


UniCEUB
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito Global em Pedacos:
Fragmentação, Regimes e
Pluralismo

Global law in pieces:
Fragmentation, Regimes and
Pluralism

Salem Hikmat Nasser

VOLUME 12 • N. 2 • 2015
TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Sumário

CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	2
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	12
Nitish Monebhurrun	
POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ?	16
Inocêncio Mártires Coelho	
O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen	45
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort	57
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....	78
Breno Baía Magalhães	
DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO	98
Salem Hikmat Nasser	
POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO	139
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....	160
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	176
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	194
Carlos Bastide Horbach	
THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS	212
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....	227
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....	246
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....	263
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....	284
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW	304
Gabriel Webber Ziero	
A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	324
Tiago Silveira de Faria	
CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	342
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE	356
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
IS TRADE GOVERNANCE CHANGING?	371
Alberto do Amaral Júnior	
OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL?	384
Guilherme Berger Schmitt	
SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL	402
Helena Masullo	
REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO	421
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL	449
Daniel Amin Ferraz	
REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT	464
Jennifer Breedon	
AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS	485
Alexandre Guerreiro	
INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME	512
Joy Marie Virga	
CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL?	528
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO 541

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR 571

Cindy S. Woods

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA 612

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA 631

Aline Beltrame de Moura

A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL 650

Antonio Henrique Graciano Suxberger

O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE 667

Bernardo Fernando Sicoche

OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685

André De Carvalho Ramos

A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705

Géraldine Giraudeau

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728

Daniela Copetti Cravo

NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL739

Pedro Ivo Diniz

A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO785

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

NORMAS EDITORIAIS.....803

Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo

Global law in pieces: Fragmentation, Regimes and Pluralism

Salem Hikmat Nasser**

RESUMO

A ideia de que a vida passa por um processo de diferenciação funcional, e de que, como consequência, o direito torna-se crescentemente especializado – e talvez se transforme em sua própria natureza – é agora generalizada. Os conjuntos especializados de normas e regulamentos são muitas vezes chamados de regimes, e na esfera internacional, regimes internacionais ou transnacionais. Este artigo lida, primeiro, com três fortes representações de regimes internacionais e discute alguns de seus problemas. Sustenta que, a fim de fazer bom uso da noção de regimes, é necessário ter em mente a diferença entre o jurídico e o não jurídico no contexto amplo de governança. Assim, toma-se primeiramente a noção de regimes como fragmentos de uma ordem jurídica unificada e coerente de Direito Internacional Público e, em seguida, como um ponto de encontro de regulação, de produtos regulatórios, emergentes de ordens jurídicas diversas e também de fontes não jurídicas. Dentro do Direito Internacional Público, regimes são vistos como relacionados ao que se chama de dupla fragmentação de ordem jurídica. Como conjuntos de instrumentos regulatórios dentro de uma regulação global mais ampla, regimes são colocados em relação a dois tipos de pluralismo legal ou regulatório. Ao final faz uma discussão dos problemas de *rule of law* impostos ao direito internacional pela sua fragmentação e aos problemas equivalentes em relação à regulação global.

Palavras Chave: fragmentação, regimes internacionais, direito global, direito internacional; pluralismo legal.

ABSTRACT

The idea that life undergoes a process of functional differentiation, and that, consequently, law becomes increasingly specialized – and maybe even transforms in its very nature – is now widespread. The specialized clusters of law or regulation are very often called regimes, in the international arena, international or transnational regimes. This paper deals, first, with three strong representations of international regimes and discusses some of their problems. It argues that, in order to make a good use of the category, it is necessary to keep in mind the differentiation between law and non-law in the wider context of governance. It then turns, firstly, to the notion of regimes as fragments of a unified and coherent public international law order and, secondly, as meeting points of regulations emerging from different

legal orders as well as from other non-legal sources. Within public international law, regimes are seen as related to what is called the double fragmentation of that legal order. As clusters of regulation within a wider global regulatory order, regimes are put in relation to two types of legal or regulatory pluralism. At the end, it discusses de issues related to the *rule of law* within international law and its fragmentation process, and also the equivalent issues concerning global regulation.

Keywords: fragmentation; international regimes; global law; international law; legal pluralism.

1. INTRODUÇÃO

A literatura acadêmica mais recente sobre o direito internacional tem sido preenchida com referências a noções como fragmentação, pluralismo e regimes.

Entender o debate nelas centrado e construir conceitos competentes de uma ou outra das noções, de modo a avaliar sua utilidade e ou os riscos que trazem à tona, não são tarefas que se apresentam fáceis.

A literatura, me parece, é rica em incertezas, em confusão e em perspectivas embaralhadas. Nesse ambiente, e para não dizer nada por ora sobre fragmentação e pluralismo, regimes recebem, por vezes, o que parecem ser definições claras, mas que, ao menos em alguns casos, não são apropriadas às construções teóricas em que se inscrevem. Mais do que isso, ainda que se tenha clareza conceitual, é particularmente difícil identificar na prática os regimes tais como são definidos e as suas relações tais como são descritas.

Além dessa fragilidade de conceitos e de consistência, quando se abordam os temas da fragmentação, do pluralismo ou dos regimes, muito cedo se encontra um outro problema de considerável relevância e dificuldade. Esse problema combina a transformação do direito (internacional), a sua relação com outros instrumentos ou sistemas regulatórios e o lugar que ele ocupa na regulação da vida na arena internacional.

Na verdade, a ideia geral de que direito e regulação¹

1 Regulação é termo que pode receber mais de um sentido, alguns mais genéricos e outros mais específicos. Pode vir relacionado, por exemplo, ao direito administrativo e referir-se às normas produzidas por órgãos dotados de poder delegado pelo Estado e que organizam determinados setores da economia ou participam de determinadas políticas públicas. Em sentido mais geral, pode significar o ato ou o produto da atividade de criar regras e normas. É nesse sentido mais abrangente, como conjuntos de normas e regras, prescrições, que

tendem a se reorganizar em blocos relativamente autônomos para responder à complexidade da vida traz à luz o fato de que as normas pertencentes a um sistema jurídico passam a constituir fragmentos organizados em torno de temas, e de que o direito pertencente a um sistema jurídico se combina com aquele pertencente a outros sistemas, assim como o direito formal se combina com regulação de outras naturezas, de modo a governar áreas específicas da vida.

Os regimes, entendidos em certos sentidos, constituem combinações, áreas de confluência de vários sistemas legais, ou áreas de convergência de direito e de regulação, surgida de uma multiplicidade de fontes, inclusive privadas, e cuja natureza, jurídica ou outra, é objeto de polêmica.

A polêmica é provavelmente o resultado de uma dupla frustração ou de uma dupla ambição: ao descobrir que o direito – o que usualmente se entende por direito – não regula senão uma pequena porção da vida, juristas sentem a necessidade de alargar o escopo de seu objeto de estudos; frequentemente, no entanto, desconfortáveis ao lidar com o não-direito, sentem a necessidade de chamar direito o que usualmente não seria entendido como sendo tal.

Quer sejam pensados como instâncias de fragmentação de uma ordem jurídica dada ou como elementos de um ambiente regulatório plural, os regimes – jurídicos ou regulatórios e, no nosso caso, internacionais ou transnacionais – representam desafios para a qualidade da ordem jurídica ou do ambiente regulatório, ou seja, desafios à construção do *rule of law*.

Começo a discussão desses temas com um capítulo que parte da noção de diferenciação funcional e da influência que ela exerce sobre a ideia de regimes jurídicos internacionais ou transnacionais (Capítulo I). Esse capítulo se ocupa essencialmente com explorar três representações fortes dos regimes no espaço internacional ou global e aponta para os seus problemas de inconsistência e de contaminação mútua.

O capítulo II se detém na discussão de um tema que subjaz a compreensão, que aqui se está tentando, do panorama da organização do mundo por normas reunidas em aglomerados em torno de problemas específicos, qual seja a relação entre o direito e a noção de

podem não ser jurídicas, que o termo é usado aqui. Tratarei mais adiante do tema em maior detalhe.

governança e a necessidade de distinguir o jurídico do não jurídico, de distinguir o que pertence a uma ordem jurídica do que não pertence.

O capítulo III cuida dos regimes enquanto manifestações da fragmentação do direito internacional público. Discuto ali o que identifico como os dois tipos de fragmentação do direito internacional e, após demonstrar a dificuldade de identificar e delimitar os regimes, exploro o modo como o direito internacional resolve os conflitos entre regimes ou dentro de um mesmo regime, conflitos esses que tendem a ser apresentados sob uma luz um pouco distorcida.

Já o capítulo IV lida, primeiramente, com os dois tipos de pluralismo jurídico que identifico no panorama da regulação das relações internacionais ou transnacionais, aquele em que as unidades básicas são as ordens jurídicas e aquele em que são os regimes os elementos constitutivos. Partindo da ideia de que regimes podem ser também pontos de convergência, agregados, de normas e organizações pertencentes a diferentes ordens jurídicas e de outros tipos de regulação, assim como podem, mais raramente, consistir em sistemas fechados de um tipo único de regulação, o capítulo apresenta um quadro das formas de regulação diversas, diferentes, do direito internacional e se vale, para isso, da literatura sobre *Global Administrative Law* e *Transnational Private Regulation*.

Finalmente, no capítulo V, discuto a noção de *rule of law* e as suas funções básicas face a uma ordem jurídica fragmentada, o direito internacional público, e face a um ambiente regulatório global em que a ação regulatória é empreendida por atores diversos e em processos que, impactando o interesse público, não se submetem necessariamente a mecanismos de controle e não estão sujeitos a exigências de transparência e responsividade.

2. DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL – NOÇÃO DE REGIMES INTERNACIONAIS

A vida, nos é dito, está ficando crescentemente fragmentada. Por meio de algo chamada ‘diferenciação funcional’, as sociedades estariam sendo divididas em inúmeros setores organizados em torno de conjuntos de interesses, temas, saberes específicos. Isto seria igualmente verdade para as sociedades nacionais e para aque-

la internacional ou global.²

Esses segmentos da sociedade demandariam ou tenderiam a produzir, ou ao menos provocariam a produção de regulação setorialmente específica. As normas, regras, e possivelmente as instituições, as organizações ou órgãos,³ constitutivos desses conjuntos de regulação específicas a cada setor apareceriam e tenderiam a ser vistas como conjuntos distintos e diferenciados, razoavelmente autônomos.

Esses conjuntos de normas e instituições podem ser vistos, e o serão, como constituindo ou fragmentos de uma única, mas fragmentada ordem jurídica, ou como uma variedade de ordens jurídicas em um ambiente jurídico pluralístico. Eles seriam expressão ou de fragmentação, ou de pluralismo jurídico, ou de ambos. Isto, é claro, se presumido o caráter jurídico das regras ou normas que constituem o conjunto. De outra forma, falar-se-ia de fragmentação de uma ordem regulatória ou de pluralismo regulatório.

Quer sejam entendidos ou percebidos como partes diferenciadas de um único sistema jurídico ou como ordens jurídicas independentes, esses conjuntos regulatórios tendem a ser chamados ‘regimes jurídicos’.

Porque a fragmentação da vida e da sociedade não acontece apenas no interior das sociedades domésticas, nacionais, mas é um fenômeno que atinge o que é agora uma esfera social global unificada (em outro sentido), esses regimes jurídicos são também internacionais ou transnacionais ou globais.

É a existência de algo chamado regimes jurídicos – ou regulatórios, ou de governança – internacionais – ou transnacionais – que serve como desculpa para o que seguirá nas próximas páginas. No entanto, em ambiente saturado por sábia literatura sobre fragmentação e pluralismo jurídico, talvez haja a necessidade de uma justificação para o que seguirá.

2 Esta é uma famosa afirmação trazida em partes dentro de discussão de Gunther Teuber. Ver, por exemplo, TEUBNER, G. *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*. In: TEUBNER, G (Ed.). *Global Law in the World Society*. Dartmouth, Aldershot, 1997. p. 3-28; FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. *Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1046, 2004;

3 Também os termos instituição ou instituições podem cobrir mais de um significado. Eles são usados aqui no sentido que mais se aproxima de organização ou órgão, querendo significar *loci* institucionais para a produção de normas ou para a sua implementação ou para a solução de controvérsias.

O fato é que, embora a descrição da realidade que veio sendo discutida seja razoavelmente acurada, muitas variáveis muito importantes permanecem desconhecidas ou sem resposta. Por exemplo, há alguma concepção de direito, subjacente à discussão, que nos dirá se e quando a regulação que constitui o regime é jurídica? Se existe, qual é essa concepção do direito? Há uma aceitação da necessidade de diferenciar a regulação jurídica daquela não-jurídica, ou, ao contrário, dispensa-se essa necessidade? Como é possível identificar uma norma ou uma instituição como pertencente a um regime específico? Como se pode reconhecer os contornos de um regime? Quais os critérios usados, se os há, para identificar o regime como sendo parte de uma ordem jurídica mais ampla, e quais aqueles que o qualificam como uma ordem jurídica autônoma?

Respostas a estas e outras perguntas podem aparecer, explícita ou implicitamente, em parte da literatura sobre fragmentação ou pluralismo. Frequentemente não aparecem ou não se mostram cristalinas ao leitor.

De todo modo, quer as respostas apareçam claras ou não, é fato que essas questões constituem pontos de divergência ou de desencontro entre autores que escrevem sobre os fenômenos da fragmentação, do pluralismo e dos regimes jurídicos ou regulatórios. Ao responderem de modos divergentes a essas questões centrais, ou ao apresentarem atitudes diferentes em relação a elas – alguns ignorando-as como desimportantes, outros respondendo com firmeza e outros ignorando sua existência – os autores estão na verdade construindo ou descrevendo realidades diferentes.

Descrevem realidades diversas quando, ao olharem a partir de perspectivas distintas para algo que existe, levam em conta o que se encontra dentro de seu campo de visão e, claro, excluem o que ali não está. Constroem realidades diferentes quando interpretam e fazem afirmações normativas sobre o que existe e é visto a partir de distintas perspectivas.

Perspectiva é tudo então, ou quase. Pode-se julgar uma teoria, sobre fragmentação, por exemplo, e apontar-lhe falhas ou porque a perspectiva em que encontra sua origem fornece uma visão distorcida, falsa, da realidade, ou porque constrói uma realidade que não guarda relação com o que existe.

Pode-se também apontar falhas numa teoria quando suas conclusões não são consistentes com a perspectiva sobre a qual se supõe que esteja baseada. Há, portanto,

uma correspondência ou uma falta de correspondência entre a perspectiva e o real e uma correspondência ou uma falta de correspondência entre as conclusões e as condicionantes fundamentais de uma dada perspectiva.

Para que qualquer julgamento desse tipo possa ser feito, no entanto, deve haver clareza sobre a perspectiva adotada.

Parece-me que há uma cacofonia razoavelmente ensurdecadora que permeia as discussões sobre fragmentação, pluralismo e regimes. Muito frequentemente, conceitos, argumentos, diagnósticos são transportados de uma perspectiva a outra sem muito cuidado com o risco de que não faça qualquer sentido ali, ou com o risco de que desfaça a coerência do ponto de vista para onde é feita a transferência. Por vezes, independentemente do eventual recurso a tais empréstimos inapropriados, algumas leituras são simplesmente desprovidas de coesão interna ou são ao menos pouco convincentes.

A fim de começar a pintar o panorama das discussões relacionadas aos regimes, apresentarei brevemente três representações fortes da noção.

2.1. Regimes na teoria das relações internacionais

A noção de regimes internacionais apareceu e se desenvolveu primariamente na teoria das relações internacionais. Nesse campo, a publicação em 1983 de um livro editado por Stephen Krasner emoldurou o debate sobre a existência, a definição e as funções de regimes internacionais. O livro organizou o que era à época o estado da arte na matéria e desde então continuou sendo uma referência necessária para quem quer que estude o tema.⁴

Ali regimes internacionais são vistos como uma possível ferramenta para a explicação do funcionamento das relações internacionais. A discussão é centrada no possível papel dos regimes enquanto variáveis que atuam como intermediários entre as determinantes causais básicas do comportamento e as resultantes e o efetivo comportamento.

Uma definição é oferecida: regimes seriam ‘conjuntos de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores convergem, em

4 KRASNER, Stephen D (ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

uma dada área das relações internacionais⁵.

Os termos da definição são assim explicados: ‘Princípios são crenças de fato, de causa e de retidão. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou proscricções específicas de ação. Procedimentos de tomada de decisão são práticas prevalentes para a feitura e a implementação de escolhas coletivas’⁶. Nem essa definição de regimes nem aquela de suas partes constitutivas é aceita por todos sem restrições. No entanto, podem ser retidas como definições operativas, *working definitions*⁷ e são, em todo caso, definições referenciais.

As posturas que os estudiosos das relações internacionais adotam em relação à definição de regimes, em relação ao papel que estes desempenham e em relação às determinantes de sua existência, variam de acordo com a sua abordagem teórica subjacente, a partir da qual estudam o funcionamento da sociedade internacional. As diferenças podem ser vistas, em essência, como relacionadas ao papel do direito ou da regulação – princípios, normas, regras – nas relações internacionais.

Este aspecto fundamental da concepção de regimes que tem a teoria das relações internacionais aparece claramente: regimes internacionais são normativos, regulatórios, jurídicos, em sua natureza mesma. Falar então sobre regimes ‘jurídicos’ internacionais seria em certa medida pleonástico. Mas aqui o direito está sendo olhado desde fora, como um produto das dinâmicas que governam as relações na cena internacional e como uma possível condicionante dos comportamentos e resultados. Não se trata de uma discussão jurídica sobre o direito, mas de uma discussão política.

5 KRASNER, Stephen D (ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 2, tradução nossa. ‘sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations’(KRASNER, 1983)”title” : “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, “type” : “chapter” }, “uris” : [“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=826f40ad-f706-4e72-8f96-08683e832d4b”] }], “mendeley” : { “previouslyFormattedCitation” : “(KRASNER, 1983”

6 KRASNER, Stephen D (ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 2, tradução nossa. ‘Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behaviour defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions of action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice’

7 HANSENLEVER, A.; MAYER, P.; RITTBERGER, V. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 13

Outro aspecto importante da discussão neste terreno é o fato de que, apesar da definição geral falar em ‘expectativas dos atores’, ela está centrada no comportamento e nas expectativas dos Estados. Os Estados são vistos como os atores centrais das relações internacionais e os regimes internacionais são vistos como aqueles conjuntos de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão produzidos pelos Estados e destinados a influenciar as expectativas e o comportamento dos Estados.

Finalmente, devo sublinhar um aspecto central dos regimes tal como definidos aqui: esses conjuntos de princípios, normas etc. governam áreas ou setores específicos das relações internacionais⁸. Está claro, portanto, que a discussão de regimes que faz a teoria das relações internacionais não está preocupada, ao menos não de modo particular, com a existência, função ou unidade de um sistema jurídico constituído pelos vários regimes ou a eles sobreposto.

Enquanto se esforça para explicar as interações entre Estados e identificar o caminho que leva das variáveis causais básicas ao correspondente comportamento ou resultante, a teoria das relações internacionais olha para aglomerados, conjuntos de instrumentos regulatórios organizados em torno de temas específicos tais como segurança, meio ambiente, comércio etc.

Vistos pelos teóricos das relações internacionais, regimes internacionais aparecem essencialmente como conjuntos regulatórios constituídos por normas e organizações que são parte do que se conhece usualmente como direito internacional público, apesar de que nenhum esforço particular é feito para verificar se de fato essas normas e organizações pertencem a essa ordem jurídica e correspondem aos cânones que, aos olhos do próprio direito internacional, fazem desta ordem jurídica um todo coerente.

Esses traços básicos dos regimes internacionais – normas e organizações criadas ou produzidas pelos Estados e destinados a regular o comportamento dos Estados, correspondendo às características do direito internacional público, organizadas em torno de temas específicos – são os que resultam da literatura sobre relações internacionais. Mas regimes não precisam necessariamente ser vistos assim e, de fato, não o são sempre,

8 KRASNER, Stephen D (ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 1

nem por todos. Outras concepções de regimes internacionais existem.

2.2. A concepção de regimes da teoria social

Uma concepção diferente de regimes pode ser encontrada entre aqueles que enxergam a emergência de um direito global que é fragmentado em diversos regimes diferenciados funcionalmente, correspondendo a setores específicos do tecido social⁹.

Essa visão, ancorada numa perspectiva de teoria social, vê o direito como uma realidade transformada. Ele já não seria normativo nem fundado no território. O direito seria agora cognitivo e desprovido de qualquer capacidade de unidade.¹⁰ Sua organização tradicional, de acordo com territórios nacionais, estaria dando lugar a um direito fragmentado segundo linhas sociais setoriais, os setores sendo economia, ciência e outros tantos¹¹.

Esses regimes setoriais, porque constituiriam esse direito global que é diferente em sua essência mesma, são pensados mais como transnacionais do que como internacionais.¹²

Diferem, ou pensa-se que diferem, dos regimes in-

ternacionais em vários sentidos. A comunidade cognitiva que daria origem ao regime e suas normas não é vista como constituída exclusivamente por Estados.¹³ As normas são, em princípio, pensadas como jurídicas ou legais, mas não precisariam conformar-se aos cânones quer do direito doméstico, nacional, quer do direito internacional. Os destinatários das normas, aqueles cujo comportamento supõe-se que regulem, não seriam os Estados, ou ao menos não apenas os Estados, mas quem quer que seja um membro da comunidade cognitiva ou do setor social em questão¹⁴.

Porque essa visão dos regimes pressupõe uma transformação na própria natureza do direito, é apenas natural que se espere uma resposta para o que significa serem esses regimes (transnacionais) jurídicos. Essa resposta não se encontra em lugar algum. Ela é, no entanto, de fundamental importância já que para os proponentes desta perspectiva, que pretendem indicar um caminho para a solução das colisões entre os regimes, é muito importante decidir se e quando as normas colidentes são jurídicas e não apenas normas sociais.¹⁵ De acordo

9 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1000

10 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004., p. 1000

11 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004. p. 1006-1007. Diferentemente desta abordagem, Gabriela Garcia Batista Lima explora uma utilidade do conceito de governança originado das relações internacionais como institucionalização para o estudo de um direito que cada vez mais inclui relações não estatais. Assim, aborda a complementaridade e convergência dos conceitos de governança, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação, que são colocados como ferramentas para um estudo do direito pós-globalização. Ver LIMA, Gabriela G. B. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, v.11, n.1, 2014.

12 “The traditional differentiation in line with the political principle of territoriality into relatively autonomous national legal orders is thus overlain by a sectoral differentiation principle: the differentiation of global law into transnational legal regimes, which define the external reach of their jurisdiction along issue-specific rather than territorial lines, and which claim a global validity for themselves.” FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1009

13 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004., p. 1007-1009. Isso porque há uma consequência indireta da globalização da diferenciação social: “the unity of global law is no longer structure-based, as in the case of the Nation-State, within institutionally secured normative consistency; but is rather process-based, deriving simply from the modes of connection between legal operations, which transfer binding legality between even highly heterogeneous legal orders”. FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004., p. 1007-1008. Ainda, “[f]or centuries law had followed the political logic of nation-states and was manifest in the multitude of national legal orders, each with their own territorial jurisdiction. Even international law, which viewed itself as the contract law of Nation-States, did not depart from this model. The final break with such conceptions was only signaled in the last century with the rapidly accelerating expansion of international organizations and regulatory regimes, which, in sharp contrast to their genesis within international treaties, established themselves as autonomous legal orders. The national differentiation of law is now overlain by sectoral fragmentation”. FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004., p. 1008.

14 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1007-1009. Ver também TEUBNER, 1997.

15 TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press,

com eles, uma norma jurídica terá sempre precedência sobre uma norma social com que colida¹⁶.

Os regimes diferenciados funcionalmente são, portanto, pensados como sendo direito, mas seriam a expressão de um direito diferente, organizado em torno de setores cognitivos específicos, não produzido por Estados, não destinado a governar as relações no interior de um determinado território ou as relações entre Estados territorialmente definidos. Eles podem colidir, e argumenta-se que colidem de fato, também com os direitos nacionais, domésticos, e com o direito internacional, já que nem aqueles nem este desaparecem.¹⁷

Isto traz algum conforto, para quem dele precisar, e indica a existência ou a emergência de um novo tipo de direito que ainda não tem as condições de substituir o antigo, normativo, territorial. Esperar-se-ia, portanto, que esses regimes legais transnacionais não coincidam com aqueles regimes que, no coração do direito doméstico ou do direito internacional, são expressões das características desses sistemas jurídicos, ainda que organizados em torno de áreas ou temas de preocupação específicos.

Regimes jurídicos transnacionais, para serem jurídicos, ou devem pressupor uma definição de direito diferente, de modo a diferenciá-los do que faz jurídicos os regimes que fazem parte do direito internacional público, ou devem pressupor uma definição ampliada, mais inclusiva, que possa abarcar ambos tipos de conjuntos de normas, regras etc.

Num mesmo fôlego, direito do comércio internacional, direito do meio ambiente, *lex mercatoria*, *lex constructionis*, *lex digitalis*, são oferecidos como exemplos desses regimes funcionais que seriam a expressão da fragmentação do direito global.¹⁸ A proliferação de tribunais e cortes internacionais é invocada como prova suple-

mentar dessa fragmentação.¹⁹ Mas todos os exemplos dessa proliferação são tirados do direito internacional público!²⁰

De acordo com essa visão, a fragmentação do direito é apenas um reflexo efêmero da fragmentação social.²¹ Qualquer desejo de unidade seria mera ilusão.²² No melhor dos casos, pensa-se, normas de conflito permitirão o estabelecimento de redes fluidas entre as unidades em conflito.²³ No entanto, ainda que assim fosse, parece-me que deveria permanecer inteira a necessidade de se poder reconhecer e delimitar as unidades em questão.

Ou bem o direito do comércio internacional e, por exemplo, a *lex constructionis*, correspondem a uma única e mesma definição genérica ou não. Se não correspondem, a única justificativa possível para o fato de aparecerem juntos é o fato de demonstrarem a tendência do direito ou da regulação de se tornarem especializados e compartimentalizados. Será realmente possível que o fato de um desses regimes ser parte do direito internacional público não tenha qualquer importância?

Para decidir sobre isso, é preciso verificar o conceito de regime transnacional com que os proponentes dessa perspectiva estão trabalhando. Aquela oferecida é esta:

“A regime is a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to breaches. When such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a ‘self-contained regime,’ a special case of *lex specialis*.” (FISCHER-LESCANO,

2012, p. 52

16 TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 52

17 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1013.

18 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1010-1011; 1013.

19 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1012-1014.

20 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, passim.

21 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1004. Ainda, os autores concluem que nem a criação de hierarquias judiciais, solução apresentada comumente para a fragmentação jurídica, solucionaria a questão, já que tal fragmentação deriva de condições estruturais sociais. Citam então Luhmann (Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, p. 1088-96) “[T]hesino f differentiation can never be undone. Paradise is lost”.

22 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1004

23 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1004

Essa definição é apresentada como uma demonstração de que esses regimes não pertencem quer ao direito nacional, quer ao direito internacional, porque, nos é dito, suas normas secundárias não correspondem a qualquer dos dois tipos de sistema jurídico.²⁵ No entanto, a definição é tomada emprestada de um relatório da Comissão do Direito Internacional (CDI) sobre a fragmentação do direito internacional e faz referência, no relatório, à noção de regimes autocontidos que funcionariam como *lex specialis* em relação ao direito internacional público geral!

A definição não pode ser aplicada a *lex mercatoria*, *lex constructionis*, *lex digitalis* etc. Os traços gerais da definição – “a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to breaches.” – podem se aplicar a esses conjuntos normativos como sistemas, jurídicos se quisermos, independentes, mas não como regimes dentro de um sistema jurídico a que não podem pertencer. A ideia de derrogação em relação ao direito geral só poderia querer significar derrogação em relação ao novo direito global que, nos é também dito, não é passível de unidade.²⁶

Algumas menções à literatura referencial das relações internacionais a que me referi antes são feitas nessa literatura que chamo de teoria social.²⁷ Mas aqui também está claro que os regimes de que uns e outros falam só podem ser coisas totalmente diversas.

Não há nada, além da ideia básica de que conjuntos de normas, regras e procedimentos tendem a surgir e evoluir em torno de áreas e problemas específicos, que una a noção de regimes como concebidos pela teoria das relações internacionais àquela de regimes transnacionais pensados por cientistas sociais como partes de

um novo direito global. Além disso, estes últimos se ressentem da falta de uma definição clara, uma que não seja tomada de empréstimo à literatura das relações internacionais ou de estudos estritamente dogmáticos de direito internacional. E, como dito, não há clareza sobre o que significaria serem esses regimes jurídicos.

2.3. A fragmentação no direito internacional público

Uma terceira perspectiva a partir da qual se olhou para a noção de regimes é aquela do direito internacional público. Ali regimes são igualmente vistos como conjuntos normativos organizados em torno de áreas específicas, mas constituem partes, fragmentos de um sistema jurídico unificado, coerente. Os princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, assim como as organizações, que podem ser pensados como constituindo conjuntos relativamente articulados ou autocontidos, são todos partes do direito internacional e correspondem aos critérios de reconhecimento estabelecidos por essa ordem jurídica.

2.3.1. A visão dogmática

A fragmentação do direito internacional (público) decorre, ao que parece, da sua expansão e de sua crescente especialização e daria lugar, por sua vez, a vários problemas e dificuldades.²⁸ Tanto a expansão quanto a especialização dizem respeito às normas e também às instituições ou estruturas organizacionais do direito internacional.²⁹ A fragmentação é portanto tanto normativa quanto institucional.

A possibilidade de que haja contradições e colisões entre as normas chamadas a regular o comportamento dos sujeitos de direito internacional e de que essas normas venham a ser aplicadas de modo divergente por diferentes tribunais ou instituições internacionais é normalmente apresentada como a principal dificuldade associada à fragmentação dessa ordem jurídica.³⁰ O problema, portanto, é a possibilidade de que um Estado se veja submetido a normas contraditórias ou tenha que

24 Definição citada de KOSKENNIEMI, Martti. *Study on the Function and Scope of the lex specialis Rule and the Question of “Self-Contained Regimes, Preliminary Report by Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group of the ILC*. Maio de 2004, p. 9. (KOSKENNIEMI, 2004)

25 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1013.

26 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1017

27 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1011, nota 45.

28 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 8-9; 15

29 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 8-9; 13

30 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 8-9; 15

fazer face a decisões contraditórias emitidas por tribunais ou instituições diferentes, baseando-se em normas pertencentes a diferentes fragmentos ou ramos do direito internacional.

Um caminho para a solução da fragmentação normativa foi ensaiado pela CDI.³¹ Os juristas da Comissão consideraram, por outro lado, que era mais apropriado deixar que a solução para as colisões decorrentes da fragmentação institucional seja buscada pelas próprias instituições.³²

Regimes são o produto resultante da fragmentação (ou um dos produtos, já que, talvez, nem sempre se assiste à formação de regimes autocontidos, mas sim à de simples fragmentos ou mesmo de normas individuais isoladas).³³ Eles podem ser entendidos como regimes específicos de responsabilidade internacional,³⁴ como um conjunto de normas relativas a um tema ou área específicos ou como um sistema mais complexo de normas e estruturas organizacionais voltadas à regulação de um tema.³⁵

A solução ensaiada pelo relatório da CDI para os dois principais problemas identificados – a relação entre os regimes e o direito internacional geral e a irritação entre os regimes – começa por adotar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como guia. Isto porque os regimes são sempre, pensa-se, constituídos por e contidos em tratados ou conjuntos de tratados.³⁶

Recorre-se em seguida às técnicas clássicas para a solução de antinomias: *lex specialis*, *lex posteriori* e hierarquia.³⁷ Claro, porque o direito internacional é um tipo específico e especial de ordem jurídica, todas essas téc-

nicas funcionam de modo também específico, especialmente a ideia de hierarquia normativa.

É muito importante notar que a todo momento esta perspectiva da fragmentação olha para o direito internacional como uma ordem jurídica unitária, coerente, e olha para o fenômeno dos regimes como um desafio que pode e deve receber uma resposta no âmbito de uma ordem unitária e coerente. É a partir dessa perspectiva que o direito internacional olha para si mesmo, desde dentro.

Desse ponto de vista, regimes são vistos como manifestações de uma tendência, problemática e desafadora, de fragmentação. O contexto da fragmentação e dos regimes continua sendo a diferenciação funcional da vida, dividindo a sociedade em setores de conhecimento e de interesses.³⁸ Aqui, no entanto, para o direito internacional, a diferenciação funcional setorial não distribui diferentes atores em múltiplos núcleos sociais. Aqui, são os Estados que produzem as normas e organizações e, ao mesmo tempo, criam diferentes regimes, temáticos, especiais, de direito internacional.³⁹

Isto porque, de acordo com essa visão do direito pelo direito, ainda são os Estados a produzir o direito internacional, assim como são estes os destinatários de suas normas. Apenas, os Estados agem através de diferentes partes de suas burocracias, ou através de uma mesma autoridade responsável pelas relações externas, produzindo diferentes respostas normativas para lidar com diferentes temas de preocupação, adotando e respondendo a diferentes racionalidades.

Encontramos aqui, portanto, a mesma determinante básica para a existência de algo chamado ‘regimes jurídicos internacionais’ – a fragmentação da vida social em temas específicos de preocupação, de conhecimento, de interação. Apenas, aqui, os regimes de que fala o direito internacional, problemáticos mas ainda assim parte integrante de sua identidade como ordem jurídica, parecem ser essencialmente os mesmos de que fala a literatura sobre teoria das relações internacionais. A diferença central é que esta última ou não se preocupa em estabelecer a natureza jurídica dos princípios, normas, regras, procedimentos de tomada de decisão ou organizações, ou presume essa natureza jurídica; tampouco se preocupa com o pertencimento dessas coisas a um

31 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, 2006, p. 248-256

32 Entretanto, indica-se: [d]isputes concerning the operation of the regimes may not always be properly dealt with by the same organs that have to deal with the recognition of claims of rights. Likewise, when conflicts emerge between treaty provisions that have their home in different regimes, care should be taken so as to guarantee that any settlement is not dictated by organs exclusively linked with one of the other of the conflicting regimes. RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, pág. 252.

33 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 14. Ver também para. 123-137

34 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 138 – 152. Retornarei a essas possibilidades adiante, no capítulo III.

35 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 159 - 185

36 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 17, 248; 492.

37 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para 8

38 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 7

39 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, para. 493.

sistema jurídico unificado e coerente.

De todo modo, os regimes de que fala o direito internacional não são os mesmos de que parece falar a teoria social mencionada antes.

2.3.2. Discursos ou narrativas sobre a fragmentação do direito internacional

A visão jurídica que acaba de ser discutida é dogmática no sentido de que relata a visão que o direito tem de si mesmo e usa a linguagem de que devem se valer os juristas para atuar no direito.

Há abundante literatura, jurídica, sobre fragmentação, que se separa dessa visão dogmática e que tende a discutir o tema desde um ponto de vista mais teórico ou problematizante.⁴⁰ Uma parte dessa literatura discute as narrativas ou os discursos sobre fragmentação e as coloca contra o pano de fundo das construções intelectuais históricas do direito internacional. Uma parte discute os substratos filosóficos ou políticos que informam as escolhas por ou contra a fragmentação⁴¹. As respostas ou opções teóricas – sistema, constitucionalismo, pluralismo – têm mais a ver com isto do que com o verdadeiro funcionamento do direito internacional.

E, é claro, uma parte importante da literatura lida com instâncias concretas de colisão ou fricção entre re-

gimes, entre regimes específicos, diante de tribunais ou organismos de tomada de decisão específicos.⁴² Alguns tentam oferecer ou discutir matrizes teóricas para a solução de casos concretos.⁴³

Parece-me, no entanto, que muitas das explicações teóricas e soluções propostas sofrem de uma imperfeita construção dos problemas concretos e dos modos concretos em que os tribunais são chamados a lidar com os casos de fragmentação. Mais será dito sobre isso à frente.

2.4. Coerência e comunicação entre as perspectivas

Como mencionado antes, a compreensão da noção de regimes e daquelas conexas, de fragmentação e pluralismo, pode se revelar uma empreitada mais difícil se não são tomadas em conta as diferenças em perspectiva – os substratos teóricos, o propósito da investigação, a questão colocada – e as lógicas internas de cada uma das perspectivas. Pois é certo que cada perspectiva deve ter e manter-se fiel a uma lógica interna.

Alguns podem ter reservas em relação à perspectiva jurídico-dogmática sobre a fragmentação, considerando-a limitada em sua natureza, mas permanece o fato de que ela é uma perspectiva válida; assim como é válida a perspectiva adotada pela teoria social aqui mencionada, quer apreciemos ou não suas conclusões expansivas e revolucionárias.

No entanto, diferenças de perspectiva não são tudo que explica as dificuldades de compreensão. Como mencionei antes, dois problemas ocorrem dentro das e entre as perspectivas.

O primeiro desses é o problema dos empréstimos

40 Ver KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. Fragmentation of International Law? *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 553-579, 2002; HAFNER, G. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004; SIMMA, B. Fragmentation in a Positive Light. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 845-847, 2012; FISHERLESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1046, 2004; ABI SAAB, G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 31, p. 919-933, 1998; DUPUY, P.-M. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the “Fragmentation” of International Law. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2007; JACKSON, J. H. Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, p. 823-831, 1999.; SALAMA, R. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising of the Sea Disputes. *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, v. 19, p. 24-55, 2005; KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. Fragmentation of International Law? *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 553-579, 2002.

41 Ver KOSKENNIEMI, M. Global Legal Pluralism: *Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*. Palestra proferida em Harvard em 5 de março de 2005; MARTINEAU, A.-C. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 01, p. 1, 2009.

42 DUPUY, P.-M. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the “Fragmentation” of International Law. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2007; JACKSON, J. H. Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, p. 823-831, 1999.; SALAMA, R. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising of the Sea Disputes. *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, v. 19, p. 24-55, 2005

43 HALBERSTAM, D. Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe meets the world. 2009. (working paper) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1521016>; TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 23-54

inapropriados de conceitos e raciocínios ou de referências cruzadas inapropriadas.

A visão de regimes sustentada pela teoria das relações internacionais discutida acima, não carrega a culpa desse pecado e é mais comumente mero objeto de referências feitas pelas demais perspectivas, referência que são por vezes inofensivas e por vezes prejudiciais.

Em princípio, como dito, essa perspectiva tem mais coisas em comum com aquela do direito internacional público, já que ambas estão centradas nos conjuntos normativos que regulam o comportamento dos Estados. Mas o direito internacional não pode se apoiar sobre ou encontrar suporte na teoria das relações internacionais para qualquer afirmação normativa sobre a natureza jurídica das normas ou sobre seu pertencimento a algum sistema jurídico.

As relações excessivamente liberais têm lugar entre a literatura jurídica e a teoria social específica que explorei acima.

Boa parte da discussão legal faz alguma referência ao trabalho de Teubner e de Fischer-Lescano.⁴⁴ A eles é dado o crédito, com alguma frequência, por haverem em princípio introduzido o tema da fragmentação no campo do direito internacional.⁴⁵ As referências só poderiam ser aceitas se a intenção é de apontar para um outro modo de olhar para fragmentação e regimes, para um conceito diverso de fragmentação e um conceito diverso de regimes, porque o fato é que, ao escreverem sobre regimes, esses autores certamente não falavam de direito internacional público.

E porque este é o caso, Teubner e Fischer-Lescano não poderiam e não deveriam tomar emprestada a definição de regimes autocontidos que foi dada pela CDI em seu relatório sobre fragmentação do direito internacional para descrever algo completamente diferente, que eles concebem como regimes setoriais transnacionais.

Este exemplo relativo ao conceito mesmo de regime, aquela que se espera seja a noção central de um trabalho lidando com colisões de regimes, ilustra o segundo problema que afeta o entendimento de regimes e de fragmentação. Não apenas trata-se do exemplo mais extremo de empréstimo inapropriado, mas consiste também

em uma quebra da coesão interna da perspectiva, de sua lógica interna.

De fato, nenhuma teoria geral consistente sobre a transformação da natureza do direito, sobre a diferenciação funcional do direito, sobre regimes e suas colisões e sobre remédios para as colisões é possível se o conceito de regimes precisa ser tomado emprestado da dogmática do direito internacional e se o conceito pode na melhor das hipóteses cobrir um número limitado de exemplos, superficialmente descritos, de direito fragmentado.

As três perspectivas discutidas acima oferecem representações fortes do tema dos regimes internacionais, ainda que não sejam as únicas possíveis. Muito esquematicamente, é possível dizer que elas anunciam dois grandes modos de enxergar a fragmentação, o pluralismo e a formação de regimes. O primeiro está centrado no papel do Estado como regulador das relações internacionais e, por extensão, na centralidade do direito internacional público. O segundo escapa a essa centralidade do Estado e do direito internacional, ou ao menos não se restringe a ela.

Essa dicotomia fundamental anuncia a escolha central que fiz neste texto, de discutir regimes como manifestações da fragmentação do direito internacional público (capítulo III) e enquanto aglomerados de normas pertencentes a vários sistemas jurídicos e de outros tipos de regulação (capítulo IV).

Antes, no entanto, de proceder a essa discussão central, cabe lidar com uma outra dicotomia que é também anunciada pelas implicações das diferentes perspectivas, qual seja a relação, de oposição ou de combinação, entre a noção de governança e aquela de direito, que chama, por sua vez, a uma discussão sobre a diferenciação entre direito e não-direito.

3. GOVERNANÇA – DIREITO E NÃO-DIREITO – LUGAR E REALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Antes de voltarmos a atenção aos problemas da perspectiva jurídica sobre regimes, parece-me necessário discutir um tema que corre em paralelo àquele da fragmentação, se não está totalmente entrelaçado com ele. Trata-se da questão da natureza do direito e de seu papel na regulação do mundo, em nosso caso, da sociedade internacional. Abstenho-me aqui de tentar definir

44 Trata-se da obra já analisada aqui “Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law” de 2004.

45 MARTINEAU, A.-C. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 01, p. 1, 2009, nota 8

essa sociedade já que o que se quer é dar à discussão um caráter mais geral.

Tomemos a seguinte questão como ponto de partida: há um lugar, um papel, para o direito num mundo, e num universo de pensamento, dominados pela noção de governança?

Um jurista um pouco mais afim à tradição pode sentir-se, por vezes, e ser visto como um espécime de tempos há muito superados, que desembarca em um novo mundo, mais complexo, em que a língua que fala não guarda qualquer relação com qualquer coisa real ou, no melhor dos casos, descreve uma parte muito insignificante da realidade.

O termo governança, ainda que seja de difícil conceituação – é, de fato uma dessas palavras que, quando as ouvimos, dão-nos a impressão de que sabemos o que significam, mas que, se perguntados, teríamos dificuldades para explicá-las –, ganhou a preferência de muitos e está em todas as bocas.⁴⁶

Governança pode ser entendida de modo mais abstrato, genérico, ou em sentido mais específico, por vezes

carregado. Pode vir acompanhada por adjetivos ou predicados tais como ‘nova’⁴⁷ ou ‘sem governo’⁴⁸.

Para nossos propósitos, mais importante do que definir precisamente a governança – tarefa que não tentarei aqui – é entender como a ideia se relaciona com o direito e com seu papel na regulação da vida.

Nesse sentido, podem ser concebidos dois tipos básicos de relação entre as duas noções. Uma que muitas vezes nos fica na mente como uma impressão é a de que de algum modo elas se encontram em posições antagonicas, uma contra a outra, a governança tentando ocupar o lugar do direito e o direito tentando resistir ao invasor.

A segunda, que parece estar mais de acordo com a realidade de hoje e de ontem, na medida em que se queira trabalhar a noção de governança como significando os modos – meios e mecanismos – pelos quais a sociedade é regulada, é a de que o direito é, como sempre foi, parte da governança.

É por esta razão, precisamente, que a questão diz respeito ao lugar ocupado pelo direito na governança da vida – para nossos propósitos, da vida internacional. Uma solução, ou resposta, radical seria a de que o direito não tem um lugar, ou já não tem um lugar.

Mais frequentemente, no entanto, a ênfase na governança como categoria privilegiada é usada para indicar que o direito tem um papel na regulação da vida em sociedade que se encolhe progressivamente, perdendo espaço para outros tipos de meios ou instrumentos regulatórios.⁴⁹

É claro que ambas afirmações – de que ao direito não cabe um papel ou de que esse papel se encolhe – podem ser lidas como significando que o direito *como o conhecemos* está destinado à obsolescência ou a um status menor. E isto, por sua vez, pode levar a duas posturas

46 Ver ABBOTT, K. W.; SNIDAL D. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1-69, 2009; BÖRZEL, T. A.; HEARD-LAURÉOTE, K. Networks in EU Multi-level Governance: Concepts and Contributions. *Journal of Public Policy*, v. 29, n. 02, p. 135-151, 2009; DANN, P.; GOLDMANN, M.; BOGDANDY, A.. Developing the Publicness of Public International Law : Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2007; DAVIS, D.; CORDER, H. Globalization , National Democratic Institutions and the Impact of Global Regulatory Governance on Developing Countries. *Acta Juridica*, v. 09, p. 68-89, 2009; ESTY, D. C. Good Governance at the Supranational Scale : Globalizing Administrative Law. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, p. 1490-1562, 2011.; HARLOW, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, 2006.; HOOGHE, LIESBET; MARKS, G. Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-Level Governance. *The American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, 2003; KEYNES, J. M.; LEO, C. Multi-Level Governance and Ideological Rigidity : The Failure of Deep Federalism. *Canadian Journal of Political Science*, v. 42, n. 1, p. 93-116, 2009; KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R.; WIENER, J.B. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3-4, p. 1-13, 2005; KRISCH, N. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006; MICHAELS, R. The Mirage of Non-State Governance. *Utah Law Review*, v. 63, p. 1-15, 2010; PIATTONI, S. Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis. *Journal of European Integration*, v. 31, n. 2, p. 163-180, 2009; SLAUGHTER, A-M. Everyday Global Governance. *Research Library Core*, v. 132, n. 1, p. 83-90, 2003; TRUBEK, D. M.; TRUBEK, L. G. New Governance & Legal Regulation : Complementarity, Rivalry , and Transformation. *Columbia Journal of International Law*, v. 13, p. 1-26, 2007.

47 Ver ABBOTT, K. W.; SNIDAL D. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1-69, 2009; TRUBEK, D. M.; TRUBEK, L. G. New Governance & Legal Regulation : Complementarity, Rivalry, and Transformation. *Columbia Journal of International Law*, v. 13, p. 1-26, 2007.

48 Ver SLAUGHTER, A-M. The Real New World Order. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 5, 1997, p. 184.

49 Ver variações de tratamento da relação entre direito e governança em KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R.; WIENER, J.B. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3-4, p. 1-13, 2005.

básicas na matéria: ou algo diferente do direito está tomando o seu lugar, ou o direito está se transformando em algo que antes não era para dar conta das novas realidades.

No segundo caso, a natureza mesma do direito e o seu conceito seriam vistos como evoluindo. Por exemplo, de modo a poder incluir novas formas de regulação que antes eram dele excluídas.

Nada impede que ambas coisas possam estar acontecendo contemporaneamente: a transformação do direito e sua crescente insignificância. Se a transformação que se concebe é aquela da expansão fagocitária, como pode ser que o direito seja mais do que antes era e, ao mesmo tempo, menos relevante? Simplesmente porque transformando-se deste modo torna-se menos diferenciado.

Parece não haver, portanto, modo de escapar a uma questão fundamental: quer se diga que ao direito não cabe papel, ou que este papel perde em significância, ou que o direito se está transformando, será preciso lidar com o que é, o que era, o que passa a ser e o que não é direito. Essa questão é igualmente inescapável, se não mais, para quem queira sustentar uma visão mais tradicional do papel do direito.

Essa questão é frequentemente, e conscientemente, contornada, evitada. É claro, uma razão muito simples para isso pode se encontrar no fato de que muitos consideram a diferenciação entre direito e não-direito, e o alimentar a dicotomia entre os dois, um exercício fútil ou desprovido de importância.

E essa é uma escolha legítima. No entanto, percebe-se mal como alguém pode abandonar a diferenciação entre direito e não-direito e ao mesmo tempo calçar as botas do jurista, falar a sua língua e adotar suas posturas.

Se o direito não precisa ser diferenciado do que não é, ele é então, potencialmente, tudo e também nada.

Certamente, não faria sentido que um direito assim indiferenciado fosse o objeto de uma perspectiva legal, jurídica, sobre a governança e, para nossos propósitos, sobre fragmentação, pluralismo e regimes, e isto pela simples razão de que não haveria significado relevante para os termos *legal* ou *jurídica* já que estes não seriam distinguíveis de *não-legal* ou *não-jurídica*. Nenhuma das categorias teria qualquer existência significativa.

Assim, quando se abandona a necessidade de di-

ferenciar, está-se adotando uma perspectiva diversa, aquela do cientista político, do sociólogo, do filósofo, do antropólogo etc. Pode-se até mesmo ser um jurista sustentando o argumento de que, para certos propósitos, por exemplo, para observar o comportamento em determinada esfera social e decidir sobre o que a influencia, não há uma razão imperativa de colar sobre esse algo uma etiqueta e chamá-lo direito ou outra coisa.

Em verdade, a perspectiva que se adota tem uma íntima relação com os propósitos perseguidos e com as perguntas que se quer fazer. Está-se preocupado com descrever a realidade de modo mais preciso e dizer quais são os atores relevantes, como interagem e por que o fazem de determinados modos? Ou a preocupação restringe-se a determinar a terminologia correta, os nomes certos para as coisas, direito, regulação, governança? Ou se quer fazer afirmações normativas sobre como as coisas deveriam ser ou se transformar?

Qual será então o propósito de pensar e falar no direito, como parte da governança, se quisermos, e, mais especificamente, quando lidamos com a ideia de regimes?

O ponto de partida é este: existe algo chamado direito que influencia os comportamentos, participa da regulação do espaço social e serve como mecanismo para decidir sobre a correção das condutas e solucionar controvérsias? Se a resposta é positiva, a próxima questão é esta: de modo a entender como o direito faz o que faz, é preciso saber como funciona? E será que o seu modo de funcionar depende da imagem que o direito faz de si mesmo e da linguagem, do código que lhe é interior e específico?

Já que essa linguagem interna, essa lógica interna, diferencia entre o que está dentro do direito e aquilo que está fora, e já que ela determina como o direito realiza suas funções e influencia os comportamentos, nós não podemos dispensar essa diferenciação e ignorá-la se quisermos descrever de modo competente a realidade.

3.1. Direito e não-direito – pertencimento a um sistema jurídico.

Esta questão sobre a utilidade e ou a necessidade de diferenciação se traduz, portanto, em duas perguntas que se complementam, uma relativa à natureza do direito e outra relacionada à determinação de que algo, algum tipo de provisão, contido em algum instrumento,

resultante de um processo de gênese qualquer, é ou não é direito.

Já se usou muita tinta para defender posições que ou tendiam a ser restritivas, protetoras da exclusividade do status jurídico, ou tendiam a ser extensivas, abrindo o domínio do direito a um maior número de categorias, novas de preferência, de prescrições ou linguagem.

Na arena internacional e fora dela, em todo lugar, na verdade, há uma contínua e permanente discussão sobre serem as prescrições – linguagem normativa, portanto – que não são produzidas pelo Estado, ou que não surgem a partir das fontes reconhecidas do direito, ou que não pretendem ser mandatárias, ou que não contêm obrigações, ou que são de difícil aplicação etc, parte do que se pode considerar direito. Esses fenômenos são por vezes referidos, de modo geral, como sendo o que se chama de *soft law*.⁵⁰

É claro, como foi dito antes, que essa questão é resolvida de modo diverso segundo o conceito de direito esposado por quem tenta responder. A resposta dependerá de considerar o observador, por exemplo, que o direito é necessariamente constituído por normas, que essas normas devem ser válidas, que essa validade é consequência de procedimentos específicos realizados por atores especialmente autorizados, que a norma precisa ser reconhecida como sendo parte de um sistema jurídico específico etc.

Pode ser, no entanto, que, apesar de despertar debates apaixonados e polêmica, a questão sobre ser algo, em sua natureza, essência ou substância, direito, seja na verdade inútil ou desimportante em certa medida.

Primeiramente, presume-se que a construção de argumentos ou raciocínios para demonstrar ser algo direito é uma necessidade especialmente importante para quem se encontra fora das concepções canônicas do direito. O trabalho de quem quiser concordar com Kelsen, Hart ou Raz fica facilitado⁵¹.

Mas, de fato, quando se quer e se tenta dizer que algo é direito porque tem efeitos jurídicos, ou porque faz

com que expectativas convirjam, ou porque dá razões para a ação, ou porque é efetivamente implementado pelos seus destinatários, ainda que esse algo não surja a partir das fontes tradicionais e não seja obrigatório, não se faz mais do que descrever esse algo, falar de seus efeitos e de sua existência real.

Dizer que esse algo é direito não tem qualquer consequência especial. Dizer que esse algo é direito porque afeta os comportamentos e dizer que tanto este algo – outra coisa que não direito – quanto o direito afetam os comportamentos, são afirmações equivalentes e têm exatamente o mesmo peso na descrição da realidade fática.

A questão ganha em importância, no entanto, quando, ao perguntar se algo é direito, estamos de fato perguntando se esse algo pertence a uma ordem jurídica específica. Nesse sentido, há uma diferença entre perguntar se uma prescrição dada, contida em um particular tipo de instrumento, é, falando genericamente, direito em sua natureza, e perguntar se essa prescrição é parte integrante do, digamos, direito internacional público.

É mais fácil avançar o argumento de que determinados tipos de prescrições ou instrumentos podem ser qualificados genericamente de jurídicos, ou legais, do que é demonstrar que pertencem a um sistema jurídico específico, já que, para essa segunda tarefa, é preciso usar a linguagem do próprio sistema.

Para demonstrar o pertencimento a um sistema legal específico, é preciso adotar o ponto de vista interno do sistema, é preciso olhar para o sistema e vê-lo como ele mesmo se olha e enxerga. Em outras palavras, apenas aquilo que o sistema reconhece como lhe pertencendo pode pretender fazer parte de seu corpo.

Tanto as ordens jurídicas domésticas quanto o direito internacional público tendem a diferenciar entre o que é e o que não é direito recorrendo às noções de obrigatoriedade e de validade das prescrições legais. Há, é verdade, a possibilidade de debater o sentido da obrigatoriedade e a necessidade de que este seja o critério da juridicidade. Mas, ainda que se quisesse dispensar o critério e admitir a existência de prescrições, jurídicas, legais, mas não obrigatórias, permanece o fato de que essas prescrições precisariam ser reconhecidas pelo sistema jurídico como pertencendo ao seu conjunto de prescrições. Para que esse reconhecimento se dê, elas devem ter passado a integrar o sistema através de um

50 Retomarei essa discussão adiante, no capítulo IV.

51 A noção do que é direito ou como ele pode ser identificado é explorada por esses autores em suas principais obras. Ver, e.g., KELSEN, H. A Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009; HART, H. L. A.O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012; RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

dos mecanismos, uma das fontes por ele admitidas.⁵²

É verdade que é sempre possível sustentar que um sistema jurídico deveria mudar ou que ele já mudou, e que o conjunto tradicional de fontes já não reflete ou não refletiria a realidade do processo de gênese normativa. Tais argumentos, no entanto, ou significam, simplesmente, que algumas prescrições não reconhecidas pelo sistema como sendo direito influenciam o comportamento dos sujeitos do sistema, ou são a expressão de um esforço militante para mudar o sistema jurídico.

Se, no entanto, o sistema já tiver mudado realmente, incorporando, por exemplo, novas fontes ao seu rol, nada muda em substância já que ainda será o sistema a dizer quando uma prescrição é jurídica e parte integrante sua.⁵³

Para nossos propósitos, enquanto olhamos para regimes regulatórios ou legais que operam na esfera internacional, talvez devamos lidar com uma sequência de questões: i) se as prescrições, as normas, as regras, são jurídicas em sua natureza – levando, no entanto, em consideração o fato de que, como dito, essa questão pode ser, em si, menos importante; ii) se as prescrições, normas, regras, pertencem ao direito internacional público ou a outro sistema jurídico conhecido; iii) se pertenceriam a e constituiriam um sistema normativo ou jurídico específico, diferente.

Uma chave-guia para a compreensão do tema geral – a existência e natureza de regimes jurídicos ou normativos internacionais – que corre paralelamente a estas questões sobre a natureza jurídica das prescrições e seu pertencimento a ordens jurídicas, é representada por um outro conjunto de questões: i) pode-se perguntar se um tema dado, amplo ou restrito, é regulado pelo direito internacional público; ii) pode-se perguntar se e como um tema é regulado, ponto; iii) e pode-se perguntar se existe um regime global ou internacional relativo ao tema ou ao problema.

Como a esfera social que estamos observando é a sociedade internacional, a relação entre direito e governança que aparecerá como mais relevante é aquela que tem lugar no cenário internacional ou global. Seria possível olhar para os modos como o direito interno se re-

laciona com o que chamaríamos governança global, mas muito provavelmente isso só se poderia fazer – de qualquer modo que não fosse puramente teórico – olhando para sistemas jurídicos domésticos particulares. Não é minha intenção fazê-lo; meu foco será a relação com direito internacional público.

Haverá, é claro, quem nos diga que o direito internacional, como entendido historicamente, é hoje responsável por tão pouco da organização do mundo pós-moderno que mal valeria a pena fazer dele assunto de discussão quanto mais dominar sua linguagem interna. Outros diriam que é justamente essa linguagem interna que está ultrapassada e necessitando transformação para poder lidar com as novas realidades.

Ficamos assim, essencialmente, com duas questões centrais: qual a importância e o papel desempenhado pelo direito internacional e quais são as características, conhecidas e transformadas, do direito internacional?

Em outras palavras, somos convidados a considerar um conjunto de investigações preliminares: vale a pena falar de direito internacional? Esse direito existe? Opera de algum modo significativo? É importante saber de quem regula o comportamento e como o faz? É importante saber quais as suas relações com outros tipos ou conjuntos de regulação?

Não devemos esquecer que a razão de ser disto que se lê é a discussão da noção de regimes. Como exatamente essa discussão se entrelaça com aquela relativa ao lugar do direito na governança?

Se aceitamos a afirmação original de que a vida está ficando (mais) fragmentada e que a essa fragmentação corresponde a formação de conjuntos regulatórios, núcleos de governança se quisermos, então a relação entre direito e o restante da governança não acontece apenas em geral, mas se verá refletida, potencialmente, em cada singular partição da governança da vida.

É por esta razão que mais à frente discutirei o modo como sistemas jurídicos se encontram e se combinam, entre si e com mecanismos regulatórios não-jurídicos, para regular mais efetivamente setores da vida internacional.

Mas essa partição da vida, quer seja fenômeno novo ou antigo, não serve apenas para a compreensão da interação entre sistemas jurídicos e outros tipos de regulação; ela se materializa e reflete também no interior do sistema jurídico, em nosso caso, o direito internacional público.

52 Ver: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 59 e ss.

53 Ver: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 60

Concentrar-me-ei, de início, no direito internacional e seu funcionamento, e discutirei a noção de regime jurídico internacional no interior desse sistema jurídico. Num segundo momento, voltar-me-ei para a discussão dos regimes como lugares de confluência de sistemas jurídicos diversos e de sua combinação com regulação não-jurídica.

4. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E FRAGMENTAÇÃO

De acordo com sua linguagem interna, o direito internacional é essencialmente, e ainda hoje, uma ordem jurídica interestatal. Seria certamente possível argumentar que, num mundo em que o Estado já não seria ator tão preponderante, um tal sistema jurídico já não estaria adaptado à realidade social. Mas o fato é que a sociedade internacional nunca se constituiu exclusivamente de Estados e o papel crescente de outros atores é apenas mais um aspecto de sua transformação.

O que não mudou ainda é o fato de que o Estado continua a ser o ator principal das relações internacionais. E, ainda que isto viesse a ser provado falso ou equivocado, continua sendo verdade que o direito internacional público é produzido e operado em um sistema composto por Estados. Se houvesse mudança nessa característica essencial, ele seria um outro direito internacional, diferente e diverso. Este direito internacional que conhecemos ainda não desapareceu, ainda que seja, como é o caso para qualquer sistema jurídico, fundado numa ficção.

E a ficção é, neste caso, poderosa. Pode-se sempre discutir se os Estados são verdadeiramente soberanos, se realmente ficam obrigados por normas que aceitaram voluntariamente, se outros atores são ou não são afetados por essas normas etc. Mas continua sendo verdade que o que chamamos de direito internacional continua a surgir – e suas normas criadas – através dos Estados; que ele regula direta e primariamente apenas o comportamento dos Estados, de entes criados pelos Estados, ou entes cujo comportamento os Estados decidem regular; e que há um consenso sobre o que é preciso para que uma norma seja considerada válida e sobre o que é necessário para que uma norma seja aplicável a um Estado ou outro ente.

Quando dois Estados, ou um grupo de Estados, ou

organizações e entes por eles autorizados, comparecem perante um tribunal internacional ou outra instância decisória criada pelo direito internacional, pedindo que uma controvérsia seja resolvida de acordo com o direito, tal como este emerge de normas válidas, eles não estão vivendo em algum tipo de mundo bizarro ou falando uma língua morta.

4.1. As determinantes da dupla fragmentação do direito internacional⁵⁴

A ideia de diferenciação funcional da sociedade é, como visto, central às noções de fragmentação do direito e de pluralismo jurídico. De muitos modos, a ideia de que atores sociais emergem e interagem em torno de temas ou problemas específicos é essencial à compreensão do fenômeno que faz reunirem-se em núcleos normas, regras e outros mecanismos regulatórios. De muitos modos, parece impossível conceber ou entender esses núcleos, esses agregados, esses regimes, sem a referência ao tema ou ao problema subjacente.

Essa partição da vida, essa tendência à especialização, é uma força motora por trás da formação de regimes jurídicos ou simplesmente regulatórios. Pensa-se que o tema com que o regime se ocupa, determina ou ao menos corresponde a um *ethos*,⁵⁵ a objetivos que pairam sobre esse regime e suas normas.⁵⁶

Dependendo da perspectiva a partir da qual se olha para a fragmentação ou, se quisermos, dependendo do tipo de fragmentação de que se está falando, o tema pode ajudar a determinar os entes sobre os quais recai a expectativa de que produzam normas e estruturas organizacionais e os entes que estão autorizados a proceder a tal produção. Também pode ajudar a determinar quais são os atores cujas expectativas supõe-se que o regime atenda e cujos comportamentos supõe-se que regule.

54 KOCH, C. H. Globalization of Administrative and Regulatory Practice. *Administrative Law Review*, v. 54, n. 1, p. 409-414, 2002 e TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, fazem referência igualmente a uma dupla fragmentação que identificam no direito global, assim como falam de dois tipos de pluralismo. Não se trata dos mesmos fenômenos de que falo eu. Discutirei isso mais em detalhe adiante, no capítulo IV.

55 De acordo com o Merriam-Webster: “the distinguishing character, sentiment, moral nature, or guiding beliefs of a person, group, or institution”

56 V., e.g., KOSKENNIEMI, 2007, *passim*.

Como visto, essa relação entre tema e atores pode aparecer mais apropriada à visão que tem a teoria social sistêmica dos regimes como sendo principalmente comunidades epistêmicas e manifestações normativas da fragmentação funcional da sociedade. Para essa perspectiva, os atores que participam da constituição do regime e têm seus comportamentos regulados por suas normas constituem eles mesmos setores diferenciados da sociedade.⁵⁷

Por outro lado, do que vimos da perspectiva da teoria das relações internacionais tradicional a respeito dos regimes, o tema ou a matéria com que lida o regime não pode determinar a categoria de atores relevantes. Segundo essa visão os atores são predeterminados; os Estados são vistos como os atores determinantes das relações internacionais e são quem tende a regular seu próprio comportamento em torno de temas específicos.⁵⁸ O tema pode no máximo provocar a constituição de regimes que reúnam número maior ou menor de Estados ou grupos variáveis de Estados, interessados e concernidos.

O mesmo é também verdade para o direito internacional público. Ali a fragmentação e a multiplicação de regimes é um traço – novo ou crescentemente relevante – de um direito internacional que continua a ser criado pelos Estados e dirigido ao comportamento dos Estados. A diferenciação funcional da sociedade, neste contexto, significa a multiplicação de temas em que a interação entre Estados ocorre e demanda regulação.

É por esta razão, essencialmente, que, no direito internacional, a discussão sobre sua fragmentação está centrada na potencial ocorrência de situações em que *Estados* se verão sujeitos a normas jurídicas conflitantes, pertencentes a diferentes regimes de direito internacional, e potencialmente submetidos a diferentes procedimentos perante múltiplas instituições aplicadoras do direito relevando, também estas, de regimes distintos.

O fenômeno mais geral de diferenciação setorial na sociedade é filtrado, portanto, e limitado. No caso da teoria das relações internacionais, o filtro é a escolha teórica e disciplinar que é feita: o Estado como o ator

central das interações políticas e sociais. No caso do direito internacional, o filtro é a lógica interna ao sistema jurídico que tem o Estado como o legislador e o sujeito primário.

Para o direito internacional, portanto, a sua fragmentação é devida à diferenciação da vida, sim, mas os efeitos de tal diferenciação sofrem uma limitação na medida em que não pode determinar os atores – legisladores e sujeitos – da regulação setorial específica. Aqueles atores que não os Estados, que estão necessariamente envolvidos no setor social, só afetarão o direito internacional indiretamente e só serão por ele afetados indiretamente, através da ação dos Estados.

Mas as características específicas do direito internacional como ordem jurídica não fazem apenas limitar o modo como a fragmentação se dá dentro do sistema. Essas mesmas características operam também como facilitadoras da fragmentação do sistema, fragmentação esta que, ainda que relacionada com a diferenciação setorial, não é inteiramente determinada por ela.

Em outras palavras, o direito internacional não sofre uma crescente fragmentação apenas porque diferentes temas demandando sua ação reguladora fazem emergir regimes diferenciados, relativamente autônomos, respondendo a lógicas diversas; sofre também um outro tipo de fragmentação, devida ao fato de que cada Estado tem a prerrogativa de decidir se quer ou aceita ser obrigado por cada norma, tratado ou regime. Exclui-se dessa lógica, é claro, as normas, de relativamente recente aceitação, gerais, de ordem pública ou *erga omnes*.

É claro que, nesse sentido, a fragmentação é uma operação matemática básica: cada um dos Estados decide, ao tomar parte no processo de criação normativa, se e quando quer se ver obrigado por uma norma qualquer, dentre todas aquelas que surgem e se multiplicam em progressão geométrica. Por esta razão, uma questão que pode sempre ser posta – e deve, de fato, ser posta – se um estado específico está obrigado por uma norma específica -, continua sendo necessária, mas agora se coloca muito mais vezes.

Há, portanto, um tipo diferente de fragmentação do direito internacional, um em que os fragmentos são os diferentes conjuntos de normas pelos quais cada Estado está obrigado e os diferentes conjuntos normativos que obrigam cada par de Estados e cada grupo de Estados. De fato, cada vez que uma norma é adicionada ou subtraída do conjunto normativo e cada vez que um Estado

57 FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004, p. 1007-1009.

58 KRASNER, S. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, S. (Ed.). *International Regimes*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1983, p.1.

passa a ser obrigado por uma norma ou um conjunto normativo, ou deixa de sê-lo, um fragmento diverso verá a luz.

Quando esses fragmentos são compostos por normas que apresentam algum grau de organicidade, desde que o conjunto apresente algum elemento unificador ou agregador, talvez possam então receber o nome de regimes.

Esse elemento agregador pode ser geográfico, quando, por exemplo, Estados pertencentes a uma mesma região celebram acordos ou se veem obrigados por normas costumeiras regionais, ou pode dizer respeito a categorias de Estados que, ainda que de diferentes regiões do mundo, têm características similares ou interesses afins.

Talvez se pudesse falar então em regime quando se pensasse em algo como um direito internacional da América do Sul, por exemplo, ou como um direito internacional dos países desenvolvidos.

Mas o mais usual seria falar de conjuntos do direito internacional que, ligando Estados de determinadas regiões ou estando aberto a todos os Estados do mundo, trata de temas específicos. Haveria então um regime, sul-americano ou internacional, de proteção dos direitos do homem, um outro de desarmamento, e assim por diante.

Ainda que a questão temática, a diferenciação funcional, pareça ser a chave de compreensão mais usual e mais natural para a existência de regimes, a verdade é que não é exercício fácil identificar e delimitar as fronteiras dos regimes internacionais.

4.2. Dificuldades para a identificação dos regimes jurídicos em direito internacional

Como vimos, a ideia prevalente é a de que um regime é um agregado de normas e instituições, organizações, regulando um tema ou uma matéria que é objeto de preocupação ou atenção por parte dos Estados e outros atores sociais, governado por um *ethos* ou lógica específica.

4.2.1. O Tema e as representações dos regimes autocontidos

Não há dúvida de que é possível conceber um ilimitado número de temas que constituem preocupações

dos Estados. Alguns dos mais tradicionais, dos mais mencionados, são temas abrangentes como o meio ambiente, direitos humanos, segurança internacional, paz e guerra, comércio, desenvolvimento etc.

Um tema, no entanto, não é definido por natureza, mas sim por convenções comunicativas. O número de temas imagináveis é, assim, infinito. Por isso, a mera existência de um tema, ainda que superficialmente concebido, ainda que se possa conectar a ele uma ou diversas normas de direito internacional, ou não dá lugar à emergência de um regime jurídico, ou, se o fizer, isto criará sérios problemas para as implicações teóricas e práticas da ideia mesma de regimes de direito internacional.

Imaginemos um exemplo. Pode-se conceber alguns temas: a floresta amazônica, desmatamento, mudanças climáticas, meio ambiente. É fácil localizar normas de direito internacional que obrigam conjuntos diversos de Estados e que lidam com esses temas. Pode-se dizer que há um regime para cada um desses temas?

Se o mero fato de que se pode conceber um tema e encontrar normas a ele relativas significar que a cada tema concebido corresponde um regime jurídico de direito internacional, então poderá haver igualmente um número infinito de regimes e qualquer utilidade que o conceito possa ter ficará diminuída ou deverá ser uma utilidade que leve em conta a indeterminação do número total de regimes.

Não apenas isso, mas, com um número infinito de temas, alguns, mais gerais, tenderão a incluir outros, mais específicos. Se para cada tema com normas a ele conectadas há um regime, enfrentar-se-á um cenário de bonecas russas, com regimes contidos em regimes contidos em regimes. E novamente a questão da utilidade da noção se colocaria.

Ataquemos, então, de pronto, a questão da utilidade da noção de regime jurídico internacional.

Penso que se deva começar por isto: os regimes – e a noção – não transformam nem afetam o funcionamento do direito internacional; mais especificamente, eles não alteram o modo como o direito internacional é interpretado e aplicado.⁵⁹ Regimes são antes uma manifestação da estrutura e do funcionamento do direito internacional, agora em sentido diverso, qual seja o meca-

⁵⁹ Objeções podem ser levantadas contra essa afirmação, mas creio lidar com elas adiante.

nismo de gênese das suas normas e das suas instituições.

O conceito serve para representar, para explicar, como os Estados podem dar lugar ao nascimento de normas diversas sobre temas diversos e podem criar estruturas organizacionais diversas, talvez guiados por preocupações e por lógicas potencialmente conflitantes.

Os problemas resultantes desse fato básico do direito internacional, que a noção de regimes vem anunciar, são a possibilidade de que normas pertencentes a conjuntos diversos, inspiradas por lógicas diferentes, sejam portadoras de conteúdos contraditórios e a possibilidade de que entes diferentes decidam de modos igualmente conflitantes quando interpretam ou aplicam as normas.

A noção, portanto, não altera a realidade do direito internacional, não altera o modo como são resolvidos os problemas jurídicos; o que ela faz é tentar explicar e retratar essa realidade e apontar os problemas que se pode vir a enfrentar quando da solução de questões jurídicas num sistema assim fragmentado pelos temas e pelas lógicas subjacentes aos temas.

Exploremos primeiramente os regimes enquanto descrição da realidade para depois lidarmos com o modo como se apresentam os problemas e as suas soluções.

Como estamos no âmbito do direito internacional público e da sua fragmentação, é apenas apropriado que recuperemos o tratamento que o relatório da Comissão de Direito Internacional, a que aludi acima, dá aos regimes.

Há três limitações, contidas no tratamento que o relatório dá aos regimes, que devem ser consideradas antes de se seguir adiante. A primeira está no fato de que o relatório se refere a regimes como uma manifestação da fragmentação e não a única, e nem, talvez, a mais importante. A segunda é que o relatório escolhe falar de regimes como decorrentes principalmente, se não exclusivamente, de tratados, deixando assim de fora as normas costumeiras. A terceira está no foco dado à relação que os regimes têm com o direito internacional geral e não tanto à relação dos regimes entre si. Adicione-se a isso tudo o fato de que o relatório qualifica os regimes de que fala: os seus regimes são aqueles chamados de autocontidos.

Estando isso bem claro, podemos ver que o relatório nos diz de três coisas diferentes que podem receber, e

recebem, o nome de regimes autocontidos.

Num sentido mais restrito, "...o termo é usado para denotar um conjunto especial de regras secundárias, sob o direito da responsabilidade dos Estados, que pretende ter primazia sobre as normas gerais relativas a consequências de uma violação."⁶⁰

Em sentido mais amplo, "...o termo é usado para se referir a conjuntos integrados de regras primárias e secundárias, às vezes também referidos como 'sistemas' ou 'subsistemas' de regras que cobrem algum problema particular diferentemente de como seria coberto sob o direito geral."⁶¹ O relatório nos lembra que, quando usado nesse sentido, o termo regimes autocontidos se funde com o viés contratual do direito dos tratados, um viés segundo o qual, havendo norma convencional, não há necessidade de buscar no direito geral e nos costumes outras aplicáveis.⁶²

Há ainda um uso, que segundo o Relatório é ocasional, que estende a noção de regimes autocontidos a "...campos inteiros de especialização funcional, de expertise diplomática e acadêmica."⁶³ Entende-se que em campos como direito dos direitos humanos, direito da OMC, direito da União Europeia, direito humanitário, direito do espaço, entre outros, regras e técnicas especiais de interpretação e administração são aplicáveis, sempre com o afastamento de princípios divergentes contidos no direito geral.⁶⁴

É-nos dito que o principal efeito desses conjuntos entendidos do modo mais abrangente, como "ramos do direito internacional" é o de prover orientação e direção interpretativas que de algum modo desviam do direito geral. Esse sentido da expressão cobriria "um conjunto amplo de sistemas normativos inter-relacionados" e o "grau em que se pensa que o direito geral é afetado varia

60 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, vide nota 32

61 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, vide nota 33. Os exemplos citados são instrutivos: o regime de cooperação judicial entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados Partes ou as técnicas para interpretar a Convenção Europeia de Direitos do Homem como um instrumento de ordem pública europeia.

62 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, p. 68.

63 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, p. 68.

64 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, p. 68

grandemente.⁶⁵

Perceba-se, primeiramente, que todos os três sentidos em que a expressão costuma ser usada, de acordo com o Relatório, trazem as três limitações a que me referi acima. E percebe-se, em seguida, que só é relativamente mais fácil identificar e delimitar um regime quando ele é pensado mais restritivamente, como no caso do segundo tipo e especialmente no do primeiro tipo.

Mas é preciso notar que esses regimes só são delimitáveis na medida em que o tema de preocupação se combina com outros critérios que, estes sim, dão os contornos da sua aplicação: os Estados que fazem parte do mecanismo específico de responsabilidade ou do subsistema, o tipo de resposta às violações, a instituição encarregada de aplicar a resposta ou as normas do subsistema etc.

Quando, no entanto, se fala de regimes enquanto subsistemas mais amplos, enquanto ramos do direito internacional, a delimitação fica mais difícil de fazer porque o tema – direitos humanos, meio ambiente, comércio etc. – não recebe o apoio dos outros critérios com a mesma precisão ou na mesma medida. Na verdade, no universo de normas que lidam com cada um desses temas ou preocupações, há várias respostas específicas para diferentes violações e, mais importante, há vários subsistemas que reúnem grupos diversos de Estados e há várias instituições encarregadas da administração de diferentes conjuntos de normas.

Retomemos, para dar concretude à discussão, o exemplo anteriormente citado dos quatro temas relacionados ao ambiental: floresta amazônica, desmatamento, mudanças climáticas e meio ambiente. Pode-se dizer que os três primeiros estão relacionados ao tema geral constituído pelo último, o meio ambiente. É também verdade que todos esses temas têm alguma relação com outros tantos, comércio, direitos humanos, desenvolvimento etc., mas deixemos isto de lado, por enquanto.

Se o meio ambiente é o tema mais abrangente, e as normas e instituições a ele relacionadas constituem o ramo do direito internacional, então entende-se como os conjuntos de normas e organizações conectadas aos demais temas – e tais conjuntos existem, de fato – constituem o que se descreveu como subsistemas interligados dentro do conjunto mais alargado.

A delimitação, quer do conjunto maior, quer daqueles que, ainda amplos, participam dele, resta por fazer. O fato é que é virtualmente impossível conhecer todas as normas que se referem a cada um dos assuntos e é difícil saber quais as instituições que fazem parte de cada sistema ou subsistema – e mais ainda saber quais as instituições que podem vir a atuar sobre os assuntos, ainda que não tenham sido criadas pelas normas do regime e, portanto, não façam propriamente parte dele.

Como quer que seja, difíceis como são de delimitar, uma boa parte da literatura jurídica internacionalista não parece pronta a dispensar a categoria, ainda que talvez dispensasse o nome, que considera central ao entendimento das fricções e colisões entre diferentes conjuntos de arranjos normativos. Essa literatura reconhece que as fronteiras dos regimes não são necessariamente claras, mas ainda os considera como conjuntos normativos e institucionais reconhecíveis e organizados em torno de um tema e guiados por um *ethos*.

4.2.2. O *ethos*

Talvez seja então o *ethos* o critério central que daria aos regimes sua unidade e explicaria a relevância das colisões e fricções potenciais entre regimes, já que, pensa-se, cada um seria guiado por *ethos* específico e divergente daqueles dos demais.

Mas o que é exatamente o *ethos* de um regime?⁶⁶ Será uma orientação, uma motivação, que deve ser encontrada no momento em que um regime foi construído ou suas normas criadas? Será o sentido que emerge das normas assim como são? Será a orientação ou a tendência dos Estados e das instituições de interpretar e aplicar as normas de certos modos? Será o resultado concreto da operação do regime, da aplicação de suas normas, do funcionamento de suas instituições?

Suponhamos a existência de um regime jurídico internacional do comércio. E suponhamos que o *ethos* desse regime seja a ideia de que o comércio deveria ser tão livre quanto possível. Pode-se então tentar verificar se os Estados, quando criavam e enquanto continuamente recriam o regime, atuaram e atuam sob a inspiração, real ou declarada, de caminhar no sentido de uma maior liberdade do comércio.

65 RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006, p. 70 e também p. 81

66 American Heritage Dictionary: “The disposition, character, or fundamental values peculiar to a specific person, people, culture, or movement.”

Ou pode-se tentar identificar no conteúdo normativo, a partir da leitura e interpretação sistemática das normas, a liberdade de comércio como sendo o valor ou o objetivo.

Ou se pode perguntar se as instituições do regime, por exemplo aquelas encarregadas da aplicação das normas e da solução de controvérsias, agem, interpretam e aplicam as normas com uma tendência e o objetivo de fazer resultar uma maior liberdade de comércio.

Finalmente, pode-se perguntar se o regime como um todo e em funcionamento de fato dá lugar a essa liberdade incrementada.

É certo que a formulação do *ethos* não precisa ser única e indiscutível. Alguém poderia avançar o argumento de que mais e melhor desenvolvimento, quer econômico quer mais geral, é ou deveria ser o *ethos* do regime de comércio antes ou em substituição à liberdade de comércio, esta última permanecendo apenas se e na medida em que for meio eficaz para atingir o primeiro.

E as mesmas questões estariam agora postas para este novo *ethos* estabelecido ou identificado. Conhecer o *ethos* de um regime é, portanto, uma questão de escolha e perspectiva.

Mas, admitindo que um regime é afetado por algo que poderia ser chamado *ethos*, como se espera que um regime seja dinâmico e apto a transformar-se e evoluir, não deveria haver impedimento a que o *ethos* de um regime mude e evolua também.

Além disso, não há nada que diga que não se chegará a respostas divergentes para cada uma das questões concebidas acima: as intenções ou a orientação dos Estados, ainda que apenas declaradas, ao criarem o regime, podem não coincidir com o contido nas normas; uma e outra coisa podem não coincidir com a disposição mental das instituições quando chamadas a interpretar e aplicar as normas; todas ou qualquer uma dessas podem divergir do que efetivamente resulta da operação do regime e de seu funcionamento. O mesmo regime pode, portanto, ser visto como tendo mais de um *ethos*.

Ainda que seja difícil delimitar os regimes pelo tema ou pelo *ethos*, como já se disse, a noção aparece a muitos como necessária e relevante para explicar determinados problemas na relação entre os vários conjuntos. Usualmente, a ênfase é posta na possível relação, de contato, fricção, colisão, entre os diferentes regimes. O ensaio de um mapa alternativo dessas relações pode se revelar útil à investigação.

4.2.3. Relações entre regimes

Há ainda um problema que afeta tanto a delimitação dos regimes como as possíveis relações entre eles. Ainda que alguns de seus aspectos já tenham sido mencionados de passagem, vale a pena detalhá-lo um pouco mais aqui.

Considerando que uma norma de direito internacional pode estar presente em mais de um instrumento normativo, assim como pode decorrer de mais de uma fonte,⁶⁷ nada impede que uma norma qualquer faça parte de mais de um regime ou de mais de um subsistema normativo dentro do regime, ou pertença ao mesmo tempo a um regime e ao direito internacional geral.

Mas o que ocorre quando uma norma, formalmente, não faz parte do regime, mas diz respeito à matéria, ao tema, de que ele trata? Pode-se pensar num exemplo: uma norma sobre preservação ambiental de um tipo específico contida num regime de comércio internacional. Essa norma passa a compor o regime do meio ambiente por força de seu tema ou por força da racionalidade ou do bem jurídico que quer proteger?

E o que acontece na via contrária? Aquela mesma norma deixa de pertencer ou pode ser considerada como nunca tendo pertencido ao regime do comércio em que, não obstante, estava inscrita formalmente?

Esses mesmos raciocínios ou perguntas se podem fazer em relação à normas contidas em regimes e em direito internacional geral.

E raciocínios similares podem ser feitos com relação às estruturas organizacionais de administração das normas ou de interpretação e aplicação do direito. Pode

67 Com relação, por exemplo, à possibilidade de uma norma estar ao mesmo tempo contida na Carta das Nações Unidas e no costume internacional, ver a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua: “The Court has now to turn its attention to the question of the law applicable to the present dispute. In formulating its view on the significance of the United States multilateral treaty reservation, the Court has reached the conclusion that it must refrain from applying the multilateral treaties invoked by Nicaragua in support of its claims, without prejudice either to other treaties or to the other sources of law enumerated in Article 38 of the Statute. The first stage in its determination of the law actually to be applied to this dispute is to ascertain the consequences of the exclusion of the applicability of the multilateral treaties for the definition of the content of the customary international law which remains applicable.” CIJ. Case Concerning Military And Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Mérito, 1986, §172). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>

um mesmo órgão pertencer a mais de um regime? Será que esse pertencimento é determinado pelo fato de ter sido criado pelos participantes do regime e através das normas do mesmo?

E para além da questão do pertencimento, pode um órgão ser chamado a aplicar normas que não são pertencentes ao regime de que ele mesmo é parte? E podem instituições que não pertencem especificamente a regimes temáticos serem levadas a aplicarem normas de diferentes regimes?

O fato é que as normas constituindo um regime podem ter criado uma instituição, um órgão, para administrar o tratado ou para resolver disputas dele decorrentes, mas podem igualmente ter referido as controvérsias a uma instituição criada no contexto de um outro regime, ou encarregado essa instituição com a administração das suas normas.

É igualmente certo que controvérsias relativas às normas do regime podem cair sob a jurisdição de um tribunal com competência mais ampla. A Corte Internacional de Justiça é apenas o exemplo mais evidente.

E também é fato que algumas instituições internacionais têm atuação explícita na administração de normas do que poderiam ser vários regimes diferentes, assim como na consecução de seus objetivos. Observe-se, por exemplo, a atuação do Banco Mundial em relação aos temas do meio ambiente, do desenvolvimento, dos direitos humanos, do comércio, dos investimentos internacionais etc.

Essas questões, além de explicitarem a dificuldade de delimitação dos regimes, ao adicionarem às limitações do tema e do *ethos* para fornecerem as respostas, colocam em evidência problemas relacionados à ideia da relativa autonomia dos regimes, uns em relação aos outros, e às noções aceitas concernentes às colisões e fricções entre eles.

Consideremos quatro candidatos ao status de regime em direito internacional público: o regime da paz e da segurança internacionais, o regime dos direitos humanos, o regime do direito humanitário e o regime do direito penal internacional.

Primeiramente, podemos usar esses candidatos para pensar a questão das fronteiras dos regimes e de seus conteúdos. Pode-se perguntar: o regime internacional da paz e da segurança está limitado às disposições da Carta das Nações Unidas sobre a matéria? Ele inclui os

tratados sobre proliferação nuclear? Inclui outros tratados relacionados ao desarmamento? Inclui o direito internacional humanitário? Essas e outras perguntas poderiam ser feitas em relação ao regime dos direitos humanos: por exemplo, ele inclui as regras de direito humanitário? E as de direito penal internacional?

Em seguida, eles podem nos servir para considerar o tema que eu chamaria de possível sequestro, por parte de um regime, do *ethos* ou do tema de um outro regime.

Quando o Conselho de Segurança das Nações Unidas cria um tribunal penal internacional *ad hoc* ou quando refere um caso ao Tribunal Penal Internacional, está agindo de acordo com as regras contidas no regime da paz e da segurança internacionais e salvaguardando o *ethos* e os objetivos desse regime, ou estará agindo dentro do regime de direito penal internacional e perseguindo os objetivos deste? E nesse caso, o órgão Conselho de Segurança é parte de que regime?; ou pode pertencer a ambos e, a rigor, a tantos outros?

E mais, não estará o Conselho de Segurança sequestrando o *ethos* do regime do direito penal internacional e instrumentalizando-o, submetendo-o ao *ethos* politicamente carregado da lógica em que opera esse órgão enquanto ostensivamente busca garantir a paz e a segurança?

Além disso, os exemplos podem ainda iluminar a possibilidade de referências cruzadas entre regimes. O direito penal internacional, por exemplo, faz referência às normas de direitos humanos e de direito humanitário para definir os crimes a serem julgados e punidos.⁶⁸

4.2.4. A resposta que vem das normas

O que resta claro, portanto, é que tanto a conceituação dos regimes quanto a sua delimitação com base nos temas e com base no *ethos* é virtualmente impossível ou se deve fazer com alto grau de imprecisão.

Também está claro que as complexas relações que se podem verificar entre os candidatos a regimes internacionais, relações que vão muito além das concessões usualmente feitas ao tema das colisões e contatos pela literatura, constituem mais um conjunto de dificuldades

68 Tribunal Internacional para Ruanda. *Caso Jean Paul*, Sentença, 02.10.1998 (Caso No: ICTR - 96 - 4 - T). Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia. *Caso Zlatko Aleksovski*, 1999 (Caso no. IT-95-14/1-T)

no caminho dessa delimitação, se quisermos que seja significativa.

Penso, em vista disso, que, se a noção de regime deve ter alguma chance de se provar útil, é preciso procurar os critérios de sua existência do lado das normas ou dos conjuntos normativos. Serão a identidade e as características das normas que permitirão a determinação do tema para o qual existe um regime e não o contrário.

O único caminho para fazer com que discussão faça sentido é encontrar, se os há, critérios jurídicos para o reconhecimento dos regimes. Só se pode entender os limites, as fronteiras, de regimes autocontidos ou especiais se estes forem determinados desde dentro, pelas normas do regime na medida em que estas determinam o seu campo de aplicação, suas relações com outras normas do regime, com outras normas relacionadas ao mesmo tema, com normas de outros regimes, e na medida em que estabelecem a competência ou reconhecem a jurisdição de tribunais ou outras instituições.

Isto é verdade quer falemos de regimes ou não. Nesse sentido, se o regime tem um *ethos* ou princípios ou objetivos reconhecíveis, eles serão dados pelas normas. Esta é a delimitação dos regimes desde dentro e, nesse sentido, a diferenciação funcional original, aquela genérica, é apenas indicativa das condicionantes sociológicas da fragmentação funcional. O que é funcional desde dentro é o que faz o regime jurídico.

4.2.5. Colisões e conflitos

Falei um pouco acima de relações possíveis entre os conjuntos normativos e organizacionais a que se pode e costuma chamar regimes e que dificultavam a sua delimitação.

Mencionei especialmente a incorporação de uma norma relativa a um tema ou pertencente a um regime por outro regime, lidando com outro tema e a possibilidade de que uma instituição, relacionada ou pertencente a um regime, seja chamada a aplicar normas de outro regime.

Já havia anunciado, no entanto, que ênfase costuma ser posta em possíveis relações de choque ou conflito entre os regimes, que vão além dessas duas. Pensa-se, sobretudo, nas colisões que podem dar lugar a antinomias e a decisões contraditórias e que, portanto, trazem incerteza jurídica.

A primeira possibilidade aventada é a de que um Estado se encontre obrigado por normas contraditórias relevando de distintos regimes. Que esteja, por exemplo, obrigado, por normas do comércio internacional, a liberar o comércio de determinado bem, e obrigado, por normas do direito internacional do meio ambiente, a restringir o comércio do mesmo bem.

A segunda possibilidade é de que diferentes instituições, relacionadas a distintos regimes, sejam chamadas a decidir sobre um mesmo conjunto factual e, aplicando normas contraditórias ou diversas, cheguem a decisões que são, elas também, incompatíveis.

A terceira possibilidade é de que diferentes instituições, talvez igualmente relacionadas a regimes diversos, sejam chamadas a decidir aplicando as mesmas normas, mas as interpretem de modos diversos e, novamente, cheguem a conclusões contraditórias.

Sempre, portanto, se está essencialmente preocupado com a possibilidade de que os conteúdos normativos ou a sua interpretação e aplicação por instituições diversas comandem comportamentos divergentes aos Estados.

É claro que está subentendido aí o risco mais abrangente de que, em um ambiente de inflação normativa, se estabeleça uma incerteza geral sobre normas e instituições que não se coordenam, por pertencerem a regimes, mais uma vez, orientados por racionalidades diversas e voltados para a consecução de objetivos distintos sem que haja esforço ou preocupação de coordenação.

O fato é, no entanto, que esses mesmos problemas se podem apresentar, e se apresentam, no direito internacional, independentemente da noção de regimes e independentemente das noções de tema e de *ethos*.

Mas é verdade que os regimes podem funcionar como um complicador desse problema e como um multiplicador das ocasiões em que ele vai se apresentar.

Ainda assim, o retrato que se faz desses conflitos muitas vezes apresenta os problemas de modo pouco fidedigno e, de todo modo, as soluções são as mesmas e devem ser buscadas na técnica do direito internacional.

4.2.6. Uma ilustração

Um dos casos mais frequentemente citados quando se discute os problemas decorrentes da fragmentação,

e em que estes apareceriam em toda a sua força, é a sequência de decisões tomadas por tribunais internacionais e tribunais arbitrais nos chamados casos MOX Plant.⁶⁹

Esses são apresentados usualmente como uma ilustração de como o mesmo conjunto de fatos pode ser levado a diversos organismos de solução de controvérsias ou tomada de decisões – fragmentação institucional – que seriam chamados a aplicar de modo conflitante normas pertencentes a regimes diversos – fragmentação normativa – ou as mesmas normas, chegando a resultados divergentes.⁷⁰

É verdade que o ponto de partida factual é o mesmo: a construção de uma fábrica de MOX⁷¹ pelo Reino

Unido, em seu território, à qual a Irlanda objetava. É verdade que ambos países se encontram obrigados por um grande número de normas jurídicas que poderiam ser relevantes para a solução da controvérsia definida de modo assim genérico. Mais especificamente, ambos são partes da Convenção para a proteção do Atlântico nordeste (OSPAR)⁷², ambos são partes da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (Convenção do Mar)⁷³, e ambos são membros da União Europeia, sendo-lhes, portanto, aplicável o conjunto do direito comunitário.

Enquanto procurava por meios de impedir a existência da fábrica e seu funcionamento, a Irlanda desenvolveu várias reclamações contra o Reino Unido. Uma dessas dizia respeito à quantidade e à qualidade de informações fornecidas por este último. Sentindo, ou argumentando apenas, que a informação não era satisfatória, sustentou que o Reino Unido não cumpria com uma obrigação contida no artigo 9 da convenção OSPAR.

Essa convenção contém uma cláusula de solução de controvérsias que foi invocada pela Irlanda para dar início a um procedimento arbitral⁷⁴. O tribunal arbitral teve de lidar com essa questão jurídica específica, relativa à observância do artigo 9º. E, de modo correspondente, teve que lidar com um universo factual específico que tinha relação direta com a questão jurídica sendo considerada.

A Irlanda também sentiu, ou argumentou, que o Reino Unido violava várias normas da Convenção do Mar e, de acordo com as regras para solução de controvérsias contidas nessa convenção, deu início a um outro procedimento arbitral. Este segundo tribunal arbitral também devia lidar com questões jurídicas específicas, relativas à violação de normas jurídicas materiais específicas e, do mesmo modo, tinha que lidar com o contexto factual a elas relacionado.

Porque sentiu que medidas cautelares eram necessárias, também de acordo com a Convenção do Mar, a Irlanda pediu que o Tribunal Internacional para o Direito do Mar (Tribunal do Mar) as concedesse.⁷⁵ O Tribunal

69 TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares com base no art. 290 § 5º da Convenção do Mar das Nações Unidas, No. 10, Ordem 2001/5, 2001;TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares, No. 10, Ordem 2001/3, 2001;CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 1 – Ireland’s Amended Statement of Claim, 2002; CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 2 – Tempo Limite para Submissões e pedidos, 2002; CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem No. 3 – Suspensão dos Procedimentos de Jurisdição e Mérito, e Pedidos de Medidas Cautelares, 2003; CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 4 – Outras Suspensões de Jurisdição e Mérito, 2003;CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 5 – Suspensão dos Relatórios Periódicos pelas Partes, 2007;CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 6 – Fim dos Procedimentos, 2008;TCE. Comissão da Comunidade Europeia v. Irlanda, Caso C-459/03, 2006.Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0459:EN:PDF>.

70 Gabriela Garcia Batista Lima traz outra possibilidade de ilustração desse fenômeno com três casos do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos de Investimentos (ICSID). Ainda que sejam individualmente mais simples que o caso aqui analisado, apresentam elementos que evidenciam as mesmas questões nos choques entre âmbitos espaciais ou temáticos de regulação. LIMA, Gabriela G. B. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, v.11, n.1, 2014. Outro estudo nacional sobre os efeitos da fragmentação na prática do direito internacional é a análise de André Pires Gontijo sobre a “internacionalização do direito na pós-modernidade” observando o sistema interamericano e europeu de direitos humanos. Segundo o autor, ainda que os sistemas regionais de direitos humanos tenham desenvolvido um pano de fundo comum, da proteção à dignidade da pessoa humana, os dois sistemas apontados se encontram em projetos diferentes: o interamericano busca aumentar o acesso do indivíduo ao sistema, enquanto o europeu enfrenta o choque entre demandas econômicas e de direitos humanos. GONTIJO, André P. 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 aos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n.1, 2012.

71 A sigla corresponde a “mixed oxide fuel”.

72 Disponível em: http://www.ospar.org/content/content.asp?mnu=0148120000000_000000_000000

73 Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/direito-do-mar/m_487/

74 TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Memorial da Irlanda, Volume 1, 2002, §§ 4.35-4.36.

75 TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido). Medidas Cautelares com base no art. 290 § 5º da Convenção do Mar das

do Mar teve, portanto, que lidar com a questão jurídica relativa a serem ou não devidas as medidas cautelares e, em caso afirmativo, quais deviam ser essas medidas. Precisaria estabelecer seu convencimento sobre estarem presentes as condições factuais para que concedesse a cautela.

Finalmente, porque a Comissão das Comunidades Europeias (Comissão)⁷⁶ considerou que as provisões da Convenção do Mar cuja violação a Irlanda arguia perante o tribunal arbitral haviam sido incorporadas ao direito comunitário, apresentou uma demanda contra a Irlanda perante o Tribunal das Comunidades Europeias⁷⁷ sob a acusação de que a esta teria violado a obrigação de levar qualquer controvérsia relativa a direito comunitário que a opusesse a outro Estado membro da Comunidade às instituições desta última. Aqui também o Tribunal comunitário teve de lidar com uma questão jurídica específica e com os fatos a ela conectados: se a Irlanda havia violado obrigações decorrentes do direito comunitário.

Na verdade, portanto, cada tribunal estava tentando resolver uma questão jurídica diferente, lidando com conjuntos factuais diversos, ainda que relacionados, e tendo que aplicar normas distintas, pertencentes, se quisermos, a diferentes regimes jurídicos. Um dos tribunais arbitrais devia aplicar o artigo 9º da convenção OSPAR; o outro, algumas normas da Convenção do Mar; o Tribunal do Mar devia aplicar outras normas da mesma convenção; e o Tribunal das Comunidades Europeias devia aplicar direito comunitário.

O único momento em que os traços problemáticos da fragmentação se mostram mais claramente é aquele do cruzamento entre o tribunal arbitral chamado a aplicar a Convenção do Mar e o Tribunal da Comunidade Europeia. A interação normativa aparece mais claramente, no entanto, apenas porque um regime ou, para ser mais preciso, um sistema jurídico – que em muitas coisas é o equivalente de um sistema jurídico doméstico, fechado –, o direito comunitário, havia incorporado normas que constituem parte daquilo que se poderia olhar como sendo o regime internacional do mar, ou seja, algumas normas da Convenção do Mar.

O contato ou fricção institucional se manifesta na decisão do tribunal arbitral de suspender o seu trabalho enquanto esperava o Tribunal comunitário tomar a sua decisão.⁷⁸ Essa deferência não é fundada em qualquer crença de que, tendo ambos que aplicar as mesmas normas, o Tribunal comunitário teria precedência sobre o tribunal arbitral já que, de fato, eles não eram chamados a aplicar as mesmas normas ou resolver as mesmas questões jurídicas. A decisão se baseou na crença de que se o Tribunal comunitário viesse a decidir, como afinal decidiu, que a Irlanda havia violado o direito comunitário ao começar o procedimento arbitral, este naturalmente se veria terminado.⁷⁹

4.2.7. Uma Receita técnica

Outros tantos exemplos, ao mesmo tempo parecidos e distintos desse dos casos MOX Plant, poderiam ser explorados aqui. Penso, por exemplo, nas decisões relacionadas à importação de pneus usados pelo Brasil.⁸⁰ Ali, decisões divergentes foram tomadas dentro do sistema de solução de controvérsias da OMC e por arbitragem feita no âmbito do MERCOSUL. Mas ali,

78 CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem No. 3 – Suspensão dos Procedimentos de Jurisdição e Mérito, e Pedidos de Medidas Cautelares, 2003; CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 4 – Outras Suspensões de Jurisdição e Mérito, 2003;

79 TCE. Comissão da Comunidade Europeia v. Irlanda, Caso C-459/03, 2006.

80 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 101 (ADPF-101). Portaria DE-CEX N. 8. Proibição de Pneus Usados. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DF 21.09.2006; OMC. Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, 2008 (WT/DS332/16); OMC. Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Status Report by Brazil, 2009 (WT/DS332/19); OMC, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Status Report by Brazil, Notification of an Appeal by the European Communities under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the Working Procedures for Appellate Review, 2007, (WT/DS332/9), OMC, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Report of the Appellate Body, 2007, (WT/DS332/AB/R); MERCOSUL. Tribunal Arbitral - Laudo Arbitral de las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante, en adelante “Uruguay”) y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada, en adelante “Brasil”) sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay, 2006; MERCOSUL. Criação do grupo ad hoc para uma política regional sobre pneus, inclusive reformados e usados -GAHP (MERCOSUL/GMC EXT/RES. N° 25/08), 29.06. 2008; CAMEX, Resolução no. 38, 22.10.2007.

Nações Unidas, No. 10, Ordem 2001/5, 2001; TIDM. Caso Mox Pant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares, No. 10, Ordem 2001/3, 2001.

76 Comissão Europeia - Assuntos Legais, Sumário de Sentenças importantes, Caso C-459/03 (Comissão v. Irlanda), 2006.

77 TCE. Comissão da Comunidade Europeia v. Irlanda, Caso C-459/03, 2006. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0459:EN:PDF>

também, as perguntas jurídicas feitas em cada uma das instâncias eram diversas e comandavam, portanto, a consideração do conjunto factual de modos diversos. O que esses casos mostrariam, no entanto, é a possibilidade do mesmo tipo de problema ocorrer dentro do que, para muitos efeitos, é um e único regime jurídico, o do comércio internacional. Ou, no máximo, é o conflito entre normas e instituições de um regime com aquelas de um seu sub-regime.

O que o caso MOX Plant e os demais que poderíamos conceber nos ensinam, portanto, é que faríamos bem de lidar, numa perspectiva mais ampla, com o direito internacional como uma unidade, como um sistema jurídico coerente, dotado de determinadas características diferenciadoras. Numa perspectiva mais restrita, deveríamos tentar uma descrição mais realista das suas dinâmicas.

A qualquer momento dado, um Estado ou outro sujeito de direito internacional perguntar-se-á se está obrigado por esta ou aquela norma. Talvez não se pergunte se a norma pertence a este ou aquele regime, entre outras razões, porque talvez não faça qualquer diferença. Se descobrir que há contradições concernentes aos direitos e obrigações decorrentes de normas diversas pelas quais está obrigado, tentará resolver isto, se o tentar, primeiramente reconhecendo que essas normas pertencem igualmente a um sistema jurídico que deve ter, e em princípio tem, regras secundárias destinadas a lidar com as antinomias.

Quando uma corte internacional ou um tribunal arbitral são chamados a aplicar direito internacional, estarão lidando com uma ou mais questões jurídicas específicas e, para provê-las com respostas, considerarão, primeiro, se têm jurisdição e, em seguida, quais as normas de direito internacionais aplicáveis ao caso. Não precisam, na verdade, decidir se essas normas pertencem a este ou aquele regime jurídico.

Um tribunal pode estar obrigado a aplicar apenas normas que são vistas como pertencendo a um desses regimes simplesmente porque aquelas são as normas para cuja aplicação tem competência e se revelam aplicáveis ao caso concreto que tem diante de si. Um outro tribunal pode ter competência para aplicar, e descobrir aplicáveis a um caso, normas que seriam vistas como pertencendo a diferentes regimes jurídicos. E pode descobrir, enquanto tenta aplicar as normas a casos específicos, que há contradições, antinomias, para a solução

das quais recorrerá a normas e técnicas que encontrará no direito internacional.

E tudo isso só será possível porque não há dúvida em relação ao fato de que essas normas e tribunais, ou instituições, são partes integrantes de um único sistema jurídico equipado com algum grau de coerência interna.

5. CONSTELAÇÃO REGULATÓRIA GLOBAL?

Se abordamos a matéria pelo lado do tema ou da área específica da vida internacional, ao nos perguntarmos como e pelo que ela é regulada, veremos uma gama de possíveis respostas.

Descobriremos, possivelmente, que o tema é completamente regulado por direito internacional público, o que quereria dizer que toda a regulação relativa ao tema deve ser encontrada dentro do direito internacional e é reconhecida como parte constitutiva desse sistema. Ou descobriremos que a área é regulada por direito internacional e por direito interno. Ou veremos que ao lado das prescrições jurídicas que pertencem ou ao direito internacional, ou ao direito interno, ou a ambos, há outros tipos de regulação, outros instrumentos, cujo caráter ou natureza jurídica podem ser controvertidos e que são produzidos por um ou vários tipos de atores sociais, mas que têm em comum o fato inegável de que regulam efetivamente os comportamentos em setores sociais específicos, entre certos atores, em relação a determinados temas.

Talvez gostemos de pensar que o conjunto de prescrições, normas, que lidam com uma área específica, constitui um regime regulatório, talvez jurídico. Se ignoramos ou consideramos desimportante o exercício de determinar se partes ou o todo das prescrições é direito e se todas elas ou apenas algumas pertencem a este ou aquele sistema jurídico, estaremos escolhendo como único elemento organizador o fato de que aquela regulação se refere a um tema específico.

Se assim fizermos, estaremos nos condenando a apenas descrever como algo é regulado. No entanto, como já se discutiu acima, mesmo esse exercício descritivo estaria incompleto já que não se pode verdadeiramente descrever o modo como algo é regulado passando ao largo da discussão sobre se esta ou aquela prescrição é ou não é obrigatória, se pode ou não pode ser aplicada

e exigida por um órgão jurisdicional etc.

Alternativamente, como também já se disse acima, podemos considerar que para descrever de modo apropriado o conjunto de normas ou prescrições que lidam com uma área ou tema específico, é preciso decidir se são jurídicas, no sentido de que pertencem a um sistema jurídico, quer seja este o direito internacional público ou um direito nacional, doméstico e, se não pertencem nem a um nem a outro, decidir se são ainda assim jurídicas, porque, por exemplo, parte integrante de um terceiro tipo de sistema jurídico que operaria apenas em torno daquele tema, entre aqueles atores, para um conjunto específico de sujeitos jurídicos.

As opções teóricas são, portanto: i) considerar que cada conjunto regulatório é um sistema jurídico que, ao reconhecer as prescrições relativas ao tema de que trata, lhes dá caráter jurídico. Isto colocaria o problema de saber se as normas pertencentes ao direito internacional ou aos direitos domésticos seriam incorporadas, reproduzidas, no interior da ordem jurídica setorial específica, ou se seriam simplesmente reconhecidas para efeito de aplicação pelas instituições do regime; ii) Considerar que o tema é um ponto de encontro, um ponto de confluência, de sistemas jurídicos diferentes, quando há mais de um envolvido, cujas prescrições regulam juntas o tema ou a matéria específica, em combinação, quando for o caso, com prescrições não-jurídicas e/ou com o que é usualmente chamado regulação privada.

De fato, frequentemente, quando se olha para qualquer tema global, quer seja abrangente – meio ambiente, segurança, comércio etc. – quer restrito, encontra-se direito internacional, o de traços tradicionais, que lide com a matéria; isto quer dizer que serão encontrados tratados e/ou normas costumeiras e/ou princípios gerais de direito, emergindo portanto das fontes reconhecidas da ordem jurídica, que tratem do tema e regulem o campo.

Essas normas serão consideradas válidas e obrigatórias e sua inobservância por parte dos Estados, os sujeitos da ordem jurídica, fará entrar em operação os mecanismos de sua responsabilização. Se houver delegação da função de resolver controvérsias a um organismo com competência, esse organismo interpretará e aplicará as normas aos casos que lhe forem apresentados.

Também é frequente que sejam encontradas outras prescrições, criadas por Estados ou por outros atores, emergindo a partir de fontes outras que não as reco-

nhecidas pelo direito internacional, que desempenham um papel na ordenação, na organização da vida e do comportamento em relação àquele tema ou campo específico.

Essas prescrições emergirão de resoluções ou decisões de organismos internacionais, de acordos informais entre os Estados, de códigos de conduta e de um sem-número de outros tipos de instrumentos e mecanismos. Muitos desses, porque são tão próximos da mecânica do direito internacional e estão intimamente ligados à atividade dos Estados e das organizações internacionais, dão lugar a questionamentos sobre a sua natureza jurídica, no sentido de seu pertencimento ou não ao ordenamento jurídico internacional.

Muitas vezes, ver-se-á que o tema específico ou o setor é também ordenado, organizado, regulado pelo que é usualmente chamado regulação privada, arranjos ou acordos privados, códigos de conduta, processos de certificação, redes de contratos etc.⁸¹

Este tipo de regulação não pode ser suspeito de fazer parte do direito internacional público. Sua natureza jurídica, no entanto, é debatida e suas manifestações são vistas por alguns como pertencentes a uma ordem jurídica global ou transnacional frouxamente definida ou àquele regime ou sistema jurídico ou regulatório especificamente direcionado a um tema.

Finalmente, quase sempre será possível observar que o direito doméstico dos Estados trata do tema ou da área.

Pode-se argumentar que tentar saber ou entender apenas o modo como um direito doméstico, ou apenas como o direito internacional, lida com um tema resultará em uma visão apenas parcial daquele microcosmos regulatório e servirá a propósitos muito limitados. Será aceitável se a intenção for, de fato, trabalhar apenas com propósitos limitados como, por exemplo, quando um tribunal com competência para aplicar apenas direito internacional tiver que responder a uma pergunta jurídica circunscrita a essa ordem jurídica, mas não será

81 Um exemplo de estudo nacional com essa abordagem é o trabalho de Mateus de Oliveira Fornasier e Luciano Vaz Ferreira sobre as normativas internas de conduta nas empresas transnacionais, com capacidade de influência expandida a outros setores, explorada pelos autores como ordem jurídica não-estatal de alta relevância de autoria privada e relevância global. FORNASIER, Mateus de O.; FERREIRA, Luciano V. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n.1, 2015.

apropriado se a intenção é descrever de maneira integral o modo como a regulação daquele setor específico se apresenta.

Mais uma vez, no entanto, uma descrição competente da realidade regulatória de um campo, única base sobre a qual propósitos mais ambiciosos podem ser construídos, não pode dispensar a distinções técnicas entre o que é parte do direito internacional e o que não é, combinadas com a descrição afinada do funcionamento do sistema jurídicos e do funcionamento das prescrições dentro do sistema; a determinação do que é parte deste ou daquele sistema jurídico doméstico, também combinada com o funcionamento do sistema e das suas prescrições; a determinação do que é obrigatório, do que não o é, de quem é o produtor de cada prescrição regulatória, de quem é o destinatário da provisões etc.

A realidade regulatória internacional, ou global, ou transnacional, se nos mostra, assim, como um complexo de sistemas jurídicos e de tipos de regulação diversos e como um complexo de temas em torno dos quais normas jurídicas e outros tipos de regulação se aglutinam.

5.1. Dois Pluralismos Jurídicos ou Regulatórios

A ideia que nos servia de ponto de partida, a da diferenciação funcional que leva as normas a se aglutinarem em torno de temas ou problemas específicos, quando pensada em relação à vida internacional, nos coloca face a face com dois tipos de pluralismo jurídico.⁸²

O primeiro tem como suas unidades básicas os sistemas jurídicos, as ordens jurídicas. Essencialmente, esses sistemas jurídicos são os direitos nacionais e o direito internacional. É possível, no entanto, que alguns queiram incluir entre as ordens jurídicas sistemas cuja natureza jurídica é mais controvertida, entre outras coisas,

82 Como mencionado antes, KORTH e TEUBNER têm um artigo em que falam de dois tipos de pluralismo. Ali, os dois tipos são equivalentes ou correspondem a uma dupla fragmentação do direito global e também a dois tipos de colisão entre normas, ou seja, pluralismo, fragmentação e colisões parecem ser termos intercambiáveis. Os exemplos usados fazem referência a questões de propriedade intelectual em que se discute, num caso, a atribuição de nome de domínio na internet e, no outro, a proteção de saberes tradicionais. Penso que, mais uma vez, os conflitos normativos são equivocadamente identificados e explicados. Segundo os autores, os dois tipos de pluralismo, a dupla fragmentação e os dois tipos de colisão oporiam, primeiramente, diferentes sistemas funcionais e suas normas, e em segundo lugar, direito formal e direitos tradicionais. Como se pode ver, não é o mesmo de que falo eu aqui.

por não serem as suas normas produzidas pelos Estados. O exemplo talvez mais evidente é o da *Lex mercatoria*. Nesse caso, falar-se ia de um pluralismo de sistemas jurídicos ou regulatórios, mas já não seria um pluralismo estritamente jurídico, ou seja, centrado no direito.

Perceba-se que quando se pensa o pluralismo como um espaço de múltiplos sistemas jurídicos, esses sistemas não são definidos pelas suas preocupações temáticas, mas sim pelas suas características sistêmicas. Ou seja, cada ordem jurídica se define pelas respostas que dá a uma série de perguntas que são essencialmente estas: i) qual o seu campo de aplicação territorial ou social? ii) quais os mecanismos que reconhece como aptos a criar normas válidas? iii) quem são os destinatários das normas? iv) Quais são e como operam as instituições criadas pelas normas do sistema?

Essas perguntas podem ser feitas com naturalidade e respondidas com razoável simplicidade em relação aos direitos nacionais, estatais, e ao direito internacional público. Mesmo que se queira incluir sistemas não estatais, e talvez não jurídicos, tais como a *Lex mercatoria*, as respostas às perguntas permitiriam identificar uma razoável unidade e sistematicidade, apesar de ser esse sistema específico marcado pelo tema, pelo setor da vida que regula, o comércio, diferentemente do que ocorre com os direitos nacionais e com o internacional.

O segundo tipo de pluralismo jurídico internacional que se desenha perante nós, a partir da ideia de diferenciação funcional é um em que as unidades básicas não são os sistemas jurídicos, mas sim os regimes jurídicos, estes sim, como vimos, tendendo a serem definidos pelo tema, pelo problema ou pelo setor regulado.

Como dito, é possível conceber regimes jurídicos ou regulatórios que sejam compostos por apenas um tipo de regulação e que constituam um sistema completo e fechado. Porém, o mais comum será que em torno do tema específico se reúnam, ou venham a incidir conjuntamente, normas oriundas de mais de um sistema jurídico e que essas normas se façam acompanhar igualmente de outros tipos de regulação cujo caráter jurídico será controvertido.

É claro que aquilo que já se apresentava difícil quando se falava de regimes enquanto fragmentos de uma ordem jurídica dada, o direito internacional público, ou seja, a determinação dos confins, dos limites dos regimes, das normas e estruturas institucionais que fazem parte dos regimes, não é tarefa mais simples quando se

pensa o regime como ponto de confluência de normas e de regulação saídas de sistemas e de fontes diversas.

Aquí, portanto, também se trabalha com zonas de indeterminação. Percebe-se os regimes de modo aproximado, a partir do tema. Como acontecia em relação aos regimes inseridos no direito internacional público, os temas podem ser muito numerosos, ser mais ou menos específicos, se relacionarem uns com os outros dos modos mais variados: em círculos concêntricos, interpenetrando-se, tangenciando-se.

Assim como acontecia com os regimes autocontidos do direito internacional público, pode revelar-se difícil identificar um *ethos* a comandar a gênese e a operação das normas que lidam com um tema a partir de ordens jurídicas distintas e de outros tipos de regulação. Na verdade, justamente por constituírem um aglomerado de normas pertencentes a ordens diversas, é ainda mais difícil provar um *ethos* único.

Pela mesma razão, aquí também são mais prováveis as colisões ou as fricções entre normas ou instâncias de tomada de decisões conectadas a um mesmo tema, para não dizer nada daquelas que existirão entre as normas e instâncias que lidam com temas diversos, pertencentes, se quisermos, a regimes diversos.

Aquí, como lá, seria exercício fútil tentar mapear os regimes existentes. Lá, eu ofereci uma descrição da solução técnica que o direito internacional oferece para as percebidas fricções entre normas e entre órgãos de tomada de decisão – especialmente jurisdicionais – de regimes diversos ou até de um mesmo regime.

No que concerne os regimes entendidos como pontos de convergência de normas jurídicas ou de regulação de diferentes tipos ou pertencentes a diferentes ordens jurídicas, uma solução técnica análoga é concebível, mas não é factível o seu mapeamento e a sua descrição aquí.

Com relação a este segundo tipo de regime, pretendo concentrar esforços em entender, e tentar mapear, justamente os instrumentos ou normas pertencentes ao que venho designando genericamente como outros tipos de regulação.

5.2. Regulação no espaço internacional ou global

Como vimos, quando se tenta entender como é ordenada a vida no espaço global, internacional ou transnacional, ou seja, para além e através das fronteiras

dos Estados, quando se tenta entender e descrever o que muitos chamam de governança global, tende-se a apontar as limitações do direito internacional público e a observar a sua incapacidade para regular sozinho esse espaço global, evidenciada pela existência de uma pluralidade de outros meios de regulação.

A esta limitação do direito internacional público e a esta oposição entre essa ordem jurídica e os seus concorrentes, sobrepõe-se a percebida limitação do direito, do jurídico estritamente definido, e a sua contraposição a uma noção mais genérica e inclusiva de *regulação*.

Um modo de representar essa dupla limitação e essa dupla oposição é contrapondo noções genéricas de *hard law* e *soft law*, sendo esta última expressão entendida como designando instrumentos normativos – no sentido de conterem prescrições e tenderem a influenciar os comportamentos – mas não vinculantes, não obrigatórios.

Em outro lugar⁸³ eu discuti essa contraposição entre as normas jurídicas que compunham o direito internacional público por emergirem de processos de gênese, de mecanismos, de fontes, reconhecidos dessa ordem, e as prescrições contidas em instrumentos normativos, mas não jurídicos, que regulavam os comportamentos na esfera internacional e que eram produzidos ou pelos Estados, ou por organizações internacionais, ou por entes não governamentais.

Mas, para além dessa dicotomia simplista e generalizante, há muitos que vêm tentando descrever de modos diversos a arquitetura do espaço normativo ou regulatório internacional ou partes específicas dele. Usam, para isso, recortes e perspectivas variados. Faço mais adiante uma breve discussão de duas dessas leituras que, por ser uma mais genérica e a outra mais específica, dialogam entre si, e que, por apresentarem bases teóricas mais sólidas, permitem a discussão da noção de regulação nos termos por mim propostos aquí. Trata-se do direito administrativo global⁸⁴ e da

83 NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 175.

84 Ver, KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R.; WIEENER, J.B. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3-4, p. 1-13, 2005; CAROTTI, B.; SAVINO, M. Global Administrative Law: cases, materials, issues. New York University School of Law, 2008. Disponível em: <http://iilj.org/GAL/documents/GALCasebook2008.pdf>; CASSESE, S. Global Administrative law: An Introduction. *Anais da IJL Conference*. 2005. Disponível em: <http://www.iilj.org/GAL/documents/GAL-CasebookBibliography.pdf>; CHESTERMAN, S. Global Administrative Law. *Working Paper for the S.T. Lee Project on Global Governance*. 2009

regulação privada transnacional.⁸⁵

Antes de procedermos com a discussão dessas duas leituras, no entanto, cabem alguns comentários acerca da compreensão e do uso do termo *regulação* e de outros a ele conectados.

.Disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=1435170>; DAVIS, D.; CORDER, H. Globalization, National Democratic Institutions and the Impact of Global Regulatory Governance on Developing Countries. *Acta Juridica*, v. 09, p. 68-89, 2009; ESTY, D. C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, p. 1490-1562, 2011; HARLOW, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, 2006.; KINGSBURY, B. The Concept of “Law” in Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 23-57, 2009.; KINGSBURY, B. Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 38, p. 799-827, 2005.; KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R.; WIENER, J.B. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3-4, p. 1-13, 2005; KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005.; KOCH, C. H. Globalization of Administrative and Regulatory Practice. *Administrative Law Review*, v. 54, n. 1, p. 409-414, 2002.; KRISCH, N. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006a. KRISCH, N. The Pluralism of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 247-278, 2006b. KRISCH, N. Global Administrative Law and the Constitutional Ambition. *Law, Society Economy Working Papers*. 2009. Disponível em: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-10_Krisch.pdf; KUO, M.-S. The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 997-1004, 2010.; MARKS, S. Naming Global Administrative Law. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 95, p. 995-1002, 2005.; MCLEAN, J. Divergent Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3, p. 167-187, 2005.; SANCHEZ, M. R. The Global Administrative Law Project: A review from Brazil. *Artigos Direito GV*, v. 38, p. 1-14, 2009.; SCHMIDT-ASSMAN, B. E. The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship. *German Law Journal*, v. 9, n. 11, 2006.; SHAPIRO, M. Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance. *Indiana Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, p. 369-377, 2001.

85 Ver ABBOTT, K. W.; SNIDAL D. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1-69, 2009; BARTLEY, T. Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions. *American Journal of Sociology*, v. 113, n. 2, p. 297-351, 2007.; BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W. National Courts Review of Transnational Private Regulation. n. 2003, p. 1-18, 2005. (*working paper*) Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1742452; CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EU Working Papers*. p. 1-40, 2010.

Perceba-se que até aqui a noção vem sendo usada como significando, de modo muito genérico, algo equivalente à organização dos espaços sociais por normas ou regras. Alguns dicionários da língua portuguesa admitem para o termo o sentido de “ato ou efeito de regular”⁸⁶, ou seja, ato ou efeito da ação de “dirigir, estabelecer normas ou regras”⁸⁷. Alguns outros, como Houaiss, consideram que o termo é um neologismo inapropriado, preferindo a ele a palavra *regulamentação*.⁸⁸

Quando falava acima da contraposição entre direito e a noção genérica de regulação, esta última era justamente entendida como um universo de organização dos comportamentos por normas.

A rigor, o direito faz parte desse universo normativo. A contraposição a que se fez referência é a que opõe o tipo específico de regulação que é o direito, e as qualidades especiais que têm as suas normas, a outros tipos de regulação que, considerados em conjunto, teriam em comum o traço de serem não jurídicos. A limitação a que se fez referência é aquela que toca o direito por sofrer ele a necessidade de que suas normas se adêquem a certos critérios.

Não está dado, no entanto, que o termo regulação seja sempre e necessariamente usado e entendido como o ato ou efeito de regular, de dirigir, de estabelecer regras ou normas ou como o conjunto das regras e normas que operam em um espaço social.

Regulação pode aparecer também como sinônimo de “norma, preceito, regulamento, por que se deve reger o comportamento”⁸⁹, designando, portanto, a norma singularmente considerada.

Parece-me que esse uso é mais especialmente influenciado pelo peso tanto da língua inglesa quanto da cultura jurídica norte-americana. Nestas, o termo, que normalmente aparece no plural, *regulations*, pode carregar justamente esse sentido de norma singular que, em português, nós chamaríamos normalmente *regulamento*.

86 Dicionário PRIBERAM de Língua Portuguesa Online. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=regula%u00e7%u00e3o>; MICHAELIS: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1804.

87 Dicionário Priberam de Língua Portuguesa Online. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=regula%u00e7%u00e3o>

88 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2418

89 MICHAELIS: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1804

Mas há mais, *regulations* são definidas como “regras ou outras diretivas emitidas por agências administrativas que devem ter autorização específica para emitir diretivas e, com base nessa autorização, devem usualmente seguir condições prescritas, tais como notificação prévia, em registro público, da ação proposta, e um convite a comentários públicos”.⁹⁰

Isto significa que as regras ou outras diretivas a que se faz referência quando se usa o termo regulação, em inglês, são de natureza administrativa, e emanam de agências ou órgãos dotados de poderes específicos para regular ou regulamentar atividades ou setores específicos. Os poderes ou a autorização, supõe-se, são conferidos, delegados, pelo Estado, e a regulação diz respeito a temas de interesse público ou coletivo.

Essa compreensão do termo regulação, que o aproxima do universo do direito administrativo e que deve tanto ao inglês e ao direito norte-americano, é hoje muito usual e se estende a expressões conexas como agências reguladoras, setores regulados etc.

Note-se que essa aproximação entre regulação e direito administrativo não está imune às dúvidas sobre as fronteiras do direito e sobre a distinção entre o jurídico e o não jurídico que aqui se apresentam com cores próprias. Afinal, regulação, como entendida aqui, é direito? É direito administrativo ou de outro tipo? As agências reguladoras ou quaisquer órgãos dotados de poderes de regulação legislam? Se legislam, produzem direito administrativo?

Com muito mais razão, essas dúvidas e essas perguntas se impõem quanto se faz referência às noções de autorregulação e de regulação privada. Com relação a estas, talvez o conforto seja maior em responder pela negativa quanto à natureza jurídica das normas ou das regras, mas aqui também sobrarão perplexidades.

De todo modo, não me interessa especialmente resolver essas questões, quer para a regulação pública, quer para a privada, de outro modo que não seja apontar para a dificuldade e para a possível controvérsia. Interessa sim, um pouco mais, fazer notar que, mesmo em relação à autorregulação e à regulação privada, é usual

90 “rules or other directives issued by administrative agencies that must have specific authorization to issue directives and upon such authorization must usually follow prescribed conditions, such as prior notification of the proposed action in a public record and an invitation for public comment.” (GIFIS, Steven H. BARRON’S LAW DICTIONARY, p 425)

conectar a noção de regulação àquelas de espaço, de interesse ou de bens públicos ou coletivos.

Essa conexão orienta, em grande medida, tanto a reflexão em torno da chamada regulação privada transnacional quanto aquela que advoga a emergência de um direito administrativo global. Ela será fundamental também para instruir a relação entre essas categorias e as noções de *rule of law*, de *accountability*, de transparência, de participação etc.

5.3. Espaço regulatório / administrativo global

Tendo em seu centro a ideia da conexão entre os instrumentos ou mecanismos regulatórios internacionais ou transnacionais e o espaço e os interesses públicos, desenvolveu-se uma literatura, especialmente em torno do projeto *Global Administrative Law*, que identifica a existência de uma governança global da qual “muito ... pode ser entendido e analisado como ações administrativas: criação de regras, adjudicação administrativa entre interesses em competição, e outras formas de decisão e de gerenciamento regulatórios e administrativos”.⁹¹

Essa literatura presume a existência de uma administração transnacional global⁹² que realiza essas ações administrativas, ações que difeririam da criação normativa por tratados e das soluções judiciárias episódicas de disputas,⁹³ mas incluiriam a criação de regras e padrões de aplicabilidade geral⁹⁴ bem como a tomada de decisões para o controle e implementação dos regimes regulatórios.⁹⁵

Essa administração global em que se dá a atividade regulatória transnacional e de onde emanam produtos regulatórios dirigidos aos diversos atores, estatais ou não, e

91 “...much of global governance can be understood and analyzed as administrative action: rulemaking, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management.” (tradução nossa). KINGSBURY, KRISCH, STEWART, 2005, p. 17

92 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 18

93 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 28

94 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 42

95 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 23

destinados a serem aplicados, diretamente ou por implementação estatal, não é nem única nem centralizada.

Pelo contrário, a paisagem da administração transnacional global é marcada pela variedade. É importante notar que, para essa literatura, a paisagem variada não resulta apenas da variedade de temas e áreas e da diferenciação funcional entre instituições correlata, mas também do caráter multifolhas da administração da governança global.⁹⁶

Especialmente interessante é a lista de tipos de instância em que se realizam as ações administrativas, em que se dá a atividade regulatória, assim como a tomada de decisões para o controle e implementação das normas.

São mencionados cinco tipos. O primeiro é o da administração propriamente internacional realizada pelas instâncias criadas por direito internacional público; dá-se como exemplo a atuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas.⁹⁷

O segundo tipo é aquele operado por redes transnacionais e arranjos de coordenação entre Estados ou entes estatais;⁹⁸ o exemplo aqui usado é o do Comitê da Basiléia que, através de regulação de implementação voluntária, organiza as atividades do setor bancário.⁹⁹

O terceiro tipo é o produto da atuação administrativa distribuída, ou seja, operada pelos reguladores nacionais e com efeitos cumulativos e possivelmente extra territoriais.¹⁰⁰

O quarto tipo é produzido por arranjos híbridos em que participam entes estatais e privados;¹⁰¹ o exemplo usado para ilustrar esse tipo é o Codex Alimentarius¹⁰²

E, finalmente, o quinto tipo é aquele da ação administrativa operada pelos entes privados diretamente;¹⁰³ o exemplo usado é o do ISO.¹⁰⁴

Perceba-se, olhando para os tipos, que, segundo essa literatura, pode-se falar de regulação ainda quando o seu produtor são instituições do direito internacional público. Isso marca o fato de que, ainda que produzida por Estados ou por organizações intergovernamentais, a produção é algo diferente do direito internacional que se encontra nos tratados e nos costumes, ainda que possa ser constituída de normas que determinam o comportamento, inclusive dos Estados.

Qualquer um dos cinco tipos de atividade regulatória global dá lugar a todo um universo passível de estudos, um universo que seria fundamentalmente dependente de estudos de casos concretos. Qualquer teoria geral dependeria desse material empírico, o que explica, de fato, que deem lugar a pesquisas de fôlego que tentam dar conta das manifestações concretas dos problemas e das tendências regulatórias.

O próprio projeto *Global Administrative Law*, gera continuamente estudos mais específicos. Além dele, é possível mencionar também o projeto *Transnational Private Regulation*¹⁰⁵ e o *Informal International Law Making*.¹⁰⁶

Faço em seguida uma rápida discussão do primeiro desses projetos apenas, por duas razões básicas. A primeira delas é que, de todos os tipos de regulação con-

96 Sobre isso, vale ressaltar as ideias de SLAUGHTER, 2003, p. 9 "(...)it is possible to identify three different types of transnational regulatory networks, based on the different contexts in which they arise and operate. First are those networks of national regulators that develop within the context of established international organizations. Second are networks of national regulators that develop under the umbrella of an overall agreement negotiated by heads of state. And third are the networks that have attracted the most attention over the past decade – networks of national regulators that develop outside any formal framework."

97 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 21

98 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 21

99 "(...) the Basle Committee brings together the heads of various central banks, outside any treaty structure, so they may coordinate on policy matters like capital adequacy requirements for banks. The agreements are non-binding in legal form but can be highly effective." KINGSBURY, KRISCH, STEWART, 2005, p. 21

100 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*,

v. 68, 2005, p. 21-22

101 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 22

102 "O *Codex Alimentarius* (do latim Lei ou Código dos Alimentos) é uma coletânea de normas alimentares adotadas internacionalmente e apresentadas de modo uniforme." Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/alimentos/codex_alimentarius.pdf

103 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 22-23

104 "(...)the private International Standardization Organization (ISO) has adopted over 13,000 standards that harmonize product and process rules around the world. (...)The ISO provides a good example: not only do its decisions have major economic impacts, but they are also used in regulatory decisions by treaty-based authorities such as the WTO." KINGSBURY, KRISCH, STEWART, 2005, p. 22-23

105 Sobre o projeto, acessar <http://privateregulation.eu/>

106 Sobre o projeto, acessar: <http://nilproject.org/>

cebidos por aqueles que trabalham com o espaço regulatório global, a regulação privada é justamente aquela que escapa em maior medida à atuação e à influência dos Estados e, por isso mesmo, apresenta os maiores desafios para as noções usuais de regulação. A segunda razão está em que o projeto é, operando através do estudo de casos concretos de regulação privada, oferece um quadro mais completo do panorama regulatório.

5.4. Regulação Privada Transnacional

A noção de regulação privada transnacional é objeto de um projeto contínuo de pesquisa que se desenvolve sob os auspícios do HIIIL e já deu lugar à produção de uma abundante literatura.¹⁰⁷ Essa literatura constitui o referencial na matéria.

Parte-se da constatação de que o que se poderia chamar de função regulatória sofre um duplo processo de deslocamento: do nacional para o transnacional e do público para o privado. Ou seja, a regulação, que era pensada como fenômeno essencialmente doméstico, intraestatal, e decorrente da atividade do próprio Estado, passa gradualmente a ser um fenômeno internacional ou, na preferência dos seus autores, transnacional, e de produção por atores privados.

É evidente que nem a regulação nacional nem aquela pública desaparecem, mas, em circunstâncias cada vez mais numerosas, haverá essa passagem de um nível a outro ou a flutuação entre eles. Tanto uma como outra coisa dependerão da temática, do objeto da regulação e das circunstâncias.

Regulação privada transnacional é assim definida: “um novo corpo de regras, práticas e processos, criado primariamente por atores privados, empresas, ONGs, especialistas independentes, tais como aqueles que determinam padrões técnicos, e comunidades epistêmicas, ou exercendo poderes regulatórios autônomos ou implementando poder delegado, conferido pelo direito internacional ou pela legislação nacional.”¹⁰⁸

O espaço da regulação transnacional é visto por essa literatura como composto por uma pluralidade de regimes dedicados a setores diversos das relações sociais.¹⁰⁹ Esse fato é ilustrado pela discussão que faz em torno da fragmentação do direito internacional público.

Sustenta-se que naquele sistema jurídico o chamado *soft law* tenha uma função de coordenação entre os vários regimes.¹¹⁰ Já na regulação privada transnacional, em contraste, haveria mais fragmentação e competição do que harmonização entre os regimes.¹¹¹ Alguns exemplos são aportados para ilustrar essa competição, entre os quais estariam os regimes da responsabilidade social das empresas, do meio ambiente, da segurança alimentar.

Marca-se, no projeto, a existência de diferenças importantes entre a regulação privada transnacional e o que se chama de regulação privada tradicional: a primeira teria uma ênfase regulatória, e é a esse aspecto que eu dava ênfase acima; na regulação transnacional, haveria também uma variação na identidade dos atores, muitas vezes organizações não governamentais; e, finalmente, ela poderia produzir relevantes efeitos sobre terceiros.

É preciso insistir na importância desses elementos diferenciadores, já que todos eles tendem a marcar o caráter de regulação tal como entendida antes, incidindo sobre o espaço e os interesses públicos e podendo ser inclusive heteronormativa, o ente privado regulado não coincidindo com o ente privado regulador.¹¹² Essas marcas inscrevem a regulação privada entre as manifestações do espaço regulatório global. Elas nos informam igualmente sobre o fato de que ainda há regulação de outros tipos, pensada, portanto, com um significado diferente, para além desse universo. O quadro que traçamos aqui não inclui, assim, por exemplo, a autorregulação ou a regulação privada tradicionais.

Os atores da regulação privada transnacionais podem se encontrar em três situações diversas: a de regulador, a de regulado e de beneficiário.¹¹³ E a grande variedade de atores envolvidos dá lugar a uma grande

107 Publicações disponíveis em: http://privateregulation.eu/?page_id=30

108 “... a new body of rules, practices, and processes, created primarily by private actors, firms, NGOs, independent experts like technical standard setters and epistemic communities, either exercising autonomous regulatory powers or implementing delegated power, conferred by international law or by national legislation.” CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010., p. 20-21

109 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.8

110 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p. 10

111 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.4

112 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.9 e p.13-14

113 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.13-14

variedade de regulações que entram em competição.¹¹⁴ Por vezes essa variedade origina a formação de organizações *multi-stakeholder*.¹¹⁵ E sempre há o potencial para tensões entre atores de mesma ou diversas categorias: ONGs, grandes e pequenas empresas, consumidores, trabalhadores, ambiental etc.¹¹⁶

Perceba-se que também a regulação privada transnacional é pensada considerando as possíveis colisões entre diferentes regimes. O esforço de descrição que é feito, no entanto, levanta também a possibilidade de tensões internas aos regimes, opondo os atores por eles implicados.

Dos temas, dos atores e das dinâmicas que determinam as suas relações, resultará o tipo de regulação privada, que pode ser voluntária, promovida ou obrigatória, e a sua estrutura, que pode ser contratual, organizacional ou uma que combine elementos das duas.¹¹⁷ Quando a estrutura é contratual pode ser constituída por contratos bilaterais (*supply chain*) ou multilaterais.¹¹⁸ Quando é organizacional, pode atender a um modelo associativo ou fundacional.¹¹⁹

É muito importante notar que os vários regimes dessa regulação privada transnacional vão surgindo e se multiplicando, em grande medida, como respostas da autonomia privada aos desafios e necessidades regulatórias. Justamente por isso, não estão inseridos num todo que lhes ofereça uma moldura coerente ou unitária. Muito frequentemente, no entanto, estabelecem relações de complementaridade com a regulação pública e veem o direito doméstico operar um preenchimento das lacunas.

5.5. Mais uma vez, a questão dos limites

Como mencionado antes, nos regimes regulatórios transnacionais em geral, e naqueles privados em particular, o problema da sua delimitação se coloca com

114 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.8

115 C CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.11

116 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.8-9

117 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p.11-14

118 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p. 13

119 CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. *EUI Working Papers*, 2010, p. 11

igual ou maior força do que acontecia com os regimes do direito internacional público.

Aqui também, quanto mais amplamente se conceber o tema de preocupação, mais imprecisos serão os limites do conjunto de normas que com ele lidam e menos útil será a noção mesma de regime. Aqui também, a delimitação será mais factível na medida em que se puder circunscrever o regime a uma organização específica ou a uma rede particular de contratos.

Como no direito internacional público, obter uma caracterização mais bem delimitada dos regimes na regulação transnacional, privada ou outra, depende da determinação das relações que as normas estabelecem entre si e das competências, estrutura e funcionamento das organizações. O fato de as normas e instituições lidarem com este ou aquele tema pode ser visto como mero acidente, ou como uma preocupação originária, já que certamente haverá vários regimes, definidos a partir da instituição ou do conjunto específico de normas (ou de contratos, no caso da regulação privada), que se ocupem com um mesmo tema.

Quanto mais amplamente se conceber o regime, e quanto mais se quiser acompanhar a grandeza do tema, mais certo será o encontro da imbricação entre as normas e instituições dos vários tipos de regulação e aquelas do direito internacional e dos direitos domésticos. Essas imbricações podem ser de conflito, é verdade, mas é usual que sejam de complementaridade, de referências cruzadas, de incorporação mútua etc.

6. FRAGMENTAÇÃO, PLURALISMO E *RULE OF LAW*

6.1. Fragmentação do direito internacional público e *Rule of Law*

Os mesmos traços do direito internacional que dão lugar à sua fragmentação, de que a constituição dos chamados regimes autocontidos seria apenas uma das manifestações, são determinantes em fazer do direito internacional um sistema jurídico menos propenso ao *rule of law*. A fragmentação do direito internacional é, de fato, um dos óbices ao estabelecimento de um alto grau de *rule of law*.¹²⁰

120 NASSER, S. H. *Rule of Law* e Direito Internacional: uma nova

Duas ideias fortes, ao menos, são usualmente postas em relação com o conceito, a noção, o ideal, de *rule of law*. Uma é que do axioma de que as interações sociais deveriam ser governadas pelo direito resulta que as normas jurídicas deveriam ser conhecidas, claras, públicas, abertas etc. A outra é que o objetivo do ser governado pelo direito é a redução do espaço de arbitrariedade.¹²¹

Como se sabe, a fragmentação do direito internacional não é apenas um fenômeno natural, dadas as características específicas desse sistema jurídico, mas se relaciona intimamente com a expansão normativa do sistema. Novos conjuntos de normas constituem novos fragmentos, e estes serão mais numerosos na medida em que as normas continuam a se multiplicar.

Nessas condições, conhecer as normas pelas quais o comportamento e as interações sociais deveriam ser governadas se transforma em exercício mais complexo já que em direito internacional é relativamente mais difícil saber quem está obrigado por qual norma. Em um caso particular, com um conjunto específico de fatos e com uma ou um número certo de questões jurídicas claras, decidir se os sujeitos em questão estão obrigados pelas normas aplicáveis, é exercício mais factível.

No entanto, olhando para o sistema jurídico como um todo, conhecer as normas pelas quais o comportamento dos sujeitos é, em geral, regulado, revela-se uma tarefa mais difícil, porque o comportamento de cada sujeito é, na verdade, governado por um conjunto, pessoal, se quisermos, de normas – que pode coincidir, assemelhar-se ou diferir radicalmente dos conjuntos normativos correspondentes a cada um dos demais sujeitos – e porque não há uma necessária coerência entre normas pertencentes ao conjunto que obriga um Estado ou entre normas pertencentes a conjuntos setoriais diversos.

A multiplicação das normas poderia por si só ser vista como um movimento em direção a mais *rule of law* já que mais da vida estaria sendo governado pelo direito. Isto, no entanto, só pode ser verdade se o volume normativo jurídico aumentado não trouxer consigo a dimi-

nuição da clareza com que se pode saber por quais normas o comportamento de cada sujeito está governado. Essa clareza significa saber quais são as normas, quais os seus destinatários, quais os conteúdos normativos, quando se aplicam e como se relacionam com outras normas.

Não há dúvida de que mais aspectos das relações internacionais entre Estados estão agora submetidos à regulação normativa, jurídica, e, nesse sentido, mas apenas nesse sentido, há uma redução do espaço para o exercício arbitrário do poder por e entre os Estados.

Esse aumento das normas é, no entanto, acompanhado pela dupla fragmentação do direito internacional, em parte devida à diferenciação setorial e em parte constitutiva da natureza do sistema jurídico. Essa dupla fragmentação torna mais difícil a resposta à questão sobre quem está submetido a que normas e quem tem que obrigações e que direitos. Também dificulta o exercício de estabelecer o conteúdo normativo, não apenas das normas particulares, que podem ser menos claras ou mais lacunosas, mas aquele resultante da possibilidade de haver normas contraditórias contemporaneamente obrigatórias e aplicáveis.

A multiplicação das normas jurídicas e a dupla fragmentação representam uma maior complexidade do sistema jurídico internacional. E a maior complexidade amplia o fosso entre atores, Estados, que estão mais bem equipados para lidar com ela e aqueles a quem faltam os meios para fazê-lo.

Essas diferenças nas capacidades para gerenciar complexidade colocam o problema da igualdade dos Estados perante o direito internacional. Não se trata daquela, formal, de acordo com a qual, os Estados, sendo soberanos, podem escolher por quais normas serão obrigados, e também segundo a qual, diante da norma individual, só serão desiguais na medida em que essa desigualdade decorrer de uma escolha soberana.

Trata-se antes daquela igualdade em relação ao sistema jurídico como um todo, uma igualdade que está relacionada à inclusão e à exclusão efetiva dos Estados da constituição, do gerenciamento e da possibilidade de transformação da ordem jurídica.

A complexidade, e a decorrente desigualdade, pode efetivamente excluir os Estados do processo de criação normativa quando, ainda que formalmente partícipes e aptos a expressar sua voz, estão incapacitados para

aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

121 Uma discussão mais abrangente sobre as diferentes concepções de *rule of law* pode ser encontrada em NASSER, S. H. *Rule of Law e Direito Internacional: uma nova aproximação*. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59-66.

construir uma vontade informada e eficaz.

O mesmo pode se dar no processo de identificação das normas e da determinação de que se é ou não se é obrigado, ou seja, da determinação do conteúdo normativo.

Finalmente, a complexidade funciona como barreira à participação efetiva no gerenciamento das diferentes normas jurídicas, especialmente no caso de haver conflitos entre elas, competências distribuídas entre diversas instituições e instâncias múltiplas de tomada de decisões.

6.2. Regulação e indicadores de *Rule of Law*

Aqui, é claro, poder-se-ia falar igualmente das duas ideias ou dos dois princípios relacionados ao *rule of law*: a possibilidade de saber o que diz o direito ou a regulação – ou seja, saber qual é o comportamento prescrito – e a necessidade de limitar o exercício arbitrário do poder.

Como aqui se trata de conjuntos regulatórios que concentram ou colocam em relação, potencialmente, normas pertencentes ao direito internacional público, pertencentes a um ou mais direitos domésticos e aquelas que não são jurídicas ou não pertencem a qualquer desses sistemas mais claramente reconhecíveis, a avaliação da qualidade do conjunto normativo depende, em parte, mas apenas em parte, da qualidade dos sistemas jurídicos domésticos eventualmente envolvidos e da qualidade acima discutida do direito internacional público.

Naquilo em que não depende da qualidade dos direitos domésticos ou do direito internacional, essa qualidade só pode ser avaliada no caso-a-caso.

Mas será possível falar de qualidade ou de grau de *rule of law* quando se fala de regulação no sentido em que apareceu acima, e em relação a cada um dos seus tipos básicos de manifestação? Ou seja, como se avalia a qualidade da regulação criada por redes transnacionais, quer sejam públicas, privadas ou híbridas?

Quando lida com a noção geral de governança o com tipos específicos de regulação, a literatura tende a apoiar-se em noções como legitimidade, transparência, *accountability*, participação, para avaliar ou para colocar os critérios normativos para a qualidade da regulação.

Nenhuma conclusão geral parece ser facilmente acessível, senão que alguns conjuntos regulatórios podem refletir a inclusão de e a participação de atores concernidos – *stakeholders*- no processo de criação de normas e na avaliação a posteriori das normas, tornando possível uma maior aderência e melhores chances de efetividade para as normas, assim como para seu contínuo desenvolvimento. Outros conjuntos regulatórios podem, ao contrário, refletir as desbalanceadas relações de poder.

É justamente com base no diagnóstico de que se pode verificar um déficit de *accountability* e de legitimidade no espaço regulatório global, déficit que atinge tanto a ação de atores nacionais com efeitos extraterritoriais, quanto a ação dos reguladores transnacionais, que a literatura a que me referi antes enxerga a necessidade e o começo da emergência de um direito administrativo global.

Esse direito administrativo pode decorrer de mecanismos nacionais que se estendam para a esfera transnacional ou estará contido em mecanismos que são eles mesmos transnacionais. Ele compreenderia “mecanismos, princípios, práticas e entendimentos sociais subjacentes que promovem ou afetam de outro modo a *accountability* de entes administrativos globais, particularmente assegurando que atinjam padrões adequados de transparência, participação, decisões motivadas e legalidade, e fornecendo revisão efetiva das regras e decisões por eles feitas”.¹²²

REFERÊNCIAS

ABBOTT, K. W.; SNIDAL D. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1-69, 2009.

ABI SAAB, G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 31, p. 919-933, 1998.

BARTLEY, T. Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions. *Ameri-*

122 KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 17.

- can Journal of Sociology, v. 113, n. 2, p. 297-351, 2007.
- BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W. National Courts Review of Transnational Private Regulation. n. 2003, p. 1-18, 2005. (working paper) Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1742452.
- BÖRZEL, T. A.; HEARD-LAURÉOTE, K. Networks in EU Multi-level Governance: Concepts and Contributions. Journal of Public Policy, v. 29, n. 02, p. 135-151, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 101 (ADPF-101). Portaria DECEX N. 8. Proibição de Pneus Usados. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DF 21.09.2006.
- CAFAGGI, F. New Foundations of Transnational Private Regulation. EUI Working Papers. p. 1-40, 2010.
- CAROTTI, B.; SAVINO, M. Global Administrative Law: cases, materials, issues. New York University School of Law, 2008. Disponível em: <http://iilj.org/GAL/documents/GALCasebook2008.pdf>.
- CASSESE, S. Global Administrative law: An Introduction. Anais da IJL Conference. 2005. Disponível em: <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALCasebookBibliography.pdf>.
- CHESTERMAN, S. Global Administrative Law. Working Paper for the S.T. Lee Project on Global Governance. 2009. Disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=1435170>.
- CIJ. Case Concerning Military And Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Mérito, 1986, §172). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>.
- COMISSÃO Europeia - Assuntos Legais, Sumário de Sentenças importantes, Caso C-459/03 (Comissão v. Irlanda), 2006.
- CPA. Caso MoxPlant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 1 – Ireland’s Amended Statement of Claim, 2002.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 4 – Outras Suspensões de Jurisdição e Mérito, 2003.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 4 – Outras Suspensões de Jurisdição e Mérito, 2003.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 5 – Suspensão dos Relatórios Periódicos pelas Partes, 2007.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 6 – Fim dos Procedimentos, 2008.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem No. 3 – Suspensão dos Procedimentos de Jurisdição e Mérito, e Pedidos de Medidas Cautelares, 2003.
- CPA. Caso Mox Plant, (Irlanda v. Reino Unido), Ordem no. 2 – Tempo Limite para Submissões e pedidos, 2002.
- DANN, P.; GOLDMANN, M.; BOGDANDY, A.. Developing the Publicness of Public International Law : Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. German Law Journal, v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2007.
- DAVIS, D.; CORDER, H. Globalization, National Democratic Institutions and the Impact of Global Regulatory Governance on Developing Countries. Acta Juridica, v. 09, p. 68-89, 2009.
- Dicionário PRIBERAM de Língua Portuguesa Online. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=regula%u00e7%u00e3o>.
- DUPUY, P.-M. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the “Fragmentation” of International Law. European Journal O Legal Studies, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2007.
- ESTY, D. C. Good Governance at the Supranational Scale : Globalizing Administrative Law. The Yale Law Journal, v. 115, n. 7, p. 1490-1562, 2011.
- FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. Michigan Journal of International Law, v. 25, p. 999-1046, 2004.
- FORNASIER, Mateus de O.; FERREIRA, Luciano V. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n.1, 2015
- GIFIS, Steven H. BARRON’S LAW DICTIONARY.
- GONTIJO, André P. 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 aos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n.1, 2012.
- HAFNER, G. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation

- tation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004.
- HALBERSTAM, D. Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe meets the world. 2009. (working paper) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1521016>.
- HANSENCLEVER, A.; MAYER, P.; RITTBERGER, V. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- HARLOW, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, 2006.
- HART, H. L. *A.O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HOOGHE, LIESBET; MARKS, G. Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-Level Governance. *The American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, 2003.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2418.
- JACKSON, J. H. Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, p. 823-831, 1999.
- KELSEN, H. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KEYNES, J. M.; LEO, C. Multi-Level Governance and Ideological Rigidity : The Failure of Deep Federalism. *Canadian Journal of Political Science*, v. 42, n. 1, p. 93-116, 2009.
- KINGSBURY, B. The Concept of “Law” in Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 23-57, 2009.
- KINGSBURY, B. Co-Option and Resistance : Two Faces of Global Administrative Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 38, p. 799-827, 2005.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, 2005, p. 18.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, S.; STEWART, R.; WIENER, J.B. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3-4, p. 1-13, 2005.
- KOCH, C. H. Globalization of Administrative and Regulatory Practice. *Administrative Law Review*, v. 54, n. 1, p. 409-414, 2002.
- KOSKENNIEMI, M. *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*. Palestra proferida em Harvard em 5 de março de 2005.
- KOSKENNIEMI, M.; LEINO, P. Fragmentation of International Law ? *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 553-579, 2002.
- KOSKENNIEMI, Martti. Study on the Function and Scope of the *lex specialis* Rule and the Question of “Self-Contained Regimes, Preliminary Report by Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group of the ILC. Maio de 2004, p. 9.
- KRASNER, S. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, S. (Ed.). *International Regimes*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1983.
- KRASNER, Stephen D (ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- KRISCH, N. Global Administrative Law and the Constitutional Ambition. *Law, Society Economy Working Papers*. 2009. Disponível em: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-10_Krisch.pdf.
- KRISCH, N. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006.
- KRISCH, N. The Pluralism of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 247-278, 2006b.
- KUO, M.-S. The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 997-1004, 2010.
- LIMA, Gabriela G. B. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, v.11, n.1, 2014.
- MARKS, S. Naming Global Administrative Law. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 95, p.

995-1002, 2005.

MARTINEAU, A.-C. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, n. 01, p. 1, 2009.

MCLEAN, J. Divergent Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, n. 3, p. 167-187, 2005.

MERCOSUL. Criação do grupo ad hoc para uma política regional sobre pneus, inclusive reformados e usados GAHP (MERCOSUL/GMC EXT/RES. Nº 25/08), 29.06. 2008; CAMEX, Resolução no. 38, 22.10.2007.

MERCOSUL. Tribunal Arbitral - Laudo Arbitral de las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante, em adelante "Uruguay") y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada, en adelante "Brasil") sobre "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay, 2006.

MICHAELIS: *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1804.

MICHAELS, R. The Mirage of Non-State Governance. *Utah Law Review*, v. 63, p. 1-15, 2010;

NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NASSER, S. H. Rule of Law e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OMC, Brasil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Status Report by Brazil, Notification of an Appeal by the European Communities under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the Working Procedures for Appellate Review, 2007, (WT/DS332/9).

OMC. Brasil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Status Report by Brazil, 2009 (WT/DS332/19).

OMC. Brasil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres., 2008 (WT/DS332/16).

PIATTONI, S. Multi-level Governance: a Historical

and Conceptual Analysis. *Journal of European Integration*, v. 31, n. 2, p. 163-180, 2009.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012

RELATÓRIO da Comissão de Direito Internacional, 2006.

SALAMA, R. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising of the Sea Disputes.

SANCHEZ, M. R. The Global Administrative Law Project : A review from Brazil. *Artigos Direito GV*, v. 38, p. 1-14, 2009.

SCHMIDT-ASSMAN, B. E. The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship. *German Law Journal*, v 9, n. 11, 2006.

SHAPIRO, M. Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance. *Indiana Journal of Legal Studies*, v. 8, n. 2, p. 369-377, 2001.

SIMMA, B. Fragmentation in a Positive Light. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 845-847, 2012.

SLAUGHTER, A-M. Everyday Global Governance. *Research Library Core*, v. 132, n. 1, p. 83-90, 2003.

TCE. Comissão da Comunidade Europeia v. Irlanda, Caso C-459/03, 2006. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0459:EN:PDF>

TCE. Comissão da Comunidade Europeia v. Irlanda, Caso C-459/03, 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0459:EN:HTML>

TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G (Ed.). *Global Law in the World Society*. Dartmouth, Aldershot, 1997. p. 3-28;

TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TIDM. Caso Mox Pant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares, No. 10, Ordem 2001/3, 2001. Di-

ponível em: http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf

TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Memorial da Irlanda, Volume 1, 2002, §§ 4.35-4.36.

TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares com base no art. 290 § 5º da Convenção do Mar das Nações Unidas, No. 10, Ordem 2001/5, 2001.

TIDM. Caso Mox Plant. (Irlanda v. Reino Unido), Medidas Cautelares com base no art. 290 § 5º da Convenção do Mar das Nações Unidas, No. 10, Ordem 2001/5, 2001.

TRIBUNAL Internacional para Ruanda. Caso Jean Paul, Sentença, 02.10.1998 (Caso No: ICTR - 96 - 4 - T). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia,

TRIBUNAL Penal Internacional para a antiga Iugoslávia. Caso Zlatko Aleksovski, 1999 (Caso no. IT-95-14/1-T)

TRUBEK, D. M.; TRUBEK, L. G. New Governance & Legal Regulation : Complementarity, Rivalry , and Transformation. *Columbia Journal of International Law*, v. 13, p. 1-26, 2007.

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.