

FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E LAW MAKING NO CAMPO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO¹

FRAGMENTATION AND LAW MAKING IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

Fernando Henrique Castanheira²

Doutorando em Ciência Política pela Unicamp;

Bolsista-pesquisador pela Fapesp

RESUMO

Este artigo propõe uma análise sobre as implicações políticas do processo de fragmentação do Direito Internacional no Pós-Guerra Fria. O objetivo é refletir as relações desse processo com o *law making* do Direito Internacional e propor alguns questionamentos fundamentais. Busca-se uma análise não restrita à dogmática jurídica, mas que leve em consideração as estruturas e relações de poder subjacentes aos discursos e às interpretações deste debate. O texto sugere alguns elementos para um diagnóstico sobre a inserção dos atores internacionais na formação da agenda do Direito Internacional. E, dessa forma, contribuir para a constituição de fundamentos teóricos que permitam pensar os efeitos produzidos pela normatividade jurídica contemporânea sobre os objetivos e as estratégias de ação dos diversos atores no campo jurídico internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito Internacional. Law Making. Fragmentação. Regimes Internacionais

ABSTRACT

This article proposes a theoretical analysis on the political implications of the fragmentation of International Law in Post-Cold War. The aim is to reflect on the fragmentation process relationships with international law making and to propose some fundamental questions in that context. The author intends to explore the problem not confined to legal dogmatic, but takes into account the structures and power relations behind the discourse and the interpretations of this debate. The text suggests some elements for a diagnosis about the inclusion of international actors on building an international law agenda. Thus, it seeks to contribute to theoretical findings that allow to think about the effects produced by the contemporary international legal norms on the goals and strategies of action from various actors in international law.

KEYWORDS: International Legal Theory. Law Making. Fragmentation. International Regimes

SUMÁRIO

1 Introdução 2 Perspectivas teóricas a respeito da fragmentação do Direito Internacional
2.1 Abordagem positivista 2.2 Abordagem da teoria sistêmica 3 *Law making* no Direito Internacional contemporâneo 4 Conclusão 5 Bibliografia

¹ Enviado em 6/5, aprovado em 19/6 e aceito em 30/7/2009.

² E-mail: fhcastanheira@hotmail.com

1 Introdução

Repensar o Direito Internacional impõe-se como uma tarefa profundamente demandada na realidade contemporânea, tendo em vista a conjuntura global constituída a partir de meados do século XX, a qual redimensiona diversos conceitos e categorias do Direito e da Política.

Entre os processos que marcam o início do século XXI e intensificam o debate a respeito das transformações no jurídico e no político, está a *fragmentação no Direito Internacional*. Ocorre no período atual uma convergência de fatores no cenário sociopolítico e econômico, que se refletem na reconfiguração do Direito Internacional. Entre eles, incluem-se o enfraquecimento de diversas instâncias regulatórias vinculadas ao Estado nacional e a incorporação de novas tarefas e competências às instituições supranacionais.

A transferência no âmbito do *decision making* implica a constituição de uma demanda que amplie a abrangência do campo jurídico internacional. A ampliação dos objetivos materiais do Direito Internacional se dá, portanto, na medida em que este se torna necessário em quase todos os campos da atividade humana.

Dentro dessa conjuntura, dá-se a difusão dos atores ou sujeitos do Direito Internacional (como consequência do crescimento em número e importância, de instituições intergovernamentais e não governamentais internacionais), e teoricamente, maior preocupação em melhorar a eficiência e vinculatividade das obrigações internacionais.

A fragmentação e expansão do campo jurídico internacional se dá em seu conteúdo material e procedimental, e também no critério territorial ou regional, na medida em que alguns temas, como o caso do comércio, além de ter regime jurídico geral próprio (OMC) estabelecido pelo critério material, ainda contempla subregulações de caráter regional, como os regimes da União Europeia, Nafta e Mercosul. Enquanto fala-se, sobretudo dentro do âmbito da Filosofia ou Teoria Política, em constitucionalização do Direito Internacional, diversas transformações desafiam os ideais unificadores na prática.

Toma-se como pressuposto que a fragmentação do campo jurídico internacional é determinada, portanto por três principais fatores: a constituição e fortalecimento de vários regimes jurídicos internacionais autônomos (self-contained regimes), a multiplicação de órgãos de solução de conflitos internacionais (tribunais e órgãos quase judiciais) e a emergência e difusão de uma nova configuração normativa denominada *soft law* - caracterizada por ser um Direito flexível e programático, ou seja, fundamentado apenas em diretivas, e não em normas imperativas como no caso do *jus cogens*.

No aspecto técnico-jurídico, os *regimes autônomos* são geralmente entendidos a partir do conceito *lex specialis* (A/CN.4/L.702, § 14) e a propagação de tais instâncias regulatórias determinaria assim uma aplicação muito mais frequente do princípio da especialidade - “a norma especial derroga a geral”.

Com a incorporação da lógica da especialização, desenvolve-se a tendência de autonomia dos campos no âmbito jurídico internacional. Torna-se então mais expressivo e recorrente falar-se em Direito Internacional Econômico, Direito Penal Internacional, Direito Internacional do Meio Ambiente, do Mar, da Saúde, do Trabalho, entre outros - cada campo com suas instituições e princípios próprios.

Essas seriam, em termos gerais e objetivos, as causas e formas pelas quais reconfigura-se o Direito Internacional no período Pós-Guerra Fria.

Nesse cenário, o Direito Internacional não está mais limitado às questões conexas à grande política internacional: diversas esferas da vida dos cidadãos passam a sofrer implicações diretas e indiretas de regras emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais e globais, sobre as quais tais cidadãos não têm, muitas vezes, sequer conhecimento da existência.

O Direito - frequentemente visto como pouco compreensível e longe dos interesses básicos da sociedade - torna-se, a partir dessa nova regulação jurídica global, ainda mais distante para a maioria dos cidadãos. Desse modo, aceitam-se passivamente opiniões e decisões de especialistas sem qualquer oportunidade para refletir sobre a legitimidade destas.

Mas como a reconfiguração do campo jurídico internacional é interpretada pelos especialistas?

2 Perspectivas teóricas acerca da fragmentação do Direito Internacional

O debate passa, na medida em que se intensificam os processos de expansão e especialização do Direito Internacional, a convergir para os efeitos destes processos, e surge - a princípio, no âmbito do positivismo jurídico - uma preocupação renovada com questões relativas à coerência e unidade do Direito Internacional.

O problema fundamental no contexto deste marco teórico seria: em que medida a reconfiguração promovida pela expansão e especialização no campo jurídico internacional representa uma ameaça à sistematicidade do Direito Internacional, ou até mesmo a sua existência como campo autônomo do direito?

Preocupações desta ordem motivaram a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a estabelecer, em 2000 (A/55/10, anexo), um grupo de trabalho intitulado "Os Riscos Resultantes da Fragmentação do Direito Internacional".

A ideia fundamental nas primeiras análises é de que a incorporação de uma multiplicidade de subsistemas ou "regimes autônomos" tornaria o Direito Internacional contraditório e incoerente. Isso ocorreria na medida em que um determinado fato no âmbito internacional poderia estar submetido a dois regimes regulatórios diversos neste plano, com conteúdos normativos conflitantes.

Um exemplo recorrente sobre esta questão, diz respeito à regulação do comércio internacional. A falta de uma visão harmônica implicaria várias consequências em termos de aplicação do Direito (precedentes ou jurisprudência) e no plano acadêmico (construção da doutrina e ensino do Direito Comercial).³

Posteriormente (na 54ª sessão, em 2002), ao verificar a dimensão dos problemas que se apresentavam, a comissão decidiu ampliar a pesquisa e constituir, a partir do grupo de estudo, uma subcomissão chamada “Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades Emergentes da Diversificação e Expansão do Direito Internacional”. O relatório de conclusão foi publicado em abril de 2006 (A/CN.4/L.682) e apresenta posições divergentes e menos pessimistas em relação às ideias iniciais propostas na grupo de trabalho. Contudo, a expressão “fragmentação” continua sendo em geral associada a desordem, problemas, incertezas ou complexidades, ou seja, vista negativamente.

Uma questão pertinente é: a setorização e consequente fragmentação do Direito Internacional deve realmente ser vista como ameaça ao campo jurídico internacional ou apenas como uma mudança de paradigma?⁴

Essa é umas das amplas questões teóricas fundamentais que este artigo pretende responder, mas sem desconsiderar elementos empíricos emergentes em tal contexto.

Como essa problemática se apresenta em termos práticos? Essa dimensão pode ser percebida, por exemplo, no dissídio submetido ao Tribunal Internacional de Direito do Mar em dezembro de 2001, o caso “MOX Plant”⁵. O caso diz respeito, em síntese, à petição de medida cautelar, promovida pela República da Irlanda, para suspender a implantação de uma usina de reprocessamento nuclear em Cumbria, no nordeste da Inglaterra, cuja consequência seria a poluição de águas irlandesas.

O pedido irlandês foi, ao final, negado. Sem discutir questões de mérito, o importante a salientar no caso é o fato de que três regimes jurídicos internacionais se apresentavam *prima facie* como aplicáveis: um tribunal arbitral estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (Unclos); outro tribunal instituído pela Convenção sobre Proteção do Ambiente Marítimo do Nordeste do Atlântico (Ospar Convention); e ainda a Corte de Justiça Europeia (ECJ), estabelecida pela União Europeia e pelos Tratados da Euratom.

Qual instituição ou regime deveria prevalecer? O cerne do problema estaria vinculado à matéria de direito do mar, à questão ambiental, ou à relação entre membros da União Europeia - Irlanda e Reino Unido?

Optou-se por aplicar o regime da Unclos. Contudo, essa escolha poderia ter sido diferente, na hipótese de que um dos outros dois regimes fossem reconhecidos como a voz de autoridade no caso - não fica claro porque isso não ocorreu. Foi aplicado

³ Uma análise aprofundada sobre este aspecto específico pode ser encontrada em WEILER, J.H. *The EU, the WTO and the Nafta: Towards a Common Law of International Trade?* Oxford University Press, 2000.

⁴ Ver COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne. La fragmentation du droit international: vers un changement de paradigme?. *Lex Electronica*, vol. 11, n° 2, 2006. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.pdf>>.

⁵ Caso *MOX Plant, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. the United Kingdom)* (December, 3rd, December 2001), International Tribunal for the Law of the Sea, ILR, vol. 126 (2005), p. 273.

estritamente o critério da especialidade ou a prevalência do regime escolhido foi determinada por critérios como o poder de influência de um dos atores relacionados ao conflito? O que pode ser constatado é a prevalência de critérios mais políticos e menos jurídicos para a escolha de um regime aplicável e a complexidade em encontrar formas de obter consenso na solução dos problemas em casos como esses.

Em outros casos surgem e surgirão conflitos que obrigam escolhas como respostas às questões difíceis como: deve prevalecer o regime de segurança internacional ou de direitos humanos? deve ser aplicada a norma do regime monetário-financeiro internacional ou do regime de desenvolvimento?

2.1 Abordagem positivista

Essa abordagem constitui o *mainstream* na Teoria do Direito Internacional e é incorporada nas primeiras análises da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. A ideia fundamental é de que a incorporação dos diversos subsistemas ou “regimes” - cada um reivindicando autonomia - e a difusão de tribunais internacionais especializados tornariam o Direito Internacional *fragmentado*, contraditório, incoerente.⁶ Isso ocorreria na medida em que, em tal contexto, determinados fatos poderiam estar submetidos a dois ou a mais regimes regulatórios no plano internacional, com conteúdos normativos conflitantes. Fragmentação representaria para os positivistas, portanto, *risco* ou ameaça à “unidade” do Direito Internacional.

Nessa perspectiva, enfatiza-se a multiplicação de instâncias de solução judicial de conflitos. Esse destaque tem relação com a ocupação profissional de grande parte dos defensores dessa abordagem, como será visto.

Os elementos básicos dessa concepção têm sua origem no pensamento de Hans Kelsen, no que concerne à influência positivista nos sistemas romano germânicos, e de Herbert L. A. Hart (com maior influência nos sistemas jurídicos baseados na *common law*). Para Kelsen, a hierarquia diz respeito a um escalonamento de normas, no qual cada uma aufere sua legitimidade e obrigatoriedade da norma imediatamente superior: haveria uma *norma fundamental*, a qual irradiaria sua legitimidade a todas as normas infraescalonadas. Em Hart, a hierarquia é formulada em termos de normas primárias (que estabelecem comportamentos) e normas secundárias (que determinam formas válidas para modificar ou revogar as normas primárias).

Ressalta-se que, no campo jurídico internacional, diferentemente do doméstico ou estatal, há um nivelamento normativo, sem hierarquia entre tratados, costumes ou princípios gerais do direito, por exemplo. Não existiria, portanto a hierarquia nos

⁶ Uma das primeiras análises a sugerir a difusão de riscos da expansão e especialização do direito internacional é feita por Ian Brownlie, em “Problems concerning the unity of international law” (*Le droit international à l’heure de sa codification: études en l’honneur de Roberto Ago*, v. I Milano: Giuffrè, 1987. p. 156).

molde de Kelsen ou de Hart. Em que pese tais reservas, diversos autores continuam a conceber a legitimidade e obrigatoriedade do Direito Internacional a partir de elementos positivistas (COMTOIS-DINEL, 2006, p. 8).

A argumentação dos autores positivistas geralmente é de que as obrigações *erga omnes* e as regras imperativas de Direito Internacional (*jus cogens*) representariam uma forma de hierarquia de caráter positivista. A atribuição do caráter obrigatório a determinadas normas indicaria a viabilidade da constitucionalização do Direito Internacional. De acordo com Dupuy (2000, p. 806), a existência do *jus cogens* e obrigações *erga omnes* pressupõem a existência de um tribunal que proteja, confira eficácia e mostre as implicações do seu descumprimento pelos Estados.

A partir desses argumentos, cogita-se um tribunal constitucional internacional, papel desempenhado pela Corte Internacional de Justiça, que cumpriria as necessidades de harmonização do Direito Internacional e diminuiria o conflito de normas neste campo (DUPUY, 1999, p. 803-804).

Os elementos característicos da abordagem positivista podem ser percebidos, por exemplo, num discurso da seção plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, proferido em 26/10/2000 pelo juiz Gilbert Guillaume.

Ao referir-se aos efeitos da difusão de tribunais especiais e regimes, Guillaume usa expressões como “confusão”, “distorção da justiça” e “risco exacerbado de conflitos de julgamento”. E, para evitar as incoerências nos julgamentos e a fragmentação do Direito Internacional, aconselha que seja conferida sempre a sua própria corte o poder de decidir sobre *o que e qual é o Direito Internacional*.⁷

Sem levar devidamente em consideração as complexidades relativas à aplicação de concepções de unidade ao campo jurídico internacional, o magistrado em outro discurso afirma que a expansão “pode por em risco a unidade do Direito Internacional, e por consequência, do seu papel nas relações interestatais”.⁸ Os sucessores de Gilbert Guillaume na presidência da corte mantiveram postura semelhante.

Reivindicar *unidade* no Direito é apoiar-se numa concepção cada vez mais difícil de ser defendida. Em relação ao Direito Internacional, essa concepção nunca teve uma força análoga à que chegou a ter no direito interno durante grande parte do século XX.

Esse discurso caracteriza-se pelo conservadorismo nas formas de pensar o Direito Internacional - o que pode ser percebido em seus diagnósticos e propostas para lidar com os desafios e demandas do Direito Internacional no novo cenário. Pensar o campo jurídico internacional a partir das concepções estritas de *ordem* ou *sistema* implica recorrer aos pressupostos reivindicados pelo Direito Internacional clássico.

As possíveis soluções para os problemas da fragmentação do Direito Internacional estariam relacionadas, portanto à busca por uma verticalização dessa área

⁷A íntegra do discurso pode ser encontrada em <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=84&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>>.

⁸Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>>.

do Direito, de forma análoga aos sistemas jurídicos domésticos estatais. Isso seria alcançado por meio da tão proclamada *constitucionalização do Direito Internacional* - tendo a Carta das Nações Unidas como a provável constituição⁹ - e pelo fortalecimento do poder de vinculação da Corte Internacional de Justiça. Isso é feito, todavia, de modo extremamente formalista e derivado de uma visão linear do campo jurídico internacional, como se caracteriza a noção positivista do fenômeno jurídico em geral.

2.2 Abordagem da teoria sistêmica

A segunda forma de interpretar as implicações da expansão e especialização do Direito Internacional é a que parte das perspectivas de processos intersistêmicos, ou seja, da forma pela qual ocorre efetivamente a interpretação e aplicação do Direito Internacional na relação entre os sistemas e subsistemas.

Essa abordagem pressupõe uma perspectiva pluralista do Direito. Rejeita, portanto, os pressupostos do positivismo jurídico. Tem como ponto de partida as teses de autores como Santi Romano, um dos juristas pioneiros, no tocante à construção de uma alternativa teórica ao positivismo prevalente no século XX. Embora a visão de ordem jurídica esteja presente nos trabalhos do autor italiano, não está vinculada a conceitos como unidade, estabilidade, hierarquia e objetividade.

No Positivismo, a ordem jurídica é, teoricamente, uma unidade institucional orgânica e coesa. Romano propõe uma ruptura radical com o monismo e o dogmatismo positivista, à medida que argumenta coexistirem múltiplas ordens jurídicas supra e paraestatais, cada uma reivindicando sua normatividade específica e implementando-a conforme sua força institucional e referencial - a relação de interdependência e interinfluência entre ordens jurídicas).¹⁰

Um dos modelos contemporâneos mais representativos dentro do ponto de vista pluralista é a teoria desenvolvida por Teubner - que toma por referência a Teoria dos Sistemas, de Luhmann. Nessa perspectiva, o Direito Internacional é um sistema que opera de forma fechada em seu próprio ambiente. As subdivisões (*self-contained regimes*) poderiam ser entendidas, no mesmo sentido, como sistemas autônomos, funcionais e autorreferentes.

As primeiras análises de Teubner sobre o campo jurídico internacional são norteadas pela busca de pressupostos teóricos e empíricos para pensar o direito além fronteiras, como um direito emergente dos processos globalizantes fragmentados e não regulados pela política oficial. Esse direito seria fundamentalmente autopoiético, autorregulado e autorreferencial. Constituiria assim, uma nova configuração jurídica, independente tanto do Direito interno quanto do Direito Internacional: um novo modelo jurídico denominado *Direito global*.

⁹ Invoca-se neste caso, a aplicação do artigo 103 da Carta das Nações Unidas: "No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão às obrigações assumidas em virtude da presente Carta".

¹⁰ Ver ROMANO, Santi. *L'Ordre Juridique*. Paris: Dalloz, 1946. p. 77-106.

Em *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, Teubner (1997) traça os elementos fundamentais desse direito global. O texto condensa em grande medida as reflexões do autor sobre o campo jurídico internacional. A elaboração desta perspectiva teórica se dá num contexto caracterizado ainda por certo otimismo Pós-Guerra Fria, no qual se pode observar em muitos autores a ideia de retomada, em certa medida, da perspectiva de multilateralismo, cooperação, interdependência, uma paz perpétua de inspiração kantiana - em autores como Held, Archibugi, Habermas, entre outros. Propõe uma reflexão sobre as possibilidades de um direito desvinculado, desacoplado dos processos políticos oficiais, mas, por outro lado, vinculado a normas produzidas no contexto de setores sociais relativamente autônomos diante das esferas estatais. Um direito caracterizado pelo alto nível de *profissionalização, especialização, autorregulação e padronização técnica*.

A reflexividade (conceito primordial na teoria de Teubner) opera no direito global por meio de mecanismos de circularidade - o contrato cria seus próprio mecanismos de autointerpretação e autossolução de dissídios. Esse seria um argumento que confere uma força muito grande a leitura sistêmica do campo jurídico internacional e dificulta imensamente a refutação de sua construção teórica. Ela não desconstitui o paradoxo da autovalidação contratual, mas gera simultaneamente uma dinâmica interativa entre as versões *oficial* e *não oficial* do direito global - característica do Direito moderno, pois introduz uma diferenciação interna entre a produção jurídica organizada e espontânea que produz o equivalente funcional da separação do direito contratual-judicial e do ordenamento contratual com autonomia privada. A *lex mercatoria* é, então, erigida a partir de um sistema reflexivo de uma legislação privada e cortes arbitrais privadas, onde se estabelece uma hierarquia de normas e instâncias decisórias (TEUBNER, 1997, p. 12 et seq).

De que forma a aplicação dos conceitos de Teubner e da teoria sistêmica do Direito ao campo jurídico internacional está relacionada ao presente artigo?

Essa relação se dá na medida em que se pode encontrar em Teubner uma forma de interpretar as implicações da expansão e especialização do Direito Internacional, em que se pressupõe uma perspectiva pluralista do Direito, como já visto, que rejeita, portanto, os pressupostos do positivismo jurídico - visão incorporada pelos membros da Corte Internacional de Justiça por exemplo.

E nessa perspectiva de Teubner, o Direito Internacional é um sistema que opera de forma fechada em seu próprio ambiente. As subdivisões do Direito Internacional (*self-contained regimes*) poderiam ser entendidas, no mesmo sentido, como sistemas autônomos, funcionais e autorreferentes.

Esse aspecto é desenvolvido pelo autor no artigo *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, escrito em coautoria com Andreas Fischer-Lescano. O texto constitui um grande desafio ao sistema westfaliano e aos pressupostos de unidade organizacional e dogmática do Direito Internacional.

Os autores tratam de duas problemáticas relacionadas entre si: o futuro próximo do direito global, nos moldes do modelo jurídico concebido e delineado em *Global Bukowina*, e o debate sobre a fragmentação do Direito Internacional.

Seguindo pressupostos desenvolvidos por Luhmann, tanto em direito quanto na teoria da sociedade (como é usual nos trabalhos de Teubner), os autores defendem que a fragmentação do Direito Internacional deve ser encarada muito mais pelo aspecto setorial que pelo prisma territorial. Os conflitos emergentes no campo jurídico internacional ou global apresentariam, portanto, caráter inovador. O novo padrão de conflito neste âmbito seria o conflito intersistêmico decorrente não mais do conflito de Estados no Direito Internacional, mas da colisão entre *setores sociais globais distintos*. Tendo em vista a postura pluralista adotada, Teubner e Lescano seguem outros autores críticos (como Koskenniemi) no que concerne à avaliação da abordagem positivista defendida por autores vinculados à Corte Internacional de Justiça, fundada em pressupostos como unidade, coerência e hierarquia. A crítica dos autores por outro lado, incide também em autores críticos (na *new stream* do Direito Internacional), na medida em que aqueles afirmam haver um reducionismo político e que, a partir de visões como as de Koskenniemi, pode se concluir que o pluralismo jurídico global seria decorrente apenas de um pluralismo político. Para Teubner e Lescano, seria um grande erro reduzir a fragmentação em termos estritamente jurídicos, políticos ou econômicos. A fragmentação do Direito Internacional seria apenas um dos aspectos, ou um dos reflexos, de uma fragmentação multidimensional da sociedade global.

De acordo com essa corrente, a ênfase ao *jus cogens* ou ao fortalecimento do artigo 103 da Carta das Nações Unidas (como propõe os positivistas) não deve ser pressuposto para nenhuma interpretação ou solução plausível se o objetivo for realmente enfrentar os desafios regulatórios emergentes do novo cenário internacional. Teubner concebe o processo da difusão do Direito Internacional, como um efeito da fragmentação multidimensional da própria sociedade mundial. Existiriam alguns pontos nos quais ocorreria a colisão entre regimes no ordenamento, mas, mesmo assim, a ideia de *sistema* continua tendo validade no tocante ao Direito Internacional, o qual apresentaria uma congruência, se encarado do ponto de vista de sua totalidade e de sua dinâmica. Esse sistema seria autônomo-funcional e reproduziria as restrições e vinculações de sua respectiva *autopoiese*, unidos por uma vinculação estrutural - portanto, seria compreendido dentro da sociedade.

Essa concepção deve partir das noções de complexidade e descontinuidade - o que configura, portanto, uma relação *ad hoc* e sem hierarquia definida. De acordo com esta abordagem, a interpretação dos tratados internacionais fundada nos imperativos hierárquico-formais do positivismo não é capaz de apreender o momento e a forma pela qual as racionalidades políticas e institucionais entram em conflito. O cerne do problema estaria em compatibilizar esses processos. Apenas a partir de uma análise compreensiva de

processos comunicativos (entre racionalidades) relacionados à decisão judicial nos casos concretos serão determinados os parâmetros para se aplicar lei geral ou lei especial.

Dessa forma, pode-se defender a ideia de que as decisões ocorram dentro dos regimes, em última instância, e rejeitar conceitos hierárquicos de Direito Internacional ou Global.

Para Teubner, a fragmentação do campo jurídico internacional é mais radical do que qualquer perspectiva reducionista possa compreender, seja jurídica, política, econômica ou cultural. Não representa nada mais do que o reflexo efêmero de uma mais fundamental e multidimensional fragmentação da sociedade global.

Qualquer aspiração a uma unidade normativa do Direito Global é, assim, condenada desde o seu princípio. Um metanível no qual os conflitos seriam resolvidos é algo ilusório, tanto no Direito Global quanto na sociedade global. O que se pode esperar é a fragmentação intensificar.

A fragmentação jurídica não deve ser combatida. Portanto, o que poderia ser alcançado, na melhor das hipóteses, seria uma fraca compatibilidade normativa dos fragmentos (*self-contained regimes*).

Na percepção desse autor, o fato de as comunidades políticas se tornarem cada vez mais heterogêneas - e suas fronteiras, mais porosas - deve acarretar uma mudança na forma de se conceber soberania e ordem jurídica internacional. Essa concepção deve partir da noção de complexidade e descontinuidade: uma relação *ad hoc* e sem hierarquia definida. O cenário internacional contemporâneo seria representado então, pela figura de uma “Bucovina global” (1997). A interpretação dos tratados internacionais fundada nos imperativos hierárquico-formais do positivismo não é capaz de apreender quando, e a forma pela qual as racionalidades políticas e institucionais entram em conflito. O cerne do problema estaria em encontrar compatibilidade entre processos. Apenas a partir de uma análise compreensiva de processos comunicativos (entre racionalidades) relacionados à decisão judicial nos casos concretos serão determinados os parâmetros para a aplicação da lei geral ou da lei especial. Dessa forma pode-se constituir um argumento teórico para defender que as decisões se dêem dentro dos regimes, em última instância, e rejeitar conceitos hierárquicos de Direito Internacional. Tanto no normativismo quanto no pluralismo preserva-se a ideia de sistema.

Mas é possível pensar em Direito sem pensar em hierarquia? De acordo com Mirrelle Delmas-Marty, a “efetividade do direito geralmente pressupõe controle, e controle presume intervenção por órgãos de caráter público”. Afirma ainda, que “o direito evita a multiplicidade e que sua vocação é para uma ordem unificada e hierárquica, a qual é unificada, precisamente porque é hierárquica” (1998, p. 95; 104).

3 Law making no Direito Internacional contemporâneo

Uma das consequências essenciais do processo de fragmentação do Direito Internacional é, portanto, a deslocação do *locus do poder de jurisdição*, a respeito da prerrogativa de proferir a última palavra sobre *o que e qual é* Direito Internacional.

Perdem força instituições vinculadas ao Direito Internacional geral e a seus princípios - notadamente a Corte Internacional de Justiça -, na medida em que grande parte de seu poder e status é transferido para regimes autônomos ou especiais e para órgãos judiciais e *quase judiciais* (como o Órgão de Solução de Controvérsias, da OMC, por exemplo) que se multiplicam vinculados a esses regimes.¹¹

Nesse contexto de transformações e redefinição insere-se o objeto central deste trabalho: as formas de constituição do *law making* no Direito Internacional contemporâneo. Dentro do contexto político determinado pela fragmentação, o *international law making* adquire características próprias.

Dentro dessa problemática, apresentam-se questões como: qual o papel dos diversos atores internacionais na formação de normas, princípios e decisões jurisdicionais no novo campo jurídico internacional? Busca-se, pelo desenvolvimento desses processos, accountability, representatividade, pluralismo na esfera internacional? Ou o critério primordial que conduz esses processos é estritamente a eficiência? A fragmentação, com suas respectivas implicações *international law making*, ocorre de forma espontânea e não intencional - em outras palavras, esses processos desenvolvem-se de forma “autorregulada”¹² - ou há interesses e propósitos de determinados atores para impelir o desenvolvimento acelerado desses processos? Os resultados desses processos seriam de interesse comum? Em que medida as clivagens Norte vs. Sul, Estados centrais vs. Estados periféricos inserem-se na análise dessa problemática? No tocante à participação dos atores não estatais, haverá espaço para as demandas dos movimentos sociais ou este campo será restrito ao interesse de megacorporações?

Compreende-se que esses processos que marcam a reconfiguração do campo jurídico internacional tendem a aprofundar as desigualdades, passando a estar cada vez mais centralizados em Estados poderosos e em atores privados que dominam os fluxos de capital internacional.

Todo esse conjunto de processos tende a enfraquecer ainda mais a capacidade de articulação de atores periféricos no sistema internacional - em número muito maior do que os atores centrais e com um quadro muito maior de interesses divergentes, portanto uma dificuldade muito maior de consenso.¹³

¹¹ A questão da propagação de tribunais e órgãos *quase judiciais*, e a relação destes com a Corte Internacional de Justiça, tem sido recentemente objeto de intensa discussão acadêmica. Sobre este aspecto, ver: CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals: *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 697, 1999; KINGSBURY, Benedict. Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 679, 1999; PAUWELYN, Joost H. B. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. *Michigan Journal of International Law* n. 25, p. 903-916, 2004; TREVES, Tullio. Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 809, 1999, que partem de uma perspectiva otimista desse fenômeno (a relação entre essas cortes seria facilmente harmonizável) e ROMANO, Cesare R. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 709, 1999; DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice. *Journal of International Law and Politics*, n. 3, New York, 1999, que apresentam uma avaliação negativa e vislumbram uma relação de conflito entre as cortes.

¹² Ver TEUBNER, G; FICHER-LESCANO, A. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

¹³ Ver KENNEDY, Paul. *The Parliament of Man: The Past, Present, and Future of the United Nations*. New York: Random House, 2006; e BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*. *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.

A difusão de regimes e órgãos de solução de conflitos com baixo grau de institucionalização formal torna possível que a escolha do regime aplicável seja feita a de forma cada vez mais discricionária pelos atores dominantes e a recorrência do *soft law* gera um déficit de *enforcement* cada vez mais profundo.

Outra questão a ser considerada é a que diz respeito à racionalidade que orienta o processo de fragmentação do Direito Internacional. Toma-se como referência de análise o modelo teórico do *direito da regulação*, tendo em vista o modo pelo qual ocorre o processo e as configurações que o campo jurídico internacional vem adquirindo a partir do ocaso do século XX.

A reconfiguração do Direito Internacional restringe o âmbito de aplicação do Direito Internacional geral, visto que os *self-contained regimes* pretendem se apresentar, *prima facie*, como exceções às regras e instituições dessa modalidade do Direito.

E essas mudanças seriam norteadas pela racionalidade do *Direito-regulação*, que traduzem a os ideais da globalização econômica e do modelo neoliberal de Estado e economia, que se mostram a princípio, como “mais um aspecto da expansão de processos democráticos de tomada de decisão” (KOERNER, 2006, p. 223).

A concepção funcionalista do *direito da regulação*, cada vez mais presente em diversos sistemas jurídicos domésticos ou internos, constitui também uma racionalidade que se incorpora nas relações jurídicas inter e transnacionais. A vinculação a essa racionalidade parte dos mesmos pressupostos no âmbito nacional e supranacional.

Trata-se de um dos paradigmas mais representativos e influentes, dentre os modelos de abordagem do direito, no pós-positivismo.

O direito da regulação exprimiria uma nova relação entre o direito e a economia, de organização e coação, e seria desvinculado da ação do Estado e de seu aparelho administrativo. A regulação põe em jogo um esquema de separação entre o direito e o Estado, através de novas formas institucionais, procedimentos e princípios de ação diferentes daqueles considerados próprios ao Estado de direito. Autoridades reguladoras independentes promovem a inter-regulação, isto é, a interação entre as autoridades governamentais e seu sistema jurídico estatal e os agentes especializados dos domínios regulados (KOERNER, 2005, p. 232).

Dentro desse paradigma, a rigidez e simplicidade presentes na figura da pirâmide positivista dão lugar ao direito flexível das teias ou redes sociais. O direito assume um caráter fragmentário ou complexo. Essa mentalidade produz efeitos análogos no plano internacional e afeta o campo simbólico, onde ocorrem alterações as terminológicas. Instituições tornam-se *regimes*; normas passam a ser concebidas em termos de *padrões regulatórios*; em vez de falar-se em governo, fala-se em *governança*. Não se fala mais tanto em obrigatoriedade ou vínculo jurídico, mas em *conformidade* com padrões ou especificações regulatórias.

A mentalidade da teoria dos regimes nas relações internacionais passa a ser difundida no contexto do campo jurídico internacional, como é o caso da fundamentação elaborada para explicar a frequência cada vez maior da aplicação instrumental do *soft law*, qual seja, a redução dos custos das operações jurídicas - haja vista que este teria um custo operacional menor em relação aos padrões de regulação baseados no *hard law*.

Aos poucos, métodos, vocabulário e tradições do *mainstream* da teoria das relações internacionais são incorporados às análises e constituição do Direito Internacional. Isso aconteceu mais explicitamente na década de 1990, na constituição da *dual agenda*¹⁴ liderada por Anne Marie-Slaughter, e na década de 2000, nos *limites do Direito Internacional*,¹⁵ de Jack Goldsmith e Eric Posner. A constituição do Direito Internacional passa a ser analisada em termos de *barganhas* estabelecidas a partir de *escolhas* realizadas por *atores estritamente racionais*, buscando ganhos *ótimos* (no sentido de Pareto). Teoria dos jogos, escolha racional e dilema do prisioneiro tornam-se recorrentes nas análises do campo jurídico internacional.

Uma compreensão aprofundada sobre as relações de poder e estruturas subjacentes a esses processo pode oferecer subsídios para uma melhor identificação e percepção dos interesses e projetos políticos que configuram essa agenda.

A reconfiguração do campo jurídico internacional, inserida na conjuntura descrita acima, dá margem a diferentes interpretações e perspectivas sobre como administrar os novos desafios do Direito Internacional. E cada uma dessas perspectivas privilegia uma dimensão para responder sobre quais seriam as implicações políticas geradas pelo processo de fragmentação do Direito Internacional no tocante ao *international law making*, seja jurídica, sociológica ou política.

4 Conclusão

Embora cada abordagem tenha uma ênfase diferente, pode-se a princípio vislumbrar dois caminhos possíveis para responder essa última pergunta.

Um passa pela instituição da *lógica do mercado* - que tem pretensões de se tornar hegemônica em todos os âmbitos - como o pressuposto fundamental da nova ordem jurídica internacional. O “mercado” promete muitas vantagens, inclusive a promoção de riqueza multidimensional. Todavia, conforme concluem vários autores contemporâneos, a ascendência dessa retórica economicista tem como implicação esvaziar a política e acarretar déficit jurídico.

¹⁴ Ver SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda. *American Journal of International Law*, n. 87, 1994, p. 205-239; e RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law, International Relations and Compliance. In: SIMMONS, Beth E. et al. (Ed.) *Handbook of International Relations*. p. 539-558. London: Sage Publications, 2002.

¹⁵ POSNER, Eric; GOLDSMITH, Jack. *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2007.

A outra via fundamenta-se na deliberação e em elementos críticos. Esse é o caminho defendido por Habermas e Derrida (BORRADORI, 2004). Tais autores, não obstante tantos pontos de vista divergentes, convergem sobre a importância atual do Direito e das instituições internacionais, na necessidade de repensá-los e nos pressupostos para realizar essa tarefa. A não realização da tarefa crítica de repensar o Direito Internacional importa sustentar uma postura inerte e consentir com a acentuação das assimetrias e possível hegemonia, diante das novas dinâmicas de cenário global.

A escolha de um destes caminhos para enfrentar o problema da inserção do Direito Internacional na nova arquitetura global implica constituir diferentes respostas às questões concernentes à democratização nos processos de constituição do Direito Internacional e definir a participação dos diversos atores nesses processos. Este artigo deve oferecer elementos para pensar, dentro da conjuntura, a inserção de atores e interesses que permanecem, muitas vezes ainda, à margem da agenda do Direito Internacional contemporâneo.

5 Bibliografia

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law. *Stanford Law Review*, v. 60, 2007.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 697, 1999.

COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne. La fragmentation du droit international: vers un changement de paradigme?" *Lex Electronica*, v. 11, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.pdf>>.

DELMAS-MARTY, Mirrelle. *Trois défis pour un Droit Mondial*. Le Seuil, 1998.

DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice. *Journal of International Law and Politics*, n. 3, New York, 1999.

_____. *L'unité de l'ordre juridique international*. Martinus Nijhoff, 2000.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission Fifty-Second Session*, UN Doc A/55/10 (27 September 2000).

KENNEDY, Paul. *The parliament of man: the past, present and future of the United Nations*. New York: Random House, 2006.

KINGSBURY, Benedict. Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 679, 1999.

KOERNER, Andrei. *Direito, Regulação e Governamentalidade. O Legado de Foucault*. São Paulo: Unesp, p.223-240, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. *UN Doc A/CN.4/L.682* (August, 1st, 2002).

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. *MOX Plant, request for provisional measures order (Ireland v. the United Kingdom)* (December, 3rd, 2001). *ILR*, v. 126 (2005), p. 273.

PAUWELYN, Joost H. B. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, p. 903-916, 2004.

POSNER, Eric; GOLDSMITH, Jack. *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2007.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law, International relations and compliance. In: SIMMONS, Beth A. et (Ed.). *Handbook of international relations*. London: Sage Publications, 2002. p. 539-558.

ROMANO, Cesare R. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 709, 1999.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law and international relations theory: a dual agenda. *American Journal of International Law*, n. 87, 1994, p. 205-239.

TEUBNER, G. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: *Global Law Without a State*. Dartmouth; Aldershot, 1997. p. 3-28.

_____; FICHER-LESCANO, A. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

TREVES, Tullio. Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice. *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 809, 1999.

WEILER, J.H. *The EU, the WTO and the NAFTA: towards a common law of international trade?* Oxford University Press, 2000.