

Abstract

The interactions among national and international courts are expanding *pari passu* with the expansion of the powers of the judiciary throughout the world-system and the proliferation of the number of international and supranational courts. Taking in consideration that transjudicial interactions configure a complex sociological phenomenon, this study intends to focus on its ethical, political and epistemological aspects. One goal of research is to sustain the intimate relationship between ideas and universal values of Western society, historical capitalism and the (ironic) language of international law, and that such a relationship is in the core foundation of the transjudicialism, defending the paradigm of complexity as the more appropriate theoretical model to analyze the phenomenon. The essay adopts fundamentally a theoretical analysis, which has as its background a critique of the communitarian perspective underlying the transjudicialism, though not rare incursions through judicial precedents will be also made.

* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Doutorando em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB/DF), Mestre em Direito e Estado (UnB/DF) e Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF). Email: ruitemberg.pereira@gmail.com

Key-words: Transjudicialism. Ironic language. Historical capitalism. International judiciary.

1 Introdução

Em todo o ocidente, as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais. Essa expansão das interações judiciais tem-se intensificado de tal modo que já há quem sustente a possibilidade da formação de uma verdadeira comunidade global de cortes, apta a dar novos sentidos, significados e consistência ao direito internacional no plano doméstico. Se considerarmos que os precedentes judiciais nascem numa determinada cultura, cumpre reconhecer que as interações transjudiciais suscitam importantes questões ética, políticas e até mesmo de ordem econômica, revelando-se um fenômeno sociológico complexo que acompanha o movimento de expansão internacional do direito e das funções judiciais.

As interações transjudiciais em contínua expansão poderiam constituir uma forma de ocidentalização do mundo a partir das idéias defendidas pelas cortes européias? Quais seriam as questões éticas derivadas de um possível diálogo transjudicial entre cortes asiáticas e cortes européias? Por que as cortes domésticas tem sido cada vez mais estimuladas a invocar os precedentes judiciais internacionais em suas decisões? Por que algumas cortes internacionais têm-se mantido distante desse fenômeno transjudicial? Que critérios e fundamentos são invocados pelas cortes domésticas para escolher determinados precedentes internacionais e adotá-los como razões de decidir? Eis um esboço de questões que remetem à necessidade de um aprofundamento do debate sobre a filosofia moral e a filosofia da linguagem adotada pelo direito internacional, porquanto as interações transjudiciais revelam sobretudo uma forma interação transcultural ao logo do sistema-mundo ocidental.

O “ocidente” é uma metafísica histórica que encerra uma pretensão de universalidade de valores em expansão contínua.² A idéia de ocidente indica uma forma de vida

bem identificada: a forma de vida do que chamamos *sociedade ocidental*, cujas expressões típicas estão identificadas em valores como a democracia, os direitos humanos, o judaísmo/cristianismo, o cientificismo e sobretudo o capitalismo. À medida que a idéia ocidental propõe à humanidade uma metafísica, sendo a própria *humanidade* e o complexo dos valores da *pessoa humana* uma criação sua, apresenta-se também comprometida com princípios que a subvertem, num gesto de verdadeira auto-traição, a revelar a *linguagem irônica* como uma marca histórica fundamental de si mesma. *Ironia* pode ser a palavra que bem resume as complexidades e os paradoxos do ocidente.³

O sistema-mundo ocidental e a linguagem irônica se complementam e se interligam a um sistema mais abrangente: o sistema do capitalismo histórico.⁴ Na base do sistema capitalista, o ocidente e a ironia encontram o seu habitat natural. Embora a ironia tenha aparecido em fase mais recuada da História, foi no sistema da ideologia ocidental capitalista que ela se desenvolveu e se redescobriu.

É sob o pano de fundo deste contexto complexo de interligação sistêmica entre linguagem irônica, filosofia moral e capitalismo histórico que discutiremos o fenômeno das interações transjudiciais ou do transjudicialismo.

Um dos objetivos principais do trabalho é discutir a relação entre as interações transjudiciais e a linguagem irônica que marca a sociedade capitalista (ocidental), notadamente para estudar a presença do expansionismo capitalista na idéia de que essas interações poderiam contribuir para um reforço da eficácia do Direito internacional e do papel do Judiciário em nível global. A par dessa perspectiva, faremos alguma incursão nas questões de ética global que exsurtem dos debates acerca dos modos de interação transjudicial. Trata-se, portanto, de um ensaio sobre filosofia moral e filosofia da linguagem aplicada ao fato sociológico das interações entre cortes de países diversos.

Para desenvolver esses objetivos, faremos primeiramente um esboço geral dessas interações, para discutirmos uma possível taxonomia. Em seguida, poremos em destaque as questões éticas oriundas das interações judiciais, a fim de ressaltar a idéia de que as interações judi-

² CALLIES, Christian. Europe as transnational Law. The transnationalization of values by European Law. *German Law Journal*, v. 10, n. 10, p. 1367-1382, 2009. RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international Law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 929-961, 2004.

³ MUECKE, D. C. *Ironia e irônico*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.

⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

ciais são, em seu sentido mais substantivo, a forma de uma cultura jurídica relacionar-se com outra, do que emergem temas como o pluralismo, a incomensurabilidade de valores, a empatia judicial, o reconhecimento do Outro, o problema da ocidentalização do mundo etc. Num terceiro momento, discutiremos a tese, sustentada por muitos, de que as interações transjudiciais poderão ensejar uma imaginada comunidade global de cortes, a partir da expansão dos “diálogos” entre juízes ao longo do sistema-mundo. Nas duas últimas seções do trabalho, faremos um exercício de filosofia da linguagem, a partir do que denominamos de linguagem irônica como forma de discurso no cenário do direito internacional, para enfim sustentar o paradigma da complexidade como o mais adequado à análise das interações transjudiciais. Por fim, discutiremos eventuais reflexos das interações transjudiciais no plano dos Estados-nacionais.

2 Os sentidos das interações transjudiciais: aproximação conceitual

Partindo de uma proposta de revisão do conceito de soberania estatal, parte da doutrina internacional tem proposto uma classificação das interações judiciais nos seguintes moldes:⁵

(I) Formas de comunicação transjudicial:

- a. *Diálogos horizontais*: são as comunicações que se estabelecem entre cortes que possuem o mesmo *status* (nacional, regional ou supranacional), no âmbito das quais a citação de jurisprudência estrangeira constitui mera cortesia;⁶
- b. *Diálogos verticais*: são as comunicações que se estabelecem entre cortes nacionais

e supranacionais, como as que se verificam entre as cortes dos Estados componentes da União Europeia em face das decisões da Corte Europeia de Justiça, e, em menor grau de verticalidade, a citação dos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos pelos Estados-membros da Convenção Europeia (ECHR) ou por Estados estrangeiros fora da União Europeia (Suprema Corte da Argentina ou da Austrália, por exemplo);

- c. *Diálogos mistos* (vertical-horizontal): verifica-se quando os *Tribunais supranacionais funcionam como instrumento ou estímulo para as comunicações horizontais*, e, numa segunda variante, quando esses mesmos Tribunais atuam como disseminadores de princípios (não simplesmente de precedentes judiciais internacionais, do que nos parece ser a doutrina da ponderação ou da margem nacional de apreciação, amplamente desenvolvidos na Corte Constitucional da Alemanha e na Corte de Estrasburgo, os exemplos mais significativos);

(II) Grau de envolvimento recíproco:

- a. *Diálogos diretos*: verificam-se quando as interações transjudiciais se iniciam por uma Corte e são correspondidas em seguida pela Outra, a exemplo das interações transjudiciais que, normalmente, se estabelecem entre a Corte Europeia de Justiça e as Cortes dos Estados-membros da UE;
- b. *Monólogos*: refere-se à grande maioria das comunicações transjudiciais, uma vez que as Cortes não se apresentam como participantes de um processo institucionalizado de conversação transnacional. O que se verifica, em verdade, é apenas um uso doméstico (ou, mais raramente, no âmbito das Cortes supranacionais) do precedente judicial internacional, em relação de horizontalidade (comunicação horizontal);

⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 533; 103-114, 1995. Tal classificação é semelhante à desenvolvida por Burgogue-Larsen (2010), que distingue entre “diálogo orquestrado” (*dialogue orchestré*) e “diálogo espontâneo” (*dialogue débridé*). No contexto dos diálogos transjudiciais orquestrados, distingue o “diálogo integrado” (*dialogue intégré*) e o “diálogo convencional” (*dialogue conventionnel*).

⁶ Tribunais *supranacionais* são os tribunais internacionais que admitem acesso direto dos indivíduos. V. HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005.

- c. *Diálogos intermediários*: aproxima-se do “monólogo” acima descrito, referindo-se à primeira variante das comunicações transjudiciais mistas;

Essa classificação apresenta algumas dificuldades teóricas, em face da polissemia dos termos “comunicação” e de “transjudicialismo”. Se a expressão comunicação (*communication*) diz respeito à *práxis* da citação cruzada (*cross-citation*) e portanto aos usos dos precedentes internacionais (ou supranacionais) há de se concluir que a distinção entre comunicações horizontais, verticais ou mistas não subsiste, pois em geral as interações transjudiciais não se dão num contexto de hierarquia funcional entre as cortes.

Como o precedente internacional não possui força vinculante (*binding precedent*), no sentido técnico-jurídico do termo, até mesmo se considerada a excepcional situação das cortes supranacionais da Europa, há diferenças substanciais, por exemplo, entre uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha que invoca um precedente da Corte de Estrasburgo (que diz respeito, por hipótese, à análise de um problema envolvendo a Turquia ou a Rússia) e uma adotada pelo Supremo Tribunal do Brasil invocando o mesmo precedente.

Neste particular, contudo, há um elemento comum: nem a Alemanha nem o Brasil estão obrigados a invocar os precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos como fundamento em suas decisões. Deste modo, o elemento hierárquico que sustenta a classificação *supra* não se mostra justificado, porque simplesmente tal hierarquia inexistente nos casos de interação transjudicial. Em verdade, as interações transjudiciais — embora não possamos dizer sejam completamente espontâneas, como sustentaremos posteriormente — decorrem de contingências de ordem política, cultural ou mesmo econômica, e não propriamente de imperativos jurídicos.

Semelhantemente, nos casos envolvendo decisões da Corte Européia de Justiça em resposta a procedimentos iniciados pelos Estados-membros da União Européia, não se verifica propriamente o fenômeno das interações transjudiciais, porque aquelas decisões se apresentam como impositivas para os Estados nacionais, não decorrendo de um exercício de cortesia judicial (*judicial*

comity).⁷ Ademais, em rigor, o fato de os Estados-membros remeterem questões à análise da Corte Européia indica que esta decide por aquelas, não se podendo falar em “comunicação” entre cortes. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que as interações transjudiciais exigem cerca *voluntariedade* (ainda que não totalmente *espontânea*), o que afasta a idéia de hierarquias jurídicas neste particular. Se a corte doméstica está obrigada, por alguma norma jurídica, a seguir o precedente de uma corte supranacional ou internacional, não se pode falar de interações transjudiciais.

Tal distinção vigora, a propósito, no próprio plano doméstico, como se constata no fato de, a despeito de uma corte ordinária (um Tribunal Regional Federal do Brasil, por exemplo) estar funcionalmente obrigada a acatar as decisões específicas ou vinculantes emanadas de cortes superiores (Supremo Tribunal ou Superior Tribunal de Justiça), não é correto dizer que aquela corte inferior esteja obrigada a sempre invocar os precedentes desta cortes superiores como razões de decidir. Mesmo no contexto dos precedentes vinculantes (a exemplo das súmulas vinculantes no Brasil), o que se verifica é apenas um dever (negativo) de não-contrariedade, mas não o dever positivo de citação ou invocação.

Desse modo, impende reconhecer que o precedente internacional está no mesmo plano da doutrina doméstica ou internacional, como mera “*piece of evidence*”.⁸ Sua invocação é sempre um gesto de escolha, de voluntariedade, ainda que em face dos constrangimentos políticos, econômicos, culturais etc. Assim, é mais adequado pensar que as interações transjudiciais refletem pontos concretos de contato entre cortes, mas não necessariamente “diálogos” como formas bilaterais de comunicação. Mesmo porque não é comum que as cortes internacionais e supranacionais, que normalmente são citadas ao longo do sistema-mundo, reciprocamente a cortesia, citando precedentes de outras cortes estrangeiras.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. Court to Court. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 4, p. 708-712, 1998.

⁸ MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002. Destaque-se que o Artigo 38, d, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça registra as decisões judiciais internacionais no mesmo patamar da doutrina internacional, ambas reconhecidas como fontes do direito internacional.

Acentue-se ainda que as interações transjudiciais decorram basicamente do esmaecimento das normas de direito internacional, especialmente aquelas que foram preconizadas no sentido de uma ampliação do papel das cortes internacionais ou supranacionais. O objetivo primeiro da expansão dessas interações é ressaltar a liberdade ou voluntariedade, em certo sentido, que as cortes domésticas possuem para selecionar os precedentes não vinculantes que adotarão como fundamentos de suas decisões, da mesma forma como escolhem seus materiais doutrinários. Esse espaço de liberdade das cortes domésticas é que tende a ampliar-se com o contínuo enfraquecimento do papel das cortes internacionais e supranacionais. Interessa notar, portanto, que a ampliação das interações transjudiciais ao longo do sistema-mundo se desenvolve em sentido inversamente proporcional ao papel das cortes internacionais e supranacionais.

Por sua vez, a idéia de *comunicação por monólogo* traduz uma verdadeira contradição em termos, pois mesmo no contexto dos chamados “diálogos transjudiciais” não se verifica, propriamente, uma conversação entre cortes, uma vez que não se detecta uma “troca” de idéias entre umas e outras. Neste particular, não há uma via de mão dupla, que identifique enunciados de linguagem transmitidos de um lado a outro reciprocamente. Falta, neste particular, o elemento *reciprocidade*.

3 As questões éticas das interações transjudiciais

A par das questões econômicas, jurídicas e políticas, o transjudicialismo também suscita algumas questões de natureza ética.⁹ Para identificar algumas dessas ques-

tões, partiremos da idéia de que as interações transjudiciais ocorrem no contexto de um imaginado mercado de idéias que repercutem os princípios e valores do direito internacional ocidental e que estão atreladas a interesses representativos das questões econômicas, políticas, jurídicas e éticas. Se os precedentes judiciais internacionais representam idéias a serem “vendidas” e “consumidas” neste mercado imaginário, cumpre questionar:

1) Por que consumir as idéias? — esta questão diz respeito aos fatores culturais ou morais que justificariam ou estimulariam as cortes domésticas a tomarem parte no movimento de interação transjudicial;

2) Que idéias devem ser consumidas? — neste aspecto, o questionamento envolve o processo de escolha e justificativa dos precedentes representativos das interações transjudiciais, o que culmina na discussão sobre os motivos da preponderância européia no contexto das interações transjudiciais;

3) Como consumir as idéias? — aqui, o problema diz respeito ao modo como as cortes domésticas invocam as idéias representadas nos precedentes judiciais estrangeiros, o que se pode dar, resumidamente, de duas formas: a) *referência positiva*, que ocorre quando o tribunal doméstico invoca um precedente estrangeiro que se alinha ou vem ao encontro das teses que se pretendem sustentar, como reforço argumentativo; b) *referência negativa*, que se verifica quando o tribunal doméstico invoca um precedente estrangeiro para criticá-lo e portanto para exemplificar uma forma de argumentação inadequada à análise do problema posto a exame.¹⁰

A análise do caso *Lawrence v. Thomas*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2003, traz algumas luzes sobre essas questões.¹¹ No caso, tratou-se do julgamento de um cidadão de Houston (Texas) que, em função de uma denúncia de perturbação da ordem (*disturbance*) com porte de armas, numa residência privada, foi surpreendido pela polícia e preso por suposta prática de relações sexuais homossexuais/sodomia con-

⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2010. YE, Jiunn; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n.1, p. 89-124, 2008. BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004. PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international Law as universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004. HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004. SIMMA, Bruno. Universality of international law from the perspective of a practitioner. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

¹⁰ Neste particular, aproveito a distinção proposta por MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002. p. 490.

¹¹ GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. *Lawrence v. Thomas*: 539 U.S. 558 (2003).

sentidas no interior do seu apartamento, conduta que, segundo a legislação do Texas então vigente, era tipificada como delito criminal. Mantida a condenação pela Corte de Apelações do Estado, a matéria chegou à análise da Suprema Corte dos Estados Unidos, que conheceu e acolheu o certiorari, reconhecendo a inconstitucionalidade da legislação estadual e, com isso, superando o entendimento firmado em *Bowers v. Hardwick*, por decisão na qual concorreram os Juízes Kennedy (*Opinion*), Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer e O'Connor (*concurring opinion*), vencidos os Juízes Scalia, Rehnquist e Thomas.

A par de superar o precedente *Bowers v. Hardwick*¹² (que versava sobre a criminalização do homossexualismo pelo Estado do Texas), a decisão da Suprema Corte ensejou um intenso debate, que até hoje repercute, sobre as interações transjudiciais a partir do uso dos precedentes judiciais ou doutrina estrangeiros pelos tribunais norte-americanos, uma vez que, ao proferir sua decisão, a Corte incorporou aos votos proferidos citações a precedentes da Corte de Estrasburgo e ao Relatório Wolfenden, do Parlamento Britânico.

Tal discussão chegou ao ponto de estimular uma proposta de Resolução pela Câmara dos Deputados (*US House of Representatives*) “sugerindo” aos juízes que não adotassem em suas decisões, no todo ou em parte, quaisquer julgamentos, leis ou pronunciamentos de instituições estrangeiras, a menos que tais atos haja sido incorporados ao Direito doméstico dos Estados Unidos.¹³

A principal crítica que fundamentava esta proposta de Resolução era a de que os juízes não teriam critérios para justificar racionalmente a decisão sobre a escolha dos precedentes ou atos jurídicos estrangeiros a citar, ou seja, não haveria uma racionalidade epistemológica na

praxis das interações transjudiciais. Neste sentido, parte da doutrina questionava se tudo não seria uma questão de consumo transjudicial *self-service* ou mesmo de consumo por discriminação (que, ao longo do texto do precedente aludido, percebe-se beirar a xenofobia)¹⁴, ou se haveria idéias mais *transjudicializáveis* que outras. Tal debate veio confirmar a posição refratária dos Estados Unidos em relação às questões de direito internacional de modo geral, o que, no caso das interações transjudiciais, assume até mesmo uma certa forma narcísica de xenofobia cultural.¹⁵

A *soi-disant* ironia *Estados- Unidos*, que reflete o excepcionalismo norte-americano¹⁶ neste ponto específico das interações transjudiciais parece revelar não apenas a presença marcante da linguagem irônica do direito internacional, como pode indicar também a existência de uma certa competitividade dissimulada de idéias entre as cortes judiciais norte-americanas e as cortes europeias, aspecto que exige um maior aprofundamento. Nesse sentido, a posição peculiar (mas importante) dos Estados Unidos no cenário das interações transjudiciais revela um paradoxo, porque o amplo prestígio que a Suprema Corte norte-americana goza no cenário internacional, inclusive em termos de interação transjudicial por parte das cortes estrangeiras, não é correspondido com igual tratamento por partes dos juízes norte-americanos. Tal posição põe em xeque, de forma irônica, a tese de boa parte da doutrina norte-americana no sentido de que as interações transjudiciais podem constituir uma forma gentil de aprendizagem recíproca. Em relação aos Estados Unidos, pelo menos, como na ironia socrática, esta tese não se confirma, porque neste mercado de idéias os Estados Unidos se apresentam como vendedor, mas raras vezes como consumidor.

¹² 487 U.S. 186 (1986).

¹³ A proposta de Resolução (*Resolution*) foi apresentada pelo Deputado Feeney, do Partido Republicano do Estado da Flórida. Dizia o texto da proposta: “Resolved, That it is the sense of the House of Representatives that judicial determinations regarding the meaning of the laws of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements are incorporated into the legislative history of laws by the elected legislative branches of the United States or otherwise inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States.” *Apud* GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority*. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 358, 2004.

¹⁴ FITT, Virginia A. The Tragedy of Comity: questioning the american treatment of inadequate foreign courts. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 4, p. 1021-1044, 2010. PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court's use of foreign law. *University of Illinois Law Review*, v. 2007, n. 2, p. 637-680, 2007.

¹⁵ Burgorgue-Larsen fala de “narcisismo jurisprudencial”, ao refletir sobre a atuação da Corte Internacional de Justiça, que simplesmente ignora o *caselaw* de outros tribunais, até mesmo da Corte de Estrasburgo. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 *Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*. 2010. p. 124.

¹⁶ Uma interessante diferenciação entre o excepcionalismo norte-americano, chinês e europeu é feita em BRADFORD, Anu; POSNER, Eric A. Universal exceptionalism in international law. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, v. 290, p. 1-53, 2009.

Apesar do mais recentes posicionamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, simbolicamente representados no *dissenting vote* do Juiz Scalia no precedente *Lawrence*, Glensy procura demonstrar um outro quadro, confirmador do excepcionalismo irônico *Estados- Unidos*, sustentando embora o engajamento da Suprema Corte deste País numa tradicional prática de comparatismo jurídico em suas decisões, baseado na previsão da Constituição (que data de 1787), ao assegurar primazia ao Direito internacional.¹⁷ Contudo, segundo a autora, essa prática tradicional, que se desenvolveu ao longo do Século XX, sofreu um expressivo declínio no início do século em curso, pois são poucas as referências a materiais estrangeiros nas decisões da Suprema Corte dos EUA.¹⁸

Neste contexto, duas questões emergem: a primeira diz respeito às causas desse declínio, a indicar um possível desinteresse dos Estados Unidos pelo transjudicialismo; a segunda diz respeito ao verdadeiro significado dos mais recentes precedentes, nos quais se debateu como

nunca a possibilidade e a necessidade de os Estados Unidos se engajarem no movimento das interações transjudiciais. O que esperar dos Estados Unidos no contexto das interações transjudiciais? O transjudicialismo poderá subsistir sem a participação ou mesmo diante da recusa expressa dos Estados Unidos? Conseguirá a Europa desenvolvê-lo sozinha e transformá-lo num movimento enraizado nas práticas institucionais das cortes ao longo do sistema-mundo? Nesta competitividade de idéias euro-americanas, qual o lugar das cortes de cultural oriental?

A pesquisa empírica desenvolvida por David Zaring aposta numa tendência da Suprema Corte dos EUA e demais cortes norte-americanas a fazerem uso cada vez maior de precedentes e materiais estrangeiros.¹⁹ Segundo Zaring, há uma tendência comparatista da Suprema Corte norte-americana de se apoiar em direito e materiais estrangeiros, o que decorreria do próprio protagonismo político desta Corte, o que a induz a consultar mais as fontes jurídicas consubstanciadas nos tratados e nos precedentes internacionais, a exemplo da citação dos julgados da *High Court* do Canadá, que é a fonte mais invocada pelos tribunais federais norte-americanos (34% das citações de fontes estrangeiras) e, coincidentemente, o maior parceiro comercial dos Estados Unidos.²⁰ Contudo, observado o cenário vivido, os mesmos estudos demonstram que o número de citações a precedentes estrangeiros nos Estados Unidos não aumentou tão significativamente no período analisado, pois no total identificaram-se apenas cinco precedentes da Suprema Corte em que há referência a material teórico ou judicial estrangeiro.²¹ Dessa forma, o engajamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no movimento das interações transjudiciais ainda parece uma construção teórica, sem fundamentação empírica. O que se mostra paradoxal, contudo, é que essa realidade não se confirma no âmbito das cortes ordinárias e supremas cortes dos Estados-membros da Federa-

¹⁷ Como exemplo do tradicional comparatismo norte-americano, Glensy faz referência ao antigo precedente adotado no caso *Fong Yue Ting v. United States*, de 1893 (149 U.S. 698). “In *Fong Yue Ting*, the Supreme Court was examining the constitutionality of a federal statute that allowed for the expulsion of Chinese laborers. As part of its analysis, the Court majority examined the practices of ‘every sovereign and independent nation’ to conclude that such expulsions were within the right possessed by the state. The dissenters also used comparative analysis in their arguments, invoking foreign countries as a model which the United States should not follow due to such countries ‘despotic’ or ‘barbaric’ roots. Encapsulated within *Fong Yue Ting* are, therefore, examples of both ‘positive’ and ‘negative’ reinforcement derived from foreign materials.” GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 368. Outros precedentes vêm na mesma linha, de utilizar o comparatismo como fonte, tais como *Culombe v. Connecticut* (367 U.S. 568, 1961), *Rochin v. California* (342 U.S. 165, 1952), *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), *Trop v. Dulles* (356 U.S. 86, 1958) e *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973).

¹⁸ GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 372. No período subsequente ao ano de 1988, Glensy identifica os seguintes casos, como exemplos do emprego de materiais estrangeiros: 1) 8ª Emenda: *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815, 821, 1988), *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361, 1989), *Knight v. Florida* (528 U.S. 990, 1999), *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304, 2002), *Foster v. Florida* (537 U.S. 990, 2002), *Roper v. Simmons* (2005 U.S. LEXIS 2200, Mar 1, 2005); 2) Substantive due process: *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702, 1997); 3) Federalismo: *Printz v. United States* (521 U.S. 898, 1997); 4) Equal protection: *Grutter v. Bollinger* (539 U.S. 306, 2003).

¹⁹ ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005.

²⁰ ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005. p. 21-22.

²¹ V. Nota 17.

ção, onde se registra uma maior interação transjudicial.²² Considerando o expansionismo do sistema-mundo capitalista e se as interações transjudiciais ocorrerem, como se sustenta, principalmente por razões econômicas ou de hegemonia política, é possível cogitar que esse fenômeno transjudicial regional se estenda à Suprema Corte norte-americana.

Outras questões éticas do transjudicialismo estão ligadas aos temas do *pluralismo*, da *incomensurabilidade* de valores, da empatia (*judicial empathy*) e dos *limites da tolerância ocidental*.

O problema do pluralismo²³ se revela no contexto do transjudicialismo em função da fragmentação dos diversos regimes jurídicos internacionais ao longo do sistema-mundo. Essa multiplicação de ordens jurídicas tem sido acompanhada por uma igual proliferação de tribunais, cortes e *judicial bodies* em geral. O pluralismo jurídico (normativo) ostenta duas faces irônicas: uma *face luminosa*, que concerne à ampliação da diversidade

cultural que se injeta nos sistemas estatais e no próprio sistema-mundo, o que pode ensejar um verdadeiro encontro ético com a diferença; e uma *face obscura*, que, retratada pelas ideologias ocidentais presentes no direito internacional e pelos valores pretensamente universalistas, dá ensejo a novas formas de exclusão, indiferença e hegemonia cultural. Neste cenário, o pluralismo jurídico apresenta-se como uma das facetas do pluralismo multicultural, tema que guarda pertinência com o problema do reconhecimento ético da diversidade dos valores na modernidade.

David Kennedy analisa isso que denomina de “lado negro”, “pontos cegos”, e “preconceitos” do pluralismo jurídico (*the dark sides, blind spots, e bias of legal pluralism*).²⁴ A análise de Kennedy nos coloca diante dos dilemas do pluralismo jurídico, à medida que essa idéia está associada não apenas ao reconhecimento de uma diversidade de governos sobre as sociedades contemporâneas, que somente não conduz ao caos devido à nossa crença de que partilhamos algum ideal comum, o que está na base do *cosmopolitismo* e da idéia de *comunidades imaginadas*.²⁵ Nesse sentido, o Direito é muito mais parte do problema do que a sua própria solução.

O cosmopolitismo (que está na base da teoria liberal da comunidade global de cortes, examinada a seguir) decorre da irônica perspectiva de que as diferentes formas de vida das sociedades humanas alimentam um *thélos* fundamental, uma grande narrativa, um projeto de vida boa comum ou de bem-estar global, dando sentido à noção de “comunidade global” que se desenvolve na perspectiva kantiana de um federalismo mundial regulamentado por uma constituição republicana, representativa da normatização da política internacional.²⁶ Desse modo, o cosmopolitismo se apresenta uma forma de governança: *a governança cosmopolita*.²⁷

²² Segundo os dados colhidos por ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005. p. 13, no período entre 1945 e 2004 (período analisado) foram identificadas 752 decisões dessas cortes federais fazendo referência a precedentes estrangeiros (fonte: *Weslaw Allfeds database*), o que perfaz uma média de 12 referências por ano. O estudo demonstra ainda que não houve uma grande variação ano a ano, mantendo-se as referências transjudiciais estáveis (58 referências no período entre 1945-1949 e 77 referências no período de 2000-2004). Destaca o autor que o Distrito Sul de Nova Iorque é onde se detecta o maior número de interações, o que se atribui ao cosmopolitismo do Estado. A tese de Zaring é no sentido de que as interações transjudiciais nos Estados Unidos revelam um fenômeno regional, razão por que não alcançam a Suprema Corte no mesmo nível do que ocorre nos Estados federados.

²³ Segundo Zorrilla (que, neste particular, se reporta à perspectiva de Isaiah Berlin), “el pluralismo básicamente consiste en la tesis según la cual existe un conjunto finito de valores últimos que persiguen los hombres, entre los que se encuentran por ejemplo la libertad, la utilidad, la seguridad, la justicia, el poder, la virtud, la compasión, la igualdad, la fraternidad, etc.; tales valores son irreductibles (no son distintas manifestaciones de un único valor al cual pueden reducirse, como por ejemplo opinan los utilitaristas respecto de la utilidad); además, son en última instancia incompatibles, por lo que no puede acudir en caso de conflicto a ningún criterio o valor objetivamente superior, debiendo proceder en estos casos a realizar una elección, que comporta el sacrificio de alguno de los valores en conflicto, siendo imposible construir una teoría armonizadora...”. MARTÍNEZ ZORRILLA, David. El Pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo e la incomensurabilidad. *Revista de Estudios Políticos*, n. 109, p. 173-199, 2000.

²⁴ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007.

²⁵ ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁶ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997, p. 3-28

²⁷ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 646.

Outro aspecto importante criticado por Kennedy é o de que o mundo é governado (ou pode ser governado) e que tal governo possa ser exercido por *experts*.²⁸ “O Direito internacional é um grupo de *peessoas* que visam satisfazer projetos a partir de uma linguagem profissional comum”, havendo de notar que tais projetos e linguagem sofreram apenas rearranjos ao longo do tempo, mantendo, contudo, o seu esqueleto intacto.²⁹ Neste contexto, justifica-se a importância atribuída aos juízes e tribunais ao longo do sistema-mundo.

Kennedy propõe então que abandonemos as perspectivas do universalismo e do cosmopolitismo, uma vez que apenas idéias não bastariam para enfrentar os problemas da complexa tessitura social, política e econômica da modernidade. Essa tessitura complexa revela a impossibilidade de uma autêntica “comunidade” (que não seja apenas o seletto grupo da elite dos acumuladores de capital) dotada de uma “grande ética universal”. No cenário do pluralismo político os conflitos encontram o *habitat* adequado, e esses conflitos não podem ser enfrentados apenas com base nas nossas intuições morais, porque há questões que são contra-intuitivas.³⁰ É portanto inadequado (senão ideológico) atribuir às interações transjudiciais a natureza de verdadeiros “diálogos”, se nos ativermos ao fato inegável do pluralismo e da diversidade das culturas em que tribunais e cortes estão inseridos. Neste aspecto, ganham importância as questões do multiculturalismo assim como as críticas que se lhe podem formular, nomeadamente quanto ao fato de a idéia de cultura não pode ser concebida apenas sob o olhar irônico da sociedade ocidental, sob pena de se tornar ideológico o argumento pluralista.

Por sua vez, a questão da incomensurabilidade de valores³¹, no que respeita às interações transjudiciais, está associada à justificação racional dos juízos de escolha realizados pelas cortes nacionais e internacionais no momento em que decidem interagir transjudicialmente. O dilema que se coloca neste contexto configura-se nas dificuldades de justificar a escolha dos precedentes e na própria forma como esses precedentes serem empregados na decisão. Seriam as escolhas livres de qualquer preconceito (no sentido de discriminação cultural)? De que forma as pré-compreensões morais, políticas e culturais do juiz e da corte nacional ou internacional interfere neste processo de escolha? Enfim, como se justificam escolhas entre valores incomensuráveis?

Se considerarmos como ponto de partida a idéia de que os precedentes são produtos de uma determinada cultura local ou internacional, é inevitável colocar em xeque a tese da igualdade entre as nações.³² As interações transjudiciais revelam as próprias assimetrias existentes entre as nações, vistas como repositórios de cenários multiculturais, porque uma coisa está em reconhecer uma cultura diversa como uma forma de válida, outra diversa é aceitar incorporar as percepções dessa cultura diversa no próprio seio interno de instituições domésticas como cortes e juízes.

Pode-se cogitar que as escolhas realizadas no contexto das interações transjudiciais seguirão os critérios subjetivos da maior proximidade ou do grau de mais íntima amizade e parceria entre nações que apresentem uma certa identidade cultural, a distinguir uma espécie de *empatia transjudicial* (as relações entre Estados Unidos e Inglaterra, Estados Unidos e Canadá, Austrália e Europa ocidental, por exemplo), da natureza da sociedade (democrática ou não democrática, “civilizada ou não civilizada”, “ocidental” ou “oriental”), o que nos remete ao grave problema de distinguir entre culturas jurídicas “aceitá-

²⁸ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 647.

²⁹ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 650.

³⁰ Sobre a distinção entre intuição e contra-intuição no plano da filosofia moral, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O intuicionismo moral e a ética dos desafios. *Direitos fundamentais & Justiça*. ano 4, v. 12, p. 203-234, jul./set. 2010.

³¹ Basicamente, “incomensurabilidade” significa a ausência de uma medida comum, que possa identificar como melhor ou pior o valor de um determinado item CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard, 1997.

³² GLENSY, Rex D. Which Countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 405. É o princípio consagrado no Artigo 2, §2º, da Carta das Nações Unidas: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.”

veis” e “não aceitáveis”. Desse modo, o transjudicialismo confirmaria a tese de uma moralização das relações internacionais, que separa, de um lado, os aliados e parceiros de elementos predominantes de cultura (*partners*), e, de outro, os que professam formas de vidas morais diversas. Por conseguinte, a questão ética colocada pelo transjudicialismo diz respeito às próprias (im)possibilidades da construção de uma Ética aplicável às interações e capaz de estabelecer uma interligação entre as diferentes formas de vida morais desenvolvidas ao longo do sistema-mundo. Mais uma vez, destaca-se como de fundamental importância o debate sobre a questão do reconhecimento, que tem a ver com a necessidade de rompermos com a sociedade íntima e fechada dos *partners*, para promover um processo de inclusão dos outros.

Todos esses aspectos tocam nos limites da tolerância cultural ocidental e suscitam questões éticas globais importantes. O modelo de tolerância desenvolvido pelo ocidente não consegue enxergar o Outro na sua aparição total e real. Através das lentes do ocidente o Outro sempre aparece inferior e subvalorado, o que justificaria o fato de que um precedente da Suprema Corte do Zimbábue talvez tenha menos peso argumentativo do que um precedente da Corte de Estrasburgo sobre o mesmo problema. Nesse sentido, o modelo de tolerância ocidental ainda parece enclausurado pela noção de imparcialidade fechada e se mostra incapaz de uma imparcialidade aberta.³³ No “livre” mercado das idéias transjudiciais não há espaço para os *outsiders*, como a China e outros.

Se analisarmos tal problema sob o enfoque da corte que faz a referência, pode-se entender que as escolhas perseguem um incremento estratégico de credibilidade ou de reputação, o que implica proporcionalmente um ganho de credibilidade da corte produtora do precedente e das idéias que o sustentam. Nesse sentido, a ampliação do fenômeno das interações transjudiciais, considerado o sistema-mundo capitalista, pode significar também ganhos em termos políticos e até econômicos, levando a crer que, “no médio prazo, o que mede realmente a força dos Estados é o resultado econômico.”³⁴ Pode-se esta-

belecer, nesse sentido, uma relação entre capitalismo e transjudicialismo?

As relações bilaterais entre os Estados Unidos e o Canadá, ao mesmo tempo parceiros na economia e nas interações transjudiciais, pode ser um importante ponto de partida para aprofundarmos a tese da relação entre relações econômicas e relações transjudiciais. Assim, a pergunta correta a ser formulada, neste contexto, não é se as interações transjudiciais produzem resultados econômicos, mas sim se a intensidade das relações econômicas justifica o maior grau de interação transjudicial. Em outros termos, cabe indagar de que forma a economia influencia as interações transjudiciais, e não o inverso.

A escolha transjudicial fará sentido conforme auxilie o citante a acumular mais capital reputacional, no médio ou no longo prazo. Para que isso aconteça, é intuito acreditar que a escolha deve recair sobre “citandos” que gozem de *credibilidade* e *autoridade persuasiva* no contexto do sistema-mundo, o que mais uma vez justifica a importância internacional de tribunais como a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça e a Corte de Estrasburgo. O ponto importante, neste particular, é saber de que forma esses Estados dotados de maior capital reputacional, e sobretudo os seus agentes econômicos, influenciam os processos de decisão desenvolvidos pelos Estados nacionais ao longo do sistema, e de que forma essa influência passa pelo estímulo às interações transjudiciais.

Em continuidade, as questões éticas das interações transjudiciais também se relacionam com a questão da ocidentalização do mundo e portanto com a influência cultural do ocidente.

“*Occidere*” e “*Occidens*” remetem à idéia de “tombar” ou de “cair” que indicam um lugar, o lugar do ocaso, do pôr-do-sol ou do poente.³⁵ A luz que se apaga para alguns é a mesma que permanece com esses e se revela para outros, num ciclo contínuo. O ocidente que se acha em crises constantes é o mesmo que reaparece no dia seguinte, dia que pode ser anos ou séculos. As suas luzes são as mesmas de sempre, mas nunca são as mesmas. O lugar do ocidente também é o mesmo, mas nunca é o mesmo. Nem se pode dizer que o Ocidente seja, propriamente,

³³ SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. *ALCEU: Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 5-30, jan./jul. 2003.

³⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 49.

³⁵ DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 11.

um *lugar*, pois o lugar, que antes era Atenas, hoje é também os Estados Unidos, a China, a Índia ou o Brasil.

Nesse sentido, o ocidente representa uma idéia dinâmica e continuamente expansiva do movimento global de interligação do mundo. Tal movimento é o responsável por fenômenos tão marcantes da modernidade tardia como a globalização econômica e a internacionalização do Direito. O ocidente é esse contínuo renovar-se das luzes que se apagam para renascerem no dia seguinte, essa metamorfose constante entre crepúsculo e aurora. Esse movimento contínuo, fundado na linguagem irônica, trabalha em prol do capitalismo histórico.

Mas é inegável o ponto de referência da idéia do ocidente: a Europa ocidental.³⁶ Pelo menos no que diz respeito ao objeto dos nossos estudos, neste texto, o centro de referência se confirma, à medida que as interações transjudiciais³⁷ têm demonstrado, enfaticamente, a sinonímia entre *mundialização* e *ocidentalização* do mundo, considerada a posição de supremacia que nessas interações têm assumido as cortes internacionais da Europa ocidental, com destaque para a Corte Internacional de Justiça e a Corte Européia de Direitos Humanos.

Esse movimento ocidental das interações transjudiciais engloba um dos problemas fundamentais da ética moderna: a questão do reconhecimento do Outro, pois no momento em que uma corte nacional, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, decide invocar um precedente do Supremo Tribunal da Índia, tal interação transjudicial imediatamente transborda o debate meramente jurídico para o campo das interações multiculturais ou transculturais. No fundo, o cerne deste debate tem a ver com o modo como duas culturas tão diversas podem relacionar-se e interagir, ainda que na limitada esfera dos processos judiciais.

É o Outro, o estrangeiro, o Diferente (o Oriente, por assim dizer) que permite que o ocidente se descubra como tal. Este é o ponto fundamental de contato entre as duas idéias do ocidente e da linguagem irônica, que se irmanaram historicamente, com o mesmo propósito de

sustentar a metafísica do sistema-mundo do capital. O ocidente se revela de tal modo ao Outro a não se revelar por completo. Há no mover da idéia ocidental um eterno desvelamento velado, um descobrir-se parcial, uma máscara que esconde mentiras atrás de verdades. Suas idéias de universalismo de valores, do fetiche pela surpresa e pela novidade (que traduz essencialmente a idéia ocidental de felicidade), e do amor pelo questionamento constante, parecem condenadas a carregar consigo a acumulação incessante do capital, da tolerância cultural modulada pelo olhar do próprio ocidente em relação às culturas *exteriores*, o deslocamento do Outro como forma de construção do Mesmo ocidental. O ocidente é uma imagem, que se quer projetar no Outro, transformando-o em Narciso. O ocidente é o próprio Narciso, faminto por réplicas. Ironicamente, o ocidentalismo da idéia multicultural parece ser o mesmo que pugna por regularidades e uniformidades culturais toleráveis e civilizadas, rejeitando todas as formas de fundamentalismo.

Para o ocidente, a idéia dos direitos do homem enquanto homem só faz sentido se combinada com a idéia do homem enquanto representação do homem ocidentalizado. Não é à toa que o ocidente, na angustiante esperança de não ser devorado por suas próprias ironias, contorna uma radicalização dos direitos humanos, que o mortificaria, negando ao Outro a marca ocidentalizada do homem. Os *fundamentalistas*, por exemplo, seriam, nesse sentido, tudo menos *homens*, seguindo-se aqui a receita produzida pelo capitalismo histórico desde o Século XVI, quando concebeu o racismo e o sexismo. Assim, o Ocidente que emancipa o homem é o mesmo que o coloniza.

A tolerância ocidental avança um liberalismo mitigado, que somente valora o Outro sob as suas próprias luzes, transformando as luzes do Outro em trevas, na escuridão eterna que sucede ao pôr-do-sol. A ironia ocidental envolve certa aceitação de um *mimetismo* entre as espécies, no âmbito das quais o ocidente se apresenta como modelo a ser imitado. Assim, é possível ao ocidente evitar que as espécies mimetizadas produzam os seus males, por certa assimilação ou pela crença de que são iguais ao modelo ou que partilham o comum, embora o comum seja apenas algo particular à espécie ocidental. Contudo, o modelo não se pode manifestar ostensivamente, em todas as suas características e intencionalidades, sob pena de pôr em risco a sua própria sobrevivência. O revelar-se

³⁶ DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 14.

³⁷ REID JR, Charles J. Edward Douglass White's use of Roman and Canon Law: a study in the Supreme Court's use of foreign legal citations. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 281-310, 2005.

por completo é uma traição à linguagem irônica do ocidente.

Com isso, o ocidente irônico transmite a todas as espécies miméticas a idéia de que formam todos uma mesma comunidade de seres vivos. A ideologia ocidental consiste precisamente neste imaginar coletivo. No entanto, ao avançar o mimetismo como mecanismo de defesa, o ocidente revela às espécies mais perspicazes as suas próprias deficiências, aquelas que podem pôr em risco as suas estruturas miméticas. Neste contexto, os conflitos podem exsurgir a qualquer momento, tão logo percebam os miméticos que os modelos, em verdade, são de outra espécie. Assim, se por um lado o mimetismo irônico ocidental cria laços entre espécies antagônicas, são esses laços que podem romper-se, a qualquer momento, em conflitos trágicos e letais.

À mesa ocidental, figuram como comensais o universalismo e o totalitarismo (que, ironicamente, é a totalidade do universal, que pretende alcançar a todos)³⁸, a tolerância e a superioridade racista-sexista ironicamente velada, a diversidade e a identidade (uma das preocupações primeiras da sociedade ocidental, preocupada em situar o lugar de todos os homens num não-lugar, a *u-topia* do sistema-mundo ocidentalizado). Tal comensalismo, alcança a pluralidade das máscaras humanas, da religião à cultura, da política à moral, da economia à tecnologia, do meio ambiente à linguagem, da burocracia à religião, numa circularidade que pode ser simultaneamente viciosa e virtuosa, o que é da essência da linguagem irônica do ocidentalismo.

Mas o comensalismo ocidental que aceita a presença do Outro à mesa é o que também recusa o alimento preparado por este, a refeição intolerável dos povos, por assim dizer, *inocidentalizados*, de culturas inferiores, estranhas, mas não admite ser recusado. Eis o sentido irônico da hospitalidade ocidental: o que deseja fertilizar não pretende fertilizar-se; não admite a possibilidade de que no Exterior do seu próprio Interior expandido mundialmente haja alguma idéia digna de ser incorporada; não admite a negativa ética de si mesmo.

A recusa à idéia ocidental parece indicar apenas duas alternativas: o “alimentar” inexoravelmente o Outro com os recursos da própria superioridade cultural (por vezes, a superioridade sustentada pelos músculos da tecnologia militar) ou permitir a morte do Outro por inanição civilizatória, como vimos em diversos episódios de nossa história (das Cruzadas à guerra do Iraque). A linguagem irônica do ocidente, neste aspecto, parece superior ao próprio ocidente, ao mostrar-lhe que o deixar-se fertilizar pelo Outro não parece ser uma opção disponível.

Sentar-se à mesma mesa pode impor o Desejo do Outro de experimentar o intolerável sem combates. Isso significa que, no sistema-mundo, muitas vezes, as coisas não se realizam como pretende o movimento ocidentalizante do mundo, momento em que se operam as reações anti-sistêmicas que, embora em menor profundidade e extensão, terminam por *(re)orientalizar* o Ocidente.

A etiologia do ocidente fundamenta a sua linguagem irônica. O ocidente constrói os seus próprios caminhos, para em seguida transformá-los em labirintos sem saída ou solução. O sistema aberto de sociedade que o ocidente construiu parece não poder levar a sério a distinção entre Interior e Exterior, porquanto o Exterior é sempre examinado pelos binóculos dos soldados nas fortalezas das idéias do próprio ocidente. O ocidente que se desenvolveu sob a pretensão de construir a ação moral dos demais sistemas sociais (não apenas do oriente), em forma abrangente, construiu a sua própria prisão. Ironicamente, o ocidente é a própria ironia.

Sob esse enfoque, falar em crise da idéia ocidental parece descurar da própria essência da idéia que fundamenta a linguagem irônica, esse elemento que a nutre desde o encontro primeiro. O ocidente se renova nos momentos de crise, do mesmo modo que, ironicamente, esses momentos de crise põem em dúvida as suas possibilidades, os seus fundamentos e suas perspectivas de futuro. A cada momento em que o ocidente parece destinado a tombar, ele se levanta novamente, renovando-se e redescobrimdo-se.

O transjudicialismo parece indicar esse movimento de renovação. É fato que as Cortes internacionais estão “dialogando” ao longo do sistema-mundo, do que é exemplo a aplicação do método de *cross-citation* adotado pela Corte Suprema do Zimbábue, ao invocar em seus

³⁸ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 221-222.

julgamentos a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, notadamente nos casos de punições corporais de adultos e jovens, pelas Cortes do Quebec ou pelas Cortes da Índia citando precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁹ Nesse sentido, alguns autores se aventuram em falar numa espécie de globalização judicial (*judicial globalization*).⁴⁰

A partir do exemplo da Corte Constitucional da Alemanha, Slaughter sustenta que a proliferação dessas interações (“diálogos”, em sua forma de interpretação do fenômeno) atende à perspectiva de uma relação de cooperação entre cortes, como o cenário que descreve no âmbito das interações entre a Corte Alemã e a Corte Européia de Justiça.

Para que as interações transjudiciais aconteçam, Slaughter sugere ser necessária a presença das seguintes *pré-condições*: (1) certa identidade e autonomia judicial: Cortes engajadas em comunicações transjudiciais autodefinem-se como atores autônomos, dotados de uma identidade bem delimitada; (2) autoridade, conceituada como capacidade persuasiva e não coerciva (uma vez que esta inexistente no contexto transnacional), o que remete à idéia de credibilidade, reputação e prestígio das Cortes envolvidas (ou, em nossa perspectiva, ao conceito de *autoridade carismática*, no sentido da tipologia weberiana); (3) recíproco reconhecimento de que as cortes são, antes de mais nada, “cortes”, comprometidas com os ideais comuns de uma determinada região ou mesmo do sistema-mundo, e que detêm capacidades, competências e metodologias semelhantes para pôr em prática esses ideais.⁴¹

As idéias de “identidade” e “reconhecimento”, não obstante, revelam os problemas próprios da tolerância liberal, que, nesse sentido, representa uma forma irônica de tolerância intolerante, que vê o Outro como uma caricatura, que deve seguir um modelo de valores e formas culturais pré-concebidos à moda do ocidente. Neste particular, invade-se o campo onde a ironia nega-se a si mesma, porque se deixa mostrar por completo, traindo-

-se em seu gesto de dissimulação. Assim, para que os diálogos transjudiciais aconteçam é necessário compartilhar alguns pontos de partida, o que revela certo dogmatismo (no sentido de indiscutibilidade desses pontos de partida), representados na idéia da *Rule of Law* liberal.

A mesma problemática se revela no que tange ao pressuposto da “consciência da comunidade” (*awareness of a common enterprise*), por meio da qual se propõe a superação das diferenças culturais (*cultural differences*) sempre em prol dos ideais comuns que alimentam a idéia de Ocidente. Esse transcender as diferenças, longe de significar um processo de aprendizagem recíproca, alimenta a perspectiva da domesticação cultural típica do ocidente (traduzido aqui como o ocidente dos grandes acumuladores de capital no sistema-mundo). Sendo assim, o universalismo ocidental se apresenta como nada mais que um particularismo.

Transcender as diferenças radicais, num contexto onde as assimetrias, notadamente as assimetrias econômicas, estão sempre presentes, nada mais significa, na linguagem liberal típica, do que uma gentil imposição da metafísica dos valores do ocidente aos mais fracos, no contexto do sistema mundo, num gesto de dominação cultural mais do que num gesto de cortesia ou deferência. Neste contexto, o Outro Real não fala, rende-se, constrangido, diante da força que o subjuga sob a ameaça velada da exclusão, que é a mesma exclusão que alimenta o capitalismo histórico, separando moralmente os parceiros (*partners*) dos párias (*pariahs*).⁴² Ele não nega a si mesmo (o que seria um exercício ético), mas é gentilmente negado.

Sob esse enfoque, o transjudicialismo pode colocar-se como uma forma eficiente de despolitização do Direito e da Política internacionais.⁴³ Na prática, esse uso, a pretexto de ressignificação do Direito internacional no plano doméstico da corte “consumidora”, significa uma descontextualização do entendimento adotado pela Corte “fornecedora”. Tal prática de descontextualização ignora as diferenças culturais e não permitem afirmar um sentido universal da “liberdade” ou da “igualdade”, a ponto de se acreditar que a reprodução dos hábitos de uma

³⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137, 1994-1995. p. 103-114.

⁴⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000.

⁴¹ BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, v. 38, p. 101-112, 2004.

⁴² COLONOMOS, Ariel. *Moralizing international relations*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.

⁴³ ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. Seis notas à margem. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

determinada cultura acerca desses ideais não importaria numa desconstituição de sentidos e significados. Feita essa distinção em torno da singularidade de cada conflito, o uso de precedentes internacionais, sobretudo em matéria de direitos humanos, atende fundamentalmente a estratégias e projetos particulares do ocidente capitalista.

Nesta perspectiva, as múltiplas e crescentes interações transjudiciais criam um verdadeiro mercado de idéias, no qual o capitalismo histórico busca desenvolver os seus valores, por intermédio da atuação dos atores sub-estatais (judiciais). Neste mercado, adquirem-se idéias (precedentes) como uma forma de ampliação da reputação do Estado no cenário de competição global capitalista. Neste contexto, as Cortes (e, por assim dizer, os próprios Estados) são tão “livres” para adquirirem os produtos que os acumuladores de capital do ocidente produzem, como em qualquer mercado de consumo do sistema-mundo. Daí a adequada conclusão de que “o mercado de idéias (...) não tem a ver apenas com a produção do Direito, mas também com a criação de um ambiente que seja propício ao livre movimento do capital no contexto de um mercado econômico global.”⁴⁴

Nesta comunidade de atores livres e iguais impem as assimetrias históricas que induzem ao consumo de precedentes estrangeiros. Nenhum Estado liberal estará disposto a ficar de fora da “comunidade” dos *partners*, a não ser as superpotências que detêm poderes suficientes para tornar possível a imaginação dessa comunidade, o que explica em parte a posição dos Estados Unidos em relação ao transjudicialismo. Assim sendo, a comunidade transjudicial constitui, em verdade, uma comunidade de consumidores compulsivos, que vibram com a última novidade hermenêutica que exsurge em Haia ou em Estrasburgo, na Alemanha ou nos Estados Unidos. A novidade alimenta esse Desejo de felicidade consistente em experimentar coisas e idéias, sobretudo as vindas de fora, qual uma imaginada comunidade universal de experimentadores de coisas.

Neste contexto, como na psicanálise lacaniana, o Desejo não é o Desejo de um Eu autônomo, livre para

dizer a recusa. Esse Desejo de dialogar e interagir (que é o Desejo da comunidade, e que, em última instância, é o desejo da paz ou do reconhecimento autêntico) não é um Desejo livre. É o Desejo do Outro, em sua forma e conteúdo. É o Desejo do Grande Outro, representado pelo ocidente (e, portanto, o Desejo do sistema-mundo do capitalismo histórico de origem européia ocidental).⁴⁵ Não há diálogo ou verdadeira tolerância onde são impostas as barreiras dogmáticas da ideologia ocidental, como ponto de partida inelutável, como requisito de ingresso, sobretudo se o pensamento liberal que lhe é subjacente não for uma constante mesmo no âmbito interno dos próprios Estados liberais.

4 O transjudicialismo e a imaginada comunidade judicial global

Dizer que o transjudicialismo é um fenômeno ocidental é um truísmo.⁴⁶ Tal qual o ocidentalismo e o capitalismo histórico, o transjudicialismo sofre com as suas próprias ironias. Diversos autores têm sustentado que as interações transjudiciais crescentes podem contribuir não apenas para minorar os efeitos deletérios da fragmentação do direito internacional, como também pode contribuir para a formação de uma autêntica *comunidade global de cortes e juizes*, formada a partir do aprofundamento das relações entre juizes vistos como verdadeiros agentes subestatais, o que se daria por intermédio do conhecimento e da difusão das diferentes visões de mundo

⁴⁵ ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a, p. 91.

⁴⁶ Sobre o neoinstitucionalismo, THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. Historical institutionalism in comparative politics. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (Ed.). *Structuring politics. Historical institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge, [s. d.]. p. 1; LIMONGI, Fernando. O Novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. *Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3-38, 1994. MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The New Institutionalism: organizational factors in political life. *American Political Science Review*, n. 78, p. 734-49, 1984. SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 40-43; CARON, David D. Towards a political theory of international courts and tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 401-423, 2007. p. 401-423.

⁴⁴ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005. p. 28; MICHAELS, Ralf. Two paradigms of jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 1003-1069, 2007.

retratadas nos precedentes de cortes nacionais, internacionais e supranacionais ao longo do sistema-mundo.⁴⁷

Na base desse entendimento está a idéia de que as *interações transjudiciais* podem culminar num fenômeno universal de cortesia judicial (*judicial comity*) que revelaria essa disponibilidade mundial para uma aprendizagem globalizada recíproca, acerca dos sentidos fundamentais do direito internacional, dos valores universais das sociedades civilizadas e as preocupações coletivas sobre os problemas que afligem o sistema-mundo.

A idéia de que as interações transjudiciais podem culminar na formação de uma comunidade mundial de cortes parte do princípio de que todos os juizes do sistema-mundo estão engajados na mesma tarefa de julgar e resolver conflitos sobre temas que transcendem as fronteiras do Estado nacional. Neste cenário, os precedentes internacionais não seriam meros precedentes, mas autênticas *decisões* investidas de superior (universal) autoridade persuasiva (*persuasive authority*), que ensejariam uma verdadeira jurisprudência global emergente (*an emerging global jurisprudence*).⁴⁸

Sustenta-se que para emergir tal Comunidade global é necessário que as Cortes nacionais reconheçam um conjunto de princípios básicos que disciplinam as comunicações transjudiciais, tais como os princípios de *checks and balances* (vertical e horizontal), do conflito positivo (possibilidade de discussão aprofundada sem a ameaça da ruptura de diálogo)⁴⁹, do pluralismo e da diferença legítima (os juizes reconhecem a possibilidade de diferentes formas de abordagem acerca de um mesmo problema jurídico) e o valor da autoridade persuasiva (em vez da

autoridade coercitiva).⁵⁰ Em suma, é preciso desenvolver uma identidade judicial comum, que se projetaria não para o plano interno das fronteiras do Estado nacional, mas para além dessas fronteiras.⁵¹

Contudo, partindo da premissa de que tais princípios estão definidos pelo sistema-mundo, no cenário restrito da Europa ocidental, e considerando ainda a idéia da autoridade persuasiva que se localiza precisamente nas cortes supranacionais estabelecidas na Europa, é forçoso reconhecer que a idéia de “comunidade global de juizes” enseja algumas dificuldades enquanto idéia reguladora. A questão primeira que pode ser colocada diz respeito ao eventual enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais.

Por outro lado, se se imaginar que as interações transjudiciais constituem uma busca caótica de “idéias” que possam ser adotadas como razões de decidir (no que a doutrina do precedente não se apresenta como algo tão estranho assim em relação às interações transjudiciais), é difícil supor que essa busca, desprovida de uma metodologia própria e comum, seja capaz de construir uma imaginação comunitária global, ao menos se concebermos “comunidade” como um conjunto de relações minimamente estáveis e previsíveis entre indivíduos que se vêem e se aceitam (ou imaginam-se) como membros de uma mesma comunidade. No mercado transjudicial, portanto, onde o consumo de idéias transjudiciais alimenta a idéia central e fundadora do capitalismo histórico, somente faz sentido falar num ideal sistêmico como atributo funcional do transjudicialismo se tivermos em conta a pretensão de manutenção dos valores que configuram o ocidente, com destaque para o super-valor da metafísica capitalista.

Presente essa crítica à idéia-matriz da civilização capitalista, faz sentido a interpretação de Burgorgue-Larsen acerca do que chama de “ideal sistêmico” como uma das funções principais do transjudicialismo, ao menos no contexto da União Européia. Esse ideal se revela, sobretudo, no âmbito dos processos de integração econômica e sistêmica, que induzem os juizes a ampliarem as inte-

⁴⁷ TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. Towards a community of international judges. *Loyola Law School Los Angeles & Comparative Law Review*, v. 30, p. 319-471, 2008. ADDIS, Adeno. Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 129-162, 2009. BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004.

⁴⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

⁴⁹ Atribui-se a SIMMEL, Georg. *Conflict & The Web of Group-affiliations*. Translated by Kurt H. Wolff and Reinhard Bendix. New York: The Free Press, 1964, p. 13-123, a idéia “conflito positivo”. Em sentido crítico, HIRSCHMAN, Albert O. *Auto-subversão: teorias consagradas em xeque*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 259-277.

⁵⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton, 2004. p. 68-69.

⁵¹ TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*, v. 31, p. 307-383, 2010.

rações transjudiciais, a fim de manter a “coerência” que é vital à efetividade do sistema europeu.⁵²

Em nossa perspectiva, o mesmo ideal sistêmico anima as interações transjudiciais no contexto do sistema-mundo capitalista, sob o enfoque de que tais interações ao longo do sistema-mundo pode fazer avançar os valores do ocidente como forma de ampliar as possibilidades do capitalismo. Por conseguinte, o ideal humanista⁵³ de que fala Burgorgue-Larsen não difere substancialmente do ideal sistêmico anteriormente comentado: ambos alimentam o mesmo ideal sistêmico capitalista.

Neste contexto, há de se ter em mente que esse passeio pelo sistema-mundo em busca de novas idéias é apenas um exercício da ocidentalidade, do Desejo de experimentar coisas, e não de construir ideais, valores ou princípios universais. Assim, não parece promissora a tentativa de construir uma outra metafísica baseada na idéia da comunidade global de cortes, em torno das interações caóticas entre cortes internacionais. Tal metafísica substantiva (baseada em valores ditos universais) se revela até mesmo perigosa, à medida que despolitiza os conflitos ao longo do sistema-mundo, eliminando-os a pretexto de afastar a incerteza que produzem e domesticando-os a partir da visão ocidental de mundo. Ademais, a idéia de “comunidade” apóia-se numa certa homogeneidade de visões de mundo e de formas de vida, que possivelmente só encontra na Europa ocidental um exemplo digno de consideração, mas cuja reprodução não se revela desejável em outras partes do mundo, sobretudo no contexto dos Estados ditos não-liberais.⁵⁴

Ocorre que, despolitizados os conflitos, que passam a ser interpretados à luz dos princípios básicos traçados pelas cortes supranacionais a serviço do sistema-mundo capitalista, já não se pode reconhecer espaço para a diversidade real, do Outro real. Aqui somente há espaço

para o outro domesticado e despolitizado. Não obstante, a pretensão de sublimação dos conflitos não pode ser bem-sucedida por completo, notadamente porque o quadro caótico das práticas de *cross-citation* permite que a citação transjudicial se refira a cortes cujas decisões contrariem a visão das Cortes supranacionais acerca dos princípios básicos da cogitada comunidade judicial global.

Pode vir a ser mais interessante para o Estado nacional invocar precedentes da corte de um outro Estado nacional, possivelmente contrários dos precedentes das cortes supranacionais, simplesmente como uma estratégia para fortalecer as relações comerciais entre os dois Países (ou para não fragilizá-las, pelo menos), seja para ampliar a credibilidade da própria corte nacional no âmbito doméstico, o que pode servir de incentivo para uma verdadeira competição judicial (uma releitura do *Judicial jockeying*, a que se refere Slaughter).⁵⁵

O ponto é que, fora do contexto da Europa, as chances de o transjudicialismo culminar na formação de uma comunidade global de cortes são bastante irrisórias, à míngua de uma ampla rede de cooperação como a que se reconhece existir entre os membros da União Européia. Assim, no cenário global, o transjudicialismo aponta, verdadeiramente, para um esquema de interações que lembram o dilema do prisioneiro: as interações poderão ocorrer conforme o comportamento dos outros Estados, sobretudo nos assuntos que envolvem os temas da segurança e da atividade econômica. Isso tudo indica que, longe de haver uma metafísica universalista por trás das interações transjudiciais, o que se detecta, em verdade, é um conjunto de estratégias as mais diversas, baseadas fundamentalmente numa teoria da escolha racional (*rational choice*) que visa a ampliar os níveis de reputação e reciprocidade entre parceiros econômicos de um modo geral.⁵⁶

De qualquer forma, o transjudicialismo parece apostar na idéia de que o simbolismo irônico do ocidente será mais forte e prevalecerá sobre as cortes “rebeldes”, sejam as que se recusarem a “dialogar”, sejam as que adotem

⁵² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010. p. 122.

⁵³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010. p. 124.

⁵⁴ Sobre a diferença entre cosmopolitismo e metropolitismo, assim como a tese de que a União Européia realiza uma despolitização, reduzindo a esfera pública à medida que fortalece o comércio, v. KENNEDY, David. Receiving the international. *Connecticut Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 1-26, 1994.

⁵⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003. p. 51; COGAN, Jacob Katz. Competition and control in international adjudication. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 411-449, 2008.

⁵⁶ GUZMAN, Andrew T. How international Law works. A rational choice theory. New York: Oxford, 2008.

entendimentos que contrariem os princípios básicos da metafísica irônica do sistema-mundo ocidental do capitalismo histórico. Se essa profissão de fé produzirá bons frutos sistêmicos, somente o tempo poderá dizer. O fato é que, na atualidade, esse sonho ainda não superou as fronteiras da Europa ocidental, não tendo sensibilizado nem mesmo muitos grandes ocidentalizados, como os Estados Unidos.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a idéia de uma comunidade global de cortes desenvolvida a partir das interações transjudiciais tem um sentido muito mais prescritivo do que descritivo, uma vez que a realidade das relações internacionais está muito aquém do que o modelo utópico preconiza. E os Estados Unidos, como símbolo do liberalismo, parecem ser o melhor representante desta grande ironia do transjudicialismo.⁵⁷ Considerada a importância que ainda detém os Estados Unidos no contexto mundial, é pouco promissor apostar numa comunidade de caráter internacional sem que tal comunidade seja igualmente imaginada por este País.

Ainda atentando para o caso dos EUA, é possível especular sobre se as interações transjudiciais podem significar realmente um novo lidar com a diversidade, ou um simples uso mais aprimorado e expansivo do precedente das Cortes Internacionais, mais do que propriamente um deixar-se fertilizar pelo sistema-mundo do Direito internacional. O movimento, tal como realmente desenvolvido, mais tem revelado uma pista de mão-única, do que uma larga avenida com veículos indo e voltando.

Nesse sentido, as Cortes judiciais domésticas persistem em assentar-se à mesa com os Mesmos, os *partners* dos valores tradicionais do ocidente, que neste caso continuam sendo europeus ocidentais e norte-americanos. O “alimento” que têm aceitado servir em suas próprias decisões internacionais ainda seguem a receita concebida segundo as tradições da culinária francesa, alemã, italiana, europeia enfim, ou norte-americana, embora se deva enfatizar, como assinalado, que os *chefs* norte-americanos ainda se gabam de não necessitarem de novas receitas, seja dos seus parceiros ocidentalizados, seja sobretudo dos Outros (cortes nacionais ou supranacionais da Ásia, da África ou da América latina). Neste contexto, em que uns, dotados de despensas menos generosas, estão dis-

postos a experimentar as novidades, alguns dos centros de referência do ocidente ainda se mostram desconfiados. Assim, o que pareceria ensinar uma comunidade de comensais e *chefs* de diferentes culturas, engajados num projeto global de formação de uma comunidade transjudicial, pode não se confirmar no futuro.

No transjudicialismo estão presentes a face obscura e a face iluminada do ocidente.⁵⁸ A face iluminada (que pode ser a da luz que antecede ao pôr-do-sol como a da luz do luar) está representada sobretudo por duas importantes marcas do Ocidente já destacadas: 1) o admitir-se a possibilidade da surpresa, da novidade, da aprendizagem partilhada com o Outro, ainda que seja um Outro ocidentalizado, mas que ainda revela alguma diversidade própria da complexidade do movimento moderno e ocidental em expansão, que reúne experiências tão diversas quanto Europa Ocidental, China, Estados Unidos e Brasil, Argentina e Austrália, Zimbábue e África do Sul, dentre outros; 2) o questionar-se continuamente, à medida que o transjudicialismo pode ser uma oportunidade para que cortes, tribunais e corpos judiciais domésticos, internacionais ou transnacionais possam refletir sobre a sua própria forma de ver o mundo a partir das questões que lhe são postas à apreciação em cada julgamento realizado e do modo como diferentes juízes internacionais examinaram o mesmo problema ou a mesma idéia ao longo do sistema-mundo.⁵⁹ No fundo, as idéias da *surpresa* diante do estranho e do *questionar-se* estão interligadas numa idéia comum no ocidente: a idéia do progresso e do desenvolvimento, que alimenta a nossa visão ocidental comunitária e que se apresenta em múltiplos lugares e de múltiplas formas.

A face obscura (ou sombria) do transjudicialismo, por sua vez, está representada numa série de ocorrências

⁵⁷ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.

⁵⁸ Aproveito a construção de DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 43-44, “Até agora, só temos evocado uma face, a clara, a luminosa. Não é a única. A par desta face em que se desenvolvem as ciências, as artes, as idéias mais generosas, os valores morais mais fortes, existe também um Ocidente mortífero, carniceiro, capaz de dizimar civilizações inteiras da superfície da Terra. [...] nenhuma civilização provocou tantos mortos como a do Ocidente. [...] Basta pensarmos, por exemplo, no modo como os ocidentais do Renascimento — sobretudo os Espanhóis, Portugueses e Holandeses — fizeram desaparecer, em poucas gerações, milhões de índios da América Latina e da América Central.”

⁵⁹ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

que revelam a linguagem irônica presente no uso estratégico, excludente e capital-expansionista das interações transjudiciais, ora para a expansão dos poderes de atores domésticos (notadamente os juízes das cortes domésticas, eles próprios em perspectiva de expandir suas competências no campo da política), ora para a fertilização (não-cruzada, mas unilateral) das economias domésticas com as idéias que orientam o capitalismo histórico (inclusive a idéia-mor dos direitos humanos), permitindo assim a ampliação da incessante vontade de acumulação de capital, ora, ainda de forma mais perversa, para a prática da xenofobia “justificada”, do pré-julgamento de culturas a partir da máxima da superioridade cultural do ocidente, a partir de uma recusa às interações transjudiciais a pretexto de resguardo do próprio ocidente, aqui travestido de “soberania”, como se tem visto em acirradas discussões sobre o *transjudicialismo* no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Trevas e Luz são comensais que se alimentam reciprocamente, no ocidente. A luz do ocidente também se faz presente mesmo nos momentos de escuridão. Demonstra-o a luz do luar. Mas a luz do luar, que nos ilumina nas trevas, é também a luz que pode nos levar à morte, como no mito indígena da *Vitória-Régia*. Diz a lenda brasileira que numa aldeia vivia Araci, uma índia sonhadora que acreditava que, se conseguisse tocar na Lua, poderia casar-se com o mais belo guerreiro da tribo. Vivia subindo no topo dos morros e das árvores mais elevadas a fim de realizar o sonho. Num certo dia, passeando à beira de uma lagoa, viu a luz da lua refletida na água. Logo imaginou que a lua houvesse descido dos céus para o esperado encontro consigo. Não tendo dúvidas, mergulhou sobre as águas límpidas, nelas afundando cada vez mais, em busca da luz refletida, até o ponto em que não mais pode retornar à superfície. Acabou morrendo afogada. Assistindo à cena, diz-se que a Lua se irressigna. Mas não podendo trazer Araci à vida novamente, transforma-a na mais bela de todas as flores, a *Vitória-régia*.⁶⁰

O ocidente, com as suas Luzes, alimenta sonhos mesmo na escuridão da noite, mesmo após o pôr-do-sol. Alimentar sonhos faz parte do pacote de idéias ocidentais, máxime da idéia de felicidade que se traduz no *experimental novidades* (para Araci, a felicidade era talvez

poder casar-se com o mais belo guerreiro, que possivelmente seria o mais respeitado da comunidade, a simbolizar o nosso fetiche ocidental pelo Desejo, pela *juissance* plena, pela vontade de poder, pelo consumo, pela credibilidade, respeitabilidade ou prestígio, enfim, pelo fetiche primeiro que alimenta o sistema do capitalismo histórico, a incessante acumulação de capital).

O mito de Araci, peculiarmente interpretado, fala-nos sobre ação estratégica, a ação que avança uma ironia potente, porque se revela sem desvelar-se por completo, que apresenta o amor e todas as formas do Desejo estético para justificar, sem contradizer-se explicitamente, intenções ocultas ou simplesmente ingênuas, ainda que tais ações conduzam ao ocaso da vida, que é o momento em que se pode cogitar do Prazer total, a morte, tal qual a morte experimentada por Araci.

Mas assim como o Prazer total, o objeto do Desejo, tão sonhado, afasta-se a cada aproximação nossa. A ironia de Araci era que, a cada nova braçada nas águas em busca da lua, mais ela se distanciava, distanciando-a do Real da vida. Contudo, possivelmente a vida de Araci não faria sentido sem esse sonho, assim como o ocidente não faria sentido sem as suas utopias. Essa perspectiva resume o que Kierkegaard, elegantemente, denominou de “face teórica ou contemplativa” da ironia, que torna a ironia diferente, no sentido de não rejeitar ou reprimir o vão, o passageiro, o sombrio, mas sim até mesmo de reforçar esses elementos produzindo uma forma de “loucura superior”, e não de uma “unidade superior”.⁶¹ É nesta “loucura superior” que se poderia libertar a subjetividade do homem em sua diversidade mais radical, e não no aprisionamento da unidade que poderíamos chamar de “natureza humana” ou “dignidade humana”.

A morte de Araci (como a morte dos milhões de índios latino-americanos pelos colonizadores espanhóis, portugueses e holandeses; como a morte de milhares no genocídio da República do Congo ou Rwanda) é para a Lua o momento do prazer total. Possivelmente, nenhum dos amantes da Lua houvera sido capaz de entregar a sua própria vida em nome desse amor. A recompensa dada é a transformação de Araci num novo símbolo, não num

⁶⁰ SALERNO, Silvana. *Viagem pelo Brasil em 52 histórias*. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2006. p. 34-35.

⁶¹ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 223.

símbolo que imortalizará a Índia sonhadora, mas que imortalizará a própria Lua adorada, que sobreviverá para fazer nascer novas Aracis e novos sonhos.

O milagre ocidental é traduzido por essa esperança por um mundo melhor, ao lado das pessoas e das coisas adoradas. Eis aí resumida a idéia de progresso que alimenta a metafísica transjudicial. E continuaremos a alimentar o sonho deste milagre, enquanto o pôr-do-sol nos trouxer a lua e sua maravilhosa luz, que é a mesma luz do dia, que é a mesma luz que dissipa as trevas da não-civilização, dos fundamentalistas, da barbárie.

Acreditar que o transjudicialismo pode ser a nossa maneira de, elevando-nos aos lugares mais altos, tocar a lua de uma imaginada comunidade internacional de Cortes, pode nos levar ao mesmo destino de Araci, assim como pode, ironicamente, demonstrar que Araci tinha razão em seu prazer estético: o de que a lua pode efetivamente ser tocada. Infelizmente, no atual momento histórico continuamos, como Araci, subindo em árvores e morros, aqui e acolá, mas ainda não podemos acreditar que tocamos a imaginada comunidade internacional.

Para evitarmos o trágico destino é necessário ter em mente que as idéias ocidentais, das quais o transjudicialismo é uma amostra, se alimentam reciprocamente (e ironicamente) e se equilibram no nível de tensão e de trocas entre a escuridão da noite sem luar (o tempo das trevas, dos fundamentalismos, das intolerâncias, da barbárie, da xenofobia, do centrismo cultural, da ausência de direitos, democracia, autonomia etc) e a luminosidade do dia não-eclipsado, que encerra as próprias idéias do ocidente (universalismo de valores, bem-estar coletivo, progresso e desenvolvimento, paz internacional etc). Nesta perspectiva, é preciso reconhecer que o ocidente é a sua própria fonte interna de conflitos e exerce o fascínio dos buracos-negro, que atraem e conduzem ao desconhecido, quicá ao mundo de Araci, um mundo de sonhos e tragédias.⁶² Assim, o Ocidente, tal qual a ironia, apresenta uma passagem pela qual ambos se “abrem aos conspiradores”.⁶³ É neste

cenário de contradições e utopias que o transjudicialismo faz avançar a linguagem irônica do direito e das relações internacionais, tema objeto de análise na próxima seção.

5 O transjudicialismo e a epistemologia da linguagem irônica: o paradigma da complexidade

A ambigüidade e a dissimulação constituem a noção básica da linguagem irônica. Etimologicamente, a *ironia* ultrapassa o campo do falar neutro (do grego *eirein*, falar) para o do falar manipulador dos oradores (também do grego *eironeia*), sem que, em geral, seja dado distinguir os dois campos de forma imediata e nítida. Na expressão latina (*ironia*), a palavra contempla tanto a repreensão pelo louvor quanto o louvor pela repreensão.⁶⁴ Dois elementos permitem distinguir a ironia dos simples paradoxos, da mentira explícita ou das metáforas: as idéias do *contexto* e da *intencionalidade* de quem enuncia os atos de fala irônicos (falante). Para penetrar nos sentidos da perspicaz linguagem irônica é preciso contextualizar a linguagem manifestada e perceber as intenções do falante. Ocorre que mesmo o disponibilizar-se para ouvir o falante assume, por vezes, a forma irônica, como na *ironia socrática*. Sócrates simulava ingenuidade, permitindo que o falante expusesse suas idéias, para depois explorar-lhes o absurdo a que conduziam.⁶⁵

A par da perspectiva de que os contextos da linguagem assim como as intenções do falante podem ser contraditórias ou contrárias, propiciando uma tensão constante entre falante, ouvinte e auditório, e avançando uma linguagem que não deve ser compreendida em sua literalidade, a ironia também revela, por isso mesmo, uma falta de controle dos participantes da linguagem em relação aos atos de fala que são enunciados. Nesse sentido, a linguagem irônica revela uma superioridade e uma autonomia do discurso. Essa tensão permanente — que identifica o contraste irônico — entre o que se diz e o que se pretende dizer — por vezes imperceptível para o próprio falante, que, pretendendo mentir para o ouvinte, depara-se mentindo para si mesmo —, é que permite a

⁶² A mesma ironia está presente na leitura que Giorgio Agamben no cenário da tensão entre Direito e Estado de exceção AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁶³ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 217.

⁶⁴ MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997. p. 404-407.

⁶⁵ COOPER, David E. Irony. In: DAVIES, Stephen et al (Ed.). *A Companion to aesthetics*. 2nd. Ed. Singapore: Willey-Blackwell, 2009 p. 378.

contínua desconstrução da linguagem e a manutenção da esperança de sua reconstrução em melhores termos.⁶⁶

Esse movimento de construção, desconstrução e reconstrução identifica outro traço essencial da ironia: a *circularidade*.⁶⁷ Assim como o pôr-do-sol anuncia a luz da lua ou a escuridão natural da noite, que anuncia em seguida a luz do dia, que se encerrará com um novo pôr-do-sol, permitindo-nos sonhar com o mito do eterno retorno, as crises das nossas regularidades sociais, que anunciam o fim em sua literalidade, revelam-nos novos começos, que podem ser tanto novos começos como fins verdadeiramente trágicos.

A linguagem irônica ensina que o nosso equilíbrio reside no caos permanente, e que a concretização de nossos sonhos, como na fábula de Araci, pode-nos conduzir ao gesto da auto-aniquilação. A ironia alimenta as nossas incertezas e carências de objetividade: a luz que para alguns é apenas o reflexo do espelho d'água ou o reflexo da luz primeira (que vem de um corpo solar que se não apresenta ostensivamente, mas sim travestido em outro corpo, o corpo lunar), para outros pode ser o sonho realizado, a *juissance in concreto*. A ironia ensina-nos que os dois lados da análise andam sempre juntos, deliciosamente inseparáveis.

A ironia demonstra que as nossas literalidades metafóricas não nos permitem abandonar as utopias. As nossas imagens são tão reais quanto a própria realidade do mundo. Nesse sentido, a ironia encerra algo de profético, na perspectiva de “apontar para frente”.⁶⁸ Esse apontar para frente tem a ver com uma das idéias básicas do ocidente, relativa ao gosto pelas novidades, pelo novo, pelo que vai aparecer; a grande utopia do ocidente é essa esperança necessária e imperiosa de que o novo vai surgir a qualquer momento, ainda que em graves contextos de crise, embora não se possa, de forma alguma, anunciar-lhe todos os contornos possíveis.

Essa esperança é também o símbolo da felicidade ocidental. A nossa idéia de felicidade não se concentra

num ideal unitário, num princípio regulador, ao contrário do que pensavam os utilitaristas clássicos, mas sim no nosso constante e renovado Desejo de experimentar coisas. Prova maior disso está no modo como os ocidentais lutam tanto por certas coisas ou movimentos para em seguida abandoná-las depois, muitas vezes sem deixar de sentir certo estorvo por tê-las possuído, perseguido ou feito, providência que é sucedida pela obtenção de novas coisas ou práticas sociais, que alimentarão a nossa felicidade momentânea, para então seguir o destino das coisas antes abandonadas. Nesse sentido, a metafísica da felicidade ocidental não se assenta sobre coisas, que são descartáveis, mas na experimentação de coisas. Ocorre que não é possível uma experimentação de coisas em essência, uma vez que as essências são contrárias à linguagem irônica.

As imagens que construímos não podem ser imagens epistemologicamente simples. A linguagem irônica as revela complexas, como complexo é o sistema-mundo ocidental. Assim, no caso do transjudicialismo, construir uma metafísica comunitarista significa trair a sua essência irônica irrecusável. O transjudicialismo, sendo irônico, não pode ser reduzido apenas à sua face luminosa ou iluminada, retratada na idéia de que seu desenvolvimento tem como destino a imaginação de uma comunidade internacional de cortes. Há nele muitas faces obscuras.

Sendo invencível, a linguagem irônica não se deixa domesticar, ou, pelo menos, não se deixa nunca domesticar por completo, fenômeno que o ocidente já deveria ter apreendido, pois todas as tentativas de domesticação da ironia conduziram o ocidente a pequenas ou grandes tragédias. Neste cenário, o *hard power* da domesticação da ironia empregado no passado há de substituir-se pelo *soft power* moderno, que reconheça uma certa possibilidade de negativa de si mesmo pelo ocidente. Longe de pretender domesticar a ironia, urge experimentá-la, como uma nova fórmula epistêmica da felicidade ocidental que se refestela no experimentar coisas. Nisso talvez resida o sentido da expressão de Kierkegaard: “A ironia não estabelece nada; pois aquilo que deve estabelecer está atrás dela.”⁶⁹

As complexas imagens do ocidente exigem um paradigma do pensar igualmente complexo ou multidimensional, que não pretenda ser completo nem eliminar a com-

⁶⁶ MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997. p. 405.

⁶⁷ FACIOLI, Adriano. *A Ironia: considerações filosóficas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

⁶⁸ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 226.

⁶⁹ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 227.

plexidade, transformando-a ou reduzindo-a em fórmula de simplicidade, mas que veja a relação entre identidade e complexidade numa perspectiva ela própria complexa, o que se tem traduzido pela idéia da *unitas multiplex*.

Esta é, basicamente, a proposta de Edgar Morin.⁷⁰ Em sua análise, conforme entendemos, o reconhecimento profundo da complexidade do Real, a partir do *paradigma da complexidade*, pode ensejar a concepção de uma nova forma de universalismo, um universalismo dos particulares, ou uma hegemonia de baixo para cima, ou ainda a uma nova forma de tolerância pelo ocidente, assim como uma politização verdadeiramente radical da sociedade ocidental, como identificamos nas propostas teóricas de Slavoj Žižek.⁷¹

Segundo Morin, a complexidade resulta da multiplicidade de interações entre uma multiplicidade de unidades.⁷² Para nós, é o que se verifica, no transjudicialismo, nas interações entre cortes internacionais e cortes domésticas, de tal modo que a reconhecida proliferação daquelas não pode ser reduzida a uma idéia simples, como a da formação de uma comunidade internacional de Cortes, uma vez que a ampliação do sistema aberto do capitalismo histórico apenas amplia a ironia-mundo, tornando cada vez mais complexo o próprio sistema, de modo que não há alternativas para as incertezas da ironia-mundo. “O mundo nunca será aprisionado num discurso.”⁷³

Morin destaca que a complexidade foi primeiramente apreendida nos romances, notadamente no Século XIX e início do Século XX, nos quais se representam personagens vivos dotados de múltiplas máscaras e que desempenham papéis sociais e identidades os mais diversos, a nos ensinar sobre a diversidade real da vida prática.⁷⁴ No cenário de pessoas reais que vivem a ironia-mundo é

preciso ter em mente três idéias reguladoras: a) a *idéia dialógica*, que sustenta a interação contínua e insuperável entre ordem e desordem, na busca irônica por organização e regularidades; b) a “*recursão organizacional*” (poderíamos dizer, a *circularidade* organizacional do sistema-mundo), que remete à idéia de que as causas aqui podem ser efeitos acolá; de que a face sombria do sistema pode ser a causa e o efeito de sua face luminosa/iluminada; c) o *princípio “hologramático”*, segundo o qual o todo está nas partes assim como as partes compartilham das imagens do todo, de tal maneira que cada célula do sistema-mundo é uma réplica da complexidade envolvente de ordem e desordem do sistema como um todo. Segundo Morin, tais idéias reguladoras estão suficientemente interligadas, de forma que a circularidade organizacional se alimenta das idéias dialógicas e hologramáticas, que se alimentam uma das outras.⁷⁵

A partir dessas premissas, podemos dizer que o transjudicialismo está relacionado à idéia de que é possível estabelecer interações dialógicas no contexto do sistema-mundo do capitalismo histórico entre cortes domésticas e cortes internacionais, ou entre umas e outras. Compreende-se também que a partir dessas interações, podem-se consolidar mecanismos de retroalimentação por meio dos quais não apenas as cortes domésticas (e, por conseguinte, a parcela doméstica do sistema-mundo jurídico) como também as próprias cortes internacionais possam *fertilizar-se* umas às outras, mediante citações cruzadas contínuas, num movimento dialético não-sintetizável de aprendizagem recíproca, com o que se poderiam fortalecer a efetividade do Direito internacional e, sobretudo, do universalismo de valores, expandindo-se as possibilidades da empreitada ocidentalizante do sistema-mundo.

Essa perspectiva de uma retroalimentação contínua entre Interior e Exterior (sendo que Interior e Exterior indicam apenas espaços de um mesmo sistema-mundo e de seus subsistemas interligados) somente é possível por força da *idéia hologramática*, por meio da qual se reconhece que as unidades do sistema-mundo, representadas nos Estados nacionais e nos avolumados precedentes das cortes domésticas, são apenas elementos miméticos do próprio sistema-mundo (total), reconhecendo-se que o sistema-mundo é composto por esses subsistemas, embora com eles não se confunda. Neste contexto, embora estejam

⁷⁰ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

⁷¹ ŽIŽEK, Slavoj. *Arriscar o impossível*: conversas com Žižek. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a. ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis notas à margem*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

⁷² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 51-52.

⁷³ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 73.

⁷⁴ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 83.

⁷⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 109.

presentes os macroconceitos (representados nas idéias reguladoras desenvolvidas pelo ocidente), falta um elemento fundamental: a *estratégia* (que, em termos de linguagem irônica, está representada na idéia de *intencionalidade*).

Para Morin, a *estratégia* é necessária, diante do conjunto de incertezas e surpresas que preparam as ações humanas na complexidade do sistema. A estratégia tem a ver com saber fazer apostas que lidem da melhor forma possível com o inesperado. *Estratégia* se distingue de *programa*, que se aplica somente em contextos de equilíbrio e estabilidade.⁷⁶ Ao contrário, a estratégia se eleva para o plano das contra-intuições, no qual as intuições humanas não oferecem respostas; procura antecipar decisões em contextos de conflitos contra-intuitivos.

Portanto, estratégia tem a ver com os desafios morais do sistema-mundo (e portanto da sociedade ocidental). Quais são essas estratégias concretas é difícil dizer ou antecipar. O sistema-mundo ainda não foi capaz de prever soluções definitivas para dilemas morais profundos, mesmo porque não é possível mapeá-los ou conhecê-los de forma abrangente, uma vez que exsurtem do inesperado e se retroalimentam do próprio sistema-mundo e de suas dificuldades. Mas é possível antecipar que as estratégias do sistema-mundo se desenvolvem a partir de uma macroestratégia, que dá sentido ao próprio sistema ocidental: a expansão incessante das formas de acumulação de capital.

No caso do transjudicialismo, cumpre indagar se as suas estratégias rumo à pretensão ordenação da fragmentação do sistema-mundo do Direito, renovando os nossos compromissos com o universalismo, não estão simplesmente a serviço da macroestratégia do capitalismo histórico. Nesta perspectiva, é possível divisar nas interações transjudiciais apenas o (re)nascer do ocidente, mas, por isso mesmo, o renovar constante da macroestratégia capitalista de expansão do capital, no âmbito da qual o mecanismo de citação cruzada (*cross-citation*), a pretexto de fortalecer a normatividade do direito internacional e conferir-lhe mais efetividade (*compliance*) no sistema-mundo, serviria apenas para fortalecer a idéia de competição interna (que é retroalimentação sistêmica mas também é seleção natural e morte intra-sistêmica) própria do sistema-mundo do capitalismo histórico.

⁷⁶ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 120.

Neste cenário, a reiterada *cross-citation* pode também revelar uma intencionalidade materialista que veicula uma mensagem subliminar do tipo “invistam aqui!”⁷⁷ a fortalecer intra-sistemicamente a macroestratégia do sistema-mundo, a partir do enfraquecimento (ou mesmo da aniquilação) dos demais elementos (partes) do próprio sistema.

Desse modo, se há uma metafísica a alavancar o transjudicialismo, esta é a metafísica da macroestratégia capitalista, cujos contornos concretos atendem à idéia fundamental de complexidade, revelando a ironia que anima o ocidente. Neste cenário, a linguagem irônica do direito internacional serve de instrumento para seduzir e cooptar adeptos à macroestratégia do capitalismo. Assim, a ironia do ocidente está baseada numa intencionalidade metafísica, que, conforme Kierkegaard, não se trata de uma intenção imediata, mas sim da própria ironia como sua autêntica intenção, a intenção metafísica da ironia; a ironia é o próprio fim em si mesmo do ocidente. O ocidente quer-se livre, e tal liberdade se revela ironicamente, de modo universal.

Uma outra relação (agora de oposição) entre metafísica e ironia é desenvolvida por Rorty em sua teoria do pragmatismo, que contrapõe “ironistas” e “metafísicos”.⁷⁸ Para Rorty, o “ironista” (ou o sujeito irônico) pode ser definido como aquele que: 1) tem muitas dúvidas sobre o nosso vocabulário final (nossas palavras últimas); 2) percebe que há um descompasso entre o vocabulário atual e aquele vocabulário final; 3) não considera que seu vocabulário é mais real do que outros vocabulários.

Nesse sentido, a ironia opõe-se ao senso comum, que poderíamos situar como sendo o *habitat* natural das intuições. Assim, a ironia estaria evidentemente conectada ao campo dos conflitos, que habitam fundamentalmente o plano das contra-intuições. Sendo o ocidente ontologicamente irônico, os conflitos formariam a sua própria etiologia, mas uma etiologia complexa, fluida, irredutível. Ao contrário, o “metafísico” é o sujeito preocupado com as essências de valores como justiça, homem, paz, felicidade ou racionalidade científica. O metafísico

⁷⁷ TUSHNET, Mark. The Inevitable globalization of constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

⁷⁸ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

crítica como relativista tanto o nominalismo quanto o historicismo dos ironistas, porque acreditam na existência da *última palavra* e na possibilidade de estabelecer relações de tal modo a compreender o sentido da vida.⁷⁹ Os ironistas, por sua vez, preferem o método dialético a um vocabulário fundamental. Alimentam-se das tensões entre significados e significantes, e não do sonho dos princípios primeiros.

Propugnam os ironistas menos uma descoberta de sentidos do que um renovar das coisas, o que os aproxima da idéia do ocidente. A crítica da linguagem irônica não pode ser a crítica a partir de um modelo, mas a crítica a partir do confronto entre as próprias formas miméticas. Inexistindo um modelo cultural por excelência ou um sujeito moral por excelência, o ironista propõe uma dialogia radical entre os envolvidos. Daí por que há mais possibilidades de uma diversidade radical florescer entre os ironistas do que entre os metafísicos, porque é precisamente dos confrontos entre diversidades radicais (e não diversidades caricaturizadas a partir de um modelo cultural pré-concebido sob a máscara da tolerância liberal ocidental) que nascem os conflitos capazes de, ironicamente, estabelecer os laços sociais que sustentam o Ocidente. Em outros termos, a ironia politiza a política, ao passo que a metafísica universalista a despolitiza.

A perspectiva de Rorty sobre a relação entre ironia e metafísica parece, contudo, envolvida em dificuldades, sobretudo se se propõe uma distinção absoluta entre os dois campos, porque parece possível sustentar uma metafísica na própria ironia. Outro elemento complicador diz respeito à questão do Liberalismo, do qual Rorty, em sua crítica à metafísica em prol de um ironismo que reflita profundamente a diversidade, não se pode dar ao luxo de abandonar, o que ele próprio rejeita explicitamente. Como dissociar ironia e metafísica sem deixar de lado o Liberalismo? Isso não parece possível, notadamente se tivermos em conta a construção kierkegaardiana da ironia como ela própria uma metafísica. Se a metafísica pode ser a face iluminada do ocidente (que no transjudicialismo alimenta, para alguns, a idéia de uma comunidade global de cortes); e a ironia, o seu oposto, seria mais adequado recompô-las, em vez de nutrir-lhes a desavença histórica.

Neste contexto, o liberalismo é não apenas o lugar (*topos*) da ironia, mas também a sede natural da metafísica ocidental. Nenhuma das duas idéias contém o monopólio da ameaça ou do progresso do pensamento liberal. Ambas lhe nutrem do que é mais essencial, a linguagem irônica. Assim, o ironista liberal não é menos liberal ou irônico do que o próprio metafísico liberal. Há um ponto de intersecção entre a ironia liberal e a metafísica liberal: a perspectiva de acumulação do capitalismo histórico.

A perspectiva metafísica de um vocabulário final não afasta a linguagem irônica, pois, ainda que as palavras sejam compartilhadas, há dificuldades no partilhar as práticas e os jogos lingüísticos que essas palavras ensejam nas mais diversas culturas, mesmo considerados os horizontes do ocidente. Mesmo as nações ditas não-liberais ou iliberais, por compartilharem o sistema-mundo do capitalismo histórico, tornam-se comensais à mesa do liberalismo, momento em que a ironia se torna a marca comum, reconstruída sob a forma de uma metafísica irônica.

6 As dinâmicas do transjudicialismo: reflexos das interações transjudiciais no plano doméstico

A análise das interações transjudiciais tende a situar-se nos campos opostos da metafísica universal da comunidade global e da ironia da complexidade da ordem jurídica internacional no contexto da modernidade tardia. Um dos grandes desafios do transjudicialismo, neste particular, consiste em manter a metafísica universal do sistema-mundo num cenário real de vertiginosa proliferação de cortes, tribunais e corpos judiciais de solução de conflitos.⁸⁰ Em outros termos, a sua grande tarefa é manter

⁷⁹ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 137.

⁸⁰ SHANY, Yuval. No Longer a weak department of Power? Reflections on the emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91, 2009. DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, 2002. 279 v. p. 460; WELLENS, Karel. Fragmentation of international Law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 1-23, 2004. ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *International Law and Politics*, v. 31, p. 709-751, 1999. CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, p. 697-708, 1999.

a própria ironia do ocidente, de tal modo que ela não denuncie a si própria, o que poderia ser trágico para a manutenção do sistema-mundo do capitalismo histórico. É fato que o sistema-mundo já percebeu as impossibilidades de um expansionismo contínuo das cortes supranacionais, por razões as mais diversas, que vão desde o alto custo econômico de sua criação e manutenção até as questões envolvendo os limites das soberanias dos Estados nacionais.

Diante dessas dificuldades práticas, o direito internacional construído pelo ocidente parece não ter outra saída senão migrar suas forças para o aprofundamento da efetividade e do assentimento de suas normas no plano doméstico dos Estados nacionais, na tentativa de arregimentar parceiros “desejosos” de exercer o papel que havia sido sonhado para as cortes supranacionais.

Mas uma proposta deste jaez enfrenta sobretudo a competitividade política e econômica dos Estados nacionais (por suas cortes e por seus agente econômicos internos), em face até mesmo da proliferação das cortes supranacionais e portanto da fragmentação do direito internacional, o que, ironicamente, fragiliza a autoridade persuasiva das cortes supranacionais. Assim, como não é promissor o futuro das cortes supranacionais (a despeito de sua momentânea proliferação comparativa), a solução irônica preconizada pelo sistema-mundo capitalista parece ser mesmo o fortalecimento das cortes domésticos, do que emergem sérios riscos para o sistema-mundo.

De qualquer forma, é perceptível a importância atribuída pelo transjudicialismo às cortes domésticas, o que põe em segundo plano não apenas as cortes supranacionais como também algumas instituições do direito internacional público. Tal perspectiva revela que a soberania dos Estados não está morta, mas está a renascer como a fênix, evidenciando a ligação que há entre o sistema do capitalismo histórico e a idéia do Estado nacional

soberano.⁸¹ No particular, o transjudicialismo se apresenta como um importante instrumento concebido pelo sistema-mundo para compor a necessidade de manutenção da metafísica do sistema com o fato de não se ter logrado êxito na superação total das soberanias estatais, reconhecendo que as cortes domésticas são necessárias mesmo quando os acumuladores de capital do sistema-mundo recorrem às cortes supranacionais ou aos sistemas de arbitragem internacional.⁸² Vencido pelos Estados nacionais, cumpre ao sistema-mundo procurar vencê-lo de outra forma, a das alianças no plano doméstico.

O expansionismo político dos Judiciários domésticos, contudo, parece ele próprio uma fonte irônica de conflitos, especialmente se posta em discussão a legitimidade e a autonomia que os juízes nacionais teriam em face dos demais atores políticos domésticos, nomeadamente os membros dos parlamentos locais.⁸³ Tal expansionismo põe em xeque os próprios princípios liberais desenvolvidos no âmbito doméstico, com destaque para o sistema de freios e contrapesos, que fica abalado diante da primazia atribuída aos juízes para a efetivação de normas de natureza internacional no contexto interno. Assim, o

⁸¹ “Dada a estrutura do capitalismo histórico, as alavancas mais efetivas de ajuste político têm sido as estruturas do Estado, cuja própria construção, como vimos, foi uma das realizações institucionais do capitalismo histórico. Assim, não é por acidente que o controle do poder estatal, a conquista do poder de Estado, tenha sido o objetivo estratégico central de todos os principais atores da esfera política ao longo da história do capitalismo moderno.” WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 42. Em outra passagem, Wallerstein estabelece a relação entre capitalismo e soberania. Destaca que os Estados nunca foram entidades autônomas. Em verdade, sempre fizeram parte de um sistema interestatal que o constrangeu e limitou suas possibilidades de atuação: “Soberania nunca quis dizer autonomia total. Pretendia indicar apenas que existiam limites à interferência de um aparato estatal nas operações de outro. As regras do sistema interestatal não foram, é claro, definidas por consentimento ou consenso. Dependeram da disposição e capacidade dos Estados mais fortes de impô-las, primeiro aos Estados mais fracos e depois uns aos outros. Não nos esqueçamos: os Estados situam-se numa hierarquia de poder.” WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 50.

⁸² MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter’s liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.

⁸³ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

transjudicialismo instrumental dá margem a conflitos entre a tarefa judicial de ressignificar internamente o direito internacional e a tarefa de aplicação (ou presentificação) do próprio direito doméstico.⁸⁴ Nesse sentido, a ironia transjudicial parece esquecer-se do expansionismo político dos juízes nacionais e de como tal expansionismo pode ser um fator de instabilização dos próprios valores constitutivos do Ocidente no plano doméstico.

Discute-se até que ponto as cortes internacionais, que predominantemente abastecem o transjudicialismo com os seus precedentes, são realmente independentes, de modo que suas interpretações possam ser recepcionadas pelas cortes nacionais do sistema-mundo como expressão dos valores do universalismo ocidental. Ou ainda: o que leva os Estados a aceitarem submeter-se à jurisdição compulsória de um tribunal internacional (como a Corte Internacional de Justiça ou a Corte de Estrasburgo)? A tese sustentada por Posner e Yoo é no sentido de que a jurisdição internacional pode realizar uma função estratégica de habilitar os Estados a superar problemas de cooperação nas relações internacionais.⁸⁵

Segundo os autores, a independência das cortes internacionais guarda pertinência com o fato de os juízes-membros não pertencerem aos Estados-partes, além de gozarem de mandatos fixos (*fixed terms*), proteção salarial e de o próprio Tribunal ser detentor de jurisdição compulsória (ou nem sempre jurisdição consensual).⁸⁶ Resumidamente, a independência existe onde os Estados não tenham poder de veto à jurisdição ou onde a jurisdição se estabelece de modo obrigatório (*compulsory jurisdiction*).⁸⁷ Nesse sentido, o ponto sustentado pelos autores é que a independência judicial das Cortes internacionais pode ser um problema para a cooperação entre os Estados-parte (que integraram o Tratado que deu origem ao tribunal internacional), uma vez que juízes independentes tendem a adotar posicionamentos que

contrariam os interesses dos Estados-parte, sendo fonte contínua de conflitos. Desse modo, “maior independência não significa melhor *performance*” e pode até significar menor aceitação.

A idéia dos tribunais internacionais independentes está ligada à própria independência que normalmente se atribui às cortes domésticas. Desse modo, os tribunais internacionais seriam mais independentes conforme mais se aproximarem do modelo de independência irrogado às cortes nacionais. Por sua vez, a independência das cortes domésticas está associada, em geral, ao fato de que os juízes integram a comunidade política nacional e portanto compartilham dos ideais que impulsionam os laços comunitários. Desse modo, para Posner e Yoo, como tal comunidade não existe no cenário internacional, há de se concluir que a criação de tribunais internacionais atende a outros propósitos, que não os de desenvolver ou manter os laços sociais de uma comunidade histórica.

Assim, o papel dos tribunais internacionais para os Estados nacionais pode ser resumido em dois aspectos: a) os tribunais fornecem informações valiosas para os Estados envolvidos em disputas acerca da aplicação de tratados; b) os tribunais descobrem fatos, ajudam a produzir regras ou auxiliam na aplicação de regras existentes a casos imprevistos.⁸⁸ Quanto ao primeiro aspecto, a tese dos autores se baseia, principalmente, nas arbitragens internacionais, que auxiliam os Estados na elaboração dos acordos para soluções de conflitos, de modo que a solução dada pelo árbitro seria ela própria um esboço do acordo ideal que poderia ter sido imaginado pelas partes, sob pena de um dos Estados não imprimir reconhecimento (*compliance*) à decisão adotada.

Sob esse enfoque, estabelece-se uma interessante ligação entre o precedente e o grau de *compliance* dos Estados nacionais envolvidos, de tal maneira que os precedentes não refletiriam valores universais, mas sim os interesses substantivos dos Estados interessados.⁸⁹ Por conseguinte, o nível de cooperação dos Estados, dentro e fora do contexto da jurisdição internacional, depende do grau de satisfação dos interesses (especialmente econômicos)

⁸⁴ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005. p. 20.

⁸⁵ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

⁸⁶ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 7.

⁸⁷ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 24-25.

⁸⁸ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 14.

⁸⁹ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 37.

envolvidos nos julgamentos e do grau de assimilação desses interesses nos julgamentos realizados. Supondo-se então as inevitáveis assimetrias que se identificam nos conflitos submetidos à arbitragem ou aos tribunais, pode-se concluir que tais assimetrias têm com os precedentes uma relação muito estreita.

Se o raciocínio estiver correto, é possível reconhecer nos precedentes dos tribunais internacionais um vínculo estreito com os interesses dos acumuladores de capital do sistema-mundo, os quais são objeto da disseminação sistêmica (ou inseminação sistêmica) através das comunicações transjudiciais. Ademais, essa análise de custo-benefício se estende inclusive à execução das decisões das cortes internacionais, uma vez que os Estados “sucumbentes” na disputa jurisdicional medem a relação entre a perda imediata decorrente do assentimento (*compliance*⁹⁰) às decisões dos tribunais internacionais e os possíveis ganhos que se podem obter pelo uso contínuo desses tribunais, sobretudo porque, respeitado o precedente, acredita-se que os demais Estados também respeitarão as decisões daqueles tribunais em outras hipóteses que podem ser favoráveis aos que sucumbiram no passado.

Nesse sentido, é interessante para os Estados estabelecer vínculos com tribunais internacionais, do mesmo modo como é possível dizer que é interessante para as cortes domésticas fazerem transparecer à chamada “comunidade internacional” que ordena o sistema-mundo que está vinculada a cortes internacionais, segundo a ironia do “invista aqui!” (que, ironicamente, vale também para as próprias cortes internacionais, porquanto sua credibilidade perante o sistema-mundo é diretamente proporcional ao “uso” que seus precedentes têm ao longo do sistema-mundo).⁹¹ Em suma, temos aqui configurada uma teoria da escolha racional que procura ampliar os níveis de reputação (*reputation*) dos envolvidos.

⁹⁰ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 20.

⁹¹ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005. p. 35; MATTEI, Ugo. A Theory of imperial Law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, v. 3, n. 2, p. 1-61, 2003.

Do mesmo modo, os próprios tribunais internacionais (possivelmente de forma diversa do que acontece normalmente com os tribunais domésticos, precisamente em razão da maior independência desses) atuam sob a base de uma análise de custo-benefício, no sentido de adotar a decisão que seja a mais adequada para ambas as partes ou maximize o valor dos tratados e convenções para ambas as partes pactuantes. Mesmo porque os tribunais internacionais podem ter a sua atuação esvaziada se não encontram nos Estados-parte uma receptividade, que somente se pode basear na credibilidade que aqueles órgãos judiciais eventualmente possuam. Esse aspecto é pouco explorado no campo da teoria transjudicial, no âmbito da qual se fala nos precedentes judiciais internacionais como permanentes reflexos de decisões neutras e comprometidas com os valores universais, ao passo que a análise da independência judicial no seio dos tribunais internacionais parece pintar uma outra figura.

Se os precedentes judiciais internacionais operam também num nível de ação estratégica (mais do que no plano da ação comunicativa proposta pela metafísica universal liberal) é possível concluir que a sua recepção acrítica no âmbito do *caselaw* das cortes domésticas, além de não importar um fortalecimento dos valores universais apregoados pelo direito internacional, muito menos servindo para uma harmonização entre Direito interno e Direito internacional, serve apenas à expansão das possibilidades da metafísica irônica do sistema-mundo capitalista.

Outro aspecto a ser destacado diz respeito ao fato de que o transjudicialismo, a despeito desse caráter substantivamente estratégico dos precedentes judiciais internacionais, ao assinalar a recepção desses precedentes como forma de inserção em uma comunidade internacional de cortes ou da ampliação do universalismo internacional, não prevê a possibilidade de um juízo crítico sobre os próprios precedentes a serem recebidos (ou “consumidos”).

Os tribunais domésticos, nesse sentido, limitam-se a invocar precedentes internacionais normalmente para aceitá-los ou incorporá-los à argumentação, raramente (senão nunca) para rejeitá-los ou simplesmente criticá-los. Nesta perspectiva, a metafísica que orienta o transjudicialismo é uma metafísica unidirecional, porque não admite senões, o que desconstrói qualquer possibilidade de se falar em “diálogos” autênticos. O fundo estratégico dos precedentes internacionais e do transjudicial-

lismo corrobora uma comunicação monológica, que no fundo é uma forma de domesticação pedagógica, porque não dá espaços para recusas.

Outro aspecto importante destacado no estudo de Posner e Yoo é o de que os precedentes das cortes internacionais, diferentemente do que sucede com as decisões das cortes domésticas, não estão sujeitos a mecanismos de *checks and balances*. No plano doméstico, mesmo as decisões do Supremo Tribunal podem ser invalidadas pela atuação do Parlamento, aprovando novas leis ou mesmo alterando a Constituição, o que não se mostra possível no plano internacional, ante a ausência de um órgão legislativo global.⁹² Desse modo, considerando-se o jogo de interesses que culminaram na edição do precedente internacional, o ponto de estrangulamento do transjudicialismo parece situar-se não apenas na prática da citação cruzada por parte das cortes domésticas mas sim nas dúvidas que possam pairar sobre a legitimidade do próprio processo *in concreto* de formação do precedente, que amanhã poderá servir de auxílio interpretativo ao longo do sistema-mundo.

Essa circunstância permite entender um pouco sobre o fato de o transjudicialismo ser um fenômeno tipicamente europeu (ocidental), fragorosamente recusado pelos Estados Unidos: a Europa que participa ativamente na formação dos precedentes internacionais deve ser a mesma, óbvia e ironicamente, a propugnar os valores do transjudicialismo, em propaganda de sua face luminosa, porque é essa uma fórmula interessante de difundir os valores europeus e erigir novos mercados ao longo do sistema-mundo.

Ao reverso, os Estados Unidos, que pouco participam desse processo de formação de precedentes internacionais (quando, não raramente, se recusa a dar-lhes efetividade, como se verificam em diversos casos julgados pela Corte Internacional de Justiça), evidentemente, não podem admitir que esses mesmos precedentes ingressem na ordem jurídica interna, agora sim pela via independente das cortes domésticas.

7 Conclusões

O estudo pretendeu demonstrar como a linguagem irônica está presente nos diversos movimentos dinâmicos do transjudicialismo. Sendo mais que as metáforas e os paradoxos, a ironia encerra uma intencionalidade, que, no âmbito das relações sociais envolvendo o ocidente, se resume à metafísica que orienta o sistema-mundo capitalista e sua marca principal: a incessante busca pela acumulação de capital. Se, por um lado, o transjudicialismo faz avançar os valores ocidentais universais, dando amplitude ao significado das Cortes internacionais e supranacionais, ampliando o prestígio e a credibilidade do Direito internacional, por outro lado revela-se mais um instrumento a serviço do capitalismo histórico. Nessa contínua presença da face escura e da face luminosa do sistema-mundo capitalista, a ironia encontra o seu lugar ideal para desenvolver-se.

O estudo revela também a necessidade de análises sociológicas, morais, históricas, filosóficas e jurídicas mais aprofundadas acerca desse novo sentido que os precedentes judiciais internacionais alcançaram nos últimos anos, o que vem a reboque da reconhecida proliferação das cortes internacionais e do próprio expansionismo político atribuído ao Judiciário, seja no plano doméstico, seja no plano internacional.

Também se revela irônica a forma como o transjudicialismo enseja tanto o pensamento dos otimistas — que depositam no fenômeno a esperança de dias melhores para o universalismo, o cosmopolitismo e o liberalismo no âmbito global — quanto as interpretações dos pessimistas, que vêm no fenômeno apenas a sua face obscura.

No contexto, talvez a melhor interpretação seja rejeitar uma leitura fundada no paradigma da simplicidade, reservando ao problema transjudicial uma complexidade própria, exigente de uma forma verdadeiramente pluralista de ver as relações internacionais, notadamente as relações entre juízes domésticos e juízes internacionais. À luz do paradigma da complexidade é possível ampliar os horizontes da análise do transjudicialismo, a ponto de evitar todos os maniqueísmos redutores do Real, explorando todas as potencialidades do movimento transjudicial no contexto do sistema-mundo.

Arelado aos valores que orientam o sistema-mundo, não pode haver dúvidas de que o transjudicialismo alimenta o ideal sistêmico, que desemboca no projetar a

⁹² POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 56.

metafísica do capitalismo histórico sobre espaços além-fronteiras ainda desconhecidos ou arredios. Mas cumpre indagar também como o transjudicialismo pode contribuir para os movimentos anti-sistêmicos, que possam estabelecer novas fronteiras para o avanço da incessante luta pela acumulação de capital. Esta questão nos coloca diante do desafio de transformar o transjudicialismo, alimentado pelo ideal sistêmico do capitalismo histórico, também em movimento de resistência social, em prol do aprofundamento radical da diversidade e de uma cada vez mais intensa politização do mundo.

O destino do transjudicialismo ainda é um enigma e uma ironia, que só o tempo poderá desvendar, se é que isso efetivamente ocorrerá. Com os dados de que dispomos ainda não é possível traçar todos os contornos do fenômeno, nem é possível asseverar que a competitividade judicial que encerra será superada por uma institucionalização da cortesia judicial ao longo do sistema-mundo. O fato é que há muito trabalho a ser feito, nomeadamente em tentar identificar as tensões políticas que o movimento transjudicial enseja. Os conflitos ensejados pelo transjudicialismo correspondem às lutas do próprio Ocidente, que trabalha no sentido de se manter vivo, mantendo viva a máquina capitalista que o impulsiona. A luta travada pelo Ocidente capitalista é a de manter vivo o sonho de tocar a lua. Resta-nos indagar apenas se ele será bem-sucedido, ou se o seu destino será o mesmo dos sonhadores, que se jogam nas águas profundas do sistema-mundo.

Referências

- ADDIS, Adeno. Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 129-162, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, v. 38, p. 101-112, 2004.
- BRADFORD, Anu; POSNER, Eric A. Universal exceptionalism in international Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, v. 290, p. 1-53, 2009.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010.
- BURKE-WHITE, William W. A Community of courts: toward a system of international criminal Law enforcement. *Michigan Journal of International Law*, v. 24, p. 1-101.
- BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004.
- CALLIES, Christian. Europe as transnational Law. The transnationalization of values by European Law. *German Law Journal*, v. 10, n. 10, p. 1367-1382, 2009.
- CARON, David D. Towards a political theory of international courts and tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 401-423, 2007.
- CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard, 1997.
- CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, p. 697-708, 1999.
- COGAN, Jacob Katz. Competition and control in international adjudication. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 411-449, 2008.
- COLONOMOS, Ariel. *Moralizing international relations*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.
- COOPER, David E. Irony. In: DAVIES, Stephen et al (Ed.). *A Companion to aesthetics*. 2nd. Ed. Singapore: Willey-Blackwell, 2009.
- DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, 2002. 279 v.
- FACIOLI, Adriano. *A Ironia: considerações filosóficas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FITT, Virginia A. The Tragedy of Comity: questioning the american treatment of inadequate foreign courts. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 4, p. 1021-1044, 2010.
- FURROW, Dwight. *Ética*. Conceitos-chave em filosofia. Porto Alegre: Artmed, 2007.

- GLENSY, Rex D. Which Countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004.
- GUZMAN, Andrew T. *How international Law works: rational choice theory*. New York: Oxford, 2008.
- HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004.
- HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005.
- HIRSCHMAN, Albert O. *Auto-subversão: teorias consagradas em xeque*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- HOOKER, Brad. Rule-consequentialism. In: LAFOLLETTE, Hugh (Ed.). *The Blackwell guide to ethical theory*. UK: Blackwell, 2000.
- KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007.
- KENNEDY, David. Receiving the international. *Connecticut Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 1-26, 1994.
- KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2010.
- KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law. *European Journal of International Law*, v. 8, p. 566-582, 1997.
- LIMONGI, Fernando. O Novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. *Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3-38, 1994.
- MAPEL, David R.; NARDIN, Terry (Ed.). *Traditions of international ethics*. Cambridge: Cambridge, 2002.
- MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The New Institutionalism: organizational factors in political life. *American Political Science Review*, n. 78, p. 734-49, 1984.
- MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. El Pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo e la inconmensurabilidad. *Revista de Estudios Politicos*, n. 109, p. 173-199, 2000.
- MATTEI, Ugo. A Theory of imperial Law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, v. 3, n. 2, p. 1-61, 2003.
- MICHAELS, Ralf. Two paradigms of jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 1003-1069, 2007.
- MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002.
- MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter’s liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- MUECKE, D. C. *Ironia e irônico*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law. *University of Illinois Law Review*, v. 2007, n. 2, p. 637-680, 2007.
- PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international Law as universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O intuicionismo moral e a ética dos desafios. *Direitos fundamentais & Justiça*, ano 4, v. 12, p. 203-234, jul./set. 2010.
- PETIT, Philip. Consequentialism. In: SINGER, Peter (Ed.). *A Companion to ethics*. Singapore: Blackwell, 1993.
- POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international Law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 929-961, 2004.

- REID JR, Charles J. Edward Douglass White's use of Roman and Canon Law: a study in the Supreme Court's use of foreign legal citations. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 281-310, 2005.
- ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *International Law and Politics*, v. 31, p. 709-751, 1999.
- RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SALERNO, Silvana. *Viagem pelo Brasil em 52 histórias*. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2006.
- SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitutional laws. *The Tanner lectures on human values*, Princeton, p. 77-121, 1995.
- SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. *ALCEU: Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 5-30, jan./jul. 2003.
- SHANY, Yuval. No Longer a weak department of Power? Reflections on the emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91, 2009.
- SIMMA, Bruno. Universality of international law from the perspective of a practitioner. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.
- SIMMEL, Georg. *Conflict & The Web of Group-affiliations*. Translated by Kurt H. Wolff and Reinhard Bendix. New York: The Free Press, 1964.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton, 2004.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137, 1994-1995.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Court to Court. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 4, p. 708-712, 1998.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 503-538, 1995.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000.
- TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. Towards a community of international judges. *Loyola Law School Los Angeles & Comparative Law Review*, v. 30, p. 319-471, 2008.
- TEUBNER, Günther. Altera pars audiatur: Law in the Collision of Discourses. In: RAWLINGS, R. (Ed.). *Law, society and economy*. Oxford: Clarendon, 1997.
- TEUBNER, Gunther. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997.
- THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. Historical institutionalism in comparative politics. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (Ed.). *Structuring politics. Historical institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge.
- TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*, v. 31, p. 307-383, 2010.
- TUSHNET, Mark. The Inevitable globalization of constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.
- WELLENS, Karel. Fragmentation of international Law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 1-23, 2004.
- YEH, Jiunn; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n.1, p. 89-124, 2008.
- ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Arriscar o impossível: conversas com Žižek*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis notas à margem*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo

The recalcitrant areas of international law: moral and religious diversity in the criminal law as an obstacle to the common law: the case of abortion of anencephalic fetus

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo*

The recalcitrant areas of international law: moral and religious diversity in the criminal law as an obstacle to the common law: the case of abortion of anencephalic fetus

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz¹

Resumo

A religião e a moral são domínios recalcitrantes aos processos de internacionalização do direito. No presente trabalho, estuda-se a influência desses temas no caso da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, a partir do estudo de casos nos Estados Unidos, na Argentina e no Brasil e da análise do ordenamento jurídico holandês para verificar essa tensão e mostrar possíveis soluções ao problema.

Palavras-chave: Direito internacional. Religião. Moral. Aborto do feto anencéfalo. Margem nacional de apreciação.

Abstract

Religion and morality are recalcitrant areas to processes of internationalization of law. In this paper, we study the influence of these issues in the case of termination of pregnancy of anencephalic fetus, from the case studies in the United States, Argentina and Brazil and analysis of the Dutch legal system to check the tension and show possible solutions to problem.

Keywords: International law. Religion. Moral. Abortion anencephalic fetus. National margin of appreciation.

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Doutoranda em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB – Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF), Mestre em Direito Público (UFPE – Recife/PE), Juíza de Direito (TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - DF). Email: geilza@tjdft.jus.br

1 Introdução

Globalização e fragmentação, universalismo e relativismo são eventos que, embora pareçam excludentes, em realidade, são complementares, conceitos multívocos ou de geometria variável² e que, portanto, não podem ser estudados isoladamente. Não se pode mais pensar em um Direito internacional que vise ao universalismo no sentido forte da palavra, ou seja, como um direito comum aplicado a todos os povos, pois não podem ser olvidadas as características singulares de cada nação. Por outro lado, a soberania não pode constituir uma escusa para justificar a perpetração de atos ofensivos à dignidade da pessoa humana, e a exigência de observância da diversidade local a qualquer custo tornaria impossível o relacionamento com o outro. O meio termo entre esses dois aspectos tem sido o grande desafio do Direito internacional contemporâneo.

É necessário então trabalhar com o conceito de tolerância, que emerge exatamente da tensão entre identidade e diversidade³ e que, como postulado de reconhecimento da diversidade cultural, contrapõe-se à hegemonia de valores. O conceito de tolerância não prescinde de uma análise histórica e de uma análise comparativa de realidades locais. Tem suas raízes fincadas especialmente no movimento religioso do período medieval. Portanto, a análise da tolerância deve partir do estudo da influência

das religiões e, ao se fazê-lo, verifica-se que há domínios recalitrantes até os dias atuais, decorrentes de crenças profundas, ligadas à moral e a religião.⁴

Exemplo da importância do estudo das particularidades locais de cada nação é o debate acerca da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Estando esse debate inserido no binômio nascimento e morte de seres humanos, verifica-se que não é ele um simples evento natural, mas sim um acontecimento permeado por fatores culturais, religiosos, morais, jurídicos e éticos. O binômio vida e morte resta, então, profundamente marcado pela diversidade cultural dos países, ao mesmo tempo em que é fortemente perturbado pelas incertezas científicas. A guerra entre os grupos antiaborto e seus adversário já chegou a ser inclusive comparada com uma versão norte-americana das guerras civis religiosas da Europa do século XVII.⁵

É preciso então estudar o valor da vida e suas implicações moral, religiosa, política e internacional nesses domínios recalitrantes, para que se estude o papel dos Estados e do Direito em face do problema da diversidade. Portanto, ao pensar em harmonização do direito penal em assuntos ligados à vida e à morte, tais como aborto e eutanásia, o estudo deve ser permeado da análise da história de cada povo, que pode conduzir a uma impossibilidade de harmonização das legislações dos Estados, ao menos substancialmente.

Ora, se a solução para tais dilemas não se encontra estabilizada dentro dos próprios Estados e se os temas ligados à vida ou à morte dependem fortemente de fatores religiosos, culturais, morais etc., como se pretender uma universalização? Seria possível pretender respostas universalizáveis nos domínios da vida e morte? Ou a pretensa comunidade mundial de valores encontra limites exatamente nesses domínios? Para tratar do tema, no presente estudo analisar-se-á o caso do aborto do feto anencéfalo além do tratamento dado ao tema em algumas instâncias internacionais, para fazer uma relação entre esse tratamento pelo direito e a influência religiosa e de valores morais subjacentes nos diversos ordenamentos.

² SAN JOSÉ, Daniel García. *Unilateralismo y multilateralismo como conceptos de geometria variable en la sociedad internacional poscontemporánea*. Disponível em: < www.reei.org.>. Acesso em: 05 nov. 2010.

³ A noção trabalhada neste artigo é aquela relativa às éticas da identidade e da diversidade, isto é, da identidade como o igual e da diversidade como o diferente, nesse sentido: CARDOSO, Clodoaldo Meneguelo. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e igualdade*. São Paulo: Unesp, 2003. p. 17, esclarece que “[...] outro aspecto a ser avaliado é a própria crítica ao Iluminismo, visto como vertente moderna da ética da identidade. O questionamento do racionalismo dogmático, fonte de intolerância, acabou estendendo-se à própria razão. Para essa posição, nós somos o que somos muito mais por aquilo que temos de diferente do que por aquilo que temos em comum. Em última instância, a cultura existe apenas no plural e por isso somente se pode conceber a tolerância no interior da ética da diversidade. Em outras palavras, essa virtude será alcançada não pela consciência do que temos em comum (porque quase nada temos em comum), mas pela sensibilidade em relação a nossas diferenças. Assim sendo, o sentido da tolerância deverá emergir da tensão entre identidade e diversidade, como veremos, passando necessariamente pelo debate sobre as desigualdades sociais. Isso implica, portanto, uma atenção especial ao se trabalhar esse valor ético na educação”.

⁴ O estudo da moral como parte da religião ou vice-versa não é o objeto central do presente trabalho. Portanto, a análise desses dois fatores será feita como aspectos independentes entre si.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2.

Essa temática demonstra a existência de formas híbridas de miscigenação cultural,⁶ ou seja, conflitos multiculturais que decorrem da mundialização do direito e da diluição das fronteiras, próprias do mundo internacionalizado⁷ que vivemos. Aliás, a própria noção de estado democrático se relaciona com a inexistência de uma concepção uniforme da moral,⁸ ou seja, de um pluralismo moral e de um espírito de abertura. A dificuldade se apresenta porque, em temas profundamente marcados por valores religiosos, constata-se que o dever religioso e a liberdade são dificilmente conciliáveis; o dever religioso, por sua natureza, implica na submissão de uma pessoa às regras divinas, enquanto a liberdade pressupõe que um máximo de faculdades e de escolhas seja dado ao indivíduo. É nesse cenário que deve ser estudada a questão da interrupção da gravidez do feto anencéfalo.

O simples diálogo entre juízes, ou comércio de juízes, não é suficiente, não responde às questões dos necessários limites ao pluralismo. Por isso, faz-se necessário estudar mecanismos de convivência entre as ordens jurídicas agonísticas,⁹ em prol de uma internacionalização do Direito que preserve as identidades culturais e que responda aos desafios da modernidade, especialmente na seara da bioética, que parece desconhecer as fronteiras territoriais.

Inicialmente, abordar-se-á a problemática dos domínios recalcitrantes como limites ao Direito internacional para, em seguida, identificar o caso específico da interrupção da gravidez do feto anencéfalo como um tema inserido neste debate e que, portanto, sofre profundas influências das crenças religiosas e morais.

Para comprovar a hipótese, serão estudados casos judicialmente decididos sobre o aborto do feto anencéfalo nos Estados Unidos, na Argentina, no Brasil e o exemplo da legislação holandesa. Procura-se, com tal escolha, abordar o tema na perspectiva de países que tratam o

tema de maneira diversa, com nítida influência dos domínios recalcitrantes no tratamento dado ao aborto do anencéfalo. A pesquisa, longe de pretender dar uma resposta com pretensão de correta sobre o tema ou de esgotar o tema, pretende apenas comprovar a hipótese de que a religião e a moral não podem ser apartadas da discussão e argumentação jurídica, especialmente no que tange às normas penais incriminadoras. Em seguida, estudar-se-ão os processos de interação da internacionalização do Direito para se tentar analisar qual desses modelos é o mais adequado para responder aos desafios dos domínios recalcitrantes. Ao fim, serão apontadas algumas soluções que podem ser aplicadas para superar ou minimizar o problema, sem diminuir a importância das diversidades locais, por intermédio da margem nacional de apreciação.

2 Os domínios recalcitrantes

Os temas ligados à religião e à moral são domínios recalcitrantes ao Direito internacional, no sentido de que, neles, a tentativa de unificação é mais tormentosa, os países não tem uma disponibilidade em aceitar valores diferentes dos seus próprios, sobretudo em temas fundantes de suas culturas. Não se pode ignorar o potencial de transformação e subversão sociocultural e política inerentes, especialmente, a grupos religiosos e movimentos sociais.¹⁰ Por isso, é preciso trazer para a esfera pública discursiva o estudo desses domínios. Não se pode, pois, supor, como tradicionalmente foi feito pela teoria da argumentação jurídica,¹¹ que a religião e a moral estão relegadas à esfera privada. Para entender os limites do di-

¹⁰ OLIVEIRA, Nythamar. Habemus Habermas: O universalismo ético entre o naturalismo e a religião. *Veritas*, Porto Alegre, v. 54, n. 1, p. 217-237, jan./mar. 2009.

¹¹ Pretendendo-se demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado racionalmente, olvida-se e rechaça-se tudo o que não é racional e, portanto, são considerados irracionais, para a maior parte dos filósofos, os sentimentos, as emoções e as convicções pessoais, que podem estar subjacentes às decisões judiciais. Em outras palavras, partindo do pressuposto do direito como ciência, a teoria da argumentação jurídica postula a racionalidade das decisões judiciais, por intermédio de uma argumentação pertinente, que possibilite o controle dessa racionalidade do discurso. O pressuposto é que as decisões jurídicas sejam corretas no que tange às pressuposições da ordem jurídica vigente, com base em uma justificação racional, que envolve a tomada de decisão com base na lei, nos precedentes e da dogmática. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 321.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 104.

⁷ Prefere-se a distinção entre globalização e mundialização como sendo aquela relativa ao direito privado, especialmente ao comércio e economia e a mundialização relativa aos direitos humanos, ambas como espécies da internacionalização do direito.

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2005. v.2. p. 84.

⁹ MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. Londres: Verso, 2005. p. 1.

reito internacional, o estudo histórico das interferências da moral e da religião é indispensável.

Após a 1ª Guerra Mundial, a evolução do sistema jurídico internacional foi marcada pela busca de uma jurisdição internacional com vocação universal¹² e o conteúdo dessa jurisdição seria delineado pelos direitos do homem, conceito este que passou a ser determinado com maior solidez após os anos 90. No entanto, esses mesmos direitos do homem, pela fluidez de seus conceitos, tornaram-se óbices, em determinados assuntos, à internacionalização do direito. Isso porque particularidades locais, costumes de determinadas comunidades, faziam com que a interpretação do conteúdo desses direitos pudesse ser interpretada de maneiras diversas, e qualquer tentativa de mudança pode conduzir a um choque de civilizações (*Clash of civilizations*), como resposta à tentativa hegemônica das superpotências,¹³ o chamado *ius americanum*,¹⁴ criando-se, assim, zonas de resistência.

No estudo do Direito internacional, é comum se deparar com a existência de três variantes apontadas na teoria: realismo, nacionalismo e hegemonismo.¹⁵ O grande erro do estudo segregado desses três paradigmas é que não é feita uma diferenciação temática entre os assuntos para que se constate se a universalização é ou não possível, em outras palavras, não se leva em consideração, via de regra, que há domínios recalcitrantes ao Direito internacional, que funcionam como zonas de resistência à internacionalização do Direito e que, por isso, exigem uma via alternativa de enfrentamento em face da sociedade globalizada. A lógica da coerência, portanto, deve levar em consideração a possibilidade de coesão, por intermédio do respeito à diversidade.¹⁶

A teoria aponta uma dificuldade da passagem da pluralidade das ordens jurídicas internacionais para a

unidade de uma futura ordem global.¹⁷ Essa dificuldade, com efeito, precisa ser mais bem analisada sob a ótica dos domínios recalcitrantes, para se verificar que a diversidade política, cultural e econômica observáveis nas diversas partes do mundo ocorre em velocidades diferenciadas, chamada por alguns de policromia.¹⁸

A cultura ocidental da modernidade e a instituição de uma sociedade internacional têm sido desafiadas pelo ressurgimento do pluralismo religioso e cultural nas relações internacionais, que faz parte da chamada crise da modernidade, que reduz o mundo ao que pode ser controlado pela razão, ciência, tecnologia e racionalidade burocrática,¹⁹ abandonando a discussão sobre religião, cultura e moralidade e suas influências no Direito, especialmente no Direito internacional. Assim, a ressurgência da religião no centro da discussão sobre a globalização pode ser vista como parte da busca pela autonomia e autenticidade dos países do terceiro mundo e daqueles que se revoltam contra a ocidentalização.

Por essa razão, o estudo do ressurgimento global do pluralismo religioso e cultural por intermédio das teorias do choque de civilizações, fundamentalismo ou extremismo religioso, como se o ressurgimento da religião fosse uma aberração contra o mundo moderno, deve ser feito com cautelas. A influência da religião e da moral como domínios recalcitrantes, diversamente, deve conduzir ao reconhecimento de que há múltiplas modernidades no mundo pós-moderno e que uma verdadeira sociedade internacional multicultural está sendo formada no plano internacional.

Dessa maneira, é preciso levar a sério o pluralismo religioso e moral, alçando-os ao plano da política internacional do século XXI, pois a temática dos domínios recalcitrantes no Direito internacional deve ser estudada como uma busca pela autenticidade e desenvolvimento de comunidades e Estados. Seguindo a linha oposta de argumentação crítica, discutirei uma variável que Kant

¹² DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public. In: DUPUY, Pierre-Marie. *Recueil des cours*. France: Brill, 2002. v. 297. p. 460.

¹³ HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and the re-making of world order*. New York: Simon & Schuster, 1996. p. 28.

¹⁴ SAN JOSÉ, Daniel García. *Unilateralismo y multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea*. Disponível em: < www.reei.org.>. Acesso em: 05 nov. 2010.

¹⁵ BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. Universalism and particularism as paradigms of international law. New York: *IIIJ Working Paper*, 2008. v. 3. p. 64.

¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 96.

¹⁷ DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public. In: _____. *Recueil des cours*. France: Brill, 2002. v. 297. p. 9.

¹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 227.

¹⁹ THOMAS, Scott M. Taking Religious and Cultural Pluralism Seriously: The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Society. *Millennium. Journal of International Studies*, v. 29, n. 3, p. 815-841, 2000.

preferiu deixar de lado, para evitar perder o controle sobre a política, limitando-a, pois, à esfera da metafísica e que, desde então, tem sido negligenciada pelos herdeiros de Kant na investigação da paz democrática: a religião.

Desde 1970, com a revolução iraniana enviando o sinal mais visível, o mundo está testemunhando uma forte tendência para a orientação religiosa, com o crescimento de radicalismos por uma parte crescente da sua população. Na literatura, essa tendência é geralmente referida como o “ressurgimento da religião”,²⁰ marcada por uma busca de uma comunidade de iguais por meio da religião e não apenas por meio do Estado. Se o ressurgimento do pluralismo global cultural e religioso deve ser levado a sério, então o entendimento sociológico da religião e da moral, a importância desse debate para a manutenção da autonomia e autenticidade dos Estados deve ser reconhecida como parte de qualquer ordem internacional; é o início de um pluralismo mais profundo entre Estados e comunidades de uma pretensa ordem internacional.

O ressurgimento da temática da religião é visto por alguns como fonte de conflitos, porque ela promove crenças e valores que são incompatíveis com regras, práticas e normas da sociedade internacional, tais como integridade territorial, soberania do Estado e não intervenção. A sociedade internacional é baseada em valores culturais e normas europeias, criadas pela expansão dos estados europeus por meio do colonialismo e imperialismo em escala global. Mas o que antes era uma sociedade internacional europeia agora deve ser visto como uma sociedade internacional mundial, com suas múltiplas diferenças.²¹ O grande desafio da modernidade tem sido apontado como o de evitar o relativismo ético, preservando o relativismo cultural contemporâneo,²² tolerando e respeitando a identidade cultural na pós-modernidade, levando-se em consideração que não há nenhuma cultura superior a outra.

²⁰ BAUMGART, Claudia. *Democracy, diversity, and conflict: religious zionism and israeli foreign policy*. Disponível em: <http://www.einaudi.cornell.edu/peaceprogram/publications/occasional_papers/Zinecker-final.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2010.

²¹ THOMAS, Scott. Religion and international conflict. In: DARK, K. *Religion and International Relations*. Basingstoke: Macmillan, 2000. p.18.

²² OLIVEIRA, Nythamar. Habemus Habermas: o universalismo ético entre o naturalismo e a religião. Porto Alegre: *Veritas*, v. 54, n. 1, p. 217- 234, jan./mar. 2009. p. 228.

O que se pretende não é recorrer ao absolutismo moral de concepções religiosas e teológicas, mas sim identificar temáticas que impedem ou dificultam a internacionalização do direito, para apontar possíveis soluções à convivência harmônica entre as diferentes realidades na seara global. Um desses temas é a antecipação do parto ou aborto do feto anencéfalo. Analisando a forma como a matéria tem sido tratada em alguns países, comparando a forma como esses países enfrentam o problema, à luz de suas fontes inspiradoras morais e religiosas, com amparo na teoria da razão moral e religiosa e o reflexo desses domínios recalcitrantes nas legislações e decisões judiciais locais.²³

2.1 A interrupção da gravidez do feto anencéfalo

Considerando o aborto do feto anencéfalo como um domínio recalcitrante ao direito internacional, a análise de suas raízes religiosas e morais permite enfrentar o problema proposto, isto é, de que há temas que constituem óbices à uniformização do Direito internacional. A forte discussão que se vê hodiernamente a respeito do aborto nem sempre esteve no centro do palco. Na antiga Grécia, por exemplo, as crianças indesejadas eram simplesmente abandonadas pelos pais após o nascimento. Aristóteles²⁴ sustentava que o aborto era um método eficaz para limitar nascimentos e evitar o crescimento populacional exarcebado, mantendo estáveis as populações das cidades gregas.²⁵ Platão defendia o aborto obrigatório por razões eugênicas, para mulheres com mais de 40 anos e para preservar a pureza dos guerreiros. Sócrates também defendia o aborto, desde que esse fosse o desejo da gestante. Foi com o surgimento do cristianismo que a vida passou a ser vista como um valor supremo, com ares de sacralidade e intangibilidade.

Santo Agostinho sustentava que o aborto só podia ser recriminado quando o feto recebesse alma, o que, para ele, ocorria quarenta dias após a concepção, caso fosse homem e oitenta dias após a concepção, quer se tratasse de mulher. Tempos após, a Igreja aboliu essa dis-

²³ GREEN, Ronald. *Religion and moral reason: a new method for comparative study*. New York: Oxford University Press, 1988. p. 228.

²⁴ Segundo Aristóteles, em teoria adotada pela Igreja Católica, a vida era o resultado da ação de um princípio ativo sobre a matéria inanimada, a qual se tornava, então, animada, por intermédio de um processo natural e não sobrenatural.

²⁵ BODÉÛS, Richard. *Aristóteles, a justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007. p. 112

tinção e passou a condenar severamente qualquer tipo de aborto, assim considerado como a expulsão voluntária do feto a partir da concepção. A partir daí, a discussão sobre a origem da vida, segundo a religião, passou a ganhar mais força. E essa polêmica sobre o conceito de origem da vida, nos dias mais atuais, com o avanço da ciência permitindo a descoberta de anomalias fetais, repercutiu no caso proposto no presente estudo, ou seja, a antecipação do parto do feto anencéfalo.

O aborto decorrente de anomalia fetal, como é o caso da anencefalia, somente passou a ser discutido a partir de 1950, com o desenvolvimento de técnicas de diagnóstico pré-natal. A anencefalia é uma alteração na formação do cérebro do feto resultante da falha, nas primeiras etapas do desenvolvimento embrionário, do mecanismo de fechamento do tubo neural.²⁶ Em termos médicos, a anencefalia comporta um defeito do tubo neural caracterizado pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio e da pele. Pode ser dividida em holocrania e merocrania. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania e a parcial, a merocrania. Trata-se de uma má-formação letal.²⁷

A enfermidade é caracterizada pela falta de ossos cranianos, hemisférios e córtex cerebral e é letal em cem por cento dos casos. A maior parte dos fetos anencéfalos morre ainda no ventre materno, alguns vivem poucas horas após o parto, no máximo alguns dias. A morte, portanto, não é um evento possível, é uma certeza inafastável. Os casos em que os bebês vivem meses não são de anencefalia, mas de outras anomalias com definição científica diversa. Visualmente, o bebê nasce sem o cérebro, com os olhos saltados para fora, motivo pelo qual alguns afirmam que o bebê anencéfalo assemelha-se a uma rã.

A má formação do feto faz com que o sistema nervoso do bebê não se forme e, em consequência, inviabiliza-se a vida extrauterina. O Brasil é o quarto país em índice de anencefalia, segundo fontes da Organização

Mundial de Saúde,²⁸ dado que pode ser influenciado pelo fato de não haver, na legislação brasileira, um dispositivo claro autorizando o aborto em tais circunstâncias, como ocorre em outros ordenamentos. O diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi um avanço da Medicina iniciado na década de 1950 nos países desenvolvidos. No entanto, em nosso país, somente em 1979²⁹ as técnicas de diagnósticos pré-natais se iniciou, passando-se a ser possível, só então, o diagnóstico seguro da anencefalia, de forma que o debate sobre a tipicidade da antecipação do parto do feto anencéfalo, no Brasil, não é antiga.

Certos autores defendem o aborto e classificam as teses contrárias a tal prática em *derivativas*, que seriam aquelas que pressupõem direitos e interesses que os fetos teriam desde a concepção e *independentes*, que seriam as teses para as quais a vida humana tem um valor intrínseco, independente de qualquer interesse ou direito particular. Afirma-se ainda que a segunda delas tem uma natureza quase religiosa e a primeira parte de uma premissa errada, pois não se trata de saber quando começa a vida humana, mas sim de saber se o feto tem interesse próprio. Nessa linha de raciocínio, o feto não teria interesse próprio, pois essa noção é ínsita à consciência e, portanto, à viabilidade, as quais somente ocorrem por volta da vigésima sexta semana de gravidez.³⁰

Esse argumento pode ser considerado um avanço no debate sobre o aborto do feto anencéfalo, que não tem e não virá jamais a ter consciência e, portanto, não há interesse a tutelar. Todavia, apesar de todo o seu esforço, o argumento foge da discussão sobre a violação ou

²⁶ HERRERO, Silvina. *Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto*. Disponível em: <www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herrero.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2010.

²⁷ MORON, A. *Medicina fetal na prática obstétrica*. São Paulo: Santos, 2003. p. 173.

²⁸ CARVALHO, Teresa Robichez de. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=126556>. Acesso em: 27 jul. 2010. p. 69.

²⁹ MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia: análise crítica nos âmbitos médico e legal*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857>. Acesso em: 27 jul. 2010.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 13

não do direito à vida do anencéfalo,³¹ ainda que seja uma vida sem consciência.³² Não é somente a vida viável que se busca proteger. Com efeito, o Direito tem protegido a vida de animais, de plantas e pode legitimamente proteger uma vida, ainda que desprovida de interesse por não poder ser considerada humana.

O interesse de tutelar o direito à vida não precisa ser necessariamente do feto, pode ser do Estado, da coletividade, pois o direito avançou a tal ponto que o titular do direito não é necessariamente o detentor do interesse. Essa discussão é negligenciada ao se afirmar que as questões centrais sobre o aborto são: “quando uma criatura humana adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais conseqüências?”.³³ É possível deslocar o debate para esse ponto de vista, mas também é possível se argumentar que independentemente do interesse e das conseqüências, a vida deve ser tutelada, por exemplo, porque é um patrimônio comum da humanidade. E então, novamente, encontramos-nos em face de um dilema sem solução.

Ver-se-á o tratamento da questão na Holanda e, em seguida, três decisões judiciais serão analisadas para tentar comprovar da hipótese de que, quando as leis penais são influenciadas, em sua elaboração, por questões de fundo de natureza ética, moral e/ou religiosa, cria-se um obstáculo à internacionalização do direito penal.

Nesses casos, a tentativa de imposição, com desrespeito à cultura e tradições locais, fomenta a criação de domínios recalcitrantes ou zonas de resistência.³⁴

3 O aborto na Holanda

Baruch Espinosa teve um papel muito importante da realidade político-jurídico holandesa, construindo uma argumentação racionalista a favor da liberdade política e religiosa, com a separação do Estado e da Igreja. Segundo o filósofo, a liberdade civil inclui necessariamente a liberdade religiosa, e suas ideias foram determinantes para que a Holanda se tornasse o país da tolerância.³⁵ Isso justifica a tranquilidade na aprovação da lei que legalizou o aborto na Holanda, em 1981. O aborto pode ser efetivado nas primeiras vinte e duas semanas de gestação, embora 95% dos abortos sejam efetuados nas primeiras doze semanas de gravidez.³⁶

A liberdade de religião é o direito fundamental explícito mais antigo garantido na Holanda e mais de um terço da população é atea ou seguidora de religiões não cristãs.³⁷ Após a Revolução *Batavian*, a separação completa entre Estado e Igreja foi consolidada e desde a Constituição de 1814 passou a ser um princípio expresso nas constituições holandesas. Na realidade, essa separação foi plantada por Espinosa, que tinha um grande grupo de amigos políticos em Amsterdã e teve uma grande amizade com o chefe do Estado holandês, Johan de Witt. À época em que Espinosa escreveu o “Tratado Teológico-Político”, o destino político da Holanda estava em jogo. Espinosa se preocupou com a constituição do Estado, especificamente para que não sucumbisse à tirania e ficassem intactas a paz e a liberdade dos cidadãos, motivo pelo qual fez uma minuciosa exposição e crítica das constituições do tipo monárquico e aristocrático e reputou

³¹ Biologicamente, o anencéfalo é um ser vivo até que seja declarado morto, é considerado pessoa ainda que viva pouquíssimos minutos após nascer, tanto que é necessário, após seu nascimento, seu registro de nascimento e óbito, apesar de haver uma corrente, tanto médica quanto jurídica que afirma que, como o conceito de morte em termos médicos é o de morte cerebral e o feto não tem cérebro, ele não chegaria a alcançar vida humana. Nesse sentido: REAGAN, James E. Ethics Consultation: anencephaly and organ donation. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&hid=11&sid=5a4f5fbb-4b34-4aaf-9e98-c82088bad4ba%40sessionmgr13>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

³² Há autores ainda que defendem que, embora tenha vida, o anencéfalo não pode ser considerado um ser humano porque não tem memórias do tipo B, como, por exemplo, pensamentos, opiniões, atitudes ou qualquer outro tipo de atributo relacionado à vida mental, embora não se possa considerar que o anencéfalo esteja morto. Assim, não seriam pessoas. Nesse sentido: SERAFINI, Anthony. Is Coma morally equivalent to anencephaly? *Ethics & Behavior* 3, v. 3, n. 2, p. 187, 1993. Disponível em: Acesso em: 27 jul. 2010.

³³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 29.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2005. v.2. p. 23.

³⁵ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Unesp, 2003, p. 30.

³⁶ PINTER, B. et al. Accessibility and availability of abortion in six european countries. *European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*. v.10, n.1, p. 51-58, mar. 2005. Acesso em: 2 nov. 2010. p. 52.

³⁷ BIJDERVEL, Sophie, C. Van. Freedom of religion in the Netherlands. *Brigham Young University Review*, v. 2, p. 555-583, 1995. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/delivery?vid=10&hid=9&sid=92f90>>. Acesso em: 20 out. 2010. p. 555

como imprescindível a separação entre Igreja e Estado. Suas ideias tinham enorme importância política, porque favoreciam aos partidários da República, então comandada por Johan de Witt, e contrariavam as pretensões de Guilherme III, príncipe da Casa de Orange, de transformar as províncias unidas em uma monarquia.³⁸

A base da separação postulada por Espinosa entre o Estado e a religião está em seus estudos sobre a necessidade de separação entre a Filosofia e a Teologia.³⁹ Para ele, a teologia se apoia na autoridade daqueles que interpretam as Sagradas Escrituras para impor obediência aos homens, enquanto que a Filosofia busca a verdade, tendo pois, como autoridade, a própria razão e somente a ela se submetendo. Para ele, a Teologia impõe uma crença, enquanto que a Filosofia deve dar ao homem a plena liberdade para pensar e agir.

O Estado, assim, deve ser obra da razão e, de tal maneira, tal como a Filosofia, deve se separar da religião. Da mesma forma que a Filosofia, o Estado deve buscar a verdade e essa busca deve ser feita com o uso da razão. Para alcançar a verdade, por meio da razão, é necessário que o homem seja livre, desprovido de superstições e vícios e essa é a base do entendimento de Espinosa no sentido da necessidade de construção de uma sociedade cuja moral seja laica, impedindo-se a submissão do homem a autoridades constituídas em ideias impostas.

Outro filósofo de grande importância na Holanda é John Locke, que, durante seu exílio na Holanda, escreveu a “Epístola de Tolerância”, publicada em 1689, sob o título de “A Letter Concerning Toleration”. No texto, Locke defende a liberdade religiosa e propõe a separação total dos poderes político e religioso. Considerava ele que as guerras, torturas e execuções, em nome da religião, eram na verdade culpa da intervenção indevida de crenças religiosas no mundo político, e não do cristianismo em si. O alvo principal de Locke, portanto, era a Igreja Católica Romana, que não aceitava a separação dos poderes religioso e civil de forma alguma.

O resultado da influência desses dois filósofos no Estado holandês é que o país se tornou um dos mais tolerantes, tanto em relação a imigrantes, inclusive muçulmanos, como em relação a temas ligados aos domínios recalcitrantes, permitindo o aborto e a eutanásia. Com a liberação do aborto na Holanda, tornando-o de fácil acesso, praticamente não existem abortos ilegais ou inseguros na Holanda.⁴⁰ O direito ao aborto é bem aceito na sociedade holandesa e as religiões no país (o protestantismo, catolicismo, islamismo) não interferem na política estatal sobre o aborto e os movimentos antiaborto têm pouco apoio na sociedade.

O aborto foi considerado ilegal na Holanda até o advento do Código Penal de 1886. A partir de então, o aborto passou a ser considerado crime, mas para tanto era necessário provar que o feto ainda estava vivo no momento do aborto. Em 1911, o “Morality Act” barrou todos os tipos de aborto, exceto para salvar a vida da mãe.⁴¹ No entanto, sempre houve uma aceitação social do aborto, sendo a legislação chamada por alguns de simbólica,⁴² e a aceitação social sobre o tema aumentou consideravelmente na década de 1960. A partir de 1969, houve um debate parlamentar com a visão de que a legislação sobre o aborto deveria se adaptar à realidade social, pois embora o aborto continuasse formalmente sendo um crime, a liberdade em abortar era a realidade social.⁴³

Na Holanda, portanto, a questão do aborto ficou mais bem definida a partir da legalização ocorrida na década de 1980, tendo o aborto passado a ser legal mediante demanda, sem barreiras ao controle feminino de suas próprias decisões ou acesso aos serviços, pois o aborto passou a ser custeado pelo serviço público. Essa lei foi bem aceita pela população holandesa, até porque a população religiosa ortodoxa constitui a minoria. Desde 1984, não houve

³⁸ COBRA, Rubem Queiroz. *Vida, época, filosofia e obras de Benedito Espinosa*. Disponível em: <<http://www.cobra.pages.nom.br/fmp-spinoza.html>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

³⁹ DORNAS, Danilo Santos. A Separação entre a Filosofia e a Teologia segundo Spinoza. *Revista Eletrônica Print by FUNRE. Metavnoia*, São João del-Rei, n. 3. p. 55-59, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.funrei.br/publicações/Metavnoia>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

⁴⁰ PINTER, B. et al. Accessibility and availability of abortion in six european countries. *European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*. v.10, n.1, p. 51-58, mar. 2005 p. 54.

⁴¹ ICON GROUP. *Abortions: webster's quotations, facts and phrases*. California: Icon Group International, 2008. p. 117.

⁴² CHORUS, Jeroen M. J.; GEIVER, Piet-Hein; HONDIUS, Ewoud. *Introduction to Dutch law*. United States of America: Kluwer Law International, 2006. p. 43.

⁴³ GRIFFITHS, John Griffiths; BOOD, Alex; WEYERS, Heleen. *Euthanasia and law in the Netherlands*. Amsterdã: Amsterdã Universtij Press, 1998. p. 45.

ameaças sérias ao direito de aborto.⁴⁴ Muito embora a legislação sobre o aborto só tenha entrado em vigor em 1984, no final dos anos de 1960, a realização de abortos em clínicas médicas era uma realidade corriqueira.⁴⁵

Houve na Holanda outra influência no período pós-guerra: o desenvolvimento do *welfare state*, período no qual houve um grande esforço do Estado para construir uma sociedade afluyente. O governo desempenhou um importante papel, caracterizando-se como um Estado providência, que deveria prover todo o tipo de assistência material em casos de necessidade. O crescimento do *welfare state* significou que o principal papel do governo era providenciar o bem-estar das pessoas. Ao mesmo tempo, a sociedade foi se tornando cada vez mais pluralista e caracterizada pelo respeito à diversidade, mesmo nas questões mais fundamentais. Esse foi o *background* das transformações sobre o aborto.⁴⁶

Em 1886, a Holanda aprovou uma lei que criminalizou o aborto. No entanto, a lei era de difícil aplicação porque não se conseguia determinar se o feto estava vivo no momento do crime, o que era exigido para se configurar a tipificação legal. Nos anos de 1970, houve diversas tentativas de abolição completa do crime. Em 1981, o país aprovou uma lei liberalizando o aborto, permitindo às mulheres abortarem até as 13 semanas de gravidez. Uma espera de cinco dias entre a consulta inicial e o aborto é exigida, para que a mulher tenha tempo de repensar e decidir se realmente deseja fazer o aborto. Apesar da legalização, a Holanda tem um dos menores índices de aborto no mundo. Entre 1977 e 1990, o aborto atingia a média de 5.1 a 6.5 para cada mil mulheres nas idades de 15 a 44 anos.⁴⁷

O distanciamento entre Igreja e Estado na Holanda, que continua sendo mantida até os dias atuais apesar

da forte e constante pressão de grupos religiosos, influencia diretamente na legislação mais permissiva do mundo sobre os domínios recalcitrantes. A Holanda tem sido um país que resiste a essas influências religiosas e morais, mantendo-as longe da discussão legislativa, diversamente do que ocorre nos países cujas decisões passa-se a estudar a seguir.

3.1 O aborto do anencéfalo nos estados unidos da américa: caso *Britell v. Estados Unidos da América*

3.1.1 Breves considerações sobre as particularidades locais relacionadas ao aborto

Nos Estados Unidos, o tema do aborto é extremamente tormentoso, talvez mais do que em qualquer outro país, porque se vive o paradoxo de ser um dos países mais modernos e mais religiosos do Ocidente e essa religiosidade que beira o fundamentalismo⁴⁸ tem que conviver com a força dos movimentos feministas progressivos, que são mais poderosos nos Estados Unidos do que em qualquer outro local do mundo.⁴⁹

Vive-se, naquele país, a realidade dialética de uma nação que, apesar de ter se estabelecido em princípios fortes de separação entre Igreja e Estado, pois a primeira emenda estabelece os princípios da neutralidade e da separação recíproca entre a Igreja e o Estado, mas, por outro lado, permite-se que as esferas religiosas e a política continuem a se mesclar.⁵⁰ John F. Kennedy foi o primeiro presidente católico dos Estados Unidos e, desde o seu discurso inaugural, comprometeu-se a fazer a vontade de Deus, afirmando: [...] nesta terra, a obra de Deus realmente está acontecendo através de nossas mãos.⁵¹

Nos Estados Unidos, mais do que dar à via política um fundamento moral, a religião civil sempre teve uma

⁴⁴ OUTSHOORN, Joyce. Policy-Making on abortion: Arenas, actors and arguments in the Netherlands. In: DOROTHY Mc. Bride Stetson (Ed.). *Abortion politics, women's movements, and the democratic state: a comparative study of state feminism*. Local: Oxford University Press, 2003. p. 224.

⁴⁵ BEER, Joop de; DEVEN, Freddy. Diversity in family formation: the 2nd demographic transition in Belgium and the Netherlands. Springer, 2000. p. 25.

⁴⁶ COLE, George D.; FRANKOWSKI, Stanislaw. Abortion and protection of the human fetus: legal problems in a cross-cultural perspective. University of Santa Clara, Institute of International and Comparative, 1987. p.167.

⁴⁷ SIMON, Rita James. A comparative perspective on major social problems. Lexington Books, 2001. p. 189.

⁴⁸ HOFFMANN, John P. Sherrie Mills Johnson. Attitudes toward abortion among religious traditions in the United States: change or continuity? *Sociology of Religion*, v.66, n. 2, p. 161-182, 1995. Disponível em: <<http://socrel.oxfordjournals.org/content/66/2/161.full.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2010.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 5.

⁵⁰ RANDAXHE, Fabienne. Religion, politique et régulation juridique aux États-Unis. *French Politics, Culture & Society* 25, France, n. 3, p.19-36, 2007. . Acesso em: 9 nov. 2010.

⁵¹ BELLAH, Robert Neelly. Civil Religion in America. *Journal of the American Academy of Arts and Sciences* 96. v.1, p. 1-21, Disponível em: < http://www.robertbellah.com/articles_5.htm>. Acesso em: 30 nov. 2010.

função de unificação, patriótica e semântica na construção da comunidade nacional, sendo constitutiva de uma expressão autêntica da identidade nacional e mostrando-se reiteradamente como determinante na eleição de agentes públicos dos três poderes.

Especialmente após o caso *Roe versus Wade*,⁵² as plataformas presidenciais republicanas reivindicaram uma emenda que proibisse completamente o aborto, exigindo ainda a nomeação de juízes que respeitassem os valores familiares tradicionais e a santidade da vida humana. Os presidentes Reagan e Bush, que foram eleitos, dentre outros fatores, sob essa promessa, impuseram essa característica às nomeações judiciais,⁵³ tanto para a Suprema Corte quanto para os tribunais inferiores.

Assim, é clarividente que as grandes batalhas acerca do aborto nos Estados Unidos têm um pano de fundo nitidamente fincado no valor intrínseco e cósmico da vida humana, com uma natureza religiosa e essa natureza influencia não somente no processo de tomada de decisões, mas no processo de escolha dos agentes públicos, de maneira que é evidente que esse tema é um domínio recalcitrante naquele país e, por isso, qualquer tentativa de imposição seria fadada ao fracasso.

3.1.2 Legislação local sobre o aborto

O aborto é legal, desde os anos de 1970, na esmagadora maioria dos Estados, só não é legal no Dakota do Sul. O fator religioso, no entanto, exerce uma tamanha influência que quase todos os Estados americanos, com exceção de Alabama, New Hampshire e Vermont, aprovaram leis de objeção de consciência, pelas quais os profissionais da saúde podem alegar razões religiosas para recusar tratamento a uma paciente que esteja sofrendo de hemorragia porque realizou um aborto. Se a paciente morrer, a objeção de consciência não será considerada crime.⁵⁴

⁵² Trata-se de um famoso caso julgado pela Suprema Corte em 1973, no qual se declarou inconstitucional qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger a vida do feto nos dois primeiros trimestres de gravidez. Com essa decisão, houve alteração nas leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos, o que fez a disputa entre os grupos pró e contra o aborto ficar extremamente acirrada.

⁵³ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 8.

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.consciencelaws.org/laws/usa-law-usa-02.html>>. Acesso em 22.03.2013

O aborto é permitido nos Estados Unidos desde 1973, quando a Suprema Corte reconheceu que o aborto é um direito garantido pela Constituição americana. Não há uma lei sobre o tema, mas apenas esse precedente que, por se tratar de um país do *common law*, tem força praticamente normativa.

3.1.3 Estudo do caso

O primeiro caso é a demanda *BRITELL v. UNITED STATES*.⁵⁵ Britell descobriu em uma ultrassonografia de 20 semanas de gravidez que esperava um filho com anencefalia, tendo o diagnóstico sido confirmado por um segundo exame ultrassom. Britell e seu esposo resolveram abortar o feto anencéfalo, o que fizeram em 18.02.1994, no New England Medical Center. Após o procedimento, comprovou-se o diagnóstico de anencefalia. Algum tempo após, Britell foi acionada para pagar as despesas médicas, considerando que aquele aborto não era previsto nas hipóteses legais e assim iniciou-se a disputa judicial.

Britell alegava que sua situação era diferente dos precedentes anteriores em que se proibía o uso de recursos públicos federais em casos de aborto, salvo quando a vida da mãe estivesse em risco. Afirmou ela que seria inconstitucional aplicar esse precedente ao seu caso, pois o aborto em caso de anencefalia envolvia uma situação em que não haveria interesse legítimo do Estado na proteção da vida do feto. O governo respondeu argumentando que o financiamento estatal ao aborto de Britell encorajaria outros abortos e que isso estaria racionalmente relacionado ao legítimo interesse estatal na vida humana potencial.

Britell argumentou ainda que duas distinções seriam necessárias em relação ao precedente anterior, sob pena de inconstitucionalidade: (1) a distinção mais ampla entre serviços médicos necessários durante a gravidez e o aborto médico necessário em caso de feto anencéfalo e (2) a distinção mais estreita entre interrupção de gravidez ectópica ou o tratamento de abortos espontâneos (financiados) e os abortos dos fetos anencéfalos (não financiados). Em contrapartida, o governo sugeriu a fixação de objetivos governamentais legítimos: (1) a proteção e promoção da vida humana em potencial; (2) a criação de

⁵⁵ UNITED STATES COURT OF APPEALS, FEDERAL CIRCUIT. 2004. Apelante: M. BRITELL, v. UNITED STATES, Defendant-Appellant. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/us-federal-circuit/2004/06/24/124040.html>>. Acesso em: 03 jul. 2010.

uma regra segunda a qual nenhum defeito de nascimento justificaria o uso de fundos federais para o aborto e (3) a comodidade dos contribuintes, que são forte e sinceramente opostos ao aborto, por intermédio do não uso dos recursos públicos em abortos.

No julgamento pela Corte Distrital, ficou assentado que quando o feto sofre de uma condição que lhe garante a morte iminente e nenhuma esperança de consciência ou funcionalidade, não faria sentido manter a gravidez ou encorajar a mulher a levar a gravidez adiante para proteger uma “vida potencial”. No entanto, a Corte de Apelação dos Estados Unidos entendeu que o feto com anencefalia não morre necessariamente no nascimento. Além disso, afirmou-se que embora seja certo asseverar que o Estado não tem legítimo interesse na vida potencial humana em casos de anomalia letal, a anencefalia não se iguala a essa condição.

Segundo a Suprema Corte, desde o início da gravidez, o Estado tem legítimo interesse na vida em potencial (Casey, 505 U.S. at 846, 112 S.Ct. 2791). Segundo a decisão, desde os primeiros estágios da gravidez, o Estado deve desenvolver regras e regulamentos para encorajar a mulher a saber que há argumentos filosóficos e sociais de grande peso para que ela continue com a gravidez até o final. Delineou-se que não há sentido em entender que o Estado tenha interesse em proteger a vida humana potencial apenas em caso de viabilidade. Pelo contrário, o Estado tem interesse legítimo na vida humana potencial antes mesmo que alguém descubra se o feto alcançaria a viabilidade, e o interesse estatal legítimo existe mesmo quando o feto é diagnosticado com uma anormalidade ou defeito de nascimento, situação à qual a Corte equiparou a anencefalia, distinguindo-a da letalidade.

Afirmou-se que, para acatar o argumento de Britell no sentido de que em algumas circunstâncias o defeito de nascimento ou anormalidade fetal são tão severos a ponto de remover o interesse estatal na vida humana em potencial, seria necessário que a Corte estabelecesse uma linha divisória com base em fatores não judiciais, o que eles se recusaram a fazer. A Corte concordou então com o argumento governamental de que fazer isso poderia criar um risco muito grande. Confira-se:

We agree with the government’s argument that the type of line-drawing urged by Britell can create a slippery slope. It is not the role of the courts to draw lines as to which fetal abnormalities or birth defects are so severe as to negate

the state’s otherwise legitimate interest in the fetus’ potential life. ... No reason has been presented, nor do we see one, to explain why consciousness (or extended life span) is the lynchpin of potential human life. Indeed, it could reasonably be argued that other birth defects or abnormalities, while different in their effects on the fetus, are also so severe as to negate the state’s interest in potential human life. If that is the case, courts will be forced to determine on a condition-by-condition or abnormality-by-abnormality basis whether a fetus’ condition is so severe as to eliminate the state’s interest. Such line-drawing is something for which courts are ill-equipped, and is inconsistent with existing Supreme Court jurisprudence on what constitutes a “potential human life.”

Em conclusão, o primeiro julgamento foi revertido sob o argumento de que, embora a Corte e certamente toda a humanidade⁵⁶ sentissem grande simpatia por pais que recebem o terrível diagnóstico da anencefalia fetal, a lei é clara e o Estado tem o legítimo interesse na vida potencial humana desde o início da gravidez da mulher, independentemente de um diagnóstico de severo defeito de nascimento ou anormalidade fetal.

Verifica-se, nessa decisão, que o argumento de que o Estado tem legítimo interesse na proteção da vida humana, ainda no caso de anencefalia, na realidade mascara um valor subjacente, de natureza moral e quiçá religioso, assim fugindo do argumento central do caso, que era o direito da mãe em interromper a gravidez do feto anencéfalo exatamente por causa dessa inviabilidade. O argumento da proteção da vida humana remonta ao valor religioso da sacralidade da vida, e se constitui em um argumento de autoridade que dificulta o posicionamento contrário e, por outro lado, faz com que o julgador consiga esconder os reais fatores que o levaram a tomar aquela posição. Tanto assim que o argumento governamental de que não seria justo que os contribuintes pagassem pelo

⁵⁶ “Although this court, and surely all humankind, feels great sympathy for any parent faced with the truly horrifying diagnosis of anencephaly, we find that the law is clear: the state has a legitimate interest in potential human life from the outset of a woman’s pregnancy, regardless of a diagnosis of a severe birth defect or fetal abnormality. Because, by analogy to *McRae*, the language of section 1093(a) is rationally related to this legitimate state interest, section 1093(a), just as the Hyde Amendment to Medicaid, passes rational basis review. The language of the two bans on funding is virtually identical, and the differences, for constitutional rational basis review, between Medicaid and CHAMPUS are insignificant. Accordingly, the district court’s entry of judgment for Britell, must be REVERSED”.

aborto quando a maioria deles é contra o aborto foi acatado pela Suprema Corte.

Não se duvida que o Estado tenha legítimo interesse na proteção da vida humana, mas esse interesse não poderia ser mitigado para dar prevalência ao interesse da gestante, já que há uma inviabilidade da vida do feto anencéfalo? Esse era o argumento central de Britell, que não foi respondido pela Corte, sob a proteção do manto da sacralidade da vida, escondido sob o argumento de autoridade do legítimo interesse do Estado na proteção da vida humana. O argumento de que a Corte não poderia distinguir caso a caso quando uma anomalia fetal fosse tão severa a ponto de afastar o legítimo interesse do Estado em proteger a vida humana em potencial, pois isso seria uma tomada de decisão com base em fatores não judiciais é, no mínimo, covarde, pois não se pode negar a prestação jurisdicional apenas porque a demanda envolve questões não jurídicas.

3.2 O aborto do anencéfalo na Argentina: caso Silvia Tanus v. Governo de Buenos Aires

3.2.1 Breves considerações sobre as particularidades locais relacionadas ao aborto

Na Argentina, há mais de vinte anos, diversos projetos de lei foram apresentados no Parlamento, visando uma reforma legal para despenalizar o aborto, mas os legisladores, com receio da repercussão política, têm evitado a discussão. Exemplo da forte pressão da Igreja Católica sobre o Parlamento argentino é o fato de que há mais de cinco anos está pendente no Congresso Nacional a ratificação do Protocolo Facultativo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, sob o receio de isso configurar uma abertura de portas para a discriminação do aborto.

O ex-presidente argentino Carlos Menem manteve uma postura radicalmente contra o aborto, tendo feito, em 1998, uma visita ao Vaticano e encontrado o então Papa João Paulo II, ocasião em que se comprometeu publicamente com a defesa da vida, a qual considerou como prioridade da Argentina e de sua política externa,

manifestando-se então contra o aborto e afirmando a proteção às “crianças por nascer”.⁵⁷

Depois que o presidente Menem deixou o cargo em 1999, o clima político mudou. Menem, como visto, era religioso e extremamente contrário ao aborto. Em seguida, Fernando la Rúa (1999-2001), embora ainda se opusesse ao aborto, assumiu uma política um pouco mais neutra e passou a assumir internacionalmente que os direitos reprodutivos das mulheres e os direitos sexuais fazem parte dos direitos humanos e reconheceu a conexão entre as taxas de aborto e a falta de acesso das mulheres aos serviços de saúde. Em seu discurso perante as Nações Unidas, em junho de 2000, o ministro das Relações Internacionais, Enrique Candioti, fez essa declaração de forma expressa, em uma postura que se aparta bastante daquela sustentada pelo governo anterior.⁵⁸

O presidente Néstor Kirchner (eleito em 2003) professava a fé católica, mas é considerado mais progressista do que seus antecessores. Em 2005, a ministra da Saúde Ginés González García declarou publicamente seu apoio à legalização do aborto e o presidente se manteve neutro quanto à postura de sua ministra.

Em maio de 2006, o governo tornou público um projeto de reforma do Código Penal, que inclui a descriminalização do aborto, o qual ainda está em discussão e não foi formalmente inserido na pauta legislativa, mas sugere uma maior abertura da Argentina ao tema. Há uma forte luta de cerca de 250 organizações sociais argentinas de mulheres que lançou uma campanha nacio-

⁵⁷ MENEM, Carlos. *Discurso del Presidente Menem en el acto en conmemoración del “Día Nacional del Niño por Nacer”*: decreto 1406/98, realizado en el Teatro Coliseo. Disponível em: <http://www.vidahumana.org/dia/discurso.html>. Acesso em: 11 fev. 2010: “Creo que ha llegado el momento en que quienes defendemos la vida debemos hacer algo más que reaccionar ante algunas manifestaciones contrarias a la dignidad de la persona humana. Debemos además, salir al mundo a proclamar sin temor la condición de ser humano que tienen los niños por nacer, a crear en los hombres y en las naciones la convicción de que la vida no debe quitarse a nadie y menos aún, a los más débiles e indefensos. Debemos, en definitiva, convertirnos en heraldos de la cultura de la vida. Por ello, es mi aspiración que esta iniciativa que hoy presentamos para honrar a los niños por nacer, pueda ser adoptada para un gran número de naciones”.

⁵⁸ HTUN, Mala. *Abortion Politics and Policy in Argentina, Brazil, and Chile*. In: American Political Science Association, 2002. *Conference Papers*. 2002. p.1-47. .

nal pelo direito ao aborto legal, seguro e gratuito,⁵⁹, com o lema “Educação sexual para decidir, anticoncepcionais para não abortar, aborto legal para não morrer”, coletando assinaturas e tentando sensibilizar a sociedade sobre a necessidade de debater o tema, até mesmo em face do alarmante número de que 40% das gestações na Argentina terminam em abortos clandestinos e que o aborto clandestino ocupa o primeiro lugar das causas de morte materna.⁶⁰

3.2.2 Legislação local sobre o aborto

O aborto na Argentina é estritamente limitado pela lei. O Código Penal Argentino estabelece sanções para as mulheres que praticam o aborto, assim como estabelece punições para os médicos e outros agentes da saúde que os realizam. O aborto é considerado não punível nas seguintes circunstâncias: (1) se for realizado a fim de evitar danos para a vida da mulher ou de saúde, desde que não existem outros meios de evitar tais danos; (2) se a gravidez foi resultado de estupro de uma mulher mentalmente incapaz.

Verifica-se, portanto, que assim como ocorre no caso da legislação brasileira, em que o art. 128 do Código Penal deixa margem a discussões quando se insere o caso do feto anencéfalo, no caso da legislação argentina a mesma lacuna é percebida, pois a expressão evitar danos à saúde pode ser interpretada também como dano à saúde mental da mulher, interpretação que possibilitaria inserir a antecipação do feto anencéfalo em uma das ressalvas de punibilidade.

3.2.3 Estudo do caso

O segundo caso a ser analisado é da Corte Suprema da Argentina, Silvia Tanus c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo. Silvia Tanus e seu marido, após receberem o diagnóstico da anencefalia, em 2001, solicitaram intervenção médica para interromper a gravidez, a qual foi negada ao argumento de que o caso não se inseria em uma das possibilidades de aborto, segundo o Código Penal, como acima visto.

A mãe recorreu à justiça local que, em primeira e segunda instância, negou o direito ao aborto, com fundamento no respeito à vida do nascituro. O Tribunal Superior da Cidade Autónoma de Buenos Aires, por maioria de votos (quatro a um), ao julgar o recurso, autorizou a interrupção da gravidez, mas o Defensor de Menores interpôs recurso extraordinário na Corte Suprema, sob o fundamento de que a indução do parto afetava a vida do nascituro. A Corte Suprema autorizou a indução do parto, quando a mãe já estava no oitavo mês de gravidez, determinando ao Hospital Materno Infantil Ramón Sarda que procedesse à intervenção, impondo ainda ao hospital a obrigação de informar o resultado da intervenção médica em 24 horas.

A Corte considerou que o valor defendido pelo Defensor de Menores, ou seja, a vida humana, não poderia ser medida, eis que nenhuma vida humana haveria a se proteger, por ser certa a imediata morte depois do parto, cientificamente considerada como inevitável, de forma que adiantar ou postergar tal fato não beneficiaria nem prejudicaria a sorte do nascituro. Considerou-se ainda que a frágil e incerta vida uterina do nascituro coexiste com o sofrimento psicológico da mãe e de sua família, progressivamente deteriorada em sua convivência em função do acontecimento dramático e inevitável. Considerou-se ainda que a proteção à vida desde a concepção só se evidencia quando o feto pode sobreviver de forma autônoma, de forma que a decisão estaria em plena consonância com a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada na Argentina pela Lei nº 23.849 (artigo 2º) e com a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Por fim, afirmou-se não se tratar de um caso de aborto, nem de aborto eugenésico, nem de eutanásia, que pudesse excluir a proteção da vida, pois a carência de cérebro produziria, ante um parto normal, a imediata incapacidade do feto em subsistir.

Confira-se:

Que debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que no trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es –para excluir la protección de su vida– persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida.

En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación.

Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el

⁵⁹ CARBAJAL, Mariana. La situación del aborto en la Argentina. Un debate pendiente. *Debate Feminista* 34, n. 17, p. 143-157, out. 2006. .

⁶⁰ ESTADÍSTICAS VITALES. *Información Básica*. 2004. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=20&hid=112&sid=9bb3f265-13e9-49eb-b648-893cc9f763d9%40sessionmgr110>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

momento en que el avance del embarazo asegura –dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

No sólo ello: entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán, se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria.

Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente –que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana-, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales.⁶¹

Clinicamente falando, aborto é a interrupção de qualquer gravidez antes da vigésima oitava semana, de forma que, tanto se a interrupção da gravidez for de um feto anencéfalo ou não, haveria aborto e, portanto, no caso sob o crivo da Corte Argentina, tratava-se, sim, de aborto. Mas, como o termo é dotado de um forte sentido pejorativo, quer por ser crime como por ser pecado, preferiu-se evitá-lo. A decisão foi dotada de uma carga tão alta de emotivismo que se falou que, no caso do anencéfalo, o nascimento poderia ser conceituado como um “cruzar o umbral que, na espécie, resta insuperável porque o mero ato da travessia provoca a morte”. E acrescentou-se que, dessa suprema contradição entre vida e morte fluem os sentimentos confusos que o caso guarda.

A utilização dos tratados como foi feito no caso argentino, longe de constituir um diálogo de juízes,⁶² representou uma utilização desses instrumentos de forma a legitimar a decisão tomada com base em fatores religiosos e morais. Tanto assim que, embora citando tais documentos, a Corte Argentina os interpretou de forma tendenciosa à visão da demandante, afirmando que a frágil e incerta vida intrauterina do nascituro, com o sofrimento psicológico de sua mãe e de sua família inteira, que vê progressivamente deteriorada sua convivência em função de um acontecimento dramático, que se estende e se agrava e, para embasar essa conclusão, distanciou-se

da discussão do aborto e apoiou-se a Corte em um laudo psicológico sobre o sofrimento da gestante.⁶³

Segundo Martha Nussbaum, a emoção não vive apartada dos julgamentos públicos. Discute-se perdão e compaixão, especialmente em casos penais, sob o manto do discurso racional,⁶⁴ é o que se verifica claramente no caso acima analisado, pois a compaixão pela mãe falou mais alto do que qualquer documento jurídico nacional ou internacional sobre o tema do aborto do feto anencéfalo e houve, na Corte Argentina, espaço para que essa decisão fosse tomada, por causa do clima político vivido à época, com uma maior abertura à prevalência dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher.

3.3 Aborto do anencéfalo no Brasil

3.3.1 Breves considerações sobre as particularidades locais relacionadas ao aborto:

No Brasil, a pressão religiosa pela não descriminalização do aborto tem tido uma força impressionante. Recentemente, aliás, o tema chegou a influenciar no processo eleitoral, pois com a afirmação de que a então candidata Dilma Roussef seria a favor da legalização do aborto, grupos religiosos passaram a pedir que os fiéis não votassem nela⁶⁵ e o seu adversário, José Serra, explorou arduamente esse fato na campanha, posicionando-se expressamente contra o aborto.

⁶³ Que, en esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del nasciturus, con el sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que ve progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava si dar margen para la elaboración del duelo (ver informe psicológico de fs. 12/14, valorado con las limitaciones que se expresan en la sentencia recurrida).

⁶⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Mansfield: Beacon Press Books, 1995. p. 15.

⁶⁵ “A notícia teve origem pela decisão corajosa do bispo de Guarulhos, d. Luiz Gonzaga Bergonzini, que pregará voto consciente contra Dilma Rousseff em missas de 37 paróquias da cidade, um dos principais redutos do PT paulista. Ele considera o partido favorável à descriminalização do aborto. “Recomendamos a todos os verdadeiros católicos que não deem seu voto à senhora Dilma Rousseff e demais candidatos que aprovam tais liberações”, diz artigo assinado pelo bispo e divulgado pela diocese. D. Luiz Gonzaga evoca deliberações de congressos petistas e o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos e classifica o PT como contrário aos valores da família e à liberdade de expressão”. Disponível em: < http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=235133>. Acesso em: 11 fev.2011.

⁶¹ Disponível em: <www.notivida.com.ar/.. /CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html.>. Acesso em: 30 jul. 2010.

⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v. 2. p. 25.

Anteriormente, em 18 de novembro de 2007, a 13ª Conferência Nacional da Saúde ocorrida em Brasília, rejeitou a proposta de legalização do aborto, o que também já tinha ocorrido na 12ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em 2003.

Em 7 de maio 2008, após um longo período de discussões, o projeto de lei 1135/91, que previa a extinção dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto praticado com consentimento da gestante, foi rejeitado por unanimidade na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, com o acompanhamento e pressão forte de grupos religiosos.

Por outro lado, em 19 de maio de 2010, foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados o Estatuto do Nascituro, que visa proibir o aborto em todas as circunstâncias, afastando inclusive os casos de aborto sentimental. A organização não governamental “Brasil sem Aborto” tem em seu quadro 185 parlamentares que são favoráveis à “defesa da vida desde a concepção”, e concentra forças em impedir o progresso de qualquer projeto legislativo que vise descriminalizar o aborto:

A Câmara dos Deputados teve uma renovação de 46 % e isso representa 235 novos deputados e deputadas. A primeira grande tarefa da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto será a de verificar o percentual de parlamentares que são contra a legalização do aborto no Congresso Nacional. Isso será feito, segundo o Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida, Deputado Federal Luiz Bassuma-PT/BA, reeleito, “com a máxima urgência”, uma vez que, faz-se necessário recompor a Frente Parlamentar para continuar a realizar o seu trabalho de articulação política dentro do Congresso Nacional, com o objetivo de barrar toda e qualquer proposição legislativa que tenha como escopo legalizar ou descriminalizar o aborto em nosso país.⁶⁶

Percebe-se, portanto, a tênue linha que separa (ou não separa) os dogmas cristãos e o exercício da política, embora pela Constituição Brasileira o Estado seja laico. Vê-se, portanto, a clara influência da Igreja na política brasileira e a dificuldade de sucesso de qualquer pro-

posição legislativa que pretenda a descriminalização do aborto no país, o que é feito antes mesmo da eleição dos nossos representantes, como se viu anteriormente.

3.3.2 Legislação local sobre o aborto

No Brasil, o Código Penal tipifica o aborto como crime, segundo o art. 124 e seguintes, permitindo-se, todavia a prática em excepcionais circunstâncias, quais sejam: (1) quando não há outro meio para salvar a vida da mãe; (2) quando a gravidez resulta de estupro.

No Código Civil, art. 2º, há a previsão da proteção jurídica aos direitos do nascituro desde a concepção e no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º, prevê-se que o nascituro tem o direito à vida, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento. Em 25 de setembro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe, em seu artigo 4º, que o direito à vida deve ser protegido desde a concepção. A Constituição Federal, de forma mais genérica, prevê o direito à vida no art. 5º, *caput*.

A par dessa previsão legislativa, é ampla a discussão doutrinária sobre a tipicidade ou não da antecipação do parto do feto anencéfalo. Há quem entenda que o Código Penal, por ser da década de 40, não se adequa à realidade atual da ciência, que permite detectar, ainda no útero da gestante, anomalias letais como seria o caso da anencefalia e que a dor da gestante, nessa situação, seria equiparável à aflição derivada da gestação da mulher estuprada e que, por isso, a anencefalia deveria ser considerada causa supralegal de exclusão da ilicitude.⁶⁷ Há ainda quem entenda que, com base na teoria da imputação objetiva, o aborto do feto anencéfalo, à luz da legislação vigente, seria um fato atípico, porque não haveria uma situação de risco proibido, mas sim de risco permitido,⁶⁸ dentre outras teses.

3.3.3 Estudo do caso

Em julho de 2004, no processo da ação de descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/2004, o

⁶⁶ LOPES, Jaime Ferreira. *Frente contrária ao aborto leva vantagem: Brasil sem aborto*. Disponível em: <<http://www.brasilsemaborto.com.br/destaques.asp?op=1&id=147>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2011.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico: atipicidade material do fato*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2011.

Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar autorizando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Todavia, essa decisão foi revogada em 20 de outubro do mesmo ano pelo plenário do Tribunal. Até hoje, contudo, ainda não foi julgado o processo.

O Supremo Tribunal Federal assentou a adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, na qual se pretende obter posicionamento do Tribunal sobre o aborto de feto anencéfalo. A CNTS aponta como violados os preceitos dos artigos 1º, IV (dignidade da pessoa humana); 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, requerendo, em última análise, a interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos do Código Penal, a fim de explicitar que eles não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo.

O relator entendeu que os requisitos concernentes à ação foram devidamente atendidos (Lei 9.882/99, arts. 1º, 3º e 4º, § 1º) e salientou a presença de argumentos em torno de valores básicos inafastáveis no Estado Democrático de Direito e, de outro lado, os enfoques do judiciário com arrimo em conclusões sobre o alcance dos dispositivos do Código Penal que dispõem sobre o crime de aborto, concluindo pela necessidade do pronunciamento do Tribunal, a fim de se evitar a insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais discrepantes acerca da matéria.

Assentou-se a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, apontando-se, como fundamento, o que verificado relativamente ao *habeas corpus* 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no qual a paciente, não obstante recorrer a essa via processual, antes do pronunciamento definitivo pela Corte, dera à luz a feto que veio a óbito em minutos, ocasionando o prejuízo da impetração.

Em julho de 2004, o Min. Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida liminar autorizando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Baseou-se para tanto nos princípios constitucionais da liberdade e preservação da autonomia da vontade, da legalidade, do direito a saúde e da dignidade da pessoa

humana,⁶⁹ decisão esta que foi revogada quando do julgamento de mérito da ação.

O debate é profundamente ético, repousa sobre questões religiosas e morais e, por isso, o relativismo deve se sobrepor ao universal, embora, no caso brasileiro, os fundamentos da decisão do Min. Cezar Peluso, ao suspender a liminar que havia autorizado mulheres a interromperem a gestação de fetos anencéfalos, tenha pretendido escapar dessa análise. Afirmou o ministro:

[...]A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento [...] Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético – não me interessa – de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas [...].⁷⁰

O fundamento de que o sofrimento não degrada, mas sim é inerente à vida humana, de que o remorso também é uma forma de sofrimento e de que o sofrimento pode engrandecer pessoas não é jurídico, mas sim religioso. Segundo a Bíblia, não citada pelo ministro, mas certamente norteadora de seu voto sem fundamento jurídico, “porque isto é agradável, que alguém, por causa da consciência para com Deus, suporte tristezas, padecendo injustamente”⁷¹. Vários salmos e provérbios falam do sofrimento dos justos e pregam a aceitação do sofrimento.

Os principais argumentos utilizados no caso brasileiro para a contrariedade ou proibição do aborto do feto anencéfalo foram morais e com profundo amparo em valores cristãos a respeito do sentido da existência e do início da vida e é isso que se pretende desvendar, a fim de confirmar a hipótese antes mencionada, inspirada nos ensinamentos de Delmas-Marty, de que as zonas de resistência representadas pela religião e moral são obstáculos intransponíveis a um direito comum.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de medida cautelar. *ADPF 54*. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Marco Aurélio. 01 jul. 2004. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgibin/nphbrs?d=ADPF&s1=anencefalia&u=http://www.stf.gov.br/Processos/adi/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFT&Sect3=PLURON&Sect6=ADPFN&p=1&r=1&f=G&n=&l=20>. Acesso em: 05 jul. 2010.

⁷⁰ Cezar Peluso, 2004, p. 12

⁷¹ 1 Pedro 2,19

Em análise sobre os fundamentos religiosos como motivadores para as decisões acerca do aborto do feto anencéfalo no Brasil, Tamara Amoroso Gonçalves e Thais de Souza Lapa identificaram um total de sete acórdãos relacionados à anencefalia e má-formação que utilizavam de argumentos religiosos para fundamentação das decisões, em um universo de 52 analisados, correspondendo a 13,5% destes, concluindo as autoras que a defesa do direito à vida do feto de forma absoluta encontra-se intimamente ligada a uma influência religiosa, presente na argumentação dos magistrados.⁷²

Pretende-se estender a pesquisa para o cenário universal, para comprovar a hipótese de que, tratando-se de tema que envolve valores religiosos e sentimentos,⁷³ depara-se com a dificuldade à fixação de valores ou princípios comuns.

Na decisão do STF, que terminou por proibir o aborto do feto anencéfalo, ADPF 54, diversos grupos religiosos pretenderam ingressar como *amicus curiae*, comprovando a forte mobilização da sociedade e especificamente desses grupos em temas que envolvem religião e moral.

Assim como o Brasil, cerca de outros cinquenta países proíbem o aborto, havendo basicamente três opções legislativas quanto ao tratamento penal dado ao tema. Uma facção mais liberal é representada por países como Japão, Rússia e Hungria, os quais conferem à mulher e ao médico uma maior liberdade de escolha e definição quanto ao aborto, assumindo o Estado, portanto, um papel menos ativo. Diversas razões, tais como o controle de natalidade, o interesse social, a prevalência da autonomia da vontade da mulher e a laicidade do Estado definem a política adotada.

Uma facção intermediária é adotada na maior parte dos países, dentre eles o Brasil, que permite o aborto apenas em situações específicas e excepcionais previstas na lei. Os motivos permissivos do aborto são previstos em lei e variam de país para país. França e Suíça, por exemplo, admitem o aborto honroso.

Quanto à interrupção da gestação nos casos de anencefalia, em países como Áustria, Israel, Itália, Hungria, Suíça, República Tcheca, Nova Zelândia e Cuba, já se considera lícita. Essas legislações têm sua diferenciação estabelecida pelo tempo de gravidez e o grau de risco para a saúde e para a vida da mulher. França, Bélgica e Espanha são ainda mais liberais quanto ao aborto, pois consideram que, para ser atribuída personalidade ao feto, são necessárias a forma humana e a viabilidade. Países como Paraguai, México, Equador, Venezuela, Colômbia, Chile e China não admitem aborto em decorrência de má-formação fetal.⁷⁴

A discussão pode ser colocada em termos de conflito de valores: os defensores do direito da gestante quanto à liberdade de escolha acerca do aborto acentuam que, nos casos de anencefalia, a gestação é incompatível em cem por cento dos casos com a vida extrauterina e, assim, não poderia gozar da mesma proteção constitucional e legal que uma vida viável. O direito deveria proteger, então, a saúde integral da mãe, física e emocionalmente, como valor prevalente.⁷⁵

Há, por outro lado, os autores que defendem que a vida em gestação é um valor constitucional prevalente e que deve ser protegido desde a concepção, ainda quando não se pode dizer que há uma pessoa com direito à vida, ou seja, sem viabilidade, como é o caso do feto anencéfalo.⁷⁶

4 Dos processos de interação no Direito Internacional

Como visto nos casos anteriormente estudados, os temas que envolvem os domínios recalcitrantes geram uma grande dificuldade de uniformização no Direito internacional. Todavia, a uniformização é apenas uma das formas possíveis no processo de interação, quando se fala em internacionalização do Direito. Coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação

⁷² GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thais de Souza. *Aborto e religião nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008. p. 195.

⁷³ NUSSBAUM, Martha C. *Love's knowledge: essays on philosophy and literature*. New York: Oxford University Press, 1990. p. 267. "The Love is not some separate fact about us that is signaled by the impression; the impression reveal the love by constituting it".

⁷⁴ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do aborto eugênico*. 2008. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_286.pdf>. Acesso em: 05. jul. 2010.

⁷⁵ HOOFT, Pedro F. Anencefalia: consideraciones bioéticas y Jurídicas. *Acta bioethica*, Santiago, v.6 n.2, dic. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S172669X2000000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 05 jul. 2010.

⁷⁶ BIDART, G. Derecho constitucional y Bioética en relación con la vida humana. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Argentina, n. 6113, p.12-18, 1998.

e unificação por hibridação são possíveis formas de internacionalização do Direito e precisam ser encaradas e estudadas, pois as situações de interdependência entre os Estados se multiplicam e o isolamento não é mais (se é que algum dia foi) possível. No específico caso estudado nesse trabalho, a existência do navio do aborto *Women in waves* demonstra a necessidade de uma internacionalização do Direito em face da permeabilidade e porosidade do Direito.

A primeira e mais radical forma de interação é a unificação dos sistemas jurídicos que, na realidade, é uma negação de qualquer tipo de pluralismo e, embora pareça ser perfeita do ponto de vista formal, por permitir uma perfeita hierarquia e ordenação, ignora a noção de margem nacional e exclui completamente as possíveis diferenças. Dois são os mecanismos de unificação: transplantação e hibridação. Pela transplantação, simplesmente se transporta uma ordem jurídica de um país a outro, sem reciprocidade, privilegiando uma visão estática e soberana dos sistemas de direito.⁷⁷ Já na unificação pela hibridação, há um regime de reciprocidade, que em regra implica a modificação do Direito nacional para adequar a legislação de mais um país.

A segunda modalidade de processo de interação é a coordenação por entrecruzamento, que se relaciona com a possibilidade de jogos de interpretação cruzados entre diversos órgãos, judiciários, jurisdicionais ou quase jurisdicionais, encarregados de aplicar as normas aos casos concretos.⁷⁸ A internormatividade cria uma dialética, mas não dá uma solução em caso de conflito e, por isso, surge a necessidade de interpretação. Ao mesmo tempo em que os juízes nacionais se internacionalizam, quer em razão da aplicação direta do Direito internacional, quer em razão da extensão da competência nacional, os juízes internacionais se banalizam, à medida que suas competências parecem estar muito mais voltadas às questões privadas.

Com a coordenação por entrecruzamento, buscase uma integração recíproca, por intermédio das trocas informais entre juízes para aproximar os pontos de vista e evitar conflitos jurisprudenciais pela via da informação

recíproca, como se verificou que ocorreu no caso argentino e não ocorreu no caso brasileiro. O grande problema desse processo de interação é que ele não parece se adequar aos casos de conflitos extremos, casos em que os juízes são influenciados pela forte crença da população em um sentido ou em outro, como se verificou ter ocorrido no caso brasileiro sobre o aborto do feto anencéfalo. Aliás, esses temas, constantemente são determinantes até mesmo na escolha dos dirigentes eleitos, como ocorreu nos Estados Unidos na eleição dos juízes da Suprema Corte e no Brasil, recentemente, na eleição presidencial.

Reconhece-se, portanto, que o entrecruzamento é necessário, mas não suficiente para evitar os conflitos. É necessário para minimizar os conflitos e reduzir as contradições, permitindo uma coordenação espontânea, mas não é suficiente para garantir a coerência do conjunto normativo, tanto assim que há quem afirme que esse processo de interação apenas prepara a transição dos diversos sistemas jurídicos.⁷⁹

Alguns autores, ainda mais céticos, preferem afirmar que, mais do que assegurar a unidade do Direito internacional, o importante é apenas assegurar a compatibilidade fraca entre os fragmentos.⁸⁰ No lugar de uma integração ilusória de uma sociedade global diferenciada, o Direito poderia apenas, na melhor das hipóteses, ser um discreto civilizador de nações,⁸¹ ou seja, não poderia evitar contradições entre as diferentes racionalidades sociais, mas poderia limitar danos.

O terceiro processo de interação é a harmonização por aproximação. Fala-se, então, em conceber a harmonização como uma alternativa à codificação, um processo novo que inclui o objetivo da integração normativa, mas que se contenta com uma integração imperfeita, sem impor uma unificação, isto é, preservando as margens nacionais, mas permitindo a aplicação de princípios diretores comuns e viabilizando a cooperação jurídica entre

⁷⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 107.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 41.

⁷⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit : le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 67.

⁸⁰ TEUBNER, G. ; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n.4, p.999-1046, 2004.

⁸¹ KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of Nations: the rise and fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 20.

os estados.⁸²

A harmonização por aproximação é dada como exemplo exatamente para os casos em que a uniformização é impossível, como nos casos de diversidade moral e religiosa,⁸³ ou seja, casos em que tanto o isolamento quanto a codificação são impossíveis e que, portanto, a saída seria a busca dessa harmonização. A harmonização instaura uma relação vertical, ao contrário do entrecruzamento, que instaura apenas relações horizontais. Mas essa relação vertical instaurada pela harmonização seria do tipo hierarquia emaranhada,⁸⁴ significando a convivência de dinâmicas centrípetas, com primazia do Direito supranacional e de dinâmicas centrífugas, com subsidiariedade do Direito supranacional em prol do Direito local.

A harmonização também é vista como um método de mútua acomodação e proteção dos direitos humanos, especialmente em casos de regimes diferentes, para que os tratados sobre direitos humanos possam ser implementados da melhor forma possível, de acordo com um princípio de harmonização.⁸⁵ Essa complexidade das interações que resulta do processo de harmonização⁸⁶ demonstra a importância, no caso das dinâmicas centrífugas, que teriam lugar nos temas de domínio recalcitrante, do conceito de margem nacional de apreciação.

4.1 A margem nacional de apreciação

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio

de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos.

Seria possível construir uma comunidade de direito sem uma comunidade de valores ou a universalização jurídica não é suficiente para a construção de uma sociedade de valores?⁸⁷ Hodiernamente, faz-se necessário pensar na existência de um diálogo intercultural, argumentativo e contraditório, que leve em conta as diferenças históricas, geográficas, de tradições filosóficas e religiosas etc. No entanto, nos *hard cases* do Direito Penal, esse diálogo não resolveria, e somente a existência de uma clara margem nacional de apreciação respeitaria as particularidades locais e atingiria uma maior legitimidade parlamentar na representação dos interesses de uma específica comunidade moral.

A ideia é mostrar que em casos como os anteriormente estudados, não há como pensar em valores comuns, pois aspectos relacionados a fortes sentimentos humanos, religião, moral, ética, impedem que se chegue a um denominador comum.⁸⁸ Haveria, então, uma necessidade de se interpretar o Direito Penal em harmonia com as tradições nacionais.

O princípio da proporcionalidade, do mesmo modo, não resolveria esse tipo de problema de difícil solução, pois o princípio é pensado para ser aplicado no caso concreto, com uma ponderação à luz das especificidades do caso e, no caso de Direito Penal, o assunto deveria ser tratado no plano abstrato, à luz da tipicidade ou não da conduta.⁸⁹

Em tais hipóteses, a única saída seria deixar a análise de mérito da matéria na seara da margem nacional

⁸² CHAIB, André Nunes. Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores. *Prismas: direito, políticas, públicas e mundialização*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>>. Acesso em: 09 nov.2010.

⁸³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p.71.

⁸⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 72.

⁸⁵ KOSKENNIEMI, M. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. In: UNITED NATIONS. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. Geneva, p. 201.

⁸⁶ BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito. *Padê*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/583/531>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

⁸⁷ CHAIB, André Nunes. Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores. *Prismas: direito, políticas, públicas e mundialização*. Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>>. Acesso em 09 de novembro de 2010.

⁸⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p.

⁸⁹ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e *love's knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. *Revista de Informação Legislativa*, v.47, n. 188, p. 255- 276, out./dez. 2010. p.263.

de apreciação,⁹⁰ como um mecanismo para conjugar o universalismo dos direitos do homem com o relativismo das tradições nacionais. A margem nacional permite certa lacuna para que se reporte à norma comum e certa diversidade entre os dispositivos nacionais, mas ainda haverá a possibilidade de um controle supranacional, por exemplo, quanto à legalidade da medida, a existência de um recurso e a proporcionalidade da medida relacionando-se com a razão invocada. A norma é relativizada não somente no espaço, mas também no tempo.

Para evitar uma autonomia ilusória, poder-se-ia pensar em harmonizar os procedimentos e as regras de fundo, deixando à margem nacional de apreciação nacional as questões éticas que exigem do Direito Penal uma intervenção na seara da tipicidade.⁹¹

Assim, por exemplo, poder-se-ia pensar em harmonizar questões quanto ao prazo para requerimento da autorização para a interrupção da gravidez, necessidade de perícia médica, confirmação do diagnóstico por mais de um médico, possibilidade de recurso (duplo grau de jurisdição), acesso psicológico e psiquiátrico à gestante, obrigação do Estado em arcar com as despesas de funeral etc.

Os textos sobre os direitos do homem revelam uma confusão entre moral comum e direito comum, substituindo um método dedutivo fundado sobre uma lógica formal descendente ao método inverso dos juriconsultos romanos e dos juizes da *common law*, sem fazer distinção entre o direito escrito e a jurisprudência, de forma que os juizes deverão progressivamente reinventar um método dialético e indutivo para conjugar norma universal e relativismo nacional.

O assunto necessita de uma verdadeira reflexão filosófica – razão filosófica da moral,⁹² pautada em normas de moral estabelecida e legitimidade, que impescinde de um diálogo interdisciplinário, aberto e pluralista, impossível de ser alcançado em um cenário internacional, ao menos sob a forma de imposição. Como leciona Peter Häberle,⁹³ seria um pensamento possibilista, ou seja, pen-

sar em e a partir de alternativas, em um procedimento chamado pelo autor de antonomásia e caracterizado pelo seguinte questionamento: que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser? O pensamento possibilista ou pluralista alternativo amplia o horizonte visual, dando espaço a outras e novas realidades, incompatível com a fixação de valores comuns.

E essa necessidade de uma maior abertura é necessária especialmente se analisarmos fenômenos como o *women on web* e *women on waves*, duas iniciativas de organizações não governamentais holandesas, país no qual o aborto é amplamente permitido, que rompem completamente as fronteiras nacionais e, respectivamente, vendem coquetel de medicamentos abortivos para qualquer lugar do mundo e promovem viagens para prática de aborto em alto mar. Verifica-se, com tais medidas, que atualmente podemos verificar a criação, dentro de um mesmo Estado-nação, de grupos culturais, étnicos, religiosos, que se ligam a outros grupos de outros Estados-nação, enfrentando os conceitos tradicionais de jurisdição e soberania.

A Corte elaborou sua doutrina da margem nacional de apreciação no caso *Ireland v. Reino Unido*. Considerou-se que os Estados nacionais têm contato direto e contínuo com as pressões e necessidade do momento, de forma que as autoridades nacionais estão, em princípio, em uma melhor posição do que o juiz nacional para decidir. Entendeu-se que o art. 15, §1º da Convenção confere às autoridades nacionais essa margem de apreciação.⁹⁴ A Corte entende ainda que a ausência de um conceito europeu uniforme sobre moralidade deve fazer com que os países tenham um mínimo de poder discricionário.⁹⁵ A doutrina da margem nacional de apreciação foi uma resposta natural da Corte Europeia de Direitos Humanos às lacunas do Direito e previsões de tratados a serem interpretados. A Corte indicou que há três razões para permitir que os Estados tenham certa discricionariedade:

⁹⁴ Artigo 15.º1 - Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

⁹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille (Ed.). *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictios*. Kluwer Academic Publiiser, 1992. p. 308.

⁹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit : le relative et l'universel*. La Couleur des Idées, 2004. v.1. p. 55.

⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit : le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil, 2005. v.2. p. 20.

⁹² CORTINA, A. *Ética mínima*. Madrid: Tecnos; 1996.

⁹³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 63.

a natureza subsidiária da proteção internacional, o contato direto e contínuo dos Estados com as forças vitais de seu país e a ausência de *standards* europeus comuns.⁹⁶ A Corte Europeia de Direitos Humanos admite uma margem nacional de apreciação, considerando que os Estados estão, em princípio, mais bem situados do que o juiz internacional para decidir determinados temas, em regra ligados a restrições de direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de direito à diferença para os Estados.⁹⁷

A religião, portanto, tem um importante papel na discussão sobre os temas tormentosos do direito, como é o caso do aborto. A questão de quando a vida começa, por exemplo, tem sido construída pela religião desde tempos muito remotos, sendo que algumas religiões acreditam que a vida começa com a concepção, outras, ao nascimento, e há quem prefira deixar o tema para ser discutido de acordo apenas com as crenças individuais. A religião toma esse espaço não somente porque a ciência ainda não deu uma resposta definitiva ao tema, mas pela pressão que a religião sempre exerceu sobre o direito.⁹⁸

A doutrina da margem nacional de apreciação tem uma fundação de balancear a uniformidade e a diversidade dentro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O grande problema é a falta de critério na aplicação dessa doutrina pela CEDH. Quando se quer impor uniformidade, não se menciona a margem nacional de apreciação; quando se quer garantir a diversidade, aplica-se a margem nacional de apreciação.⁹⁹ Como a Convenção Europeia de Direitos Humanos não faz menção ao conceito de margem nacional de apreciação, a CEDH tem desenvolvido o conceito caso a caso; mas autores têm apontado que a margem de apreciação não tem sido aplicada de forma idêntica na interpretação dos arti-

gos da Convenção,¹⁰⁰ de maneira que a margem nacional de apreciação se tornou uma ferramenta multifuncional à disposição da CEDH.¹⁰¹

Pode-se então afirmar que, dentro dessa sistemática, o Direito doméstico é o primeiro árbitro sobre os valores e moral que constituem o suporte de justificação para as regras domésticas.¹⁰² Propõe que valores éticos e princípios sejam considerados nas declarações internacionais e estudos, sugerindo então cinco categorias de documentos: 1) documentos intergovernamentais; 2) relatórios de comissões internacionais e declarações de conferências internacionais; 3) projetos e pesquisas não governamentais; 4) afirmações de indivíduos, especialmente os participantes de encontros relacionados com o Projeto Ético Universal; e 5) propostas relativas a tradições religiosas.¹⁰³

A necessidade de esse repensar a internacionalização do Direito decorre do fato de que não é a política, mas a própria sociedade civil que impulsiona a mundialização dos diferentes discursos fragmentados, até porque, hoje em dia, os grupos sociais diferenciados se encontram nos diversos países, não respeitando fronteiras, em um processo que alguns chamam de *spill over*. Assim, o Direito Internacional se desenvolve a partir de periferias sociais para o centro, formando assim a chamada Bukowina¹⁰⁴ da sociedade mundial.

⁹⁶ CAMERON, Ian. *National security and the European Convention on Human Rights*. Londres: Kluwer Law International, 2000. p. 444.

⁹⁷ DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 168.

⁹⁸ MERRIMAN, Scott. A. *Religion and the law in America: an Encyclopedia of Personal Belief and Public Policy*. ABC-CLIO, 2007. p. 404.

⁹⁹ BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity within Europe. In: FORSYTHE, David P.; MCMAHON, Patrice C. (Ed.). *Human rights and diversity: area studies revisited*. University of Nebraska, 2003, p. 82.

¹⁰⁰ MERRILLS, J. G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. New York: Manchester University Press, 1993. p. 151. (Melland Schill Monographs in International Law).

¹⁰¹ YOUROW, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. United States of America: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 195.

¹⁰² BARTH, William KurT. *On cultural rights: the equality of nations and the minority legal tradition*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 180

¹⁰³ KIM, Yersu. Philosophy and the prospects for a universal ethics. In: STACKHOUSE, Max L. (Ed.). *God and globalization: religion and the powers of the common life*. United States of America: Trinity Press International, 2000. p. 101.

¹⁰⁴ TEUBNER, G. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997. p. 3.

5 Conclusões

Samuel P. Huntington desenvolveu a teoria do choque de civilizações,¹⁰⁵ asseverando que há uma necessidade de afirmação das identidades próprias das diversas civilizações, que gera relações conflituosas entre elas. Essa teoria ganhou grandes adeptos especialmente após o 11 de setembro de 2001. Esse choque de civilizações se deve, fundamentalmente, às polêmicas atuais em torno da bioética, da ética sexual e modelo de família e do lugar que a religião ocupa na vida pública.¹⁰⁶ Enquanto algumas culturas consideram intangíveis os princípios da sacralidade da vida desde a concepção à morte natural e o repúdio pelas relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ou extramatrimoniais, atraem sobre si a ira de quem pretende a hegemonia cultural e acusa a visão oposta de ditadura do relativismo.

A religião, portanto, tem um importante papel na discussão sobre os temas tormentosos do Direito, como é o caso do aborto. A questão de quando a vida começa, por exemplo, tem sido construída pela religião desde tempos muito remotos, sendo que algumas religiões acreditam que a vida começa com a concepção, outras, ao nascimento, e há quem prefira deixar o tema para ser discutido de acordo apenas com as crenças individuais.¹⁰⁷ A religião toma esse espaço não somente porque a ciência ainda não deu uma resposta definitiva ao tema, mas pela pressão que a religião sempre exerceu sobre o direito.

O papel do Direito Internacional deve ser o de garantidor, a cada indivíduo, da possibilidade de serem livres conforme os espaços culturais em que nasceram e foram criados.¹⁰⁸ O caminho talvez seja aquele traçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos,¹⁰⁹ a qual, ao

se pronunciar sobre se um aborto provocado por um médico, na França, em decorrência de erro, poderia ou não ser considerado um homicídio involuntário, isto é, um crime contra a pessoa, na decisão, abordou a diversidade de concepções existentes com relação ao momento inicial da vida humana, preferindo deixar o tratamento específico do tema ao poder discricionário dos Estados, mencionando trechos do parecer do Grupo Europeu de Ética, no qual se afirma que é delicado impor uma harmonização das legislações nacionais, especialmente devido à falta de consenso e inoportunidade de se pretender editar uma moral única. Foi a partir dessa decisão que a Corte Europeia de Direitos Humanos passou a adotar o conceito de margem nacional de apreciação dos Estados.

E isso porque se começa a verificar que o problema da onipresença dos direitos humanos na política internacional é paradoxalmente compatível com uma crescente fluidez do seu conceito e uma permanente redefinição de seu conteúdo. A noção de direitos humanos somente tem sentido se se aceitar a ideia da “natureza humana”, isto é, de uma ideologia de que os direitos humanos proíbem que as pessoas sejam tratadas de forma incompatível com a sua dignidade, ou seja, de formas de impeçam o adequado desenvolvimento das potencialidades humanas naturais. Ora, mas o conceito de “natureza humana”, assim como o de verdade moral, é cada vez menos admissível para a mentalidade relativista do Ocidente pós-moderno.¹¹⁰

O neofeminismo, a ideologia de gênero, o multiculturalismo, tendem a considerar que quase nada é natural, que tudo é cultural e, portanto, variável e redefinível. Assim, ao mesmo tempo em que o movimento pró-direitos humanos se multiplica no mundo, desconstrói-se o conceito de natureza humana que o fundamentava. Questiona-se, portanto, o fundamento antropológico dos direitos humanos e se relativiza seu conteúdo, de forma que o proselitismo relativista do ocidente é uma “*contradictio in adjecto*”, porque não se pode falar em uma natureza humana objetiva, da qual emanam imperativos morais.

A ética do consenso demonstra-se dissociada do atendimento das necessidades dos mais fracos, das mino-

¹⁰⁵ HUNTINGTON, S.R. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós: Barcelona, 1997. En una línea similar: KAGAN, R. *El retorno de la Historia y el fin de los sueños*. Madrid: Taurus, 2008. p. 20.

¹⁰⁶ PATTERSON, Eric. Different religions, different politics? religion and political attitudes in Argentina and Chile. *Journal for the Scientific Study of Religion* 43, n. 3, p. 345-362, set. 2004. Acesso em: 9 nov. 2010. p. 103.

¹⁰⁷ MERRIMAN, Scott. A. *Religion and the law in America: an Encyclopedia of Personal Belief and Public Policy*. ABC-CLIO, 2007. p. 404.

¹⁰⁸ IACUB, Marcela. *Gender, religion and law*. Disponível em: <<http://www.cardozo.lawreview.com/content/30-6/IA-CUB.30-6.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

¹⁰⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaires Vo c. France*. 8 juill. 2004.

¹¹⁰ CONTRERAS, Francisco J. *Cristianismo, razón pública y guerra*. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=17&hid=112&sid=9bb3f265-13e9-49eb-b648-893cc9f763d9%40sessionmgr110>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

rias, que acabam por não participar de consenso algum.¹¹¹ Nas sociedades ocidentais contemporâneas, a hostilidade anticatólica não precisa necessariamente adotar a forma de perseguição aberta. Os religiosos são objeto de uma forma sutil de discriminação: a chamada doutrina das razões públicas, que exclui a possibilidade de que os crentes façam valer nos debates jurídicos e políticos argumentos dependentes de suas convicções religiosas. As pessoas religiosas, portanto, acabam sendo reduzidas, na prática, a cidadãos de uma segunda categoria, afastados a abastardos do discurso da racionalidade e, por isso, não poderiam ter o direito de esperar que a legislação reflita seus pontos de vista morais.

A doutrina das razões públicas recebeu diversas formulações no pensamento jurídico-político contemporâneo; a mais influente delas foi a de John Rawls, em seu “Liberalismo político”, no qual defende a tese do pluralismo racional, ou seja, uma base pública de justificação, neutra e racional, completamente afastada de aspectos metafísicos.¹¹² Rawls defende, portanto, a separação entre o político e o metafísico, para que se adotem critérios de justiça supostamente imparciais. O liberalismo rawlsiano, portanto, propõe um Estado laico. Mas, se o Estado se abstrai completamente das questões metafísicas, podemos falar em legitimidade? Seria legítimo um Estado que não levasse em consideração a crença e os valores morais de sua própria população?

No entanto, o tratamento que o próprio Rawls dispensa à questão do aborto é curiosa. Em nota de rodapé, afirma que a questão deve ser analisada a partir de três valores políticos importantes: o respeito à vida humana, a perpetuação ordenada da comunidade política e a igualdade das mulheres com os homens, como cidadãos; e termina afirmando que o equilíbrio razoável entre esses valores findará proporcionando à mulher um direito devidamente qualificado a decidir se interrompe ou não sua gravidez durante o primeiro trimestre.¹¹³ Ou seja, a visão de Rawls pode perfeitamente ser considerada tão carregada de valores como aquela dos ativistas pró-vida, assim

como se pode concluir que as visões dos pensadores laicistas são visões de ateus ou agnósticos que, de qualquer modo, não são neutras, mas sim possuem valores subjacentes.

E assim sendo, a suposta visão neutra ou racional do tema pode, na realidade, estar impregnada de crenças materialistas, como se fosse a única aceitável do ponto de vista puramente político e então, na realidade, essa neutralidade do Estado seria uma falácia, que prioriza as opiniões baseadas em uma visão atea sem dar o mesmo espaço às opiniões religiosas. Portanto, a neutralidade do poder estatal é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo laicista e, por isso, os cidadãos secularizados não podem negar, por princípio, aos conceitos religiosos seu potencial de verdade e nem podem negar aos seus cidadãos crentes o direito de realizarem debates de cunho religioso nas discussões públicas.¹¹⁴

O próprio laicismo, estudado mais a fundo, demonstra ser uma doutrina sectária, com seus pressupostos metafísicos e morais, com seus mitos e, quem sabe rituais, porque também configura um tipo de crença. Assim, é preciso expandir a ideia de razão pública¹¹⁵ para que o debate envolva as crenças religiosas ou não religiosas, para que assim se alcance, verdadeiramente, uma perspectiva neutra. E, no plano internacional, dado que um consenso seria impossível, caberia identificar as temáticas relativas a questões religiosas e morais em sentido mais forte – os domínios recalcitrantes e, exatamente nessa seara, deixar à margem nacional de apreciação a solução da controvérsia, evitando-se, assim, zonas de resistências e novas crises como aquela vivida em 11 de setembro de 2001.

Os casos estudados no presente trabalho, isto é, do tratamento dado à interrupção do feto anencéfalo nos Estados Unidos, na Argentina, no Brasil e na Alemanha nos permitiram concluir que o tema é profundamente marcado por valores religiosos, que permanecem escusos em uma aparente racionalidade do discurso jurídico, mas que na realidade é determinante no processo de tomada de decisão.

¹¹¹Os mais influentes representantes contemporâneos da ética laica - John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, Tim Scanlon, Judith Jarvis Thomson - militam unanimemente a favor do aborto e da eutanásia.

¹¹²RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996. p.176. (Columbia Classics in Philosophy).

¹¹³RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996. p. 479. (Columbia Classics in Philosophy).

¹¹⁴RATZINGER, Joseph; HABERMAS, Jürgen. *Dialéctica de la secularización: sobre la razón e la religión*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2006. p. 47

¹¹⁵GEORGE, Robert P.; WOLFE, Christopher (Ed.). *Natural law and public reason*. Georgetown: University Press, 2000. p. 70.

No entanto, conclui-se também que, mesmo em países de tradição religiosa muito parecida, como o caso do Brasil e da Argentina, aspectos culturais e questões políticas fazem com que as decisões sejam díspares e há uma profunda discussão social dentro dos próprios países sobre esses domínios recalcitrantes, como se pretender uma unificação ou entrecruzamento? Por outro lado, países muito desenvolvidos e de vanguarda, como os Estados Unidos, determinam até mesmo a escolha de seus juízes pela opinião pessoal sobre esses temas e, outros, como a Holanda, são acusados fortemente por facções religiosas por causa de seu excesso de liberalismo. A saída, portanto, seria a harmonização como único processo possível de interação do Direito Internacional nos domínios recalcitrantes, excluindo-se, portanto, a unificação e o entrecruzamento, aquele pela impossibilidade, este pela ineficácia.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BARTH, William Kurt. *On cultural rights: the equality of nations and the minority legal tradition*. The Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BAUMGART, Claudia. *Democracy, diversity, and conflict: religious zionism and israeli foreign policy*. Disponível em: <http://www.einaudi.cornell.edu/peaceprogram/publications/occasional_papers/Zinecker-final.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2010.
- BEER, Joop de; DEVEN, Freddy. *Diversity in family formation: the 2nd demographic transition in Belgium and the Netherlands*. Boston: Kluwer, 2000.
- BELLAH, Robert Neely. Civil Religion in America. *Journal of the American Academy of Arts and Sciences* 96, v.1, p. 1-21, Periodicidade. Disponível em: <http://www.robertbellah.com/articles_5.htm>. Acesso em: 30 nov. 2010.
- BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito. *Padê*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/583/531>>. Acesso em: 29 nov. 2010.
- BIDART, G. Derecho constitucional y Bioética en relación con la vida humana. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Argentina, n. 6113, p.12-18, 1998.
- BIJDERVEL, Sophie, C. Van. Freedom of religion in the Netherlands. *Brigham Young University Review*, v. 2, p. 555-583, 1995. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/delivery?vid=10&hid=9&sid=92f90>>. Acesso em: 20 out. 2010.
- BODÉÜS, Richard. *Aristóteles, a justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007. p. 112.
- BOGDANDY, A. V.; DELLAVALLE, S. *Universalism and particularism as paradigms of international law*. New York: IILJ Working Paper, 2008. v. 3. 64 p.
- BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: Accomodating Diversity within Europe. In: FORSYTHE, David P.; MCMAHON, Patrice C. (Ed.). *Human rights and diversity: area studies revisited*. University of Nebraska, 2003, p. 82.
- BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2011.
- CAMERON, Ian. *National security and the European Convention on Human Rights*. Londres: Kluwer Law International, 2000
- CARBAJAL, Mariana. La situación del aborto en la Argentina: un debate pendiente. *Debate Feminista* 34, n. 17, p. 143-157, out. 2006
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do aborto eugênico*. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_286.pdf>. Acesso em: 05. jul. 2010.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguelo. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e igualdade*. São Paulo: Unesp, 2003
- CARVALHO, Teresa Robichez de. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisaDetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=126556>. Acesso em: 27 jul. 2010. p. 69.

- CHAIB, André Nunes. Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores. *Prismas*: direito, política, pública e mundialização. Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>>. Acesso em: 09 de nov. 2010.
- CHORUS, Jeroen M. J.; GEIVER, Piet-Hein; HONDIOUS, Ewoud. *Introduction to Dutch law*. United States of America: Kluwer Law International, 2006.
- COBRA, Rubem Queiroz. *Vida, época, filosofia e obras de Benedito Espinosa*. Disponível em: <<http://www.cobra.pages.nom.br/fmp-spinoza.html>>. Acesso em: 02 nov. 2010.
- COLE, George D. FRANKOWSKI, Stanislaw. Abortion and protection of the human fetus: legal problems in a cross-cultural perspective. Santa Clara, University of Santa Clara, Institute of International and Comparative, 1987.
- CONTRERAS, Francisco J. *Cristianismo, razón pública y guerra*. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=17&hid=112&sid=9bb3f265-13e9-49eb-b648-893cc9f763d9%40sessionmgr110>>. Acesso em: 09 nov. 2010.
- CORTINA, A. *Ética mínima*. Madrid: Tecnos; 1996.
- DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relative et l'universel*. La Couleur des Idées, 2004. v.1.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2005. v.2
- DELMAS-MARTY, Mireille (Ed.). *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictios*. Local: Kluwer Academic Publisher, 1992.
- DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e love's knowledge no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. *Revista de Informação Legislativa*, v.47, n. 188, p. 255- 276, out./dez. 2010.
- DORNAS, Danilo Santos. A Separação entre a Filosofia e a Teologia segundo Spinoza. *Revista Eletrônica Print by FUNRE*. São João del-Rei, n. 3. p. 55-59, jul. 2001. Disponível em: < <http://www.funrei.br/publicações/Metavnoia>>. Acesso em: 03 nov. 2010.
- DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. In: DUPUY, Pierre-Marie. *Recueil des cours*. France: Brill, 2002. v. 297.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Matins Fontes, 2009.
- GEORGE, Robert P.; WOLFE, Christopher (Ed.). *Natural law and public reason*. Georgetown: University Press, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico: atipicidade material do fato*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2011.
- GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thais de Souza. *Aborto e religião nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008
- GREEN, Ronald. *Religion and moral reason: a new method for coparative study*. New York: Oxford University Press, 1988.
- GRIFFITHS, John Griffiths; BOOD, Alex; WEYERS, Heleen. *Euthanasia and law in the Netherlands*. Amsterdã: Amsterdã Universtiy Press, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HERRERO, Silvina. *Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto*. Disponível em: <www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herrero.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2010.
- HOFFMANN, John P. Sherrie Mills Johnson. Attitudes toward abortion among religious traditions in the United States: change or continuity? *Sociology of Religion*, v. 66, n. 2, p.161-182, 1995. Disponível em: <<http://socrel.oxfordjournals.org/content/66/2/161.full.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2010.
- HOOFT, Pedro F. Anencefalia: consideraciones bioéticas y Jurídicas. *Acta bioethica*, Santiago, v.6 n.2, dic. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 05 jul. 2010.
- HTUN, Mala. Abortion Politics and Policy in Argentina, Brazil, and Chile. In: American Political Science Association, 2002. *Conference Papers*. 2002. p.1-47.

HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. New York: Simon & Schuster, 1996.

HUNTINGTON, S.R. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós: Barcelona, 1997.

KAGAN, R. *El retorno de la Historia y el fin de los sueños*. Madrid: Taurus, 2008.

IACUB, Marcela. *Gender, religion and law*. Disponível em: <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-6/IACUB.30-6.pdf>>. Acesso em: 10.fev. 2011.

ICON GROUP. *Abortions: webster's quotations, facts and phrases*. California: Icon Group International, 2008.

KIM, Yersu. Philosophy and the prospects for a universal ethics. In: STACKHOUSE, Max L.(Ed.). *God and globalization: religion and the powers of the common life*. United States of America: Trinity Press International, 2000. p. 101.

KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of Nations: the rise and fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KOSKENNIEMI, M. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. In: UNITED NATIONS. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. Geneva, 2006

LOPES, Jaime Ferreira. *Frente contrária ao aborto leva vantagem: Brasil sem aborto*. Disponível em: <<http://www.brasilsemaborto.com.br/destaques.asp?op=1&id=147>>. Acessado em: 02 fev. 2011.

MENEM, Carlos. *Discurso del Presidente Menem en el acto en conmemoración del "Día Nacional del Niño por Nacer"*: decreto 1406/98, realizado en el Teatro Coliseo. Disponível em: <<http://www.vidahumana.org/dia/discursos.html>>. Acesso em: 11 fev. 2010

MERRILLS, J. G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. New York: Manchester University Press, 1993. (Melland Schill Monographs in International Law).

MERRIMAN, Scott. A. *Religion and the law in America: an Encyclopedia of Personal Belief and Public Policy*. ABC-CLIO, 2007.

MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia: análise crítica nos âmbitos médico e legal*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857>. Acesso em: 27 jul. 2010.

MORON, A. *Medicina fetal na prática obstétrica*. São Paulo: Santos, 2003.

MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. Londres: Verso, 2005.

NUSSBAUM, Martha C. *Love's knowledge: essays on philosophy and literature*. New York: Oxford University Press, 1990.

NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Local: Beacon Press Books, 1995.

OLIVEIRA, Nythamar. Habemus Habermas: o universalismo ético entre o naturalismo e a religião. Porto Alegre: *Veritas*, v. 54, n. 1, p. 217-237, jan./mar. 2009.

OUTSHOORN, Joyce. Policy-Making on abortion: Arenas, actors and arguments in the Netherlands. In: DOROTHY Mc. Bride Stetson (Ed.). *Abortion politics, women's movements, and the democratic state: a comparative study of state feminism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PATTERSON, Eric. Different religions, different politics? religion and political attitudes in Argentina and Chile. *Journal for the Scientific Study of Religion* 43, n. 3, p. 345-362, set. 2004. p. 103.

PINTER, B. et al. Accessibility and availability of abortion in six european countries. *European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, v.10, n.1, p. 51-58, mar. 2005.

RANDAXHE, Fabienne. Religion, politique et régulation juridique aux États-Unis. *French Politics, Culture & Society* 25, France, n. 3, p.19-36, 2007.

RATZINGER, Joseph; HABERMAS, Jürgen. *Dialéctica de la secularización: sobre la razón e la religión*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2006.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996. (Columbia Classics in Philosophy).

REAGAN, James E. *Ethics Consultation: anencephaly and organ donation*. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&hid=11&sid=5a4f5fbb-4b34-4aaf-9e98-c82088bad4ba%40sessionmgr13>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

SAN JOSÉ, Daniel García. *Unilateralismo y multilateralismo como conceptos de geometria variable en la sociedad internacional poscontemporánea*. Disponível em: < www.reei.org.>. Acesso em: 05 nov. 2010.

SERAFINI, Anthony. Is Coma morally equivalent to anencephalia? *Ethics & Behavior* 3, v. 3, n. 2. p. 187, 1993. Disponível em: Acesso em: 27 jul. 2010.

SIMON, Rita James. *A comparative perspective on major social problems*. Lexington Books, 2001.

TEUBNER, G. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997.

TEUBNER, G.; FISCHER-LESCANO, A. *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law*. Michigan Journal of International Law, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

THOMAS, Scott M. Taking Religious and Cultural Pluralism Seriously: The Global Resurgence of Religion and the Transformaton of International Society. *Millennium. Journal of International Studies*, v. 29, n. 3, p. 815-841, 2000.

YOUROW, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. United States of America: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Internacionalização
do direito e pluralismo
jurídico: limites de
cooperação no diálogo de
juízes**

**Law globalization and
judicial pluralism:
cooperation limits in the
magistrates dialogue**

Carla Patrícia F. Nogueira Lopes

Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes*

Law globalization and judicial pluralism: cooperation limits in the magistrates dialogue

Resumo

Este estudo analisa o movimento de internacionalização do direito focado na atuação judicial. Como ponto de partida, toma dois conhecidos modelos de estudo: a tese de um pluralismo ordenado, baseado nas nuvens de Delmas-Marty; e o processo de transconstitucionalismo concebido por Marcelo Neves, com fundamento nas pontes de transição. A pesquisa avalia a assimilação da internacionalização do direito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo como corte a liberdade de imprensa.

Palavras-chaves: Internacionalização do direito; Modelos; Pluralismo ordenado; Transconstitucionalismo; Jurisprudência do STF; Liberdade de imprensa.

Abstract

This study analyzes the Law's globalization movement focused on judicial action. As a starting point, it takes two known models of study: the thesis of ordained pluralism based on Delmas-Marty's clouds, and the process of transconstitucionalism designed by Marcelo Neves, based on bridges transition. The research evaluates the assimilation of the Law's globalization by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, focused on press freedom.

Keywords: Globalization of Law; Legal Pluralism; Transconstitucionalism; Decisions by the Brazilian Supreme Court ; Press freedom

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes¹

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ UniCEUB/DF. Juíza de Direito/TJDFT. Professora do Instituto Avançado de Direito – IAD/DF e da Escola da Magistratura – ESMA/DF. Email: carla.ceub@gmail.com

1 Introdução

O presente estudo tem o objetivo de promover breve reflexão sobre os limites de cooperação possível entre instâncias judiciais no processo de internacionalização do Direito.

O ponto de partida para a análise aqui proposta é a fase por que vem passando a ordem mundial, consistente na transnacionalização. Nesse espectro, percebem-se nítidas rupturas de barreiras antes consideradas sólidas e consubstanciadas no Estado-nação, dirigido pelos princípios da soberania e da territorialidade.

A quebra desses modelos transporta consigo algumas responsabilidades, inclusive para o Estado como polo produtor de normatividade. Embora se considere para os propósitos deste trabalho que atualmente se proliferam várias outras agendas capazes de produção normativa, ainda se reconhece no Estado essa potencialidade. Entretanto, a atuação dos agentes públicos voltados à construção do Direito está a exigir alterações substanciais.

A primeira dessas mudanças diz respeito ao enfrentamento da existência de ordens policêntricas e multifacetadas, o que determina a adoção de posições múltiplas do Estado no dever de fazer o direito. Mais do que isso, esse atuar precisa ser informado por modelos permissivos de uma abertura antes desconhecida do processo produtivo. Assim, a esfera pública deve iniciar roteiro específico voltado à aproximação rumo aos mecanismos e agentes privados construtores do direito.

A seguir, impõe-se como outro desafio o conhecimento e reconhecimento de modelos que se vêm consolidando como propiciadores da internacionalização do Direito, com o escopo de aproximarem nações e povos antes definidos e que hoje dialogam e negociam entre si, com trocas de bens, serviços, produtos, tecnologias e informação. Para o Direito, estar à margem desse caminho significa demitir-se do papel de pelo menos um dos reguladores das relações sociais. Neste ensaio, sugerem-se como vias de acesso a essa nova gramática as formulações teóricas do pluralismo ordenado de Mireille Delmas-Marty² e do transconstitucionalismo de Marcelo Neves³.

Toma-se, ademais, como forma ideal de atuação estatal a posição de agente mediador, capaz de realizar uma forma de diálogo e interlocução entre as categorias do *ego* e do *alter*. Essa conduta, porém, não pode cingir-se à etapa cognitiva; é preciso avançar para alcançar o *reconhecimento* do outro, condição precípua da era da pós-modernidade.

Esse é um desafio de que não se podem furtar os juízes, hoje instados à troca de ideias e ideais, sob pena de absoluto anacronismo e perda de poder na elaboração normativa, com o risco, ainda, de se porem à deriva do mundo em evolução. Cuida-se da proposta de promoção de um diálogo entre juízes – expressão cuja popularidade é atribuída a Bruno Genevois, atuando em redes dinâmicas, distantes do processo hierárquico e verticalizado de criação jurídica. Ao contrário, a atuação judicial deve dar-se em harmonia com as novas vertentes do direito, da justiça e da democracia, todas as estruturas vetorizadas pelos direitos humanos. E estes, por sua vez, vistos como os elos de ligação entre os sistemas e, ao mesmo tempo, como as ferramentas utilizadas no rompimento dos obstáculos antigos impostos e opostos à (trans)formação do mundo piramidal em arena unificada por objetivos comuns. A toda evidência, não se pretende, aqui, ultrapassar os parâmetros traçados pela cultura ocidental.

Este ensaio volta-se à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no trato dos casos envolvendo *liberdade de imprensa*. A escolha do tema deve-se à sua ligação direta com os conceitos hoje aceitos em torno do direito, justiça e democracia. Como se demonstrará, a Corte Constitucional brasileira encontra-se a certa distância⁴ do que aqui se preconiza como sendo um caminho sem volta.

É o que se passa a fazer.

⁴ Nesta obra, pode-se encontrar posição aparentemente contrária; ver PEREIRA, Ruitemberg Nunes, na introdução de seu trabalho intitulado “Interações Transjudiciais e Transjudicialismo. Sobre a linguagem irônica no direito internacional”. O autor sustenta que “[...] em todo o ocidente as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais”. Tentaremos mostrar no item 4 deste trabalho que esse fenômeno não é perceptível no âmbito do Supremo Tribunal Federal; para tanto, o corte metodológico será a breve abordagem em torno de casos envolvendo liberdade de imprensa.

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

2 A internacionalização do direito como processo de uma nova ordem mundial

A ordem jurídica produzida com base na unidade centralizadora do Estado-nação e nos postulados da soberania e da territorialidade está, no mínimo, em fase de mitigação para não dizer de extinção. Nesse contexto, sob o viés de um mundo globalizado ou transnacionalizado, as relações sociais nos mais diversos segmentos operacionalizam-se de forma diferenciada em face do quanto ocorria até meados do século passado. A regulação desse fato social e de todas as suas lógicas consequências vem-se dando pela ótica do mercado em substituição à política, impondo-se ao Direito papéis distintos daqueles até então desempenhados.

Esse fenômeno evolutivo tem repercussão na produção do Direito, sobretudo no que concerne ao processo de criação judicial. Para tanto, estabelece-se como matiz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua feição assumida de Corte Constitucional; mais particularmente, a exploração do tema faz-se por intermédio de um conjunto de julgados destinados à apreciação em torno da liberdade de imprensa. A escolha desse tópico tem por base sua ligação imediata com a democracia⁵, o direito e a justiça⁶, pilares de sustentação da metodologia dialógica estabelecida como ferramenta necessária ao delineamento da internacionalização do Direito como pressuposto de sua sobrevivência.

Pretende-se demonstrar o distanciamento ainda verificável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação aos modelos forjados para dar sustentação a esse fenômeno de internacionalização do Direito, que são limitados para os fins do presente trabalho ao pluralismo ordenado e à metodologia transconstitucional, ambos pautados no reconhecimento do outro (*alter*), movimento que em muito transcende o propósito cognitivo.⁷ É nessa seara que se estabelece, sobretudo, o anacronismo dos julgamentos realizados pela Corte bra-

sileira em relação ao necessário intercâmbio entre juízes com “consideração permanente da alteridade”⁸. Essa postura culmina em verdadeiro isolamento da ordem jurídica local, escamoteado, entretanto, por ilustrações de casos concretos apreciados por tribunais estrangeiros ou internacionais.

A nova configuração do mundo estabelece uma ruptura radical com o modelo hierarquizado do Direito, exigindo-lhe adaptação constante à estrutura estabelecida não mais de forma verticalizada, mas em linhas horizontais próprias dos fenômenos de desconcentração, descentralização e fragmentação do poder⁹. Essa a síntese da paisagem identificada neste estudo como ordem mundial transnacionalizada, que está a desafiar o Direito a tomar feições distintas dos modelos até então vigentes. Nessa linha de conduta, apresenta-se a sua internacionalização, produto resultante do rompimento das mais diversas barreiras, como processo ainda em construção e, ao mesmo tempo, sedimentação,¹⁰ a exemplo do que se pode esperar de qualquer fenômeno revolucionário voltado à alteração de comportamentos ante a exaustão e o exaurimento dos modelos existentes.¹¹

A sociedade atualmente depara-se com o dilema de ultrapassar estágios estabilizados sobre os pilares da constitucionalização, legalidade, hierarquia e segurança jurídica, estruturas incompatíveis e ineficazes para solução dos conflitos surgidos da era globalizada, representada por uma arquitetura “cada vez mais multifacetada e policêntrica”¹². Assim é que regulação e normatividade das relações sociais passam a ser encetadas por instâncias as mais diversas, significando que os polos centrais de produção do Direito estão agora difusamente distribuídos, além de se verificar, nessa mesma linha de raciocínio,

⁵ SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90; SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 358.

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões; Alvaro de Vita (Rev. tec.). 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 8.

⁷ Um aprofundamento dessa abordagem, que não encontra espaço na presente investigação, pode ser feito pela leitura de Kelsen (2008) sobre Platão.

⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 7.

¹⁰ Sob esse aspecto, em 2000, Faria (p. 10) mencionava que essas mudanças estavam “em fase de ocorrência e desenvolvimento”; passados pouco mais de dez anos, percebe-se ainda o mesmo movimento evolutivo.

¹¹ A propósito do tema, ver nesta obra a contribuição de BUANI, sobretudo na conclusão de seu texto intitulado “A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito?”. A autora identifica a internacionalização do Direito como um movimento capaz de colocar em risco o conceito de ordenamento jurídico.

¹² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15.

uma pluralidade de ordens normativas que se comunicam, interpenetrando-se de forma linear¹³ ou transversal, mas de maneira permanente e autônoma entre si.¹⁴

Esse cenário característico de uma nova feição da economia, libertada dos limites da territorialidade, exige outras formas de produção jurídica, desatreladas do Estado e da política como instâncias máximas e usuais de tomada de decisões. O mercado e os setores privados de acumulação de capital passam a atrair autoridade antes centrada no setor público de governança e de gestão política. Paralelamente a esse fenômeno, destaca-se a realidade visível de que a inflação legislativa e o poder fiscalizador não atendem às expectativas da sociedade emergente do movimento transnacional e globalizante.

Impõe-se uma drástica redução de diplomas legais e sua correspondente flexibilização e agilidade, de modo a restringir o poder interventivo do Estado-nação e propiciar seja compartilhada a legitimação dos entes produtores do Direito, que não mais se cingem ao espectro público, ao lado de extrapolarem o nível nacional. As fontes produtoras de Direito proliferam-se e se voltam a cultivar o seu caráter instrumental e procedimental. Isso significa diminuir seu papel de elemento de controle para ampliar sua função agregadora, catalisadora e de coordenação.

A dinâmica que vem de ser traçada guarda harmonia com os modelos considerados metafísicos instaurados pelo Direito Internacional e pelo pluralismo jurídico, quase ignorados pelo sistema vigente sob a égide do Estado-nação, seja pela baixa densidade coercitiva, com poucas categorias dotadas de *compliance* e *enforcement* daquele, seja pela estrutura disfuncional e multiforme deste último no âmbito dogmático¹⁵.

¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

¹⁴ Nesse ponto discordamos de Faria, que visualiza como uma das consequências de todo esse fenômeno “a erosão do *monismo jurídico*” numa contraposição ao que o próprio autor nomina de “*pluralismo normativo*”. Para os fins deste trabalho, os conceitos não se opõem, já que o conjunto de todas as ordens normativas que se vão elaborando pode ser tomado como direito único, sistema singular que se apropria de contribuições as mais diversas para ganhar unidade, ou deve ser abandonada a ideia mesma da internacionalização do Direito, proposta inicial deste trabalho. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 150.

Nesse cenário, interessante anotar que a possibilidade de edificação do Direito na sociedade policêntrica e multifacetada, com interlocução constante da identidade com a alteridade, não prescinde de mecanismos de composição, colaboração e cooperação, muito mais do que de instrumentos de imposição e reforço da hierarquia. Qualquer movimento de resistência a essa realidade, com adoção de estratégias contrárias, levará à porosidade irreversível do Direito e, quem sabe, a seu aniquilamento como modelo estruturante. Aí entra a contribuição do Direito Internacional, inserindo na esfera da(s) ordem(ns) jurídica(s) a faceta da multilateralidade, produto de vontades concertadas em prol de interesses e escopos comuns. Isso não quer significar ausência de conflitos e embates, mas, apenas, que a produção normativa deixa de ser um processo estático, dominador e vertical, para condensar-se em um procedimento dinâmico (portanto, inacabado), reflexivo e horizontalizado. Importante que se diga que esse novo *facere* pode ser percebido já na iniciativa parlamentar, projetando-se para o momento de consecução no âmbito da administração pública e com repercussão na atividade jurisdicional.

De outro lado, mas na mesma medida, tem-se a adoção do modelo pluralista de produção normativa, traduzida pela fórmula dos “vários espaços jurídicos misturados”.¹⁶ Essa faceta plural do Direito nos dias de hoje está marcada pelo signo da interlocução, não havendo espaço para o isolamento e tampouco para o imperialismo, o que determina não só a pulverização de instâncias de poder como também um constante cruzamento de produtos normativos.

Essas novas fontes produtoras de direito estão a exigir alterações substanciais na formatação não só dos próprios criadores de normatividade jurídica, como também dos aplicadores nos casos concretos, como é o caso do Judiciário. O Brasil, atualmente, está enfrentando desafio específico nesse sentido, diante da incumbência de realizar a copa do mundo de futebol no país em 2014, haja vista as exigências prementes de edição e alteração de sua

¹⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

legislação vigente,¹⁷ sob pena de se ver na contingência de não poder realizar o evento esportivo. Proliferam-se os organismos de elaboração das normas jurídicas a vigorem pelo menos no mês em que se dará a copa do mundo, impondo-se ao país lidar com as investidas dos mais diversos níveis de produção normativa, desapegando-se do conceito clássico de soberania.

Ocorre que o Estado, na era globalizada, é cada vez mais instado a enfrentar decisões não alcançadas por “sua jurisdição funcional”.¹⁸ Assim é que sua estrutura organizacional acaba por ser atingida por toda uma gama dos mais variados interesses privados ora contrapostos, ora aliados ou justapostos a interesses públicos, fenômeno que vem ensejando alianças inesperadas entre entes estatais e organizações empresariais de nível internacional. Não é por outra razão que se vem apontando o papel *mediador* a ser exercido por todos os atores envolvidos na criação e/ou aplicação do direito; trata-se de função atribuída a todas as instâncias produtivas, aí incluídos os juízes.

Esses agentes do Estado, ao atuarem nos limites dos processos sob sua apreciação, precisam estar imbuídos do espírito de uma nova gestão do direito, da justiça e da democracia. Para tanto, é preciso extrapolar os limites territoriais das fontes de produção normativa, de maneira a possibilitar o intercâmbio dos espaços jurídicos criados sob o primado da transnacionalização. Esse o desafio dos atores atuantes nas diversas arenas jurisdicionais, e as brasileiras, inclusive a Corte com o papel de exercício da jurisdição constitucional – como se verá – ainda estão longe de exercerem, na plenitude, essa função. Os riscos decorrentes dessa inércia são grandes, como também será demonstrado.

3 Breve abordagem de alguns modelos de produção do direito nesse ambiente: pluralismo ordenado e transconstitucionalismo

No atual estágio civilizatório, em que já se enfrentam as consequências advindas da ruptura de barreiras impostas pelos marcos limitadores da soberania e do território fixo, sugerem-se modelos diversificados de produção do Direito, o que se pretende para além da função do conhecimento, atingindo-se o caráter normativo (comportamental). Assim é que a base dessas propostas tende a ser a aceitação do pluralismo jurídico como fonte inarredável de solução dos conflitos, ora visualizando-se a possibilidade de aproximação de ordens diversas, com rompimento do sistema hierarquizado¹⁹, ora com a criação de pontes de transição pela via do modelo transversal e para além da era constitucional.²⁰

Neste tópico, serão analisadas as propostas de um pluralismo equilibrado, concebido por Delmas-Marty²¹ a partir da metáfora das nuvens ordenadas, com o traço de mudanças constantes, mas em permanente integração, além da gramática transconstitucionalista sugerida por Neves²², voltada a descortinar o entrelaçamento simultâneo de ordens jurídicas existentes em diferentes planos, quando a discussão gira em torno de temas coincidentes e com índole constitucional. Aqui serão avaliadas as ideias centrais desses dois modelos, ao lado de se tentar traçar um paralelo dessas propostas: em Delmas-Marty, será feita apreciação das categorias relacionadas à interação de ordens normativas. Em Neves, a abordagem será realizada com base na leitura de um sistema jurídico mundial de múltiplos níveis e sua interface com o modelo transconstitucional elaborado pelo autor.

As fontes basilares serão as obras mencionadas dos autores citados e os contrapontos possíveis nos lindes deste trabalho. Para tanto, será tomada, principal, mas não exclusivamente, a formulação desconstrutivista (ou desconstrucionista) de Derrida²³.

¹⁷ Em 14 de setembro, o Governo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014, que serão realizadas no Brasil. O projeto encontra-se (março de 2012) na Câmara dos Deputados, com relatoria do Deputado Vicente Cândido, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo. Trata-se do Projeto de Lei n. 2.330/2011. O ponto mais polêmico diz respeito à venda de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol, o que é proibido pela legislação brasileira, por meio de seu Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/2003), mas se cuida de exigência da FIFA e da comunidade internacional como condição para que se realize o evento no país em 2014.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 213.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

²¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

²² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

²³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010.

Na proposta de um pluralismo ordenado, Delmas-Marty não se furta de reconhecer que, no início do século 21, a paisagem jurídica é marcada pelos domínios da imprecisão, incerteza e instabilidade, acrescentando, de forma ostensivamente provocativa, que é também esse cenário visto como difuso, doce e suave.²⁴ Nesse sentido, de plano, a proposta revela-se imbuída de elevado otimismo quase ingênuo, mas aceitável à medida que, primeiro, tem por pretensão traçar o ideal de um *devenir* e, a seguir, porque, de acordo com a arquitetura de *nuvens ordenadas*, traça um panorama paritário com a realidade de uma diversidade de sistemas normativos alinháveis de forma integrada e sem pretensão hegemônica. Ambos os escopos trazem como fio condutor a observância dos direitos humanos.

O modelo do pluralismo ordenado, tendo por suporte o respeito aos direitos do homem, parte de premissa singular, qual seja, o reconhecimento de que seus desafios estão atrelados a conceitos vagos, indeterminados, fluidos. Essa constatação traz em si outro desafio: o de apontar solução minimamente concebível, o que se faz, no caso, por intermédio da sugestão em torno de um campo de interpretação concedido aos juízes quando da necessária aplicação desses conceitos. O mesmo raciocínio é utilizado em favor dos Estados no momento da integração dos valores contidos nas normas internacionais de direitos humanos a seu direito interno, o que se faz pela cláusula da “margem nacional de apreciação”.²⁵

Uma leitura apressada e superficial da proposta aqui mencionada poderá levar à falsa ideia de que se pretende sugerir a unificação do Direito em nível regional ou até mundial; nem mesmo o estudo de Delmas-Marty com ênfase na União Europeia tem essa expectativa. Cuida-se – isso sim – de reconhecer a pluralidade com potencial poder de integração, desde que atualizado o conceito de soberania e aplicado o Direito de maneira aberta, compatível com o rompimento de barreiras antes sediadas no ideário do Estado-nação limitado pela estrutura territorial.

²⁴ Percebe-se, facilmente, que os adjetivos utilizados pela autora têm a finalidade de aproximar o leitor da imagem por ela concebida em torno de *nuvens*. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 7.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82-88.

Pode-se indagar acerca da forma pela qual é possível interagir ordens diversas; a obra de Delmas-Marty aborda o que a autora nomina de processos de interação, com base na premissa de que o isolamento é impossível.²⁶ Assim é que a autora sugere mecanismos próprios consubstanciados na coordenação por entrecruzamento²⁷, harmonização por aproximação²⁸ e unificação por hibridação²⁹.

A fórmula da coordenação por entrecruzamento baliza-se em contribuições informais e recíprocas entre juízes, visando, pelo menos, à minimização de eventuais conflitos jurisprudenciais. Não há possibilidade, contudo, de extirpar do sistema jurídico todo e qualquer conflito, sobretudo nas hipóteses de colisões extremadas. Tem, porém, o condão de promover movimento sincronizado, embora incapaz de ensejar coerência plena e coesa do aparato normativo, comparecendo somente como procedimento apto a preparar a transição do sistema normativo.³⁰ Como se verá no item 4 deste estudo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda não se insere nessa perspectiva de coordenação internormativa.

No que concerne ao processo de harmonização por aproximação, há também aí inerente um propósito cooperativo, mas sem pretensão unificadora, visto que é factível em situações em que a uniformização apresenta-se inviável. Exemplos claros são hipóteses em que a diversidade está instaurada e, portanto, repelem qualquer opção pelo isolamento ou pela estratificação codificada. Trata-se de modelo baseado em relações verticais, mas instaurador do que Delmas-Marty chama de “hierarquias emaranhadas”³¹; essa categoria traduz-se por um movimento tanto ascendente do direito interno em direção ao direito supranacional, quanto descendente de retorno ao direito interno. De forma muito simplificada, mas ilus-

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 40-41.

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 39-68.

²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 69-100.

²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 101-137.

³⁰ A autora diz textualmente que “[...] poderíamos dizer que a coordenação prepara a transição aclimatando os diferentes conjuntos jurídicos à internormatividade”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 68. Tradução nossa.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 72.

trativa, poderíamos dizer que se cuida de um ir e vir, um vai-e-vem normativo, propenso à harmonia entre instâncias criadoras do Direito. Faceta importante do processo de harmonização é sua vocação para a salvaguarda dos direitos humanos, com vistas à sua máxima efetividade em regimes diferentes.

Há ainda um terceiro procedimento de interação, que se bifurca em modalidades diversas, ou seja, a unificação por transplantação³² e por hibridação³³. Significa a primeira espécie de modelo a transferência pura e simples do regime jurídico de um país para outro, em situação de absoluta verticalização ordenada e primazia de uma ordem sobre a outra, revelando-se por intermédio de forças imperialistas, estáticas, soberanas e hegemônicas. No sistema por hibridação, visualiza-se um mínimo de mutualismo ante a tendência de alteração do direito nacional como mote de adequação da dogmática de outro Estado. Sob esse aspecto, Delmas-Marty³⁴ cita o exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro que, pautado em vetores internacionais, é frequentemente utilizado na América Latina quando dos processos de reforma legislativa na matéria.

Toda essa análise não pode estar dissociada do fato incontestável de que o prestígio do reconhecimento e proteção dos direitos humanos é realidade necessária e diretamente relacionada às diferenças oriundas dos valores culturais próprios festejados internamente. Isso nos remete à importância da margem nacional de apreciação³⁵ antes mencionada como mecanismo propiciador de interação de ordens normativas sem perda de identidades essenciais respeitantes às esferas de liberdade individual e comunitárias. Trata-se, pois, de instrumento vital para o fomento do respeito à(s) diversidade(s), ao pluralismo, sem perder de vista a perspectiva integracionista do Direito.

Também com o propósito de harmonizar ordens jurídicas vigentes no espaço e no tempo, é a formulação teórica de Neves³⁶ em torno do transconstitucionalismo, voltando-se o pensador à ideia de acomodação como contraponto à imposição, e isso realizado por intermédio do diálogo.³⁷ Nesse contexto, Neves aborda a hipótese de análises e decisões concomitantes acerca de temas com índole constitucional e que não precisam, necessariamente, ter *status* diferenciados, com sobreposição, apontando o autor para a figura da transversalidade como forma de interação entre ordens jurídicas diferenciadas.³⁸

³⁶ NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

³⁷ Em entrevista à *Revista Conjur*, Neves assim se posicionou em 2009: “É necessária a constante adequação recíproca e o diálogo, no lugar de tentar impor uma ordem sobre a outra”. NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

³⁸ Na mesma entrevista noticiada na nota acima, Neves procura definir sua proposta em torno do transconstitucionalismo: “Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo.” E arremata com o famoso caso envolvendo a imprensa e a Princesa Caroline de Mônaco, para reforçar a tese da **contribuição recíproca**: “Por exemplo, o caso de Caroline de Mônaco contra a Alemanha. O Tribunal Constitucional Alemão afirmou que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa. Como é que podemos, então, resolver essa questão se não houver uma pretensão de diálogo, de aprendizado recíproco? Ou seja, é preciso haver uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra.” NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

³² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 103-108.

³³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 108-112.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 111.

³⁵ A propósito, Delmas-Marty explicita: “Bem compreendida, a noção de margem nacional é sem dúvida o melhor modo de evitar a simples justaposição de diferenças e de permitir, por ajustes e reajustes, uma reconciliação de práticas, sua ‘compatibilidade’ progressiva”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 88, tradução nossa.

Tem-se na tese elaborada por Neves o enfrentamento de uma realidade consubstanciada no confronto de ordens jurídicas diferentes, residentes nas mais diversas esferas, quais sejam, local, nacional, regional, supranacional, global. Orienta-se a pesquisa para uma racionalidade específica, de caráter transversal viabilizadora do método dialógico, excludente de qualquer tentativa imperialista e expropriatória do saber próprio e alheio.

Ao traçar o esboço de sua metodologia, Neves³⁹ inspira-se no marco teórico de Niklas Luhmann no que tange ao conceito de “dupla contingência”, esclarecedor do movimento possível de observação entre *ego* e *alter* no processo interativo. Interessante, sob esse aspecto, a advertência do autor⁴⁰ quanto à possibilidade de integração não só entre pessoas, por meio desse procedimento metodológico, mas também entre sistemas sociais, objeto de nossa investigação nos lindes deste trabalho. Assim é que não visualizamos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema da liberdade de pensamento, essa potencial capacidade de observação recíproca, núcleo do processo de diálogo, senão meras referências, às vezes descontextualizadas, a julgados de países outros, sem qualquer indício de integração, como se verá mais à frente, na apreciação dos julgados selecionados.⁴¹

Ainda nesse cenário, resta estabelecido por Neves que as categorias do *ego* e do *alter* podem abranger não só o Direito como sistema integral, mas também seus organismos e ordens jurídicas, “sobretudo entre os seus tribunais”, como ressalta o autor⁴². Importante, nessa seara, é a disponibilidade e aptidão dos sistemas sociais de saber

lidar com o imponderável, as situações estabelecidas à margem e de forma contrária à sua previsão; para tanto, Neves⁴³ vale-se, uma vez mais, das lições de Luhmann, que trouxe à tona os “graus de liberdade”, cuja essência fazemos aproximar aqui da estrutura de Delmas-Marty em torno da “margem nacional de apreciação”⁴⁴ já antes apreciada.

Nessa perspectiva, a metodologia do transconstitucionalismo avança na proposta ao sugerir a adoção da política do reconhecimento entre ordens jurídicas, aí incluídos os tribunais, como pressuposto para o processo de interação e, portanto, internacionalização do Direito, fixando como condição inarredável o respeito à liberdade do outro. Ocorre que na convivência entre os sistemas e como uma das decorrências da cláusula da “dupla contingência” costumam operar-se a confiança e a desconfiança; na hipótese de ausência de reconhecimento, a desconfiança ganha terreno propício ao impedimento do processo integracionista e interativo, frustrando qualquer projeto de internacionalização do Direito.

Neves aponta para a circunstância de que o transconstitucionalismo não esteja baseado em método concentrado em uma “identidade cega”⁴⁵, uma vez que a premissa da integração e harmonização é o enfrentamento de questões comuns, no campo do Direito com caráter constitucional, o que leva à conclusão de que a falta de predisposição para o outro ensejará anulações recíprocas.⁴⁶ Como consequência lógica dessas premissas, é preciso considerar que a construção de uma identidade constitucional não prescinde do (re)conhecimento da alteridade. Esse caminho, a propósito, não se limita à ótica cognitiva, mas está a exigir recepção sob o prisma normativo de outras ordens extraídas dos casos concretos.

³⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270-277.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270.

⁴¹ Ver, nesta obra, PEREIRA, no texto mencionado na nota 2. O autor visita, de forma breve, mas completa, a classificação elaborada pela doutrina internacional das interações judiciais; identificamos a atuação do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito aos casos relacionados à liberdade de imprensa, com a forma nominada “monólogos”, tendo como critério de classificação o grau de envolvimento recíproco. Sintetiza o autor: “[...] refere-se à grande maioria das comunicações transjudiciais, uma vez que as Cortes não se apresentam como participantes de um processo institucionalizado de conversação transnacional. O que se verifica, em verdade, é apenas um uso doméstico (ou, mais raramente, no âmbito das Cortes supranacionais) do precedente judicial internacional, em relação de horizontalidade (comunicação horizontal)”.

⁴² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 270-271.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 82-88.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁴⁶ Merece registro esta análise de Neves: “Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano diante os seus tribunais supremos, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente”. (Gri-fos nossos).

É nesse patamar que Neves chega a tecer crítica ao que nomina de “modelo inocente de pura convergência”.⁴⁷

Outro dado importante – e nem de longe superado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – é a constatação da inaplicabilidade, ou no mínimo da ineficiência, do modelo da ponderação consoante preconizado por Alexy⁴⁸. Para a efetiva implementação do fenômeno do transconstitucionalismo, não se pode inicialmente ter em conta que eventual colisão aparecerá necessariamente entre princípios. Os limites de aplicação dos princípios encontram-se intrínsecos em seu próprio conteúdo, e o grande exemplo está sediado na liberdade, pela máxima intuitiva e natural de que a liberdade de alguém termina quando começa a do outro. Mais do que isso, a formulação encetada por Alexy⁴⁹ tem por núcleo a adoção de uma ordem jurídica específica, no mais das vezes pertencente aos detentores de maior poder, o que não se compraz com a concepção transconstitucionalista, que prevê a imprescindibilidade de fluxos comunicativos entre ordens paritárias e disponíveis ao (re)conhecimento mútuo de *ego* e *alter*.⁵⁰

A metodologia proposta sob a roupagem do transconstitucionalismo comparece como uma alternativa às ideias de modelos tradicionais baseados na linearidade

hierárquica e na fragmentação⁵¹ pura do Direito. Isso não significa o desconhecimento de ordens jurídicas infensas ao modelo com ênfase na alteridade⁵²; antes se reconhece tal realidade tanto quanto o caráter desafiador de se apresentarem métodos baseados em provocações mútuas capazes de ensejar transformações internas, excluída a possibilidade de imposição do constitucionalismo. A ideia, no caso, é chegar às autotransformações a partir da tomada de elementos cognitivos e normativos da ordem jurídica alheia.

Em oposição aos modelos aqui apresentados, buscamos trazer proposições desconstrutivistas ou desconstrucionistas, tendo como marco Derrida, que não vê possível a “justiça como experiência de alteridade absoluta”⁵³, sendo então necessário estabelecer, para as finalidades do presente ensaio, que as propostas analisadas têm como meta o alcance da justiça.

Nessa perspectiva inicial da avaliação de contrapontos às teses apreciadas, é preciso pontuar o objetivo de Derrida no sentido da possibilidade de alcance ou atingimento da justiça pela via da desconstrução, o que surge na sua obra como o problema epistemológico a ser enfrentado.⁵⁴ Sob esse aspecto e partindo de uma posição mais genérica quanto aos contra-argumentos às propostas abordadas neste estudo, importa registrar o paradigma da *força* como elemento intrínseco ao conceito funcionalizante do Direito para Derrida⁵⁵, determinante tal ideia da concepção de que a violência é também atributo do Direito.⁵⁶

⁴⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 272.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

⁴⁹ Para uma visão geral sobre a proposta de Alexy, ver sua clássica obra sobre direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. p. 86-98.

⁵⁰ Nessa ótica, Neves propõe novas formas de relacionamento entre as espécies normativas consideradas princípios e regras, sugerindo um modelo circular e transversal, ao lado de destacar-se como sustentado em três níveis distintos: “Nessa perspectiva, o desenvolvimento de um método do transconstitucionalismo abre a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Isso implica que se considerem três níveis de relações entre princípios e regras de ordens jurídicas diversas, cada um desses níveis entrelaçado circularmente com os outros: princípio-princípio, regra-regra, princípio-regra (havendo mais de duas ordens “envolvidas, a situação torna-se ainda mais rica em possibilidades de entrelaçamentos). NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 275.

⁵¹ Para uma breve noção do matiz de fragmentação do Direito, sugerimos a leitura de TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. In: *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 999-1046.

⁵² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 276.

⁵³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 55.

⁵⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 3-4.

⁵⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 7-9.

⁵⁶ O autor utiliza-se do termo em alemão *Gewalt*, que ao lado de significar violência também admite os significados de “poder legítimo, autoridade, força pública” (p. 9), ou ainda “poder legítimo, autoridade justificada” (p. 10). Percebe-se da leitura da obra de Derrida que a violência, o poder, o direito, implicam, sobretudo a ideia de *ruptura*. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010.

Essas as balizas utilizadas por Derrida para estabelecer as bases sólidas de sua teoria em torno da justiça realizada não essencialmente pela via do Direito. É que o autor estipula premissas assentadas no caráter binário da construção/desconstrução do direito e da justiça, dissociando-os funcionalmente. Daí o contraponto genérico, mais abrangente, uma vez que os modelos objeto deste estudo têm por fundamento a realização da justiça por intermédio das estruturas do Direito.

O ponto de partida de Derrida⁵⁷ é a desconstrutibilidade do Direito; tal se dá seja pela sua base fundadora, seja porque seu fundamento último não tem lastro em qualquer alicerce fundante. Sob essa perspectiva, o autor faz a ruptura conceitual entre direito e justiça, fixando esta última como a própria possibilidade de desconstrução, e aquele como sistema construível e, portanto, passível de se ver desconstruído.⁵⁸ Pode-se inferir, pois, que o direito pode ter componente justo à medida que se permite desconstruir. Derrida sentencia: “A desconstrução é a justiça.”⁵⁹

É nesse patamar que conseguimos aproximar a proposta de internacionalização do Direito como possibilidade pelos modelos traçados com a ideia de Derrida, afinal, a atuação mediadora, pela trilha do diálogo, em movimento de ir e vir entre *ego* e *alter*, não deixa de ser uma espécie de desconstrução. Tal se dá não com o objetivo de demolição, mas de releitura à luz de um novo contexto. Essa uma postura que sob o pálio da internacionalização do Direito, em sua dimensão substancial, o Supremo Tribunal Federal não vem adotando, como se verá.

4 A internacionalização do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os casos de liberdade de imprensa

O método dialógico aqui proposto como forma de produção normativa por parte dos juízes está a exigir conduta dinâmica dos protagonistas desse processo. Nesse cenário, imprescindível avaliação comparativa de valores, circunstâncias ou outros aspectos determinantes

dos casos avaliados pelos julgadores (tanto aquele tomado como objeto como aquele tido como critério de parâmetricidade), em verdadeiro teste de efetividade. Essa a sintaxe extraída das propostas de modelos de produção do Direito sob o viés de um mundo globalizado e fragmentado, cujos componentes têm como elos de integração e transição os direitos humanos.

A escolha da *liberdade de imprensa* como pauta de avaliação do comportamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no contexto aqui delineado, tem por base sua relação direta com as categorias estruturantes do direito, da justiça e da democracia, eixos do método sugerido aos juízes para contribuírem com o processo de internacionalização do Direito, conforme já apontado no item I deste trabalho.

A análise dos julgados da Corte Constitucional brasileira mostra certa distância entre esse ideal e a realidade ali praticada. O olhar sobre o quantitativo de acórdãos em que o Direito estrangeiro ou internacional foi utilizado para dirimir os conflitos já é um primeiro indício do estágio da jurisprudência local nesses termos. São encontrados 141 (cento e quarenta e um) julgados; destes, em apenas 7 (sete), portanto somente em 5% (cinco por cento), é aventado o Direito estrangeiro, inter, supra ou transnacional. De outro lado, a aplicabilidade dessas outras ordens jurídicas, por vezes, não envolve as circunstâncias e os valores dos casos postos sob avaliação. Trata-se de movimento apenas cognitivo em torno do Direito e da normatividade aplicável às hipóteses que serviram de fontes, mas sem se atingir o *status* de troca, dádava ou reconhecimento entre *ego* e *alter*.

Nessa parte do trabalho, será abordada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de liberdade de imprensa em que houve utilização do Direito estrangeiro ou internacional. Ver-se-á que ainda há longo caminho a percorrer até que se estabeleçam os limites definidos da cooperação entre juízes, na aplicação do Direito não pela via da hierarquia, mas de modo heterárquico, tendo por objetivo não a complementariedade, mas a colaboração. Para tanto, os direitos humanos comparecem como estruturas e categorias moduladoras desse sistema cooperativo.

No caso julgado no AI 690841 AgR/SP, discutiu-se sobre o direito de crítica como prerrogativa do Direito constitucional de informação. Alexandre Augusto de Fa-

⁵⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 26.

⁵⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 27.

⁵⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 27.

ria Machado propôs demanda indenizatória em desfavor do jornalista Jânio Sérgio de Freitas Cunha e não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável no Tribunal de Justiça de São Paulo, interpôs recurso extraordinário não recebido, gerando o agravo regimental ora examinado. Para os fins deste estudo, interessa a utilização, pelo relator, ministro Celso de Mello, dos precedentes de tribunais internacionais. Os mesmos julgados serviram de base no AI 705630⁶⁰ AgR/SC e no AI 675276⁶¹ AgR/RJ, analisados pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2010 e 2011.

A base desses julgados para afastar a pretensão dos recorrentes em torno do reconhecimento de ofensa à honra por atos praticados por jornalistas foi, como frisado, o direito de crítica, oriundo da liberdade de expressão do pensamento extraída do pluralismo político, este na condição de um dos pilares normativos do Estado Democrático, conforme estipulação do art. 1º, inciso V, da Constituição brasileira. O relator valeu-se, inicialmente, de precedentes do Tribunal Constitucional espanhol, mencionando as sentenças n. 6/1981, 12/1982, 104/1986 e 17/1990⁶², pelas quais ter-se-ia homenageado o direito de crítica como um dos marcos valorativos que emprestam legitimidade à ideia de um regime democrático.

Na mesma linha de raciocínio, valeu-se em seguida o julgado dos Casos Handyside e Lingens, de 07/12/1976 e 08/07/1986, respectivamente, e submetidos à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, em que a limitação ao direito de interpretar e criticar seria

incompatível com o poder-dever de informar assegurado à imprensa. Por fim, no voto condutor, há menção à obra de Sérgio Fernando Moro⁶³ em que é citado o caso *New York Times v. Sullivan*, de 1964, transcrevendo parte do voto do Juiz William Brennan em que se defende a inclusão de ataques veementes ao governo quando se trata de fomentar o debate de questões de interesse público.

Um dos mais importantes fundamentos neste julgado foi a impossibilidade de repressão estatal à manifestação do pensamento, pontuando o relator o estágio da democracia vivenciado pelo país, contudo, colaciona Direito estrangeiro situado em décadas muito anteriores em que o país situava-se em momento diverso no que concerne ao regime político. Mais do que isso, há a convicção do relator de que são prerrogativas inerentes à liberdade de imprensa o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito opinar e o direito de criticar; o reforço dos julgados estrangeiros é feito apenas com ilustrações de posições em favor da possibilidade legítima do exercício de crítica. Não há, entretanto, exame particularizado, pormenorizado, das circunstâncias específicas dos casos concretos objeto dos julgamentos realizados pelos tribunais internacionais.

Sob esse aspecto, interessante verificar que o Caso Handyside⁶⁴ utilizado como paradigma contém posição diametralmente oposta àquela desenvolvida no julgado brasileiro. Richard Handyside, proprietário da editora Stage1, adquiriu os direitos sobre uma publicação dedicada a crianças versando sobre questões relacionadas a sexo, passando a sofrer limitação ao direito de reprodução das ideias ali contidas e culminando com o recolhimento dos livros e sua condenação, pelo Poder Judiciário do Reino Unido, o que não foi revertido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em processo movido por Handyside contra o Reino Unido. Nessa instância, considerou-se legítima a interferência na órbita de liberdade de Handyside, conduta necessária e proporcional aos valores vigentes em uma sociedade democrática, observada pelo Tribunal supranacional a margem de apreciação

⁶⁰ Neste processo, a 2ª Turma do STF enfrentou em 22/03/2011 a insurgência do jornalista Cláudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que o condenara ao pagamento de indenização por danos morais em favor de Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, desembargador do TJSC, considerando ofensiva matéria jornalística assinada pelo recorrente em que o magistrado foi alvo de crítica do jornalista por haver reintegrado 6 vereadores ao cargo, em tempo considerado muito rápido (12 horas) após decisão da Corte pelo afastamento dos políticos. O acórdão foi publicado em 06 abr. 2011.

⁶¹ Neste caso, a 2ª Turma do STF julgou em 22 jun. 2010 agravo regimental contra decisão denegatória de agravo de instrumento interposto por Ricardo Terra Teixeira em face do jornalista José Carlos Amaral Kfoury, sentindo-se o agravante, então presidente da Confederação Brasileira de Futebol, ofendido pelas críticas feitas pelo jornalista em matéria sob sua responsabilidade, ofensas não consideradas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O acórdão foi publicado 14 abr. 2011.

⁶² Relatores, respectivamente, os juízes Francisco Rubio Lorente, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente e Bravo-Ferrer.

⁶³ MORO, Sérgio Frenando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004. p. 48.

⁶⁴ Breve resumo do caso pode ser encontrado no trabalho desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre julgados relacionados à liberdade de expressão do pensamento. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=491&IID=4>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

e evidenciando-se não violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁵.

Em 02 de setembro de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal referendou medida cautelar parcialmente concedida pelo ministro Ayres Britto na ADI 4451/DF proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão. A autora pretendia ver reconhecida a inconstitucionalidade de dispositivos da lei eleitoral (Lei 9.504/97) voltados a limitar a ação de humoristas em relação a candidatos a cargos eletivos no período eleitoral, bem assim dos próprios veículos de comunicação ao manifestarem opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos, partidos ou coligações políticas, sob pena de ruptura do princípio de paridade de armas. O relator, ao tempo do exame liminar, suspendeu a eficácia do dispositivo que proibia o humor com candidatos e emprestou interpretação conforme ao outro dispositivo, mencionando que as emissoras de rádio e televisão não podiam fazer campanha eleitoral, afastando, em qualquer hipótese, a censura prévia.

O primeiro raciocínio desenvolvido em plenário foi o de submeter o humor às atividades típicas de imprensa; a seguir, na linha dos julgados antes analisados, pontuou o poder de crítica como elemento ínsito à imprensa livre. Ao final, por maioria, a Corte suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45, bem como, por arrastamento, dos par.

4º e 5º do mesmo artigo da Lei 9.504/97⁶⁶. O acórdão foi publicado em 01/07/2011.

Após intenso debate entre vários julgadores, o ministro Dias Toffoli apresentou longo voto escrito alinhando-se à divergência compartilhada com os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Depois de tecer considerações sobre a liberdade de imprensa, os limites da atividade judicial e a técnica de ponderação de interesses, o ministro pontuou a existência das normas impugnadas há muito tempo sem que houvesse violação às liberdades fundamentais ao longo do tempo. Trouxe dado interessante concernente à inexistência de condenação de

⁶⁶ A ADI 4451/DF tinha por objeto este dispositivo legal: Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados; II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação; V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos; VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro. § 1º A partir do resultado da convenção, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006) § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil UFIR, duplicada em caso de reincidência. § 3º (Revogado pela Lei nº 12.034, de 2009) § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

⁶⁵ Prescreve o referido dispositivo: Artigo 10º (Liberdade de expressão) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

qualquer humorista nos últimos 45 anos, além de valer-se de forma breve das lições de Neves sobre o modelo trans-constitucionalista para utilizar-se do Direito alemão em prol da tese desenvolvida em seu voto.

O ministro Dias Toffoli consigna a existência de inúmeros casos enfrentados pela Corte Constitucional alemã, inclusive relatados por Neves, fazendo alusão ao julgado envolvendo a princesa Caroline de Mônaco. Tenta, porém, aproximar a hipótese em análise pelo Supremo Tribunal Federal ao famoso caso dos “Soldados Assassinos” apreciado pelo Tribunal alemão, por seu segundo senado, em 10 de outubro de 1995, para mencionar que havia demanda relacionada aos exageros cometidos pela sociedade alemã, no uso da liberdade de expressão do pensamento, em ostentar faixas em áreas públicas, além do envio de carta a jornal e distribuição de panfletos chamando os militares de assassinos. Ocorre que não houve pronunciamento do Tribunal constitucional sobre o mérito das demandas, remetendo-as de volta aos tribunais locais de origem para que investigassem a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão. Embora o ministro transcreva trecho do julgado, fazendo distinção entre a crítica e a ofensa, não há aproximação da situação fática e do arcabouço jurídico realizado pelos julgadores, de modo a perceber-se um diálogo mediador entre as hipóteses alemã e brasileira. O exemplo serve apenas como ilustração, sem qualquer pretensão integracionista.

O plenário do Supremo Tribunal Federal deparou-se, em 10 de dezembro de 2009, com a Reclamação 9428/DF promovida pelo jornal *O Estado de São Paulo* contra decisão da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios julgando-se incompetente para apreciação de causa, com reconhecimento de conexão em favor de juízo federal no Estado do Maranhão, mas mantendo decisão originária e obstativa de veiculação de dados sigilosos do autor da ação inibitória – Fernando Sarney – e sob investigação policial com decreto judicial de sigilo. O fundamento do jornal *Estadão* tem por base o afastamento da lei de imprensa (Lei 5.250/67) pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADPF 130/DF; a Reclamação 9428/DF foi distribuída à relatoria do ministro Cezar Peluso e teve acórdão publicado em 25/06/2010.

O enfrentamento da reclamação iniciou-se pela análise de seus pressupostos de admissibilidade, visto tratar-se de instrumento excepcional de provocação da

Corte, além de delinear a necessária apreciação do caso sob o prisma da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.⁶⁷ O Tribunal, por maioria e seguindo o voto do relator, entendeu pela extinção do processo sem apreciação de mérito, por visualizar incabível na espécie o manejo da reclamação, uma vez que a decisão impugnada não tinha o condão de afrontar a decisão extraída da ADPF 130/DF.

Nos votos divergentes dos ministros Ayres Britto e Celso de Mello – acompanhados pela ministra Cármen Lúcia – há menções a Direito internacional, uma vez mais tomados os documentos e julgados a título exclusivo de ilustração das teses desenvolvidas pelos julgadores, sem qualquer propósito dialógico, sem sequer estabelecer-se mínima possibilidade de ação comunicativa entre as categorias do *ego* e do *alter*. O ministro Ayres Britto apenas cita o Caso Spiegel assentando que houve determinação da Corte alemã em favor da precedência do direito à imprensa; no mais, menciona *en passant* o caso analisado pela Suprema Corte Norte-Americana em torno do *The New York Times versus Sullivan*, ao lado de referir-se ao pronunciamento do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., em 1919, no julgamento do caso *Shenck versus United States*. O ministro Celso de Mello elenca os mesmos precedentes aludidos no AI 690841 AgR/SP, AI 705630 AgR/SC e AI 675276 AgR/RJ já aqui noticiados.

Percebe-se, uma vez mais, o distanciamento das referências utilizadas com as hipóteses fáticas sob avaliação; a propósito, o caso *The New York Times versus Sullivan* data de 1964 (376 EUA 254) e ensejou a elaboração de tese segundo a qual é preciso restar demonstrada a presença do dolo específico (*animus injuriandi* ou *diffamandi* ou *caluniandi*) para que se configure uma conduta ilícita do agente/meio de comunicação quando da divulgação de dados de pessoas públicas. O caso *Shenck versus United States* (249 EUA 47) versava sobre projeto de lei de espionagem, entendendo-se à época que o réu – Shenck – não detinha em seu favor o direito de expressão contrária à lei no período da primeira guerra mundial. Vê-se, pois, que não há qualquer liame entre os elementos tomados

⁶⁷ Dispõe o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal brasileira: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

para julgamento, afastando-se o Tribunal brasileiro dos modelos propostos em favor do diálogo entre juízes.

O plenário do Supremo Tribunal Federal assentou em 17 de junho de 2009 a não recepção do Decreto-Lei 972/69, especialmente seu art. 4º, inciso V⁶⁸, pela ordem constitucional de 1988, afastando, assim, a necessidade de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. A questão chegou ao Judiciário pela via de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, que teve o pleito acolhido em primeira instância, mas a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No Supremo, o caso foi veiculado por meio do RE 511961/SP, distribuído à relatoria do ministro Gilmar Mendes e com acórdão publicado em 13 de novembro de 2009.

As teses lançadas eram, em síntese, de um lado a violação a direitos humanos protegidos pelo Pacto de San José da Costa da Rica, notadamente pelo seu art. 13 (li-

berdade de expressão),⁶⁹ e, de outro lado, a infringência ao art. 5º, incisos IX⁷⁰ e XIII⁷¹, da Constituição Federal, e,

⁶⁸ Art. 4º O exercício da profissão de Jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: I - prova de nacionalidade brasileira; II - folha corrida; III - carteira profissional; IV - (Revogado pela Lei nº 6.612, de 7-12-78); V - diploma de curso superior de Jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério de Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de "a" a "g" no artigo 6º.

⁶⁹ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão:

§1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

§2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

§3. O respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
§4. A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

§5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. §6. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

§7. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

⁷⁰ Art. 5º. Inciso IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁷¹ Art. 5º. Inciso XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

ainda, ao art. 220⁷², também do texto constitucional brasileiro. O relator, após longa análise acerca da proporcionalidade da medida legislativa, restringindo a liberdade de expressão do pensamento pela exigência de curso superior, sinalizou para sua desnecessidade, segundo leitura do art. 5º, inciso XIII. O ponto fundamental foi a falta de lesividade à segurança e saúde coletiva pelo exercício do jornalismo; para o ministro Gilmar Mendes, os riscos nesse sentido não decorreriam da natureza da atividade do jornalismo.

Após extensa análise do tema à luz dos dispositivos constitucionais, o relator trouxe consulta formulada pelo Governo da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷³ também acerca da necessidade de diploma em Jornalismo para o exercício da profissão. Segundo o voto do relator, em 13 de novembro de 1985, a Corte proferiu decisão no sentido de que a exigência de diploma universitário e da inscrição em ordem profissional viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷⁴ Sob esse aspecto, ressalte-se que há transcrição de vários capítulos da decisão da CIDH, o que reforça o caráter ilustrativo do direito supranacional no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem que

haja preocupação ou disponibilidade de estabelecer-se interlocução com essa esfera do Direito.

Nesse caso, inclusive, há omissão evidente no julgado; uma das balizas a serem testadas era a violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a (in)compatibilização do diploma legal com esse dispositivo supranacional que, aliás, fora recepcionado pelo ordenamento interno. Entretanto, não se fez tal análise em qualquer dos votos, seja do relator, seja dos ministros que votaram em seguida.⁷⁵ A apreciação limitou-se ao caso provocado pelo Governo da Costa Rica que, embora em tudo similar ao brasileiro, contém nuances próprias e que talvez reclamasse no mínimo avaliação comparativa.

Também no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal enfrentou outro caso de grande repercussão relativo à liberdade de imprensa. Trata-se da ADPF 130/DF,⁷⁶ relator o ministro Ayres Britto, oportunidade em que foi considerada não recepcionada a Lei 5.250/67, a chamada “Lei de imprensa” por incompatibilidade material com a atual Constituição da República. A ADPF foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT visando à declaração de que determinados dispositivos da lei não foram recebidos pela ordem constitucional vigente e outros não prescindem de interpretação conforme a Constituição.

Para os limites impostos por este estudo, vale registrar que o relator inicia seu voto *anunciando* breve estudo de direito comparado acerca da liberdade de expressão do pensamento; pontua sobre o ordenamento jurídico-constitucional norte-americano, mencionando a primeira emenda à Constituição⁷⁷ em que consta norma proibitiva de qualquer cerceamento à liberdade de pala-

⁷² Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

⁷³ Por meio de comunicação datada de 8 jul 1985.

⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 40-41.

⁷⁵ Apenas o ministro Marco Aurélio apresentou divergência ao voto do relator.

⁷⁶ O julgamento ocorreu em 30 abr. 2009, mas o acórdão só foi publicado em 06/11/2009. Este o resultado final: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido, vencidos, em parte, os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o julgavam improcedente quanto aos arts. 1º, par. 1º; 2º, caput; 14; 16; e 20/222, todos da Lei 5.250/67; o ministro Gilmar Mendes, que julgava improcedente o pedido quanto aos artsº 29 a 36 da mesma Lei; e vencido integralmente o ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido totalmente improcedente.

⁷⁷ Texto da Primeira Emenda à Constituição norte-americana: “O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem petições ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.” (Fonte: , tradução nossa).

vra ou de imprensa. Mais à frente, já no item 41 de seu voto, o ministro relator registra, em caráter exemplificativo, o art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976.⁷⁸ Nada mais que isso.

Em voto-vista, o ministro Menezes Direito, após referenciar Ronald Dworkin, alude ao Pacto de San José da Costa Rica; mais adiante, o julgador traz a contribuição de Owen Fiss, revelando parte da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre liberdade de imprensa. Sob esse prisma, o ministro Menezes Direito faz análise de julgados de 1907 (*Patterson versus Colorado*), 1919 (*Abrams versus United States*) e 1927 (*Whitney versus California*), para então reportar-se a caso mais recente, de maio de 2008, relativo à pornografia infantil (*United States versus Williams*). É também o ministro Direito que faz alusão a decisões do Conselho Constitucional francês, datadas de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000, estabelecendo a visão daquela Corte em torno da ideia de que a “liberdade de imprensa é condição de outras liberdades”. Por fim, o ministro refere-se ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem,⁷⁹ fundamento da decisão prolatada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Colombani*, de 25 de junho de 2002, em que teria sido firmada a ideia de que “delito de ofensa pela imprensa a um chefe de estado estrangeiro constitui um atentado injustificado à liberdade de expressão”.

Em voto bem sintético, o ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator em favor do banimento integral da lei de imprensa. Ao tentar aproximar o momento político-institucional do Brasil aos países em que se possa considerar sedimentado o regime democrático, simplificou:

“[...] nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália,

sem que seja submetida a qualquer disciplina legal”⁸⁰

A premissa de que parte o julgador já pronuncia o distanciamento entre os sistemas em comparação, o que estaria a exigir a utilização de instrumentos procedimentais de aproximação, seja pelo iter do transconstitucionalismo de Neves (2009), seja pelas nuvens ordenadas de Delmas-Marty (2006), apenas para citar os modelos aqui analisados.

O ministro Celso de Mello iniciou seu voto referindo-se à Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão, na Cidade do México, em 1994, ocasião em que foi elaborada a Declaração de Chapultepec, verda-

⁷⁸ Artigo 37º Liberdade de expressão e informação 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

⁸⁰ O contraponto a esse argumento é oferecido pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADPF aqui analisado, quando afirmou categoricamente: “Ressalto, neste ponto, que é extremamente falacioso o argumento, não raras vezes utilizado, de que, em países de democracia desenvolvida, não há leis de imprensa ou de regulação da atividade de imprensa”. A seguir, apresenta pesquisa feia em torno de ordenamentos em que há essa regulação, elencando os seguintes países: Espanha, Portugal, México, Reino Unido, França, Chile, Peru, Uruguai e Alemanha. Mais à frente, durante intenso debate sobre o direito de resposta, entre vários ministros, ao final da sessão de julgamento, o ministro Ayres Britto acrescentou os casos do Canadá, Itália e Suécia.

deira Carta de Princípios.⁸¹ Observa-se, contudo, que nenhuma menção é feita à vinculação do Brasil a esse conjunto normativo, sequer havendo registro em torno da participação do país no evento.⁸² Em seguida, o ministro

⁸¹ A Carta foi elaborada por 100 especialistas a pedido da Sociedade Interamericana de Imprensa; está assim redigida: “Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. Porque temos consciência dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade, subscrevemos esta declaração com os seguintes princípios:

I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II – Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.

III – As autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação.

IV – O assassinato, o terrorismo, o seqüestro, as pressões, a intimidação, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Esses atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente.

V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam.

VII – As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas.

VIII – A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias.

IX – A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga.

X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.”

⁸² A Declaração foi subscrita pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 1996, e pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2006.

retoma os precedentes nos julgados já aqui analisados,⁸³ para ainda citar o caso *Virginia versus Black et al*, de 07 de abril de 2003, em que se decidiu configurar como delito o ato de queimar uma cruz. Ao final, o ministro Celso de Mello aborda o tema do direito de resposta, reputando-o como “uma justa preocupação da comunidade internacional”, fazendo alusão ao art. 14⁸⁴ do Pacto de San José da Costa Rica, ao lado de mencionar a Opinião Consultiva 7/86 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela qual se reconhece o direito de resposta independentemente de regramento normativo. Refere-se, ainda, a países – EUA e Argentina – que não estabeleceram qualquer tipo de regulação legislativa quanto ao direito de resposta, merecendo atenção a informação lançada anteriormente na nota de pé de página 36.

O último voto proferido nesse julgamento é do ministro Gilmar Mendes que trouxe vasta colaboração de direito comparado, sempre a título ilustrativo. Inicia pela menção à Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, fazendo breve recuperação dos ordenamentos locais das treze colônias inglesas e traçando paralelo entre os ordenamentos norte-americano e alemão. Mais centrado na evolução jurisprudencial alemã sobre liberdade de expressão do pensamento, o ministro cita os casos emblemáticos *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198), *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113), *Mephisto* (BVerfGE 30, 173) e *Lebach* (BVerfGE 35, 202).⁸⁵ Merece destaque a aproximação que o ministro Gilmar Mendes faz da Constituição brasileira de 1988 com a Constituição alemã, quando conclui que o texto brasileiro “abre espaço para uma lei de imprensa”. Há, aí, um

⁸³ Ver, neste item do trabalho, acima, a análise das decisões no AI 690841 AgR/SP, AI 705630 AgR/SC e AI 675276 AgR/RJ, todos da relatoria do ministro Celso de Mello.

⁸⁴ Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

⁸⁵ Dados, respectivamente, de 15/01/1958, 25/01/1961, 24/02/1971 e 05/06/1973. Para uma visão desses casos, sugere-se a obra de SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

arremedo de análise dialógica, muito mais pela influência sofrida pelo julgador da sua formação acadêmica do que da proposta em favor da submissão ao pluralismo jurídico, mas não se pode deixar de consignar o avanço.⁸⁶

Sob esse prisma, deve-se também mencionar que ao posicionar-se pela viabilidade da existência de um regramento infraconstitucional, instaurando uma plataforma legislativa de delineamento do exercício da atividade de imprensa, o ministro Gilmar Mendes provocou largo debate com vários outros julgadores, momento em que se vê também pequeno estreitamento entre o ordenamento constitucional pátrio e o Direito internacional, podendo vislumbrar-se incipiente tentativa de fomento ao processo de internacionalização do Direito pela via da instância mediadora a ser assumida pelo Judiciário.⁸⁷

Esses os sete julgados no Supremo Tribunal Federal versando sobre liberdade de imprensa em que se veem registros de Direito internacional; como dito, não há postura de interlocução do Direito brasileiro com as demais ordens jurídicas, mesmo quando há a tomada de casos concretos ou hipótese normativo-legais apenas com o intuito de exemplificação. Não se vislumbra qualquer movimento de integração dessas ordens, ainda que a equiparação/comparação seja realizada em face do Direito produzido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, organismo a que se submete o Brasil.

⁸⁶ Nessa parte de seu voto, acentua o ministro Gilmar Mendes: “Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos de personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional [...] Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a *ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa* instituída para proteger outros princípios constitucionais [...]” (Grifos do autor).

⁸⁷ Em resposta ao ministro Ayres Britto, que indagava sobre o direito comparado utilizado, o ministro Gilmar Mendes esclarece: “O texto trata dessa visão republicana ou deliberativa democrática da liberdade de imprensa que foi construída em torno da Primeira Emenda à Constituição norte-americana, cuja expressão textual está presente no artº 220 da Constituição brasileira. Essa é a discussão que nós estamos colocando. Então, o texto está dizendo: uma lei que trate desse tema (a imprensa) não é uma lei estranha ou inconstitucional, por exemplo, quando ela tem o objetivo de reforçar a liberdade de imprensa.” (Grifos nossos). Ainda que se reconheça eventual propósito dialógico na passagem transcrita, deve ser lembrado que nos Estados Unidos, exemplo utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, não há regulação legal da imprensa, como, aliás, foi tantas vezes frisado ao longo do julgamento da ADPF 130/DF.

5 Conclusão

A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal em torno do tema da liberdade de imprensa, conforme proposta deste estudo, mostra com nitidez a ausência de vocação para a interlocução com o Direito produzido para além do território brasileiro. Evidencia-se, como anunciado no início deste trabalho, o anacronismo da jurisprudência brasileira diante de um mundo não mais retratado por muros delimitadores de sistemas sem potencialidade comunicativa. Concretiza-se a profecia da professora francesa Laurence Burgorgue-Larsen⁸⁸: “Ora, hoje em dia, apegar-se a um olhar nacional do direito - que pode esconder um olhar nacionalista do direito - é algo sem sentido”.

É preciso observar que o rompimento das fronteiras territoriais leva necessariamente à derrubada em escala das fronteiras culturais, linguísticas e sociais. Esse processo exige abertura para o diálogo em sua mais ampla possibilidade multidimensional. No entanto, como visto, os julgados no âmbito da jurisprudência brasileira nem de longe acompanham esse projeto. Contrariamente, o Supremo Tribunal mantém-se fiel exclusivamente ao Direito edificado pelas instâncias públicas, oficiais e territorialmente limitadas. No mais das vezes - em sua quase totalidade - o direito do *outro* mantém-se infenso aos valores brasileiros e vice-versa. O direito do *alter* serve apenas como exemplo distante, descontextualizado no tempo e no espaço.

Essa resistência põe o Brasil distante da realidade mundial globalizada, transnacionalizada, em atraso com as exigências da pós-modernidade. Como em tantas outras situações em que o país resistiu aos movimentos progressistas, o preço a ser pago no futuro não será pequeno.

É preciso observar que o país firmou compromisso, mesmo na órbita interna, de promover a integração da comunidade latino-americana de nações, postando essa promessa como princípio de índole constitucional e

⁸⁸ LARSEN-BURGORGUE, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes*: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do Conselho de Estado da França. Revista Prismas, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1145/989>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

regente de suas relações internacionais, segundo dicção do parágrafo único do art. 4º de sua Constituição Federal.⁸⁹

Essa integração, a toda evidência, não prescinde da construção jurídica. Nessa perspectiva, a contribuição dos juízes pode ser decisiva, para além de entremostar-se exigível. O primeiro passo a ser dado é participar do movimento de comércio de juízes pertencentes à “comunidade latino-americana de nações”. Tal não pode ser feito apenas com o intuito de promover exemplos e ilustrações tendo como objeto o Direito estrangeiro, mas abrir-se para o *reconhecimento* desse Direito e sua aptidão para construir e reconstruir o Direito comunitário, trans e supranacional.

A abertura para o diálogo não só propiciará a integração, demanda inerente ao processo de globalização, como evitará a alienação do país em relação aos movimentos em prol da sedimentação dos direitos humanos. Poderemos, por exemplo, não mais sofrer retaliações da comunidade internacional; poderemos participar ativamente da edição de novos produtos normativos vigentes sobre todas as nações componentes da comunidade latino-americana. Poderemos, por fim, deixar de ser compelidos pelos *outros* – e só por eles, sem a nossa condição de partícipes – a edificarmos normas internas que nos façam mais próximos da mentalidade mundial, a exemplo do que ocorreu com a edição da chamada “Lei Maria da Penha”.

O primeiro passo, ainda que tardio, precisa ser dado, sob pena de estarmos a reboque do *outro*, sem conhecê-lo, sem reconhecê-lo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli; Sérgio Sérvulo da Cunha (Rev. Tec.). 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LARSEN-BURGORGUE, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do Conselho de Estado da França*. Revista Prismas, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1145/989>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

MORO, Sérgio Frenando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Marcelo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 15 abr. 2012

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *Interações Transjudiciais e Transjudicialismo. Sobre a linguagem irônica no direito internacional*, neste livro

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões; Alvaro de Vita (Rev. tec.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann; Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012.

TEUBNER, G; FISCHER-LESCANO, A. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law. In: *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 999-1046.

⁸⁹ Dispõe o art. 4º, parágrafo único, da Constituição de 1988: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

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

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Do império da lei à lei do império: quem governa o direito?

From the rule of law to the law of the empire: who rules the law?

Aléssia Barroso Lima Brito
Campos Chevitaresh

Do império da lei à lei do império: quem governa o direito?

From the rule of law to the law of the empire: who rules the law?

Aléssia Barroso Lima Brito
Campos Chevitarese¹

Resumo

O presente artigo é desenvolvido a partir do seguinte questionamento central: como pensar a validade e a legitimidade do Direito atual com fundamento no modelo normativista? O positivismo jurídico cumpre a tarefa de apresentar a regra de ouro do Direito, como julgamento hipotético. Contudo, na atualidade, o positivismo, enquanto ferramenta normativa para a compreensão da prática real, não é um modelo que atende ao processo de criação e aplicação do Direito. A estrutura de hierarquia normativa representa um conservadorismo aquém do processo de interação e dinamismo da presente era da globalização. A ordem normativa escalonada não governa em absoluto o Direito. É necessário refletir, através de critérios democráticos, sobre o *law making* para a aldeia global. Nesse sentido, utiliza-se como metodologia do trabalho uma reflexão analítico-descritiva, fundamentada em quatro eixos estruturais (Teórico-substantivo, Normativo, Social e Institucional), que representam as transformações do Direito na atualidade.

Palavras-chave: Positivismo. Sociedade complexa. Legitimidade. Validade.

Abstract

This article is developed from the following central question: how to think about the validity and legitimacy of the current Law based on the normative model? Legal Positivism fulfills its task of presenting the golden rule of Law, as a hypothetical judgment. However, nowadays, the normative hierarchy structure, as a tool for understanding the actual practice, is not a model that satisfies the process of creating and applying the Law. This structure is not compatible with the interactive process and dynamics of the present globalization age. The normative order does not govern the Law completely. It is necessary to reflect, through democratic criteria, on the law making for the 'global village'. In this sense, it is used an analytic-descriptive reflection methodology, based on four structural axes (Theoretical and substantive, Regulatory, Institutional and Social) that represent the transformations of Law today.

Keywords: Positivism. Complex society. Legitimacy. Validity.

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Advogada e Professora Universitária. Doutoranda e Mestre em Direito no Centro Universitário de Brasília- UniCEUB/DF. Especialista em Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. Graduada em Direito pela Universidade Mineira de Educação e Cultura – FUMEC/MG. Email: alessia.chevitarese@uniceub.br, alessiachevita@gmail.com

1 Introdução

O cenário jurídico, na era do pluralismo, construído a partir do domínio da incerteza, do flexível e do moldável, desafia a construção de uma ordem normativa perante a aparente proliferação anárquica das regras de direito. *Fatta la legge, trovato l'inganno*.²

Verifica-se que a alomorfia jurídica, isto é, o processo de transformação do Direito, é decorrente em um primeiro momento da modernização das sociedades. O conceito sociológico de modernização baseia-se na evolução dos séculos XVIII e XIX. Trata-se do processo de transformação de uma sociedade tradicional para uma 'moderna'. Em uma esfera mais empírica, o processo de modernização pode ser identificado em termos de expansão industrial e econômica da sociedade.³

As transformações advindas da industrialização e da complexidade social representam também uma modificação do papel do Estado. Nesse sentido, a atuação do Estado cresceu para além de sua função protetora, tornando-se o centro regulador da economia. Para tanto, fez-se necessário um complexo sistema normativo que lhe permitiu organizar a máquina administrativa e criar um sistema de estímulos e subsídios. Da sanção negativa (de proibição), foram adotadas também as sanções positivas (de encorajamento). "A sanção não constitui apenas ameaça, mas também promessa".⁴

As alterações sociais e a própria conformação do Direito é um processo dinâmico e contínuo. Sob esse aspecto, o fator de modernização da sociedade é um precursor da globalização. De fato, a globalização não é um fenômeno inédito. Contudo, a racionalidade advinda da globalização na vigência do século XX instaura a reflexão diante dos seguintes cenários: i) a perda da centralidade do Estado-nação como medida privilegiada e exclusiva de gestão econômica; ii) a desmaterialização da moeda convertida em informação eletrônica; iii) a regras flexíveis da *Lex Mercatoria* no lugar das normas de direito positivo.⁵ Do *pacta sunt servanda* para a *rebus sic stantibus*; iv) o declínio do dogmático e império da economia glo-

balizada; e v) a emergência de mecanismos normativos fundamentados menos em sanção e mais em negociação.

Assim, diante do contexto estrutural da sociedade global, é importante pensar qual o papel das instituições face à globalização, a começar pelo Direito. O processo de formação do Direito hoje deve ser compreendido para além das fronteiras herméticas da dogmática jurídica. Verifica-se uma preocupação renovada com a unidade, a validade e a legitimidade da nova ordem normativa. De fato, quem governa o Direito? Com que legitimidade?

Referidos questionamentos serão analisados a partir de uma reflexão analítico-descritiva, desenvolvida por meio de uma racionalidade crítica, fundamentada nos quatro eixos estruturais que representam as transformações do Direito na atualidade. A metamorfose jurídica na presente era da globalização perpassa quatro esferas:

- i) Teórico-substantiva;
- ii) Normativa;
- iii) Institucional; e
- iv) Sociocultural.

Esses recortes serão utilizados para a análise da alomorfia do direito que aparenta modificar-se a partir do império da Lei (Normativismo) para a Lei do Império que constitui a 'aldeia global'. O propósito do artigo é discutir certos fundamentos teóricos do sistema jurídico na atualidade. O artigo sugere elementos para uma reflexão sobre o processo de alteração do direito, sobretudo, diante da metamorfose no cenário jurídico institucional e social.

Há diferentes propostas para explicar o sistema jurídico, considerando a complexidade das interações possíveis entre as normas jurídicas. Nesse sentido, o artigo é dividido em quatro partes. Na primeira parte apresenta-se a alomorfia teórico-substantiva. A teoria do direito enquanto ordem normativa está configurada em um modelo hierárquico estratificado de normas. Contudo, essa estrutura normativista não é suficiente para compreender o direito na atualidade. Há que se refletir sobre uma estrutura mais interativa do processo de criação do próprio direito (*Law making*).

Em uma segunda parte do artigo, será analisada a própria alteração normativa do direito, de uma condição coercitiva para um instrumento de mediação. Sob esse aspecto, é preciso desconstruir os pressupostos dogmá-

² Brocardo Italiano.

³ CLARKE, Paul Barry; FOWERAKER, Joe. *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

⁴ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ticos do fundamento da autoridade e validade do direito a partir do critério de refutabilidade. No processo de desestruturação da dogmática normativista, faz-se necessário apresentar uma proposta de modelo estrutural para a sociedade complexa. O direito como um sistema auto-poietico pode ser uma proposta enquanto teoria, mas que necessita de ajustes em seu aspecto empírico. Essa constatação é o objeto de análise na terceira parte do artigo.

Na quarta parte, será apresentada a alomorfia social e institucional que compreende o contexto de uma sociedade plural rumo a uma democracia global. E, nesse sentido, verificar na atualidade quem governa o Direito.

2 Alomorfia teórico-substantiva: hierarquia x interação

Creonte: Ora, é impossível conhecer a alma, o sentir e o pensar de quem quer que seja se não o virmos agir com autoridade aplicando as leis. Em minha opinião, aquele que, como soberano de um Estado, não se inclina para as melhores decisões, e se abstém de falar, cedendo a qualquer temor, é um miserável! Quem preza a um amigo mais do que à própria Pátria, esse merece desprezo!⁶

O argumento de Creonte sobre a justificativa da autoridade da sua lei 'terrena' demonstra o sentimento de ser a lei criada pelo Estado, uma espécie de decisão suprema e legítima da representação da ordem e harmonia social. Ocorre que, o direito, na atualidade, não tem no Estado o seu único autor decisional dos problemas da sociedade complexa e plural. A alomorfia da legitimidade soberana do Estado impacta na revisão teórico-substantiva do modelo normativista de hierarquia.

Nesse sentido, a configuração atual do cenário político, econômico, social e jurídico, sobretudo na esfera internacional, sugere a seguinte indagação: Como pensar a validade e a legitimidade no âmbito atual do direito a partir do método positivista? Para analisar o tema, é importante tecer certos comentários sobre o positivismo jurídico enquanto método de compreensão da ordem normativa, para, em seguida, analisar algumas dificuldades contidas nas ideias de validade e legitimidade inseridas na lógica positivista.

⁶ SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J. B. de Mello e Souza. S. l.: E-bookBrasil.com, 2005.

- a) Positivismo jurídico enquanto método de compreensão da ordem normativa

O positivismo jurídico⁷ surge do esforço de transformar o juízo de validade do direito em uma ciência avaliativa⁸ pautada no juízo de fato (tomada de conhecimento da realidade), afastada do juízo de valor (tomada de posição frente à realidade). Sob esse aspecto, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos fundamentais, conforme quadro a seguir.

Quadro 1 - Características fundamentais do positivismo jurídico

Fundamento	Característica
Formalismo Jurídico	A validade do direito (o formalismo jurídico) se fundamenta unicamente à sua estrutura formal (exterior) prescindindo do seu conteúdo. 'A afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação de seu valor'.
Teoria da coatividade do direito	As normas estatais são feitas a valer por meio da força.
Teoria da legislação como fonte preeminente do direito	No que concerne às fontes do direito, vigora a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, isto é, 'considera do direito <i>sub specie legis</i> ,
Teoria imperativista do direito	Teoria imperativista do direito, ou teoria da norma jurídica que tem a norma como 'comando'.

⁷ Importa destacar que o presente artigo não intenta uma análise histórica do positivismo, mas sim destacar a análise do método positivista para a compreensão do Direito, sobretudo, a partir de Kelsen.

⁸ "Em geral, a Teoria Pura insiste em que a tarefa classificatória de uma Ciência Normativa do Direito seja realizada com elementos extraídos do próprio Direito e em que se deve tomar cuidado ao se definir ou analisar conceitos jurídicos, para evitar o uso de elementos morais, políticos ou ideológicos que não são, nas palavras de Kelsen, 'parte do material jurídico' HART, H. Visita a Kelsen. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 64, p. 164, 2005.

Fundamento	Característica
Teoria do ordenamento jurídico	Teoria da coerência (não há simultaneamente duas normas antinômicas) e completude do ordenamento jurídico (não há lacunas no direito).
Teoria da interpretação mecanicista	Na atividade do jurista deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.
Teoria da obediência	Sintetizada no aforismo 'lei é lei'.

Fonte: elaborada pela autora a partir de BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131 – 134.

Dentre os vários positivistas, destaca-se o normativismo kelseniano, sobretudo pela sua influência no Direito continental e o positivismo de Hart, fundado na regra de reconhecimento, que muito marcou o Direito nos países anglo-saxões.

Para o positivismo kelseniano, qualquer vínculo social é um laço essencialmente normativo.⁹ O Estado enquanto personificação do Direito é o tecido que impõe aos indivíduos a adoção de um dado comportamento lícito, como também, estabelece as consequências de um ato ilícito. O ilícito não é negação, mas pressuposto do Direito. Não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um algo que está dentro do Direito e é por ele determinado.¹⁰ Na 'teoria pura do direito', 'dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica.'¹¹

⁹ Como Hans Kelsen e Hersch Lauterpacht afirmaram, não existe um *outside-of-law*. Se toda lei é uma "política", é igualmente verdade que toda a política pode se tornar conhecida, e eficaz, apenas como "lei", incluindo, acima de tudo uma lei que libera alguns atores para decidir de acordo com suas preferências. A questão não é se deve ou não ir pela lei, mas por qual lei. É por isso que a suposição de que pode haver uma esfera de "puro" *non-law* (de política, economia, estratégia, etc) é ideológica. KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 80.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36.

O fundamento de validade e unidade da ordem jurídica para Kelsen está no sistema hierárquico de regras. Para esse modelo, a unidade do sistema decorre do princípio que o fundamenta, a norma hipotética.¹² A norma hipotética fundamental¹³ é a instauração da criação jurídica e pode ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo. É o ponto de partida do processo da criação do Direito positivo.¹⁴

A norma fundamental é uma pressuposição lógico-transcendental. Não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A função da norma fundamental é fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo. A validade do ordenamento jurídico se expressa na norma que é vinculativa, uma vez que o indivíduo deve se conduzir do modo prescrito pela norma.¹⁵

Já o critério de legitimidade tem sua força na cientificidade do Direito, cuja objetividade decorre, sobretudo, da hierarquia na ordem jurídica. A legitimidade é o princípio de que a 'norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado

¹² Sob esse aspecto, cumpre recordar a crítica de Verdross: "Mas qual regra constitui a cimeira deste edifício? É evidente que não pode ser igualmente uma norma jurídica, se chamar normas jurídicas as regras que derivam de uma vontade jurídica. De qual outra natureza é, por conseguinte a norma suprema da hierarquia das normas jurídicas?" VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international. Recueil des cours*, v. 16, p. 247-323, 1927. p. 26

¹³ Bobbio sobre a norma hipotética fundamental: "Mal alguém pode perguntar: E a norma fundamental sobre o que é que se funda? Grande parte da hostilidade à admissão da norma fundamental deriva da objeção formulada a tal pergunta. Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que por sua vez, não são deduzíveis". BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 62.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁵ A norma hipotética não é uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico: Não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de outra norma desta ordem jurídica.¹⁶

De fato, a construção escalonada do ordenamento jurídico apresenta uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Na estrutura hierarquizada é possível verificar duas expressões características da linguagem jurídica: poder (produção jurídica) e dever (execução,¹⁷ cumprimento).¹⁸

A dualidade direito e dever possui um aspecto de relevo para o normativismo, uma vez que a ordem jurídica determina o que a conduta dos homens deve ser. É um sistema de normas, uma ordem normativa.¹⁹ Trata-se de uma realidade específica que afasta a compreensão do direito como “um produto da justiça, como o filho humano de um protetor divino”.²⁰

O conceito de Direito de Hart influenciou fortemente os sistemas jurídicos da *Common Law*. A diferença fundamental entre Hart e Kelsen está em que Hart acrescenta a ideia de norma de reconhecimento para determinar a validade jurídica da norma. A norma de reconhecimento²¹ e a validade jurídica de acordo com o método analítico de Hart fundamentam-se nas normas primárias (comportamentais) e normas secundárias (estabelecem

formas válidas para modificação das normas primárias). Assim, em um sistema jurídico moderno (existência de várias fontes do direito), a norma de reconhecimento é ‘a norma última’ (*ultimate rule*), isto é, estabelece critérios para avaliar a validade de outras normas no sistema. As normas consuetudinárias podem perder a condição de direito por força de uma lei aprovada pelo Parlamento.²²

Nos fundamentos de um sistema jurídico, há muitos pontos obscuros referentes à noção de validade jurídica que podem ser elucidados se compreende o emprego da norma de reconhecimento. Uma norma pode ser identificada como válida quando se reconhece que ela satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento.²³

Verifica-se que o conceito de validade de uma norma para Hart está diretamente condicionado à necessidade de aceitação oficial e unificado da norma de reconhecimento que contém os critérios de análise de um sistema. A norma de reconhecimento deve ser entendida como um padrão público e comum principalmente no que concerne a decisão do magistrado e, não como algo a que cada um obedece em caráter pessoal.²⁴ Nesse sentido, a vida do Direito consiste, em grande parte, em orientar tanto

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.146.

¹⁷ “O princípio constitucional da legalidade da execução não significa apenas que todo ato de execução deva ser conforme uma lei, mas essencialmente que só pode haver ato de execução com base numa lei, autorizado por uma lei”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 136.

¹⁸ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁰ A teoria pura do direito insiste numa distinção clara entre o direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. Ela vê o Direito não como uma autoridade supra-humana, mas como uma técnica social específica baseada na experiência humana; a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do Direito. KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²¹ Norma de reconhecimento (*ultimate rule*): Não existe outra norma que forneça critérios para a avaliação de sua própria validade jurídica. Sua validade não é demonstrada, mas presumida. Trata-se de um pressuposto. Sua existência é uma questão de fato. HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

²² Contudo, elas devem sua condição de direito (por mais precária que seja) não ao exercício tácito do Poder Legislativo, mas à aceitação de uma norma de reconhecimento que lhes confere esse posto independente, embora subordinado. Ex.: *O common Law* (costume e precedente) se subordina à lei positiva (*statute*).

²³ HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

²⁴ “As leis atuam em suas vidas não apenas como hábitos ou como instrumentos para que elas possam prever as decisões dos tribunais ou dos atos de outras autoridades, mas como padrões jurídicos aceitos de conduta. Isto é, as pessoas não apenas agem com razoável regularidade da forma exigida pelo direito, mas consideram-no um padrão jurídico de comportamento, referindo-se a ele ao criticar outras pessoas, justificar suas exigências ou aceitar críticas e exigências feitas por outros. Ao usarem as normas jurídicas dessa maneira normativas, as pessoas indubitavelmente presumem que os tribunais e outras autoridades continuarão a proferir decisões e a atuar de forma regular e, portanto, previsível, conforme as normas do sistema; mas é certamente um fato observável da vida social que as pessoas não se limitam ao ponto de vista externo, registrando e prevendo as decisões dos tribunais ou a incidência provável de sanções. Em lugar disso, expressam continuamente, em linguagem normativa, sua aceitação compartilhada do direito como uma orientação para o comportamento” HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 179.

as autoridades quanto os indivíduos por meio de normas precisas, que não exijam uma nova decisão a cada caso.²⁵

A dimensão de validade do Direito contida em uma ordem normativa pode suscitar o ‘vício do formalismo’ em sua espécie mais conhecida, o conceitualismo, cuja principal característica é congelar o sentido da norma. Os termos gerais, a norma deve ter os mesmos sentidos em todos os casos, a partir dos pressupostos da certeza e da previsibilidade. E, exatamente nesse ponto, é que se verifica uma patologia no sistema jurídico, qual seja: a tarefa de emoldurar o Direito na atualidade não cabe apenas à norma hipotética universal ou à norma de reconhecimento. A incerteza da era sociedade complexa impõe ao direito a necessidade de transição. Mas para qual modelo de interação?

Em certa medida, o positivismo jurídico cumpre sua tarefa de apresentar a regra de ouro do Direito, como julgamento hipotético, qual seja: o dever ser das normas. Contudo, na atualidade, o dever ser enquanto ferramenta normativa para a compreensão da prática real não é um modelo que atende ao processo de criação e aplicação do Direito. O modelo de hierarquia normativa representa um conservadorismo aquém do processo de interação e dinamismo da era da globalização. Diante desse descompasso, como conceber a validade a legitimidade do direito para além do legado normativista?

b) O problema do sentido de validade e legitimidade na lógica positivista

A proposta de um novo modelo para compreender o Direito na atualidade deve ser empreendida a partir do problema do sentido e da análise da metodologia jurídica. O que se entende hoje por validade e legitimidade? Referido questionamento demonstra, *prima facie*, o problema da definição, presente na prática jurídica, qual seja:

i) ou o legislador ou o jurista (magistrado e doutrinador) se encarregam de definir o sentido do vocábulo que farão uso; fixam o conceito e o sentido da palavra;

ii) ou o jurista é reduzido ao papel modesto de relator (ou reproduzidor) de definição.²⁶

De fato, o Direito positivo oferece ao jurista uma série de regulamentações, de sistemas de organização política ou governamental diversas. Cabe ao jurista colocar em ordem de forma inteligível, a ordem de conhecimento, constituir um sistema – classes ou categorias de tipos tendo cada uma sua característica; sua definição constitutiva. O Direito positivo não é qualificado a fazer outra coisa a não ser essas regras para a sistematização.²⁷

Em que pese à dificuldade para se chegar a um denominador comum, acredita-se que os critérios (e não conceitos) de legitimidade e validade do Direito hoje estão diretamente relacionados com o processo de criação do próprio Direito (*Law making*) que não se resume a ordem normativa hierarquizada e, em igual medida, não se limita a uma dogmática normativa hermética. Com base nessa constatação, observa-se que na área do Direito Internacional,²⁸ a validade e legitimidade de uma ordem normativa não se limita à formação de uma constitucionalização do Direito Internacional, como uma tentativa positivista de hierarquização de normas (produto do direito), mas, sobretudo no processo de criação do direito enquanto fenômeno social complexo²⁹. O problema não está somente na formação de um modelo piramidal vertical de normas, mas sim no processo dinâmico de criação da ordem jurídica (procedimento) e também na regra do reconhecimento (*enforcement*), isto é, como reconhecer critérios legítimos e válidos de formação. Importa enfatizar que a lógica de reprodução constitucionalista do

²⁵ A história da teoria do direito é curiosa, pois costuma ignorar ou exagerar a indeterminação das normas. [...] Para evitar a oscilação entre extremos, devemos lembrar que a incapacidade humana de prever o futuro (razão da imprecisão) tem graus variáveis em diferentes campos de comportamento; e que os sistemas jurídicos suprem essa incapacidade com uma correspondente variedade de técnicas. HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 169.

²⁶ EISEMANN, Charles. *Alguns problemas de metodologia de definição e de classificação em ciência jurídica*. Mimeografado.

²⁷ EISEMANN, Charles. *Alguns problemas de metodologia de definição e de classificação em ciência jurídica*. Mimeografado.

²⁸ Para Koskenniemi, o Direito Internacional é singularmente inútil como um meio para justificar ou criticar o comportamento internacional, porque se baseia em premissas contraditórias que permanece tanto acima e ‘underlegitimizing’: é overlegitimizing quando pode ser invocada em última instância para justificar qualquer comportamento (apologia), é ‘underlegitimizing’ porque é incapaz de fornecer um argumento convincente sobre a legitimidade de qualquer prática (utopia). KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 67-84.

²⁹ Complexo, aqui aplicado no sentido de ‘interligado’, conforme Morin. MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2007.

direito doméstico na escala internacional pode acarretar também a cópia dos mesmos problemas.

Diante dessa complexidade, a validade³⁰ e legitimidade do Direito também apontam para uma necessária reflexão sobre a metodologia jurídica. Nesse sentido, o Direito como uma ‘ciência’ ideográfica,³¹ viva e dinâmica pode se tornar uma ciência nomotética?³² Como empreender o universalismo a partir do individualismo? É preciso um novo método para compreender o Direito na era da globalização?

De fato, a subsunção da norma ao caso concreto não atende à demanda jurídica concreta, afinal, qual norma, a qual órgão compete? O método positivista para compreender e conferir unidade ao Direito necessita de uma reflexão ontológica cujo cerne seja o próprio sentido do Direito na atualidade.³³

Diante do processo de alteração do sentido do direito enquanto certeza, ao direito enquanto ‘verbo problematizante’, verifica-se que a autoridade normativa estatal é reconhecida ao lado da participação de novos atores na conformação jurídica. Nesse sentido, há também que se refletir sobre a natureza ontológica da norma enquanto instrumento de coerção e também mediação. Contudo, para empreender esse desafio, o instrumento mais razoá-

vel talvez não seja dado pelo desconstrutivismo, mas sim, seja realizado por meio de um juízo de falseabilidade, como será demonstrado a seguir.

3 Alomorfia normativa: coerção x mediação. desconstrutivismo?

A alomorfia do modelo normativista remete à própria alteração normativa do Direito. O Direito atual já não se resume somente à condição coercitiva, mas apresenta-se, sobretudo como um instrumento cuja força legítima está na flexibilidade e na mediação. Sob esse aspecto é preciso desconstruir os pressupostos dogmáticos de fundamento da autoridade do Direito.

Assiste razão Derrida quando descreve os pressupostos dogmáticos da construção do Direito, quais sejam: i) o direito natural se esforça para justificar os meios pela justiça dos objetivos e; ii) o direito positivo: se esforça para garantir a justiça dos fins pela legitimidade dos meios.³⁴ Ainda quando afirma, assim como Luhmann,³⁵ que o Direito é, ao mesmo tempo, ameaçador e ameaçado por ele mesmo, Contudo, o mesmo não se pode dizer sobre a proposta de Derrida quanto ao fundamento da autoridade do Direito. Não se faz necessário um desconstrutivismo para revelar a aplicabilidade do Direito enquanto instrumento de justiça.

O ‘sofrimento da desconstrução’ é válido enquanto maneira de interrogar o Direito. Todavia, a ideia que o Direito é sempre uma força autorizada,³⁶ isto é, ao mesmo tempo a violência e poder legítimo (a autoridade justificada), parecem não se adequar à tentativa de visualizar o Direito como um instrumento dinâmico em seu aspecto aplicativo e legítimo em seu aspecto complexo de formação.

O racionalismo crítico de Karl Popper indica, *mutatis mutandis*, uma proposta mais adequada para com-

³⁰ A validade exprime uma relação de competências decisórias e não uma relação dedutiva de conteúdos gerais, para conteúdo individualizado. O princípio que guia a análise pragmática é o da interação, a relação de validade inclui também a provável reação do endereçado e desta forma, tanto o aspecto-retrato como o aspecto-cometimento. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 107.

³¹ As ‘ciências ideográficas’ são baseadas no individualismo metodológico. Parte do estudo do singular, o único, as coisas que não são recorrentes. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. (Ensaio político).

³² As ‘ciências nomotéticas’ são baseadas no coletivismo metodológico, e se preocupam em estabelecer leis gerais para fenômenos suscetíveis de serem reproduzidos. HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. (Ensaio político).

³³ O jusnaturalismo, o Juspositivismo e o realismo não explicam o moderno direito internacional. Isso não significa que os juristas devem se tornar teóricos sociais ou políticos visionários. Isso não significa também que, sem uma melhor compreensão da teoria social e princípios políticos, os juristas continuarão na prisão da irrelevância. Eles continuarão a ter um pé no pragmatismo e outro na teorização indeterminada, sem entender a relação entre os dois. KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

³⁴ DERRIDA, Jacques. *Força da lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 96.

³⁵ O Direito é um tema e um problema em si mesmo. LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

³⁶ “Uma era *to enforce the law*, que nos lembra de sempre que, se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra”. DERRIDA, Jacques. *Força da lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 17.

prender a metamorfose do Direito. Com efeito, é possível aplicar o método hipotético-dedutivo³⁷ na descoberta de novos modelos (conjecturas) que devem ser submetido a um processo de justificação (refutação).³⁸ Nesse sentido, o jurista deve ser ‘ousado nas conjecturas e rigoroso na refutação’.³⁹

O critério de falseabilidade (como um ‘desconstrutivismo racional’) apresenta uma possibilidade empírica de trabalhar na área de Direito⁴⁰ com uma estratégia metodológica diversa, na qual a pesquisa não busque confirmar as hipóteses, mas seja crítica, utilizando a refutabilidade como critério de demarcação⁴¹. Assim, uma ordem normativa ao ser instituída deve passar pelo critério de falseabilidade (verificar a sua racionalidade). O jurista seria mais legalista se o sistema legal fosse mais ‘justo’, baseado em um consenso racional e democrático (menos força e tradição). Deve-se chegar a decisões através de argumentos racionais e não pela retórica (argumento de autoridade) ou pela força.

³⁷ O método hipotético-dedutivo apresenta as seguintes características: i) existem expectativas ou conhecimento prévio; ii) surge o problema de conflitos com as expectativas ou teorias já existentes; iii) propõem-se soluções a partir de conjecturas (dedução de consequências na forma de proposições passíveis de teste); iv) falseamento (tentativa de refutação pela observação experimental ou por outros procedimentos). GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 44.

³⁸ É possível aplicar um método das Ciências Naturais (*hard sciences*) no Direito? Para Coelho: Admitida a unidade do conhecimento e do método científico – porque as ciências são uma só instituição a serviço do saber, sem prejuízo da especificidade dos objetos materiais e das perspectivas de cada ordem de indagações –, pode-se aplicar o instrumentarium das ciências da natureza às ciências sociais em geral, assim como, particularmente, tanto à teoria quanto à práxis do direito – englobadas sob o vasto rótulo de experiência jurídica. COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

³⁹ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

⁴⁰ A dicotomia entre teoria e doutrina não precisa ser particularmente preocupante. É somente quando o primeiro é experimentado como não legal, indeterminado e incompatível com a nossa experiência coletiva de vida internacional que a mudança para o pragmatismo moderno torna-se compreensível. KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 2-17.

⁴¹ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

O sistema normativo como espectro de uma conjectura, uma espécie de ‘verdade relativa’ pode ser trabalhado em termos de coerção e mediação na busca de soluções aos problemas jurídicos.

No Direito Internacional, a rigidez normativa atua ao lado da flexibilidade e, assim, a coerção atua ao lado da mediação. A emergência da *soft norm*⁴² confere característica diversa ao Direito, fundamentado em diretivas e não apenas em normas imperativas pautadas no *jus cogens*.

Sabe-se que o Direito Internacional é um sistema legal que não tem o executivo e instituições legislativas clássicas. Também carece de um sistema judiciário com uma jurisdição obrigatória para interpretar e aplicar a lei. No entanto, o sistema jurídico internacional fornece essas funções por meio de processos descentralizados e instituições. As leis internacionais são feitas pelos Estados com a assistência de organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, e até mesmo pessoas naturais. Uma vasta gama de assuntos é incluída dentro desse sistema legal, como por exemplo, a soberania dos Estados, o comércio internacional, direitos humanos, guerra, as relações diplomáticas, os mares, e tratados.⁴³

O Direito apresenta em seu contexto internacional uma face flexível que permite uma maior interação em termos estruturais, contudo, ainda não afasta, ao contrário, em certa medida fomenta o problema da legitimidade, validade e autoridade do intitulado ‘direito flexível’. Diante desse cenário: Qual o modelo estrutural normativo que melhor se adequa à sociedade complexa? No tópico a seguir, será analisado o modelo apresentado pela Teoria do Direito como um sistema autopoietico.

⁴² “O desenvolvimento das *soft norms* contribui de forma importante para a expansão do Direito Internacional. Apesar de essas normas não terem um caráter obrigatório e carecem de elementos para garantir sua execução (*enforcement*) elas têm um alto grau de aceitabilidade e desempenham um papel significativo na evolução do direito internacional”. VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 153, jul./set. 2005.

⁴³ CHARNEY, J. *Is International Law threatened by multiple international tribunals?*. p. 105-375.

4 O direito como um sistema autopoietico: uma proposta de modelo estrutural para uma sociedade complexa

Antígone: Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar, se era uma coisa pública?

Creonte: E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?

Antígone: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham a punir os deuses!⁴⁴

A audácia de Antígone em desobedecer a lei do governador, seu tio Creonte, inspira-nos a refletir hoje sobre o que 'divino' ou fundamental na sociedade. O Direito como um sistema autopoietico apresenta-se como uma proposta de modelo estrutural para a sociedade complexa, uma vez que, a exemplo da personagem Antígone, desafia o édito de certeza, objetividade e pureza contido na estrutura normativa estratificada do Juspositivismo.

A compreensão do Direito como um sistema autopoietico remonta ao paradigma da complexidade⁴⁵ como marco da teoria geral dos sistemas (TGS). A TGS parte da crítica ao sistema unificado: "uma totalidade de objetos cuja interação gera novas qualidades integrativas, ausentes das suas partes isoladas". Enquanto método de análise apresenta ainda uma crítica ao reducionismo analítico, isto é, a decomposição dos objetos a seus elementos fundamentais para estudá-los e, posteriormente promover a recomposição do todo a partir da soma ou agregação de

suas partes constituintes.⁴⁶

A TGS ao criticar o método analítico apresenta uma visão sistêmica da realidade, pautada nas seguintes constatações:

i) a realidade é complexa e integrada e não há como separar os fenômenos e as coisas entre si, nem do seu ambiente, para estudá-los, visto que todos os elementos estão interligados;

ii) a compreensão correta da realidade, dado que ela é sistêmica, somente pode ser alcançada por meio de uma abordagem complexa, pois os limites disciplinares produzem reducionismos inconsistentes com o mundo real, ao enfocar separadamente as suas diferentes dimensões e;

iii) os elementos que compõem uma realidade concreta ou abstrata possuem uma sinergia, o que significa que eles operam simultaneamente para produzir algo maior do que a soma de suas individualidades; ou seja, a teoria dos sistemas indica que 'o todo é maior do que a soma das partes'. Em síntese, o modelo de 'sistema' indica um conjunto de elementos relacionados e organizados sinergicamente com vistas a realizar um propósito.⁴⁷

A TGS enquanto componente do funcionalismo sistêmico pode ser analisada a partir de três construções teóricas:

⁴⁴ SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J. B. de Mello e Souza. S. l.: E-bookBrasil.com, 2005.

⁴⁵ 'Paradigma da complexidade': respalda-se fundamentalmente nas novas descobertas feitas nos campos da física, da química e da biologia, sobretudo com a passagem da física newtoniana para a física quântica, das descobertas da 'teoria do caos', da termodinâmica do não equilíbrio e dos novos sistemas 'autopoieticos' na biologia celular. BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1975.

⁴⁶ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1975.

⁴⁷ BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1975.

Quadro 2 - Vertentes do Funcionalismo Sistemico:

Funcionalismo sistêmico clássico (Talcott Parson)	Teoria Geral dos Sistemas: "Novo funcionalismo" (Niklas Luhmann)	"Paradigma da complexidade" (Maturana e Varela; Teubner)
Marcos e principais características		
Aplicada à Sociologia. Construção dos conceitos de função, de integração, e pela introdução da analogia dos sistemas sociais com sistemas orgânicos biológicos.	Teoria geral dos sistemas: considerado como uma unidade unificadora de todas as ciências, buscando explicitamente nas leis dos sistemas naturais as regras de funcionamento dos demais sistemas, inclusive os sociais. Surgem nas teorias sociais os conceitos ligados à cibernética.	Surge com as descobertas nos campos da: autopoiesis, teoria do caos, física quântica, estruturas dissipativas, etc. Propõem modificações nas teorias sistêmicas para incluírem com vigor decisivo, a incerteza, a indeterminação, a autoprodução e a complexidade.

Fonte: elaborada pela autora a partir de LAZARFELD, P. O Funcionalismo e a teoria geral dos sistemas. In: BIRNBAUM, P.; CHAZEL. *Teoria sociológica*. São Paulo: HUCITEC-EDUSP, 1977.

Com efeito, a introdução do conceito de *autopoiesis* nos sistemas biológicos pelos neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, apresenta-se como um marco do modelo sistêmico. A autopoiesis é a "característica de sistemas vivos de renovarem-se continuamente e regularem este processo de tal modo que a integridade de sua estrutura seja mantida."⁴⁸

O conceito de sistema autopoietico serviu de inspiração para Teubner desenvolver um modelo jurídico sistêmico. Para Teubner, o Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau. Há uma formação autorreferencial dos seus componentes sistêmicos e à articulação deles num hipercírculo. Nesse sentido, o Direito como um sistema autopoietico, apresenta quatro características básicas: autorreferência, indeterminante, autorreprodutiva e circulares.⁴⁹

Quadro 3 - Características do direito autopoietico

AUTORREFERÊNCIA: tem como principal função fazer com que o sistema jurídico se desenvolva, modifique e se reproduza a partir de seus próprios elementos, buscando suas respostas em si mesmo.
INDETERMINANTE: o próprio Direito possui a capacidade de perceber e prever sua aplicação e sua incidência, sendo assim, não se poderá encontrar tais respostas a partir da ótica de qualquer outro sistema social. A indeterminação do direito aparece diretamente relacionada com sua autonomia.
AUTORREPRODUTIVA: O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hipercírculo.
HIPERCIRCULAR: A hierarquia normativa do Direito, que se desenvolve de uma norma superior para uma norma inferior, iguale as inferiores às superiores, tendo assim o caráter circular.

Fonte: Elaborada pela autora a partir de TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

a) O conceito de autopoiesis para Teubner

A teoria de Teubner atenua a rigidez do conceito de autopoiesis, a partir de uma perspectiva gradualista,

⁴⁸ MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti, Lia Diskin. São Paulo: Pala Athenas, 2004. p. 52.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

isto é, o estágio autopoiético só é realmente alcançado nas fases mais avançadas da evolução social. A autonomia representa uma realidade gradativa, afastando-se do conceito rígido de autopoiesis proposto por Luhmann⁵⁰, a partir do qual o sistema é ou não é autopoiético. Teubner argumenta que nas sociedades modernas, frente ao incremento da complexidade da vida em sociedade, é estabelecido de formal gradual um sistema capilarizado de comunicações sociais, a partir da perspectiva de diferenciação funcional.⁵¹

A ideia de um Direito autorreferencial e não determinável pelo meio externo trabalha a imprevisibilidade no contexto de uma ordem jurídica. Assim o próprio Direito possui a capacidade de perceber e prever sua aplicação e incidência, as respostas não serão encontradas a partir da ótica de qualquer outro sistema social. A indeterminação do Direito aparece assim, diretamente relacionada com sua autonomia.⁵²

Em um ambiente normativo autorreferencial,⁵³ a hierarquia estabelece as normas superiores que legitimam as normas inferiores, transformando o Direito em

um sistema hierárquico reflexivo.⁵⁴ Esse sistema que se desenvolve de uma norma superior para uma norma inferior, possui um caráter circular. Teubner reconhece que é difícil observar como o Direito atua, utilizando somente critérios dogmáticos normativistas. A partir dessa ruptura epistemológica proposta pela matriz sistêmica, vislumbra-se um modelo hipercircular, e não mais estratificado como tradicionalmente apresentado.⁵⁵

Em que pese à importância dessa proposta inovadora, não se pode desconsiderar que o estágio autopoiético de Teubner só é plenamente alcançado quando o nível de autonomia do subsistema social permite que ele se ‘autorreproduza’ de forma hipercíclica e se ‘autodescreva’ reflexivamente. De fato, em virtude da característica autorreferente do sistema jurídico, o Direito positivo será sempre produto do próprio Direito (um Direito autoproduzido). Contudo, o Direito pode ser considerado como uma *misreading of reality*. Dessa forma, a leitura da práxis⁵⁶ pode-se converter em caos normativo, dando margem à fragmentação e insegurança jurídica.⁵⁷

b) Estrutura estratificada da norma x estrutura hipercircular

Na concepção Juspositivista kelseniana, a ordem jurídica, no limite, encontra no Estado a sustentação de sua validade. A autonomia jurídica fundamenta-se numa

⁵⁰ Teubner adota alguns dos princípios do modelo de Luhmann, avança a discussão sobre a autopoiesis do sistema jurídico e assume o desafio de aplicar a teoria sistêmica ao estudo empírico dos fenômenos jurídicos, assim definidos pelo modelo, nas sociedades contemporâneas. TEUBNER, G. *Unitas multiplex. A organização do grupo de empresas como exemplo. Revista de Direito da GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p.77-110, 2005.

⁵¹ ZYMLER, Benjamim. *Política e direito: uma visão autopoiética*. Curitiba: Juruá, 2002. p.65.

⁵² TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁵³ A autorreferência indica um paradoxo, uma vez que o sistema é capaz, ao mesmo tempo em que reproduz de forma fechada e recursiva, comunicar sobre esses mesmos elementos, seus processos e mesmo o próprio sistema, ou seja, ao mesmo tempo em que ela é aberta (cognitivamente) e fechada (operativamente). TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁵⁴ O conceito de direito reflexivo surge como a contribuição mais significativa do autor à teoria sistêmica porque, procura estabelecer as condições da comunicação sistema/ambiente, no caso concreto da interação entre sistema jurídico e subsistemas social, político e econômico. A teoria sistêmica, portanto, permite a compreensão de processos coletivos, empiricamente constatáveis, em que o centro da ação não está localizado em forças macro ou microsociológicas, mas no código sistêmico do direito. Em seu lugar, a teoria sistêmica propõe um sofisticado modelo que consegue, com rara competência, identificar movimentos especiais resultantes das “colisões” entre os subsistemas sociais: político, econômico e jurídico. ZYMLER, Benjamim. *Política e direito: uma visão autopoiética*. Curitiba: Juruá, 2002.

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁵⁶ ‘A verdade é que a teoria viveu sempre condenada a deixar à práxis jurídica a “invenção” dos padrões regulatórios. A função da teoria não se revê assim tanto na formulação de propostas específicas de regulação, mas antes na construção de visões alternativas da realidade jurídica’. TEUBNER, G. *Unitas multiplex. A organização do grupo de empresas como exemplo. Revista de Direito da GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 80, 2005.

⁵⁷ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito de Luhmann e Teubner. *Tempo social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, jun. 2006.

concepção piramidal e hierárquica, enquanto na teoria autopoietica do Direito, a validade das normas provém do respeito aos códigos de comunicação específicos. Nesse sentido, a circularidade é o elemento de validade do sistema jurídico.

Há que se reconhecer que o modelo autopoietico é mais dinâmico. As normas legais, diferentemente das concepções de Kelsen, não derivam de uma ordem legal factual nem de uma norma fundamental, mas são 'programas de condicionalidades' para a introdução no sistema dos estímulos do ambiente. Todo processo de realiza em contínua adaptação às exigências do ambiente.⁵⁸

De fato, o argumento autopoietico, no qual a capacidade regulatória do Direito deriva da incorporação da lógica do sistema econômico expressa no plano teórico uma formulação política prática. Para o Direito como um sistema autopoietico, o critério de legitimidade está no exercício de regulação da vida social que por sua vez deriva do respeito e observância dos procedimentos jurídicos.⁵⁹

A tentativa de ruptura com o Direito em sua vertente tradicional (normativista) abriu espaços para críticas ao Direito reflexivo (autopoietico), sobretudo quanto aos seus fundamentos. O radicalismo da autopoiesis está ironicamente ou, nesse caso, paradoxalmente em sua capacidade de desconstruir o sistema social em uma multiplicidade de sistemas e racionalidades.⁶⁰

O conceito de Direito reflexivo contém dois elementos mutuamente contraditórios: uma doutrina de contenção legal e a noção de que a restrição pode ser alcançada por meio do procedimento, em vez de regulação. A tese de Teubner de que as leis reflexivas se manifestam como tendência evolutiva pode ser refutada, como pode ser também a alegação de que sua tese é inferida a partir de teorias sociológicas como as de Luhmann ou Habermas. A teoria jurídica do evolucionismo é usada 'como uma máscara para a legitimação de supostas ideias progressistas'. Contudo, 'esse espectro que assombra a teoria

legal denominada de evolução pode se apresentar em diferentes formas, dependendo do tipo de argumento'. Teubner cita o trabalho de Luhmann e Habermas, sem considerar as fontes históricas em que suas teorias se baseiam e o ajuste ou falta de ajuste entre eles. A abordagem de Teubner não se preocupa em integrar essas teorias em suas essências, mas sim selecionar elementos de cada uma, guiadas por uma visão distorcida. 'De pé sobre os ombros de gigantes, ele quase não toca o chão'.⁶¹

Para além das críticas formuladas à teoria do Direito como sistema autopoietico, reconhece-se que é uma construção válida para perceber o direito na atualidade a partir de um contexto complexo. No marco da globalização, a proposta de novos modelos para a compreensão do Direito, intenta coexistir ou mesmo superar a proposta normativista de império da Lei.⁶² Assim, a finalidade última é identificar em termos sociais e institucionais quem governa o Direito e partir desse pressuposto configurar uma ordem jurídica para a unidade da aldeia global. Contudo, do império da lei na ordem estatal para a aldeia global, como garantir a unidade do Direito global e a partir de quais critérios democráticos?

5 Alomorfia social e institucional: a sociedade plural rumo a uma democracia global

Como pode uma Constituição conferir autoridade para que se diga o que é a Constituição?⁶³ A autoridade, a validade e a legitimidade do Direito não se resumem à figura do Estado, mas, sobretudo ao processo decisional das instituições que compõem o Estado. Essas instituições inseridas no contexto social representam as bases do modelo democrático na atualidade. Verifica-se que esse novo cenário representa uma alomorfia característica da sociedade plural rumo à democracia global.

⁵⁸ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito de Luhmann e Teubner. *Tempo social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, jun. 2006.

⁵⁹ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito de Luhmann e Teubner. *Tempo social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, Junho 2006.

⁶⁰ GOODRICH, Peter. Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law. *Social spistemology*, S. l., v. 13, n. 2, p. 212, 1999.

⁶¹ BLANKEBURG, Erhard. The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's case for reflexive law. *Law & Society Review*, v. 18, n. 2, p. 274, 1984.

⁶² Verifica-se a oscilação entre a universalidade potencial das redes e o sistema tradicional de pirâmides. DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?.* Paris: La Couleur des Idées, 2011. p. 19.

⁶³ HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 197.

É possível a expansão do modelo democrático radical para além das fronteiras do Estado nacional.⁶⁴ Contudo, na democracia global, qual instituição seria responsável pela tarefa de manter a compatibilidade entre as linhas de comunicação das diferentes arenas normativas? Qual o papel do Estado de Direito Democrático como instituição harmonizadora da sociedade complexa?

Os critérios necessários para a engenharia de uma democracia global devem ser construídos a partir de um entendimento sobre: qual democracia? Há uma questão normativa básica, qual seja, é importante definir o que se entende por uma “verdadeira democracia liberal.” Definir uma “verdadeira democracia liberal” parece simples, mas se os tribunais ao longo dos últimos três séculos têm se esforçado para alcançar tal definição, jogando em torno de termos como “civilizados”, “ocidental” e “da Anglo-americana herança”, como pseudossinônimos para “genuínas democracias liberais”, torna-se claro que esta definição não é tão autoevidente.⁶⁵ Questiona-se se o conceito tradicional de democracia sobreviverá à transformação da sociedade, uma vez que os temas como pluralismo constitucional, democracia participativa e governança transnacional, são discutidos a partir da perspectiva interna para o contexto internacional.⁶⁶

Em geral, as organizações internacionais são construídas sobre o pressuposto de uma aplicabilidade universal do conceito de democracia. Concepções de governança legítima são exportadas a partir da teoria democrática e são aplicadas sem investigar sistematicamente qual concepção de democracia é a norma adequada a todos.⁶⁷

Ainda, há que se verificar se a integração da cidadania democrática previamente alcançada dentro do Estado-nação pode ser efetuada em uma esfera suprana-

cional.⁶⁸ A cidadania democrática serve tanto como um ideal poderoso dentro da prática histórica dos estados, bem como, um possível rival do nacionalismo em favor dos direitos universais e soberania popular.⁶⁹

Diante desse contexto, a União Europeia (UE) representa um dos enigmas mais desafiadores para os juristas e cientistas políticos. Por muitos anos, a discussão sobre a base de sua legitimidade chegou a um impasse, preso entre duas alternativas: i) uma crítica convencional do “déficit democrático” da UE (*the input legitimacy*); e ii) *the output legitimacy*.⁷⁰

A crítica de Nickel da análise de Habermas da democracia na UE enfatiza três pontos:

i) a relação do estado-integração da multiplicidade e da localidade no passado e as tarefas de integração supranacional hoje;

ii) a retrospectiva romantizada de Habermas do Estado-nação;

iii) as contradições e as ramificações de sua continuidade sobre a história do Estado. Essas questões reforçam a visão distorcida de Habermas em crer na globalização como um processo e não como um estado final.⁷¹

O laboratório europeu demonstra que deve haver uma releitura do critério de legitimidade no marco de uma pretensa democracia global. Assim, uma opção, a fim de evitar um erro tão categórico em formular ideais politicamente significativas de legitimidade, é garantir que as categorias analíticas utilizadas não são apenas normativamente introduzidas, mas também empiricamente explicativas. Categorias normativas devem ser formuladas com vista para a conexão entre “dever” e “ser” e devem ainda refletir uma consciência de que as exigências

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. (Ensaio políticos).

⁶⁵ GLENSY, R. D. Which countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 45, p. 56.

⁶⁶ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7.

⁶⁷ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 42.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. (Ensaio políticos).

⁶⁹ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 24.

⁷⁰ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7.

⁷¹ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 29.

normativas serão convincentes na medida em que são de fato “aptas para a realidade”.⁷²

Há multiníveis de legitimidade. Nesse sentido, é inadequado avaliar a legitimidade das organizações internacionais em categorias tomadas a partir da análise do processo democrático do Estado; seria mais apropriado considerar a sua contribuição à justiça transnacional. Embora esse argumento pareça colocar a ênfase principal na justiça e minimizar a democracia, é, em última análise, orientado para explicar a relação entre democracias nacionais e justiça transnacional. A promessa normativa da democracia nacional para promover o autogoverno apenas irá sobreviver à globalização se for complementado por uma camada organizacional que promova a justiça transnacional. E, vice-versa, a justiça transnacional deve ser estabelecida com procedimentos internos de fortes mecanismos de controle.⁷³

De fato, as virtudes e os vícios do Direito Internacional não podem ser discutidos em abstrato.⁷⁴ Mas sim, analisados, sobretudo em sua esfera empírica organizacional. Uma opção, a fim de evitar um erro tão categórico em formular ideias politicamente significativas de legitimidade é garantir que as categorias analíticas utilizadas não sejam apenas normativamente introduzidas, mas também empiricamente explicativas. Categorias normativas serão convincentes na medida em que são de fato “aptas para a realidade”. Nesse sentido, o grau de abstração de uma ‘justiça’ transnacional seria apenas outra utopia sem qualquer oportunidade para ser realizada?⁷⁵

Há um profundo vínculo idealístico na concepção de uma justiça transnacional em razão da ideia de unidade normativa e do próprio sentido axiológico do termo ‘justiça’. Em verdade, verifica-se na atualidade um período de transição entre dois modelos: i) o modelo tradicional, que privilegia a política sobre o Direito, onde

cada Estado é soberano para defender sua segurança, se necessário usando a força e; ii) modelo universalista, que postula o reconhecimento dos valores universais e que privilegia a justiça sobre a política e o uso adequado da força.⁷⁶ Contudo, no que concerne à unidade do Direito e à concepção de justiça, em termos valorativos, qualquer geração de normas jurídicas poderia ser conceituada como democrática porque inclui todos os seres humanos como livres e iguais.⁷⁷

A igualdade é um princípio fundamental dos Estados democráticos. Todavia, o princípio da igualdade insculpido como pilar de democracia global demanda uma reflexão diante da sociedade complexa e plural. Arendt questiona a veracidade do princípio da igualdade, consoante o disposto no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948.⁷⁸ De fato, o homem não nasce livre, nem tampouco igual. O ser humano se torna igual como membro de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. O fundamento da igualdade é o respeito à pluralidade. A pluralidade humana é a condição de sua própria existência. Em termos de diversidades culturais, o respeito à diferença requer o constante diálogo com os outros.

⁷² NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 44.

⁷³ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7.

⁷⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. Parte II.

⁷⁵ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 44.

⁷⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?*. Paris: La Couleur des Idées, 2011.

⁷⁷ NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7, p. 360.

⁷⁸ ARENDT, Hannah. *A condução humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

Na seara jurídica, como efetivar a razão dialógica⁷⁹? Os fragmentos de um direito com vocação universal não são destinados a substituírem os direitos nacionais, mas a se combinarem com eles, de forma complementar e interativa. O universalismo das normas não pode se afastar das necessidades de racionalidade do sistema (validade formal), sua legitimidade (validade axiológica) e sua eficácia (validade empírica). Os valores sempre estarão em conflito e a não efetividade das normas internacionais demonstram a necessidade de emergência de novas representações do Direito.⁸⁰

Em termos gerais, há uma identidade entre as teorias sobre a moderna representação do Direito em reconhecer a distinção dos diversos pluralismos que subentendem o discurso sobre Direito, recordando o enigma do “um e do múltiplo”. Com efeito, se a unidade é utópica, no que concerne à legitimidade, verifica-se que o pluralismo de fusão não se decreta e a unidade imposta traduz mais frequentemente uma dominação hegemônica do que um verdadeiro pluralismo quer se trate de direitos dos homens ou do crime contra a humanidade.⁸¹

6 Considerações finais

A análise do Direito na atualidade aponta para um questionamento central sobre como pensar a validade e a

legitimidade a partir do modelo normativista. O positivismo jurídico cumpre sua tarefa de apresentar a regra de ouro do Direito, como julgamento hipotético, qual seja: o dever ser das normas. Contudo, na atualidade, o dever ser enquanto ferramenta normativa para a compreensão da prática real não é um modelo que atende ao processo de criação do Direito. A estrutura escalonada de hierarquia normativa representa um conservadorismo aquém do processo de interação e dinamismo da era da globalização. A ordem normativa escalonada não governa em absoluto o Direito. É necessário refletir, por meio de critérios democráticos, sobre o *Law making* para a aldeia global.

A compreensão do Direito na atualidade nos convida a repensar sobre os critérios de validade e legitimidade a partir da sociedade complexa e plural. Nesse novo processo dinâmico e sistêmico, verifica-se que a norma não possui mais a rigidez da regulamentação tradicional. Mas, desenvolve-se em um novo espaço “não euclidiano” concebido como um campo aberto e heterogêneo.⁸² A arena dialógica de construção do Direito aponta para uma reflexão sobre o modelo de estrutura estratificada do normativismo. Observa-se que as fontes do Direito não mais emanam apenas do órgão estatal, uma vez que há atores privados a realizar atos de natureza pública e atores públicos a praticar atos privados. Sob esse aspecto, quem controla o Direito?

As teorias apresentadas para remodelar o sentido do Direito enquanto instrumento legítimo de harmonia social, a ser gerado e criado em ‘berço democrático’, atenam para a defasagem do império da lei para o governo da aldeia global.

As várias faces das instituições jurídicas nos convidam a questionar os éditos da atualidade em sua origem, não apenas em seus conteúdos normativos, coercitivos. Se a ordem jurídica posta, a partir do Juspositivismo é uma vertente puramente humana, a criação de modelos a partir de complexidade e da incerteza é, em nós, matizes divinos. Sob esses aspectos, alguns postulados parecem se destacar na regência da aldeia global na atualidade, a saber: o respeito à pluralidade, a democracia em sentido substancial, a legitimidade pelo processo e a validade normativa como uma conjectura instaurada a partir

⁷⁹ Caminho para racionalidade dialógica para Borghi: O desafio de um novo pensar se coloca pela necessidade de superar a pretensão hegemônica planetária da racionalidade lógica ocidental, resgatando muitos pensamentos “regionais” que podem conviver somente na policromia de uma nova racionalidade dialógica. Falamos aqui de pensamentos regionais para indicar a pluralidade das formas de cultura que não se reconhecem na cultura hegemônica globalizada. BORGHI, Giorgio. Racionalidade dialógica: desafio de um novo pensar e um novo agir. *Revista diálogos possíveis*, Salvador, a. 4, n. 01, jul./dez. 2004. Em outra medida, há que se enfatizar um tipo de diálogo que se insere no seio de um sistema jurídico – mais ou menos sofisticado – e que se apresenta na forma da verticalidade, na medida em que ele se elabora entre um juiz internacional e um juiz doméstico. Aqui, é um conjunto de vinculações processuais específicas oriundas dos sistemas internacionais que dominam as ordens jurídicas internas que vão obrigar os juízes, assentados nas duas margens do espaço jurídico: a margem nacional e a margem supranacional, a conversar. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relative et l’universel*. Paris: La Couleur des Idées, 2004.

⁸⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relative et l’universel*. Paris: La Couleur des Idées, 2004. p. 52.

⁸¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relative et l’universel*. Paris: La Couleur des Idées, 2004. p. 13.

⁸² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relative et l’universel*. Paris: La Couleur des Idées, 2004.

de uma lógica dialética. Do império da lei para a lei do império, o sentido do direito parece caminhar para um primado de ordem mais zetética, menos dogmática.

Referências

- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ARENDDT, Hannah. *A condução humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1975.
- BLANKEBURG, Erhard. The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's case for reflexive law. *Law & Society Review*, Utah, v. 18, n. 2, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.
- BORGHI, Giorgio. Racionalidade dialógica: desafio de um novo pensar e um novo agir. *Revista diálogos possíveis*, Salvador, a. 4, n. 01, jul./dez. 2004.
- CHARNEY, J. *Is International law threatened by multiple international tribunals?*. p. 105-375.
- CLARKE, Paul Barry. FOWERAKER, Joe. *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.
- COELHO, Inocência Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relative et l'universel*. Paris: La Couleur des Idées, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?*. Paris: La Couleur des Idées, 2011.
- DERRIDA, Jacques. *Força da lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- EISEMANN, Charles. *Alguns problemas de metodologia de definição e de classificação em ciência jurídica*. Mimeografado.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GLENSY, R. D. Which countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 45, p. 358-449.
- GOODRICH, Peter. Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law. *Social Epistemology*, S. l., v. 13, n. 2, p. 197-214, 1999.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. (Ensaio políticos).
- HART, L. H. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- HART, L. H. Visita a Kelsen. *Revista lua nova*, São Paulo, n. 64, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des cours*, S. l., v. 14, n. 4, p. 227-331, 1926.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- LAZARFELD, P. O funcionalismo e a teoria geral dos sistemas. In: BIRNBAUM, P.; CHAZEL. *Teoria sociológica*. São Paulo: HUCITEC-EDUSP, 1977.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Pala Athenas, 2001.
- MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito de Luhmann e Teubner. *Tempo social: revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1, jun. 2006.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2007.

NICKEL, R. (Ed.). Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond patterns of supranational and transnational juridification. *Arena Report*, n. 1/09. RECON Report n. 7.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J. B. de Mello e Souza. S. l.: E-bookBrasil.com, 2005.

TEUBNER, G. Unitas multiplex. A organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista de Direito da GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des cours*, v. 16, p. 247-323, 1927.

ZYMLER, Benjamim. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas ad hoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 5892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/user/register>

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos

Internationalisation of Law: overcoming state paradigm and the insufficiency of dialogue structures

Marcelo D. Varella

Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o amicus curiae como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos

The fragmented ways of human protection: the subject right of petition, the concept of victim and the amicus curiae as indicators of access to the Inter-American and European Human Rights Protection Systems

André Pires Gontijo

O pluralismo jurídico e efetividade jurídica na relação entre proteção ambiental e investimentos estrangeiros: os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed

Legal pluralism and legal effectiveness in the relationship between environmental protection and foreign investment: Santa Elena, Metalclad and Tecmed cases

Gabriela Garcia Batista Lima

Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial

The transnational cartels and the transnationalization of antitrust law decisions

Karla Margarida

Internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação

Internationalization of law beyond the State: the new lex mercatoria and its application

Marlon Tomazette

A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito?

Is transitional justice the most advanced stage of internationalization of Law?

Christiani Amaral Buani

Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda

Ebony and ivory: Restorative Justice and the ICC orchestrated in pursuit of sustainable peace for Uganda

Raquel Tiveron

Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional

Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law

Ruitemberg Nunes Pereira

Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencefalo

The recalcitrant areas of international law: moral and religious diversity in the criminal law as an obstacle to the common law: the case of abortion of anencephalic fetus

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes

Law globalization and judicial pluralism: cooperation limits in the magistrates dialogue

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes

Do império da lei à lei do império: quem governa o direito?

From the rule of law to the law of the empire: who rules the law?

Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese