



FERNANDO HENRIQUE CASTANHEIRA

**DIFUSÃO DE REGIMES INTERNACIONAIS E IMPLICAÇÕES POLÍTICO-
ESTRUTURAIS NO CAMPO JURÍDICO: ENTRE FRAGMENTAÇÃO E
JURIDIFICAÇÃO**

CAMPINAS 2015

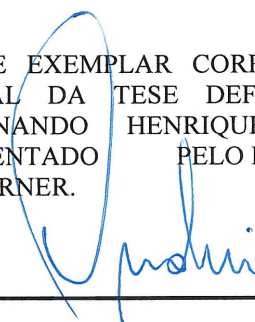
Fernando Henrique Castanheira

**DIFUSÃO DE REGIMES INTERNACIONAIS E
IMPLICAÇÕES POLÍTICO-ESTRUTURAS NO CAMPO JURÍDICO: ENTRE FRAGMENTAÇÃO E
JURIDIFICAÇÃO**

Tese apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política.

Supervisor/Orientador: Prof. Dr. Andrei Koerner

ESTE EXEMPLAR CORRESPONDE À VERSÃO FINAL DA TESE DEFENDIDA PELO ALUNO FERNANDO HENRIQUE CASTANHEIRA, E ORIENTADO PELO PROF. DR. ANDREI KOERNER.



CAMPINAS

2015

Agência de fomento: FAPESP
Nº processo: 2006/61032-3

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Marta dos Santos - CRB 8/5892

C275d Castanheira, Fernando Henrique, 1978-
Difusão de regimes internacionais e implicações político-estruturais no campo jurídico internacionais : entre fragmentação e juridificação / Fernando Henrique Castanheira. – Campinas, SP : [s.n.], 2015.

Orientador: Andrei Koerner.
Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Organizações internacionais. 2. Direito internacional. 3. Política internacional. 4. Relações internacionais. I. Koerner, Andrei, 1962-. II. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: Multiplication of international regimes and structural/political consequences on the legal field : between fragmentation and legalization

Palavras-chave em inglês:

International organizations

International law

International politics

Foreign relations

Área de concentração: Ciência Política

Titulação: Doutor em Ciência Política

Banca examinadora:

Andrei Koerner [Orientador]

Marrielle Maia Alves Ferreira

Paulo Cesar Manduca

Frederico Normanha Ribeiro de Almeida

Samuel Rodrigues Barbosa

Data de defesa: 17-08-2015

Programa de Pós-Graduação: Ciência Política



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Tese de Doutorado, em sessão pública realizada em 17 de agosto de 2015, considerou o candidato **FERNANDO HENRIQUE CASTANHEIRA** aprovado.

Prof. Dr. Andrei Koerner

Profa. Dra. Marrielle Maia Alves Ferreira

Prof. Dr. Paulo Cesar Manduca

Prof. Dr. Frederico Normanha Ribeiro de
Almeida

Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa

RESUMO

A pesquisa tem como *objeto* a expansão e especialização da normatividade jurídica internacional. A partir da década de em 2000, tornou-se comum se falar que o direito internacional está fragmentado ou está se fragmentando. Por outro lado, no campo teórico das relações internacionais fala-se numa juridificação da política internacional. É importante dizer que essas duas perspectivas partem do mesmo conjunto de processos e instituições que vem se intensificando sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Dentre esses processos estaria a multiplicação de tratados e outros instrumentos internacionais e a propagação de organizações internacionais (com destaque para os órgãos judiciais e quase judiciais internacionais após a década de 1990). Tomamos como partida a questão não sobre o que causou, mas como a fragmentação e a juridificação foram possíveis. Em outras palavras, a partir de que jogo de relações entre aqueles processos, instituições, conceitos e categorias, escolhas teóricas e temáticas, além de formas e espaços de enunciação esses discursos foram possíveis? E de que forma esse conjunto de relações, essa dispersão, constituem novas de pensar, falar e agir em relação à normatividade jurídica internacional e, em que medida estabelecem formas de saber e poder. Buscamos compreender nesse contexto, como o direito ou normatividade internacional é constituída, mas também constituidora de condições para novas práticas/relações sociais. Para alcançar esse objetivo, a estratégia foi, a princípio (capítulo 1), traçar o aparecimento dos regimes nos dois campos (direito internacional e relações internacionais). O segundo capítulo realiza uma análise acerca das formas pelas quais a difusão de regimes internacionais foi problematizada (em termos de fragmentação do direito internacional e juridificação da política internacional), buscando as continuidades e discontinuidades entre dos dois campos. E o terceiro capítulo consiste num estudo de caso que compreende a difusão de regimes internacionais (compreendendo cortes e tribunais internacionais). Através da abordagem da mobilização jurídica analisamos diferentes dimensões do caso buscando confrontá-lo com as teorias sobre juridificação e fragmentação, explorando as respectivas lacunas e insuficiências e apontando para uma perspectiva constitutiva da normatividade jurídica internacional contemporânea.

ABSTRACT

This thesis deals with the expansion and specialization of international legal normativity. Starting from the 2000's, it has become common to say that international law is fragmented or is fragmenting. On the other hand, the literature of international relations discusses the legalization of international politics. It should be said that these two approaches are depart from the same set of processes and institutions that has been intensified, particularly since the Second World War. Among these processes were the multiplication of treaties and other international instruments and the propagation of international organizations (especially international tribunals and quasi-judicial institutions. Our main question is not what can it, but how fragmentation and the legalization were possible. I mean, from what set of relations between processes, institutions, concepts, theoretical choices and themes, in addition to forms and enunciation spaces these discourses was possible. And how this set of relationships, this dispersion, constitute new ways to think, speak and act on international legal normativity. In other words, to what extent those discourses creates new kinds of knowledge and how these relations of power and knowledge constitute and is constitutive of international law or international legal normativity. To achieve this objective, the strategy was at first (chapter 1), to trace the emergence of regimes in both fields (international law and international relations), exploring the ways of their enunciations, objects, concepts and theoretical strategies in both fields. The second chapter offers an analysis of ways in which the diffusion of international regimes was discussed (in terms of fragmentation of international law and legalization of international politics), searching continuities and discontinuities between the two fields. The third chapter is a case study, which comprises the diffusion of international regimes (including courts and international courts). Through the legal mobilization approach we analyze different dimensions of the case seeking to confront it with the theories of legal regulation and fragmentation, exploring their gaps and shortcomings and pointing to a constitutive perspective of contemporary international legal normativity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – REGIMES EM DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS	20
<i>1.1– Processos políticos, econômicos, e instituições</i>	21
<i>1.2 – Self-contained regimes</i>	25
<i>1.3 - Regimes Na Teoria Das Relações Internacionais</i>	58
<i>1.4 - Conclusões intermediarias</i>	71
CAPÍTULO 2 - A EXPANSÃO E ESPECIALIZAÇÃO NO CAMPO JURÍDICO INTERNACIONAL E O DEBATE NA TEORIA JURÍDICA E NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	77
<i>2.2. Fundamentos da abordagem positivista</i>	84
<i>2.3 - Teoria jurídica sistêmica-autopoiética</i>	96
<i>2.4. “New Stream” Crítica Do Direito Internacional</i>	110
<i>2.5 A expansão e especialização no Direito Internacional: uma perspectiva das relações internacionais – juridificação da política internacional</i>	122

CAPÍTULO 3 – CASO MOX PLANT: DIREITO E MOBILIZAÇÃO

3.1. Introdução 131

3.2. Sobreposição/conflito de regimes e mobilização jurídica: o caso no plano político-administrativo, no sistema judicial do Reino Unido e nas cortes internacionais.....134

3.3. Implicações teóricas161

CONSIDERAÇÕES

FINAIS 167

Bibliografia.....172

*Para meus pais Carlos e Eunice, e
meus irmãos Marcos e Samuel*

Agradecimentos

Agradeço a Deus e aos meus pais que deram todos os tipos de suporte para que esse trabalho chegasse ao fim. Aos meus irmãos Marquito e Dodi e à minha cunhada Marília que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado nessa empreitada. Sou grato também à tia Ester e ao tio Haroldo que me receberam sempre em sua casa e apoiaram muito esse projeto. Ao Haroldinho, Stela e Ronaldo também.

Agradeço muito ao Andrei por ter me orientado e acompanhado em toda essa trajetória, com muita paciência e compreensão. Agradeço também por ter me apresentado novas formas de encarar e pensar o direito e suas relações com a política. Agradeço também aos professores Samuel Barbosa e Walkíria Leao Rêgo pelas sugestões e críticas feitas no exame de qualificação.

Agradeço aos meus amigos e colegas, em especial Karen, Marcia, Celly, Álvaro, Matheus e Ariana, que contribuíram de várias formas para a finalização desse trabalho.

E finalmente, agradeço à Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo, por ter financiado este trabalho.

Introdução

A conjuntura global que tem se constituído a partir de meados do século XX é acompanhada pelo redimensionamento de diversos conceitos e categorias do direito e da política. No contexto da emergência de diversas novas formas de saber que marcam o início do século XXI estão os discursos jurídicos e de relações internacionais acerca dos regimes internacionais e da difusão ou multiplicação destes.

Ocorre, nesse período, uma convergência de fatores no cenário sociopolítico e econômico que tem reflexos na reconfiguração do campo jurídico internacional. Dentre tais fatores, incluem-se o enfraquecimento de diversas instâncias regulatórias vinculadas ao Estado nacional e a incorporação de novas tarefas e competências pelas instituições supranacionais. A transferência (empírica ou apenas normativa) de *decision making* implica uma demanda pelo alargamento da abrangência do campo jurídico internacional. A ampliação dos objetivos materiais do direito internacional se dá, portanto, na medida em que ele passa a abranger ou ter algum papel regulatório em quase todos os campos da atividade humana. No mesmo sentido ocorreria a multiplicação de atores ou sujeitos do direito internacional (como consequência do crescimento em número e importância de organizações intergovernamentais e não governamentais internacionais) e haveria uma preocupação maior em melhorar a eficiência e vinculatividade das obrigações internacionais.

Nessa conjuntura se desenvolve o conjunto de processos que envolvem a problemática da fragmentação jurídica internacional e da juridificação da política internacional. Dentre esses processos, dois se apresentam como elementos básicos para a formação de tal problemática: por um lado, a intensa expansão das normas, tratados e outros instrumentos jurídicos internacionais, ligados a temas específicos, e, por outro, a constituição de diversas novas instâncias de solução de conflitos internacionais de caráter propriamente judicial ou *quase judicial*.

A expansão de normas jurídica e instâncias judiciais no plano internacional é marcada, portanto, pela emergência de padrões de regulação caracterizados por alta especialização técnica e por certa relativização das clássicas dicotomias político-jurídicas público/privado e

nacional/internacional.

Nesse contexto, diversas instituições/áreas temáticas passam a serem vistas por alguns como autônomas e serem identificadas como exceções ao chamado direito internacional geral, se enquadrando numa nova categoria: regime jurídico internacional autônomo (*self-contained regime*). Ao mesmo passo, as diversas novas instâncias judiciais internacionais criam um conjunto de precedentes que também indicaria uma autonomia institucional.

Desenvolve-se a tendência de autonomia teórico-metodológica dos ramos ou campos no âmbito jurídico internacional. Torna-se, então, muito mais expressivo e recorrente falar em Direito Internacional Econômico, Direito Internacional Penal, Direito Internacional do Meio Ambiente, do Mar, da Saúde, do Trabalho, dentre outros (cada ramo com suas instituições e princípios próprios). O direito internacional do comércio alcança um nível ímpar de especialização, efetividade e *enforcement* com a Organização Mundial do Comércio, a ponto de muitos autores chegarem a tomar tal regime como modelo para se pensar uma constitucionalização do direito internacional.

A partir de tais elementos, pode-se depreender uma primeira aproximação conceitual da fragmentação do direito internacional. Pode-se afirmar, a princípio, que ela diz respeito ao processo ou fenômeno de expansão e *setorização* do campo jurídico internacional no tocante ao seu conteúdo material e procedimental e a suas dimensões territorial e regional. Dessa forma, alguns temas ou áreas, como o comércio, além de contemplarem um regime jurídico geral próprio (OMC), estabelecido pelo critério material, ainda contemplam sub-regulações de caráter regional, como os regimes da União Europeia, Nafta e MERCOSUL.

Essa reconfiguração na normatividade internacional é acompanhada por um debate intenso, que se inicia com o desenvolvimento da doutrina dos *self-contained regimes* e tem impulso com o que podemos chamar de fragmentação judicial, a envolver a proliferação de tribunais internacionais.

Podemos dizer que, o debate jurídico converge inicialmente para interpretações negativas ou positivas acerca dos possíveis efeitos dos processos na estrutura normativa do campo jurídico internacional. Nesse momento surge, em princípio no âmbito do positivismo

jurídico, uma preocupação renovada com questões relativas à coerência e unidade do direito internacional. O problema fundamental, no contexto deste marco teórico, seria, portanto: em que medida a reconfiguração promovida pela fragmentação no campo jurídico internacional representaria ameaça à sistematicidade do direito internacional, ou até mesmo a sua existência como campo autônomo do direito?

Preocupações desta ordem motivaram a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a estabelecer, no ano de 2000 (A/55/10, anexo), um grupo de trabalho para pesquisa sobre essa problemática, acolhendo a sugestão do positivista Gerard Hafner. A ideia fundamental nas primeiras análises do grupo foi a de que a incorporação de uma multiplicidade de subsistemas ou “regimes autônomos” tornaria o direito internacional contraditório e incoerente. Isso ocorreria porque um determinado fato poderia estar submetido a dois regimes diversos no plano internacional, com corpos jurídicos potencialmente conflitantes. Um exemplo recorrente a ilustrar esta questão diz respeito ao problema da regulação do comércio internacional. A falta de uma visão harmônica nessa questão implicaria inúmeras consequências em termos de aplicação do direito (jurisprudência), inclusive no plano acadêmico (a construção da doutrina e o ensino do direito do comércio, por exemplo). O grupo de estudos foi estabelecido com a denominação "A fragmentação do direito internacional: as dificuldades decorrentes da diversificação e expansão do direito internacional", e foi presidido por Bruno Simma a partir da quinquagésima quarta sessão da Comissão de Direito Internacional, em 2002. O relatório final da Comissão foi elaborado segundo a direção de Martti Koskeniemi (chairman do grupo entre 2003 e 2006) e publicado em abril de 2006 (A/CN.4/L.682) . Esse relatório conclusivo apresenta algumas posições divergentes e menos pessimistas em relação às ideias iniciais propostas no grupo de trabalho. Mas a expressão “fragmentação” continua sendo em grande medida associada a ideias como desordem, problemas, ou incertezas.

Ao ser inserida na agenda de pesquisa do *neoinstitucionalismo* ou *neofuncionalismo*, a questão é encarada de outra forma: a *expansão e especialização jurídico-judicial* podem ser tomadas por um avanço dos padrões jurídicos como modelo de institucionalização na esfera internacional.

A problemática atraiu particular atenção de um conjunto de autores de ciência política no início da década de 2000. Realizou-se, então, um esforço teórico direcionado especificamente a saber como os processos de expansão jurídica e judicial afetariam a cooperação e a institucionalização no plano internacional. Esse seria o programa de pesquisa da juridificação da política internacional.

Assim, no início do século 21, tornou-se recorrente dizer que o direito internacional está fragmentado ou se fragmentando. A princípio, o problema era posto num âmbito institucional e teórico bastante específico. Mas, a partir do final da década de 1990, ele passa a constituir grande parte do debate teórico no direito internacional. O tema torna-se, então, objeto de uma miríade de artigos científicos e ocupa ao menos um tópico das edições contemporâneas dos manuais de direito internacional. Ao mesmo tempo, alguns autores neoinstitucionalistas anunciavam que o ambiente internacional passava por uma “juridificação”. Com isso queriam dizer que existiria uma tendência de institucionalização da cooperação e regimes a partir de mecanismos e padrões jurídicos nas relações internacionais.

Problema

Mas o que ensejaria a juridificação da política internacional? Por outro lado, que fatores estariam fragmentando o direito internacional?

É interessante constatar que as duas questões recebem respostas muito próximas desde o campo em que são colocadas. Tanto a fragmentação quanto a juridificação seriam decorrentes de um conjunto de processos e instituições que marcam a conjuntura internacional contemporânea. São processos que se iniciam no pós-Segunda Guerra mundial e passam a se difundir com grande intensidade a partir do fim da guerra-fria. Assim, seriam relacionadas ao o vigoroso crescimento do *treaty making* em diversas áreas (algumas antes reguladas quase que exclusivamente pelo direito doméstico) e a multiplicação de organizações internacionais. A emergência de vários tribunais internacionais e órgãos análogos ou ‘quase cortes’, no decorrer da década de 1990, definiria fundamentalmente o cenário reportado no campo do direito internacional e das relações internacionais. Concomitantemente a esses processos, as noções de “ramos” ou de “sub-campos”

do direito internacional e de *issue-areas* nas relações internacionais ganhavam um novo significado.

Mas, se existe uma aproximação em relação às causas, o olhar do direito internacional e das relações internacionais sobre os efeitos da ‘fragmentação’ não encontra a mesma convergência. No direito internacional, o crescimento "desordenado" de tratados e a "proliferação" de tribunais implicariam um aumento cada vez maior dos conflitos e a sobreposição de normas e competências, que por sua vez solapavam a “unidade” do direito internacional, sua coerência e harmonia. Na teoria de relações internacionais, esse cenário seria decorrente da tendência dos atores internacionais a optarem cada vez mais por padrões jurídicos na institucionalização da esfera internacional.

Pode-se concluir, de início, que um dos campos aponta para o enfraquecimento da normatividade jurídica internacional, enquanto o outro acena para o sentido contrário. Como superar essa dicotomia, esse conflito de perspectivas? É possível pensar a normatividade jurídica internacional de outras formas? Até que ponto poderíamos falar numa *pós*-fragmentação do direito internacional e/ou juridificação da política internacional?

Para responder essas questões, sugerimos a necessidade de pensar a fragmentação e a juridificação de um ponto de vista crítico. Isso implicaria em questionar, problematizar perspectivas lineares, e os elementos evolutivos e teleológicos (tomados como autoevidentes) que envolvem a fragmentação ou juridificação. Assim, alteramos aquela pergunta fundamental e estabelecemos como ponto de partida não a questão sobre o que causou, mas sobre como a fragmentação ou a juridificação foram possíveis.

Assim, fica clara a inspiração da abordagem que pretendemos adotar: a tradição de pesquisa dos discursos a partir das referências de Foucault (1988; 1999; 2007; 2009) sobre saber e poder. Essa abordagem questiona a formação dos discursos, suas dinâmicas entre saber e poder na formação de realidades sociais. Assim, fragmentação e juridificação podem ser vistos como regimes de representação e verdade. Nesse sentido, questionamos suas condições históricas, conceituais e teóricas que estabeleceram suas condições de possibilidade. Desse modo, o direito

de forma geral e o próprio direito internacional podem entendidos “como um conjunto de regras que constrange, coage, limita as ações dos indivíduos, mas também oferece um frame categorial e normativo para a percepção de que os sujeitos têm das relações nas quais são inseridos e das formas e possibilidades de ação” (KOERNER, 2007:78).

A questão fundamental estaria, portanto, relacionada não à ocorrência ou não da fragmentação e da juridificação, mas sobre como elas foram possíveis, isto é a partir de quais conjuntos de relações se tornou possível falar em fragmentação do direito internacional e juridificação da política internacional. Endossamos a importância dos processos e instituições na emergência da fragmentação ou juridificação. Todavia, tomamos esses processos apenas como um dos elementos dentro de um jogo muito amplo de relações entre objetos, conceitos, formas de enunciação e estratégias teóricas. É esse jogo de relações que buscamos explorar na presente pesquisa.

Objetivos

Definidas essas questões norteadoras da pesquisa, podemos estabelecer o objetivo geral da tese: *a análise da positividade da fragmentação do direito internacional e da juridificação da política internacional, ou seja, em que medida redefinem as formas de pensar, falar e agir em relação à normatividade jurídica internacional*. Esse objetivo geral é complementado por quatro objetivos específicos, a saber:

- a) examinar o surgimento dos regimes (enquanto objetos e conceitos) em direito internacional e relações internacionais;
- b) analisar as formas pelas quais a multiplicação de regimes foi pensada no direito internacional e relações internacionais;
- c) avaliar as continuidades, regularidade e descontinuidades entre as teorias que buscam explicar a difusão de regimes internacionais;
- d) identificar as lacunas e insuficiências das teorias e formas de pensar a difusão de regimes internacionais para além dessas teorias.

Hipótese

A hipótese que orienta a nossa pesquisa é a de que as teorias sobre a fragmentação do direito internacional e a juridificação da política internacional apresentam pressupostos teóricos e políticos cuja explicitação permite uma análise crítica, que leve em consideração suas dimensões produtivas e a determinação de elementos teóricos para uma teoria que as ultrapasse.

Metodologia e estratégias de pesquisa

Procurando conduzir a revisão do debate sobre os regimes e as teorias da difusão deles nos dois campos, i.e., em direito internacional e relações internacionais, selecionamos um conjunto de fontes, que incluem *papers*, discursos, artigos, livros e relatórios elaborados por autores centrais em cada abordagem. Nesse aspecto, a pesquisa se baseia no exame qualitativo das fontes, através do diálogo das análises que abordam as questões políticas no direito internacional com análises de relações internacionais que oferecem elementos para o debate. Privilegiamos referências que possibilitem análises com um enfoque político do direito internacional e que dialoguem com autores da literatura de relações internacionais.

No tocante às estratégias de pesquisa, buscamos estabelecer elementos para constituição de uma teoria crítica capaz de pensar a questão da fragmentação do direito internacional e da juridificação da política internacional não desde a sua dimensão negativa, mas, sim, de acordo com suas possibilidades produtivas, ou seja, avaliando seus elementos de inovação e recomposição dos sistemas de poder.

A análise crítica que propomos deve ser competente para reconhecer o que é novo nos diagnósticos e projetos normativos presentes nas teorias jurídicas centrais sobre a problemática e na forma pela qual ela é pensada na teoria das relações internacionais. Deve ser capaz, assim, de formular elementos para repensar as relações de poder na conjuntura em que se inserem os processos referidos como fragmentação do direito internacional ou juridificação da política internacional.

Para estabelecer os elementos dessa análise crítica definir uma estratégia de análise

que possa dar conta dessa tarefa, valemo-nos, como já foi mencionado, da tradição de pesquisa foucaultiana, com ênfase nas análises sobre a produção de saberes e sua articulação com aparatos de poder. É fundamental, na pesquisa, demonstrar as formas pelas quais as abordagens apresentam os processos que envolvem a difusão dos regimes internacionais, ou seja, a forma pelas quais elas se referem à dimensão empírica da problemática e se estabelecem em aspectos diferentes acerca dessa dimensão. A partir dessas visões parciais, é preciso selecionar elementos para a comparação entre essas perspectivas e subsídios para a construção de uma nova análise crítica.

Mas por que a escolha do referencial foucaultiano? Consideramos seus métodos relativos à reprodução de estruturas sociais seriam úteis para pensarmos e repensarmos tanto o poder produtivo do direito internacional (em vistas de suas características propriamente jurídicas, e não como mera faceta de políticas de poder, no sentido realista) quanto seu papel na constituição dos sujeitos e das instituições na esfera internacional.

Tal postura metodológica seria profícua para reavaliar as percepções dominantes sobre questões relativas à fragmentação do direito internacional e as perspectivas sobre esse campo na teoria das relações internacionais, que, em geral, vincula a discussão sobre anarquia e ordem à dicotomia entre nacional/internacional. Deve, ainda, fornecer subsídios para a compreensão das formas localizadas e fragmentadas de poder institucionalizado presentes em análises sobre regimes internacionais, tratados e outras instituições, que são explicitadas ou, às vezes, dissimuladas nas teorias

Para isso, buscamos no capítulo 1, traçar o aparecimento dos regimes nos dois campos (direito internacional e relações internacionais). O segundo capítulo realiza uma análise acerca das formas pelas quais a difusão de regimes internacionais foi problematizada (em termos de fragmentação do direito internacional e juridificação da política internacional), buscando as continuidades e descontinuidades entre dos dois campos.

O terceiro capítulo constitui um estudo de caso, para o qual adotamos como estratégia de análise o referencial teórico das pesquisas sobre a mobilização jurídica. Buscaremos explorar como se dá a mobilização jurídica empreendida por diferentes setores/movimentos sociais num

caso envolvendo regulação nacional, comunitária e internacional de atividades nucleares comerciais, proteção ambiental e direito do mar. Buscamos traçar as estratégias jurídicas e o desenvolvimento de dinâmicas entre ativismo e direito internacional nesses campos. Finalmente, analisamos as diferentes dimensões do caso buscando confrontá-lo com as teorias sobre juridificação e fragmentação, explorando as respectivas lacunas e insuficiências e apontando para uma perspectiva constitutiva da normatividade jurídica internacional contemporânea.

CAPÍTULO 1 – REGIMES EM DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Como se deu a emergência da fragmentação do direito internacional e da juridificação da política internacional como discursos sobre a normatividade jurídica internacional? Como diferentes vertentes teóricas estiveram envolvidas na produção desses discursos?

Para responder essas questões, buscamos analisar, neste capítulo, um conjunto de elementos e relações que tornaram possível o surgimento de novas formas de pensar e falar sobre normatividade jurídica internacional. Nesse sentido, devemos examinar não apenas o aparecimento de objetos, conceitos e teorias, mas também a complexidade de processos e instituições imbricados nos novos modos de regulação internacional e articulados com essas formas de saber emergentes.

Quando olhamos na introdução para a forma pela qual se constituíram as duas problemáticas, fica clara a questão que é tomada como ponto de partida das diferentes abordagens: o que causou a fragmentação ou a juridificação? Essa questão evidencia o objeto/conceito central na fragmentação e na juridificação, a saber, os regimes jurídicos internacionais autônomos no plano do direito internacional e os regimes internacionais no campo das relações internacionais.

O direito internacional se fragmenta a partir da “proliferação” de regimes autônomos. Falar em fragmentação é, portanto, falar sobre regimes. Trata-se de um discurso sobre regimes E, ainda mais, um discurso que trata da relação de conflito, de competição em relação aos regimes, como veremos nas páginas que seguem.

No debate contemporâneo sobre a fragmentação do direito internacional, fala-se muitas vezes em *self-contained regime* para evocar uma estrutura regulatória dotada de autonomia normativa (regras, normas, princípios, jurisprudência, doutrina, etc.) e institucional.

Mas nem sempre foi assim. E é esse aspecto que buscamos explorar, a saber, como os *self-contained* regimes surgem no direito internacional? Porém, diferente de diversas

abordagens, não intentamos nos aprofundar na “ontologia” dos regimes. Em vez disso, analisamos que conjunto de relações fez com que os regimes aparecessem e que deslocamentos e descontinuidades possibilitaram sua inserção no discurso da fragmentação.

No mesmo sentido, buscamos examinar o conjunto de relações que envolve o aparecimento dos regimes nas relações internacionais. Essa é primeira tarefa de que pretendemos dar conta neste capítulo.

1.1 – Processos políticos e econômicos, instituições

A conjuntura econômica e social emergente no pós-Segunda-Guerra estabeleceu, gradualmente, um novo papel e status para a cooperação na esfera internacional. Ao mesmo tempo, intensificava-se também a especialização de áreas temáticas (*issue-areas*) nesse plano, definindo setores direcionados à autonomia em relação às políticas nacionais e intergovernamentais. Por outro lado, tornou-se cada vez mais notável a expansão de uma normatividade jurídica transnacional ou global. Essas tendências se desenvolvem a partir de dois processos fundamentais: a propagação de organizações internacionais e a propagação de tratados internacionais

A partir da década de 1990, torna-se evidente a dificuldade de se distinguir os âmbitos nacionais e internacionais de regulação e a necessidade de novos instrumentos teóricos e analíticos interdisciplinares para pensar esse contexto e seus desafios. É também nesse período que se dá um processo que se constituiria em elemento fundamental para a redefinição da normatividade jurídica internacional e para a constituição dos debates sobre a fragmentação do direito internacional: a multiplicação de órgãos judiciais e quase judiciais na década de 1990. Esse processo desponta como uma face da multiplicação de organizações internacionais, mas merece ser detalhado em tópico separado.

Organizações

Dentre as mudanças que ocorreram nas décadas seguintes ao fim da Segunda Guerra¹ está o aumento progressivo² do número de organizações internacionais intergovernamentais e não governamentais. Os dados quantitativos fornecidos pela União de Associações Internacionais dão uma perspectiva da dimensão da ascensão desse processo (Yearbook of International Organizations, 2008): enquanto em 1960 existiam 1.422 organizações internacionais, em 1980 passam a ser contabilizadas 14.752 organizações. A tendência indicada por esses números fica ainda mais evidente na contagem de 2006: 61.345 organizações. Paralelamente ao aumento do número de instituições, tem curso um processo de especialização, ou seja, a convergência para a delimitação funcional e regional das novas instituições, estabelecendo, gradualmente, a regulação por setores, como comércio, financeiro, meio ambiente, etc.

Os fatores sócio-políticos relacionados à proliferação e especialização de instituições internacionais incluem a ampliação do foco da cooperação internacional. Assim, temas como o livre comércio e a estabilidade das moedas/câmbio passam a compor grande parte da agenda, que era quase exclusivamente dominada pela questão da segurança coletiva. Nesse momento se dá a construção do sistema monetário de Bretton Woods, composto pelo Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Em tal período, pode-se notar o empreendimento de alguns Estados (em particular os EUA) na construção de eixos alternativos de investimento externo e a criação de novos espaços para as megacorporações e mercados para exportação. Nessa reestruturação da política internacional, destaca-se, portanto, a esfera econômica, que passa a ser vista, crescentemente, como um campo determinado por setores internacionais ou globais de tomada de decisões. Podemos notar que é

¹ O século XX como um todo foi marcado no plano institucional internacional pelo surgimento de diversas organizações internacionais, sobretudo nos períodos que sucederam as guerras mundiais. O pós segunda guerra constitui um capítulo a parte porém na medida em que é a partir desse período que ocorre não apenas um movimento mais acelerado de criação de novas instituições, mas o desenvolvimento de um novo estágio no tocante aos temas abrangidos. E não obstante já pudesse ser observada a participação de grupos de interesse privados de caráter nacional e transnacional desde a Conferência de Paz de Versalhes, é apenas a partir da segunda metade do século XX que se consolida a atuação de atores não estatais.

² Sobre proliferação e análises quantitativas de organizações internacionais ver: JACOBSON, 1984 (o autor oferece uma das primeiras avaliações sistemáticas de organizações internacionais categorizando-as por mandato; SHANKS et al. 1996 (Sobre o aumento e declínio de organizações governamentais entre 1980 e 1992 levando sobretudo em consideração os fatores que determinam a adesão ou não às organizações); uma análise quantitativa anterior é oferecida por BLOKKER, 2001.

realmente a partir da 1980 que ocorre um crescimento extraordinário no número de organizações.

Tratados

Em paralelo ao processo de expansão das organizações internacionais está a ascensão do “treaty-making”. A constituição da Organização das Nações Unidas é acompanhada por um movimento de codificação de temas tradicionais do direito internacional, que antes eram regulados, predominantemente, pelo direito costumeiro (ALVAREZ, 2002:216-217; MARTIN et al., 2006:195; BRADLEY; GULATI, 2010:208-209). Tal codificação foi operada, em grande parte, por meio de diversos novos tratados, que inicialmente objetivam regular apenas aqueles temas, dentre os quais estariam as relações diplomáticas, direitos humanos³, direito do mar e da guerra.

Mas essa restrição temática foi sendo gradualmente mitigada. A multiplicação de agências das Nações Unidas, dentre outros fatores, implicou um expressivo alargamento desse processo, criando uma crescente tendência de difusão de tratados definidos pelo alto nível de especialização abrangendo cada vez mais áreas diferentes. Desta forma, o *treaty making* passava a alcançar temas que, antes do fim da Segunda Guerra mundial, eram inseridos de forma muito limitada nas agendas da regulação jurídica internacional (sobretudo multilateral), como relações comerciais, propriedade intelectual, investimentos, meio ambiente⁴, direito criminal e sistema financeiro e fiscal. Em 1995, foram registrados cerca de 1.500 tratados multilaterais no sistema das Nações Unidas. Apenas uma década depois, em 2005, contam-se mais de 50.000 tratados registrados⁵. A equação desse processo foi a formação de tratados cada vez mais definidos por competências e objetivos específicos e setoriais, e pela ausência de hierarquia.

Novas instâncias judiciais e “quase judiciais”

³Para uma análise específica acerca da proliferação de tratados nessa área até a década de 1990 ver: HATHAWAY (2003). Nesse texto, a autora estabelece, a partir de dados empíricos acerca dos fatores que determinam a adesão ou não dos Estados em relação a tratados de direitos humanos. Analisa fundamentalmente então os custos relativos de *compliance* em relação a esse tipo de tratado.

⁴ Ver: HARRISON, 2011; DIMENTO et al., 2001/2002;

⁵ Ver: BORGEN, 2005:57.

O início da década de 1990, por outro lado, é marcado por um processo que representaria o marco de uma nova etapa da institucionalização e regulação das relações internacionais (ou globais): a constituição de diversos tribunais internacionais e órgãos análogos. Esse processo, que se estendeu por toda a década de 1990 e 2000, resultou em um significativo aumento quantitativo e qualitativo no “judiciário internacional”, envolvendo a emergência de diversas novas instâncias de solução judicial de controvérsias internacionais, compreendendo cortes permanentes, órgãos “quase judiciais” e tribunais *ad hoc*.

Dados quantitativos apontam para um avanço crescente nessa expansão a partir do pós-guerra fria. Se até 1985 o quadro de cortes internacionais era composto por apenas seis cortes internacionais permanentes, no ano de 2011, esse número era de 26, e ainda havia cerca de uma centena⁶ de órgãos quase judiciais e tribunais *ad hoc* (ROMANO, 2011). O padrão de instâncias *ad hoc*, ao qual a Corte Internacional de Justiça constituía praticamente a única exceção até a meados do século XX, passa a se contrapor à tendência de cortes e *quase cortes* judiciais de caráter definitivo. Como nota Philippe Sands (1999:xxv), essa nova *fase* do judiciário internacional também é caracterizada pela *jurisdição compulsória*.

Nesse quadro de expansão se inserem tanto órgãos que apresentam uma forma de institucionalização tendente a seguir padrões tradicionais do judiciário internacional quanto outros que não os seguem. Entre estes últimos estão os tribunais de reparação ou tribunais penais especiais, como o Tribunal para a antiga Iugoslávia, criado em 1993, e o Tribunal para Ruanda, instituído em 1994, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, de 1996, e o Tribunal Penal Internacional, instituído em 1998. No mesmo sentido se colocam os tribunais regionais, como a Corte Europeia de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Todavia, o impacto quantitativo mais expressivo nesse processo de expansão diz respeito à constituição dos chamados órgãos quase-judiciais ou híbridos. Nesse plano se incluem, por exemplo, a Comissão de Compensação das Nações Unidas, painéis (OMC, investimentos, o Painel de Inspeção Banco Mundial), mecanismos de revisão de decisões, como o Órgão de Apelação da OMC e outros

⁶ O Projeto de Cortes e Tribunais Internacionais mencionava um universo de 125 instituições internacionais proferindo decisões judiciais e análogas em 2006.

mecanismos como a Corte de Conciliação e arbitragem da Organização pela Segurança e Cooperação na Europa, os “procedimentos de reclamação coletiva” no âmbito da Carta Social Europeia e os “procedimentos de não cumprimento” no âmbito do Protocolo de Montreal, da Convenção de Armas Químicas ou do Protocolo de Quioto.

1.2 – *Self-contained regimes*

Tendo como pano de fundo o panorama conjuntural que acabamos de descrever, um dos traços marcantes no campo jurídico internacional a partir do início dos anos 1980 teria sido a emergência dos regimes jurídicos internacionais autônomos. Os *self-contained regimes* estabelecem um novo estatuto para o particular, para o específico, para a especialização no direito internacional.

As pretensões de autonomia disciplinar por parte de diferentes setores estão presentes já no direito internacional clássico e a ideia de subcampos reivindicando autonomia sempre (ou desde quando) permearam esse discurso. Mas, a partir da década 1980, uma série de fatores conferem um novo sentido aos “ramos” do direito internacional. Expressões como “direito internacional do mar”, “direito do comércio internacional” ou “direito internacional do meio ambiente” tornam-se correntes e recebem um novo estatuto. Isso se dá a partir de relações que envolvem a formação das novas instituições e de novas referências teórico-doutrinárias. No que toca a essas referências, um dos indicativos do aparecimento de novos ramos ou subcampos do direito internacional seria o próprio volume de produção teórica. Trata-se de um fenômeno que ocorre, em grande medida, concomitantemente à emergência das instituições. Os periódicos mais importantes dedicados ao direito internacional ambiental foram estabelecidos na década de 1990, enquanto, no direito internacional penal, isso ocorre na década de 2000 (KLABBERS, 2008:03)

1.2.1 – *Self-contained regimes: Emergência, conceito e enunciações*

A conjuntura que se definia a partir do fim da Segunda Guerra mundial era, para parte dos juristas e operadores do direito internacional, um claro indicativo da necessidade de novas formas de se pensar o campo jurídico internacional, em especial, da demanda por categorias

analíticas que se adequassem melhor à realidade dos diversos novos setores nesse campo. Tudo isso envolvia certa autonomização das diferentes áreas, setores ou ramos do direito internacional, e, conseqüentemente, a relativização do direito internacional geral, a mitigação de mecanismos de harmonização, de unificação, de coerência do direito internacional.

Self-contained regimes na Corte Internacional de Justiça

A demanda por um conceito, uma terminologia que expressasse a forma pela qual esses “novos” setores deveriam ser pensados/operados seria suprida, em parte, pela Corte Internacional de Justiça, que, em decisão do caso *Reféns no Teerã*⁷, enuncia o termo *self-contained regime*⁸.

O caso *Reféns* foi submetido à Corte da Haia em 1980 e diz respeito à tomada de membros da missão diplomática norte-americana em Teerã durante a chamada Revolução Islâmica. Na ocasião, cerca de três mil estudantes e militantes tomaram 52 pessoas do corpo diplomático e consular dos Estados Unidos na capital do país como reféns por 14 meses, desconsiderando as imunidades diplomáticas de que elas desfrutariam por terem sido acreditados pelo governo iraniano. Por meio de duas cartas enviadas à Corte Internacional de Justiça, o governo iraniano defendeu a ação dos estudantes, argumentando que se tratava de uma reação às interferências ilegais dos Estados Unidos no governo do Irã⁹. O governo buscava, dessa forma, escusar-se da acusação de violação do direito internacional. Os Estados Unidos, por outro lado, aplicaram medidas unilaterais contra o Irã por ocasião do que reputaram ser uma infração das

⁷ Caso relativo ao Pessoal do *Corpo Diplomático e Consular dos Estados Unidos* (Estados Unidos x Irã) ou *Caso dos Reféns*, Corte Internacional de Justiça, de 24 de maio de 1980. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=90>.

⁸ Não obstante, alguns autores (inclusive no relatório sobre fragmentação) citam o caso S.S. Winbledon de 1921 como sendo o caso que inaugura o debate sobre self-contained regimes. O caso S.S. Winbledon, julgado pela antiga Corte Permanente Internacional de Justiça faz menção a noção de um conjunto de regras considerado como *self-contained* (no caso o tratado de Versalhes). A questão concerne ao direito de um navio britânico que transportava material bélico para uma companhia francesa de utilizar do Canal de Kiel que por sua vez se contraporía ao suposto direito da Alemanha, no sentido de impedir a passagem da referida embarcação. O caso diz respeito, portanto, ao conflito entre a soberania germânica e o direito ao uso do Canal de Kiel, e como seria previsto na interpretação da corte, “as cláusulas relativas ao Canal de Kiel no Tratado de Versailles são portanto *self-contained*”. O caso teve um papel importante na consolidação do princípio da responsabilidade internacional dos Estados, mas o caso não gerou nenhuma discussão que pudesse evocar as formas pelas quais se desenvolveu o debate contemporâneo e a ideia de self-containedness nesse caso diz respeito apenas à exceção de um tratado específico em relação às normas costumeiras de responsabilidade internacional através de certas cláusulas desse tratado. Por isso consideramos o Caso dos Reféns do Irã como o caso que realmente inaugura esse debate.

⁹ No caso, Estavam fazendo menção a ação dos EUA no sentido de minar a Revolução Iraniana, o poder do Aiatolá Khomeini e o apoio ao Xá do Irã Reza Pahlavi.

normas internacionais que regulam as relações diplomáticas. Finalmente, o governo americano decidiu recorrer à Corte da Haia, sendo que o Irã se recusou a participar no processo, limitando sua participação ao envio das duas cartas que mencionamos.

Esse caso coloca em questão, de modo emblemático, a responsabilidade dos Estados por atos de seus cidadãos, ou seja, a possibilidade de imputar-lhes os atos de particulares, levando, ainda, em consideração a alegação do governo iraniano de que se tratava de um momento de desobediência civil. A questão, então, era: em que medida o Irã seria responsável pelos atos dos estudantes iranianos? Na ocasião, a Corte Internacional de Justiça entendeu que, nos casos de comprovada falha do Estado em garantir a segurança territorial, ou de patrocínio do ilícito internacional, ou ainda de a conduta ilícita refletir a postura oficial do Estado, fica configurada a responsabilidade estatal. No caso específico, a Corte entendeu que os estudantes iranianos agiram com respaldo do governo e endossando uma postura oficial do Estado.

É importante ressaltar, nesse debate, a postura adotada pela Corte Internacional de Justiça em matéria de responsabilidade estatal. A Corte distinguiu duas fases em relação à responsabilidade do Irã. A primeira seria concernente aos militantes como indivíduos privados, porque não foi encontrada nenhuma indicação de que eles tivessem qualquer status oficial como “agentes” do governo iraniano. Nessa fase, nenhuma responsabilidade direta poderia ser atribuída ao governo iraniano. Não obstante, já nessa fase, o Irã seria indiretamente responsável por ocasião de sua omissão no dever de proteger a embaixada dos EUA em sua capital. A responsabilidade direta do Irã se configura na segunda fase, tendo em vista as declarações públicas do Ayatollah Khomeini dando respaldo à ação dos militantes e também por ocasião da decisão do governo de não intervir para solucionar a situação – na qual via benefícios – e não tomar medidas contra os militantes¹⁰.

De acordo com a decisão, ainda que o argumento da intervenção desautorizada ou da ilegalidade da intervenção fosse válido, a conduta do Irã não seria justificada do à luz do direito internacional. A ação adequada para repelir um eventual ilícito por parte do governo americano teria sido a aplicação da medida prevista no artigo 9^o¹¹ da Convenção de Viena sobre Relações

¹⁰ *Caso dos Reféns*, Corte Internacional de Justiça, de 24 de maio de 1980. Parágrafos 57-69. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=90>.

¹¹ O artigo 9 da convenção dispõe: 1. O Estado acreditado poderá a qualquer momento, e sem ser obrigado a

Diplomáticas, a saber, a determinação da saída de cada um dos oficiais norte-americanos como *persona non grata* no país. Portanto, ao consentir e respaldar a tomada dos oficiais consulares norte-americanos como reféns, o Irã teria rompido as relações diplomáticas com os EUA. A questão é que, segundo a Corte, aquela norma da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas excluiria o direito internacional geral de responsabilidade estatal e, por conseguinte, afastaria a possibilidade de medidas de retaliação por parte do Irã. A conclusão seria que não havia, pois, necessidade de se recorrer ao direito internacional geral e seus mecanismos de *enforcement* no caso. Assim, a Corte Internacional de Justiça decidiu, por unanimidade de votos, responsabilizar o Irã e declarou a obrigação do Irã de libertar os reféns, restaurar a embaixada e efetuar reparação aos Estados Unidos. Com a determinação dessas medidas de responsabilização e reparação, a Corte excluía a possibilidade de se discutir a possível justificativa do Irã com base nas regras gerais de responsabilidade estatal, o que temos chamado, aqui, de direito internacional geral.

Mas, nesse jogo argumentativo, o que nos interessa, mais particularmente, é o estatuto que a Corte atribui ao direito diplomático:

...as regras do direito diplomático, constituem, em poucas palavras, um *self contained regime* que, por um lado, estabelece obrigações dos Estados concernentes a prerrogativas, privilégios e imunidades conferidas a missões diplomáticas e, por outro lado, prevê possíveis abusos por parte de membros de uma missão e especifica os métodos à disposição do Estado recebedor para lidar qualquer abuso. Esses mecanismos são, por sua natureza, *completamente eficazes* (grifo nosso).¹²

Embora a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas não compreenda nenhuma cláusula específica que estabeleça a exclusão da aplicação das normas e princípios de responsabilidade estatal – um dos componentes fundamentais do chamado direito internacional

justificar a sua decisão, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da Missão é *persona non grata* ou que outro membro do pessoal da Missão não é aceitável. O Estado acreditante, conforme o caso, retirará a pessoa em questão ou dará por terminadas as suas funções na Missão. Uma pessoa poderá ser declarada *non grata* ou não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado. 2. Se o Estado acreditante se recusar a cumprir, ou não cumprir, dentro de um prazo razoável, as obrigações que lhe incumbem, nos termos do parágrafo I deste artigo, o Estado acreditado poderá recusar-se a reconhecer tal pessoa como membro da Missão.

¹² *Caso Reféns*, Corte Internacional de Justiça, de 24 de maio de 1980, parágrafo 40. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c9&case=64&code=usir&p3=90>.

geral –, foi este o sentido atribuído pela Corte à norma da ordenação de saída (*persona non grata*). A referência a tal norma na decisão é feita em termos excludentes de possíveis medidas retaliatórias, que seriam amparadas nas regras gerais sobre responsabilidade internacional dos Estados. Neste sentido, conclui-se que a Corte atribui à Convenção o caráter de autossuficiência e autonomia em relação ao direito internacional geral, que compreende regras costumeiras e não costumeiras gerais sobre responsabilidade estatal, ou seja, atribui-lhe capacidade de alcançar seu escopo por si mesma.

Dessa forma, não obstante a possibilidade de a decisão buscar apenas evocar um sinônimo (ou um tipo mais forte) de *lex specialis* ao fazer menção a *self-contained regimes*, a forma pela qual ela foi redigida fornece elementos para a defesa de uma outra acepção do termo. Podemos pensar, a partir dela, que a redação da decisão sugere a noção de *self-contained regime* como um sistema autônomo e fechado.

A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Reféns* alcançaria grande repercussão e forneceria elementos para amparar o argumento de que existem, no campo jurídico internacional, estruturas abrangentes e providas de aplicabilidade independente das regras gerais sobre responsabilidade internacional dos Estados, logo, do *direito internacional geral*. A decisão sugeriria, ainda, ao menos para parte da doutrina jurídica, que tais estruturas seriam dotadas de um conjunto completo e isolado de regras primárias e secundárias¹³. Isso se daria porque elas atribuem mecanismos de *enforcement* “plenamente eficazes” a determinado conjunto de normas e princípios referentes a um assunto específico, no caso, o direito diplomático.

Desse modo, o teor da decisão tinha o potencial de minar o estreito vínculo teórico-jurisprudencial entre regimes no direito internacional e o princípio da *lex specialis*, pelo menos no seu sentido tradicional. Firmava-se, com ela, um ponto de referência para a emergência do

¹³ Terminologia desenvolvida por Herbert Hart (1994). Hart concebe o sistema jurídico em termos de *normas primárias*, que estabelecem comportamentos, e *normas secundárias*, que determinam formas válidas para identificar, interpretar, aplicar, modificar ou revogar as normas primárias. Nessa construção teórica, as secundárias dispõem sobre o modo de formação e execução das normas primárias e as respectivas sanções. É importante notar que o autor ainda estabelece uma distinção entre regras secundárias em três espécies: de reconhecimento, de alteração e de julgamento. As primeiras definiriam os critérios para a identificação de uma norma primária; as regras de alteração, conferem poderes para a modificação das regras primárias; e as últimas, as regras de julgamento, possibilitam identificar quem deve ser o julgador e qual o procedimento a ser adotado em razão da violação de uma regra primária.

discurso dos regimes jurídicos internacionais autônomos e para a inauguração de uma polêmica.

Com a o estabelecimento do termo, abria-se espaço para a emergência de um novo particularismo no direito internacional e para a construção conceitual dos *self-contained regimes*. Um dos espaços privilegiados de debate nesse sentido foi a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Os *self-contained regimes* se tornaram elementos-chave no desenvolvimento das pesquisas da Comissão, tanto sobre responsabilidade estatal quanto sobre fragmentação do direito internacional. Nesse contexto, o conceito foi amplamente debatido, com atenção especial, nos debates, ao seu conteúdo e seus limites.

O debate sobre Self-contained regimes na Pesquisa sobre Responsabilidade Estatal da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e na literatura: 1980 a 2001

A mais extensa pesquisa realizada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas foi a que tratou da responsabilidade internacional dos Estados, a qual se estendeu de 1955 a 2001. Nela, buscava-se determinar *regras gerais sobre responsabilidade estatal* para a constituição de um *framework* ou base estrutural da regulação da responsabilidade geral, que também pudesse ser aplicada aos casos de ausência de normas específicas a discipliná-los.

Que tipo de regras jurídicas internacionais podem produzir consequências específicas em relação à estrutura geral de responsabilidade e como se dá a violação dessas regras? Essas eram questões que ocupariam uma das etapas da pesquisa. O objetivo, nessa fase, seria, portanto, a análise do alcance e das formas de aplicação do princípio da *lex specialis*.

Essa questão foi posta em discussão num momento em que o problema da possibilidade de normas e corpos jurídicos de direito internacional serem considerados autônomos em relação ao direito internacional geral se colocava na ordem do dia nos debates teóricos sobre o campo. Coincidia, também, com o uso do termo *self-contained regime* pela Corte da Haia.

Na discussão sobre o conteúdo das fontes da obrigação violada, o internacionalista italiano Roberto Ago, o segundo relator da pesquisa, tocava no problema dos *self-contained regimes*. Na

discussão, Ago busca estabelecer parâmetros para determinar em que medida a identidade da norma violada definiria o tipo de responsabilidade incidente no caso. Mas seu trabalho se limitou apenas a estabelecer a estrutura de um regime geral de responsabilidade, definindo uma graduação dessa responsabilidade de “crimes” a “violações simples”, não tratando de implicações relacionadas às fontes e conteúdo das obrigações¹⁴. Dessa forma, não contemplou a questão da relação entre regimes especiais ou específicos e o direito internacional geral.¹⁵

O problema dos regimes específicos aparece realmente na pesquisa com o terceiro relator (entre 1980 e 1986): Willem Riphagen. Suas conclusões sobre *lex specialis* e regimes específicos foram consignadas num relatório¹⁶ especial da comissão e confrontariam a abordagem de Ago. Por outro lado, essas conclusões estendiam a noção de regimes tal como definida pela Corte da Haia, que compreendia regimes abrangendo apenas normas secundárias.

Riphagen proporia não apenas a revisão da concepção de responsabilidade estatal, mas uma redefinição no próprio conceito de sistema jurídico internacional. Nesse sentido, sugeria que o sistema jurídico internacional fosse pensado como uma ordem configurada a partir de *subsistemas*, formados, por sua vez, de *normas primárias e secundárias estritamente inter-relacionadas*. O deslocamento na concepção de regimes ou subsistemas (ele usava os termos como intercambiáveis) se dá na medida em que ele agrega à sua compreensão as regras secundárias e procedimentos, além das regras primárias. O conteúdo e a fonte da obrigação poderiam, assim, servir de justificativa para a criação de normas secundárias especiais ou específicas. Sua noção de subsistemas representava um novo passo para a construção do conceito de *self-contained regimes*.¹⁷ “Subsistema” consistiria num “conjunto ordenado de regras de

¹⁴ Não obstante, Ago contempla a possibilidade de Estados ao celebrar tratados entre si, estabelecendo um regime especial de responsabilidade para alguns tipos de obrigações, ou seja, regimes que estabelecem cláusulas/medidas específicas para a solução de conflitos (ou regimes especiais). 5 report p. 24.

¹⁵ ILC YEARBOOK 1976, V.2, p.74

¹⁶ “Third Report on State responsibility”, in: ILC Yearbook, 1982, Vol. II Part One, art. 24 §16.

¹⁷ Assim, tomando como por exemplo, num dissídio comercial entre Brasil e Canadá (ambos parte no acordo da OMC, que é o caso enquadrado de forma mais recorrente na concepção de *self-contained regime*), de acordo com o argumento de Riphagen, o Brasil precisaria submeter esse dissídio ao sistema regulatório da OMC e não poderia se valer por exemplo de outras medidas tais como as previstas em outros instrumentos e sistemas que estejam fora do âmbito da OMC, mesmo que sejam específicos de regulação de comércio internacional. Os *self-contained regimes* constituiriam portanto um forte instrumento de *enforcement* no direito internacional, mas ao mesmo tempo uma forma de resolução de conflitos absolutamente fechada e excludente.

conduta, de regras de procedimentos e medidas cautelares, as quais formariam um regime jurídico fechado de um campo particular de relacionamento factual”. Sua postura particularista fica ainda mais clara ao sugerir que próprio regime geral de responsabilidade internacional dos Estados seja concebido em termos de subsistema (ou *self-contained regime*)¹⁸.

As análises conduzidas por Riphagem contemplavam a possibilidade da violação de regras de dois subsistemas produzirem consequências diferentes ou paralelas conforme as características de cada um. Nesses casos, não obstante a regra da *lex specialis* pudesse resolver alguns desses conflitos, não poderia resolver automaticamente um possível conflito no qual os *objetos e propósitos dos subsistemas diferem*, como, por exemplo, a aplicação de princípios de direito ambiental dentro da administração de um instrumento de comércio. Os únicos casos de hierarquia, ou seja, as únicas restrições à autonomia dos *self-contained regimes* seriam as regras de *jus cogens*¹⁹ e as “cláusulas e procedimentos da Carta das Nações Unidas referentes à manutenção da paz e segurança internacional”²⁰.

Não obstante a defesa da ideia de subsistemas ou regimes (autônomos) por Riphagem pareça clara, os autores que compuseram o grupo sobre fragmentação na mesma Comissão de Direito Internacional inferiram que, na verdade, suas proposições teriam sido mal interpretadas. De acordo com o relatório da pesquisa, Riphagem não buscava sugerir que os subsistemas aos quais ele se referia devessem ser pensados como *circuitos jurídicos fechados*, embora ele falasse em regimes autossuficientes ou *self-contained*. A noção de subsistemas proposta por Riphagen não foi, ao final, incorporada pela comissão no projeto de artigos sobre responsabilidade internacional (KOSKENNIEMI, 2006c:76, parágrafo 142).

O período entre o exercício do cargo de relator por Riphagen e sua sucessão pelo jurista italiano Gaetano Arangio-Ruiz foi marcado, particularmente, pela publicação de um artigo seminal sobre *self-contained regimes* no *Nederlands Yearbook of International Law*. Nessa

¹⁸ Ver: ILC Yearbook, 1982, Vol. I, art.201, §8.

¹⁹ Para uma análise acerca da construção do conceito de *jus cogens* e dos diferentes discursos envolvendo-o (salientando o papel de Kelsen nessa empreitada), ver: BARBOSA, 2009.

²⁰ Willem Riphagen, Third Report on State Responsibility, *Yearbook* 1982 vol. II, Part one, p. 28, p. 35, *apud* KOSKENNIEMI, 2006c:77-78

publicação de 1985, o jurista alemão Bruno Simma (não vinculado à Comissão na época, mas que viria a se tornar um dos relatores da pesquisa sobre a fragmentação) busca responder e afastar as proposições de Riphagen sobre regimes autônomos, ao afirmar que

o conceito de *self contained regime* não deve ser usado como sinônimo de subsistema, mas para designar certas categorias de sistemas, a saber, aquelas que incorporam certo conjunto de regras secundárias. Um *self contained regime* seria então um sistema pelo qual se pretende excluir de certa maneira a aplicação de consequências jurídicas gerais do ato lesivo, em particular, a aplicação de medidas responsivas atribuídas à parte lesada (SIMMA, 1986).

Ao contrário de seu antecessor, o foco de Arangio-Ruiz seria o fortalecimento do chamado *direito internacional geral* e das formas pelas quais os Estados poderiam recorrer a suas medidas. Para ele, seria possível conceber “sistemas fundamentados em tratados ou combinações de sistemas que tendem a operar dentro de suas próprias estruturas contratuais ou especiais...” e que determinam consequências específicas pela violação de suas normas. Mas, ao mesmo tempo, recusava-se a aceitar a caracterização desses sistemas em termos do que “alguns juristas” chamariam de *self-contained regimes*. Não haveria que se falar em sistemas ou subsistemas que comprometessem totalmente a possibilidade de recurso às medidas fornecidas pelo *direito geral*. Para ele, *self-contained regimes* estariam relacionados à ideia de “exceções à regra de aplicabilidade das consequências jurídicas gerais”. Arangio-Ruiz ressalva, no entanto, que tais consequências não poderiam “ser facilmente presumidas (ou aceitas em tese)”, na medida em que “aperfeiçoam a efetividade das regras primárias, introduzindo regularmente procedimentos e decisões coletivas (baseados no consenso de Estados), liberando-se das regras gerais relativas às consequências da violação de tratados tendo a expectativa de que esses regimes irão agir em benefício mútuo”. Conclui, então, afirmando que a possibilidade de que determinados conjuntos de normas sejam entendidos como autossuficientes em relação ao direito internacional geral é nula, ou seja, nenhum regime deve ser considerado como *self-contained*. *Self-contained regimes*, para ele, seria um conceito ambíguo e as próprias limitações impostas pelas regras gerais de responsabilidade internacional dos Estados já seriam suficientes para resolver as questões relativas às especificidades que se atribuem aos subsistemas²¹.

²¹ Gaetano Arangio-Ruiz, Third Report on State Responsibility, Yearbook 1991 vol. II, Part one, p. 25, p. 84.

O último relator especial da pesquisa, James Crawford, absteve-se de responder em termos gerais a questão sobre o alcance dos regimes e regras especiais. Até que ponto o direito geral pode ser afastado? Para ele, isso seria “sempre uma questão de interpretação em cada caso”, citando como exemplo de afastamento do direito geral (e portanto de *self-contained regime*) os remédios do sistema da OMC. Não obstante, Crawford deixou aberta a questão se “exclusividade” nesse contexto significaria substituição final e exclusiva do direito geral ou sua substituição num estágio inicial, como um possível recurso, caso o *self-contained regime* apresente lacunas. Por fim, o texto definido em 2001 adotou uma conclusão provisória, que deixa em aberto a questão dos fundamentos teórico-conceituais dos *self-contained regimes*. Crawford remeteu a questão a outra pesquisa que a comissão estava para iniciar: a pesquisa sobre a fragmentação do direito internacional. O texto final²² menciona *self-contained regimes* de forma vaga: em termos de formas fortes e fracas de *lex specialis*. As formas fortes diriam respeito aos *self-contained regimes*, enquanto as fracas estariam relacionadas com cláusulas específicas de um tratado sobre um único ponto, como, por exemplo, uma cláusula particular de um tratado excluindo a [possibilidade de] restituição.

1.2.2 – *Direito internacional geral*

Pode-se compreender/concluir pelo que foi exposto que a doutrina jurídica define uma contraposição fundamental aos *self-contained regimes*, a saber, o direito internacional geral. Assim como no estudo sobre responsabilidade estatal, o relatório da Comissão de Direito

²² O relatório final da pesquisa apresenta algumas conclusões que devem ser levadas em consideração para efeito da construção da doutrina dos *self-contained regimes*. Essas conclusões dizem respeito à questão da criação de regimes, à relação destes com o direito internacional geral e com o princípio da *lex specialis*. Nesse sentido, o relatório sugere que os Estados tem a faculdade de estabelecer seus próprios *self-contained regimes*, sendo que estes teriam prioridade sobre as regras gerais de responsabilidade estatal. Mas, essa faculdade estaria sujeita aos mesmos limites referentes à regra *lex specialis*, ou seja, a criação de direitos e obrigações que impliquem em atos contrários ao *jus cogens*. Assim, que *nenhum self-contained regime constitui um “circuito jurídico fechado”*, no sentido de que existe sempre a possibilidade de o mesmo ser suplementado pelo direito internacional geral. Assim, no caso de falha ou lacuna no *self-contained regime* existe sempre a possibilidade de recurso às regras gerais de responsabilidade estatal. Os *self-contained regimes* seriam portanto compreendidos como uma categoria da regra *lex specialis*. Mais especificamente uma *forma/sentido forte* de *lex specialis*. Essa noção decorre do comentário ao artigo 55 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos que cria uma distinção entre *lex specialis* no sentido fraco (como uma cláusula específica de um tratado sobre um ponto específico) e no sentido forte, que compreende uma estrutura regulatória mais ampla com um *self-contained regime*. Essa subcategoria compreenderia “os casos nos quais um conjunto especial/específico de regras secundárias reivindica prioridade sobre as regras secundárias do direito geral de responsabilidade estatal (KOSKENNIEMI, 2006c). Essa última definição se aproxima do uso do termo pela CIJ no caso dos Refêns em relação ao direito diplomático (tendo em vista especificamente a possibilidade de um sistema próprio de reação às violações).

Internacional sobre a fragmentação do direito internacional corrobora essa contraposição. A multiplicação de regimes autônomos, e, conseqüente, a fragmentação do campo jurídico internacional, sugeriria uma difusão intensa do direito específico (*lex specialis e self-contained regimes*) e, por conseguinte, a mitigação do direito internacional geral. O relatório traz a seguinte conclusão sobre a questão: “muito frequentemente novas regras e regimes se desenvolvem precisamente para se desviar do que fora estabelecido pelo *direito geral*. Quando tais desvios se tornam gerais e frequentes, a unidade do direito sofre” [g.n].

Mas qual o estatuto do direito internacional geral? Qual sua significação? Como se dá sua inserção nesse contexto? A afirmação dessa categoria envolve claramente uma concepção (endossada pela Comissão) que pressupõe um caráter sistêmico/unitário para o direito internacional. Em que pese a expressão evocar a ideia de um direito comum, unânime, sua aceção na teoria e prática envolve maiores complexidades. Na verdade, existem múltiplas concepções de direito internacional geral e diversas incertezas quanto às suas fronteiras, como veremos.

Concepções de direito internacional geral

A noção de direito internacional geral não é recente. Na verdade, remonta ao período no qual o direito internacional se estabelece como disciplina autônoma. Desde esse período, o *direito internacional geral* foi tradicionalmente vinculado ao direito costumeiro. Dentro dessa perspectiva tradicional, os tratados criariam, exclusivamente, regras particulares e seriam, portanto, excluídos da categoria “direito internacional geral”.

A literatura do direito internacional clássico deixa patente tal posição. Já no século XVIII, Emerich de Vattel (1960 apud TUNKIN, 1993:535), um dos pais do direito internacional, afirmava: “...assim como é evidente que um tratado vincula apenas as partes em acordo, o direito internacional *convencional não é geral, mas particular*” (grifo nosso).

Essa posição seria endossada, futuramente, por autores como Lauterpacht (1955) e Kelsen (2003:188 [1952]), que assevera:

O termo ‘direito internacional geral’ designa normas de direito internacional que são válidas para todos os Estados, enquanto o termo ‘direito internacional particular’ designa normas de direito internacional válidas apenas para certos Estados. *Direito internacional geral é, a propósito, direito costumeiro.* Como tratados são em princípio vinculantes em relação às partes contratantes, e não há nenhum tratado concluído ou ratificado por todos os Estados, não existe direito internacional geral convencional, mas apenas costumeiro. [g.n.]

Essa mesma associação também foi incorporada na prática judicial. No campo dos precedentes judiciais, a contribuição para esse entendimento foi fomentada pela Corte Internacional de Justiça. Em ocasiões nas quais se pronunciou sobre a questão, a Corte sustentou a identificação entre direito internacional geral e direito internacional costumeiro. É o que assinala a decisão de 1986 ao caso das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua ou *Nicaragua case* (ICJ REPORTS, 1986:14,98). O mesmo posicionamento ainda é encontrado no caso dos reféns em Teerã (ICJ REPORTS, 1986:31) e em decisões mais recentes, como no caso Kasikili/Sedudu Island (ICJ REPORTS, 1999:1059).

Embora tenham surgido algumas posições críticas desde a década de 1960, essa identificação conceitual permanece sendo endossada por grande parte da literatura jurídica nos anos 1980 e 1990 (LOWE, 1983; WILDHABER e BREITENMOSER, 1988; JENNINGS et al, 1992:4; CONDORELLI, 1991:180; WEIL, 1992, BROWNLIE, 1997:154; CHARNEY, 1993:551; CHENG, 1998:377 e ss; MENDELSON, 1999;). É afirmada ainda nos relatórios de comitês da Associação de Direito Internacional (ILA, 1988:935-939; ILA, 1992:366; ILA, 2000).

Na década de 2000, embora houvesse uma maior relativização no tocante a essa identificação estrita, pode-se facilmente encontrá-la sendo respaldada por diversos autores (HENCKAERTS E DOSWALD-BECK, 2005; VAN DAMME, 2009:18; BOYLE, 2011:03), tendo a *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* afirmado expressamente que *the expression ‘general international law’ can be used as synonymous with ‘customary international law’*, no parágrafo 40 de um artigo escrito por Tullio Treves para a enciclopédia em 2006. O argumento, em linhas gerais, é que apenas o direito internacional costumeiro oferece o nível de generalidade demandado para que se possa falar em direito internacional geral.

Deve-se notar, por outro lado, que muitos autores, embora afirmem, a princípio, que o direito internacional geral diz respeito ao direito costumeiro, acabam admitindo, em algum momento, implícita ou explicitamente a inclusão dos princípios gerais do direito, da doutrina e da jurisprudência na categoria de direito internacional geral (CHENG, 2001; VAN DAME, 2009). Outros, ao definirem direito internacional geral, deixam claro que este compreenderia, além do direito costumeiro, os princípios gerais do direito, como é o caso de Degan (1997), além de Pawelyn e Michaels (2012). Alguns autores ainda ampliam esse rol incluindo todo o corpus do direito internacional, com exceção dos tratados (GAJA, 2009:54; SLOANE, 2012:447;).

Em suma, trata-se de um conceito carente de precisão terminológica, sendo que a exclusão dos tratados parece ser um dos únicos pontos de convergência na literatura sobre o conteúdo do direito internacional geral. Nesse sentido, a única hipótese de uma regra ou cláusula de tratado se tornar direito internacional geral seria no caso de ela ser incorporada na prática estatal de forma que se torne *opinio juris* da comunidade internacional, ou seja, se torne uma norma costumeira.

2.1.2 – Direito internacional geral e tratados: posições críticas

É importante notar que, ainda que a maioria da doutrina e da jurisprudência considere o direito internacional geral praticamente sinônimo de direito internacional costumeiro, essa não é uma perspectiva inquestionada. Existe, desde a década de 1960, um movimento que tem contestado a exclusão absoluta dos tratados da categoria de direito internacional geral.

A origem desse movimento remete aos debates sobre novas concepções de tratado na Comissão de Direito Internacional. O ponto de inflexão se estabelece, realmente, com o surgimento dos chamados *tratados multilaterais gerais*. Esses tratados alcançariam o status de *quase legislação internacional*, tendo como escopo os *problemas globais*. Com o aparecimento dessa nova concepção ocorre, paulatinamente, um movimento no sentido de compreender os tratados pela noção de direito internacional geral. Em 1962, o Yearbook da Comissão fazia menção a uma nova forma de tratados: os *tratados multilaterais gerais*, ou seja, tratados que

teriam um alcance não apenas bilateral ou multilateral, mas teriam implicações e imporiam obrigações para a comunidade internacional como um todo. Com essa concepção, a Comissão defendia a possibilidade de se pensar em direito internacional geral abrangendo tratados (ILC YEARBOOK [vol. 1], 1962:239). Também em 1962, Anthony D'Amato publicaria um artigo no qual esboça essa tese de forma indireta. Para o autor, algumas convenções e tratados mais gerais constituiriam elementos fundamentais para a formação de grande parte do direito internacional costumeiro e, portanto, do direito internacional geral (D'AMATO, 1962). O Yearbook da Comissão de Direito Internacional de 1977 estabelece uma relação de vinculação entre tratados relativos a organizações internacionais e direito internacional geral, afirmando que a “força jurídica e o regime desses tratados derivam [...] sua substância do direito internacional geral” (ILC YEARBOOK, 1978:149).

O pioneiro a defender de forma mais clara e específica a compreensão dos tratados na categoria do direito internacional geral foi o russo Grigory Tunkin (1993:538). Tunkin afirma que um dos resultados dos esforços pela codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, tarefa essencial a que se propõe a Comissão de Direito Internacional foi a compreensão dos tratados pelo direito internacional geral. Alguns tratados teriam tido impacto estrutural no direito internacional de forma geral, ainda que sem a adesão de todos os Estados, como o Pacto de Briand-Kellog, de 1928, que alterou proscreevou o recurso à guerra, até então uma faculdade dos Estados, e o mais fundamental dos acordos internacionais, a Carta das Nações Unidas, que moldou os princípios contemporâneos do direito internacional, além da Convenção de Viena sobre o Direito das Relações Diplomáticas, de 1961, e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 (1993:536-538).

Tunkin inauguraria uma tendência entre autores soviéticos contemporâneos dele. Esses autores adotariam uma perspectiva muito mais ampla sobre como o direito internacional geral deve ser concebido. Nesse sentido, incluem não apenas costume e tratados, mas também resoluções de organizações internacionais, regras de procedimento de diversos órgãos, resoluções técnicas de organizações internacionais, decisões de cortes e tribunais internacionais (FELDBRUGGE et al, 1985:641).

Uma crítica recente à associação entre direito internacional geral e costumeiro é empreendida por Onuma Yasuaki (2010). A concepção do autor sobre direito internacional geral é vinculada à noção de um *direito internacional universalmente válido*. O ponto de partida dessa abordagem seria: em que medida é possível, no início do século XXI, um direito internacional com tal abrangência? Sua argumentação parte exatamente de um fator que constituiria o principal obstáculo nesse sentido. O principal entrave para um direito internacional com validade universal mais consistente com a realidade do século XXI seria relativo à forma pela qual os operadores do direito internacional lidam com *bases cognitivas* das normas internacionais. Para superar tal problema, o primeiro passo seria repensar os critérios para a identificação das fontes do direito internacional, que tem sido tradicionalmente atrelada ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Essa correlação implicaria diversas inconsistências, dentre as quais: o fato de o artigo 38 não ser definido como *taxativo* (podendo ser concebido apenas como exemplificativo) e também por constituir uma regra que estipula normas a serem aplicadas essencialmente pela Corte, não sendo obrigatória a aplicação fora de tal jurisdição. O fato de uma norma poder ou não ser aplicada pela Corte não poderia se tornar critério determinante de *identificação de uma norma de direito internacional*.

O apego excessivo ao artigo 38 produziria, dentre outras consequências, uma resistência dos juristas na aceitação de outras bases cognitivas para o direito internacional geral, além do costume internacional. Esse seria um efeito do positivismo estrito, ou seja, na busca por um direito internacional com dimensões de universalidade (direito internacional geral), os operadores e estudiosos do direito internacional encontram no costume, como fonte positivada no artigo 38, uma solução, já que os chamados princípios gerais do direito internacional têm uma aplicação mais complexa e vaga. Onuma busca desconstruir essa relação, sugerindo, então, a separação do direito internacional geral e da teoria do direito internacional costumeiro. A construção da relação estrita entre direito internacional geral e direito internacional costumeiro seria, portanto, permeada de inconsistências teóricas. A crítica fundamental incide na sobrevalorização do direito internacional costumeiro. Muitas das chamadas normas de direito internacional costumeiro seriam meros “produtos de um pequeno conjunto de Estados poderosos”, ou seja, o direito internacional costumeiro em geral apresentaria um expressivo déficit de legitimidade e um grande descolamento em relação à realidade internacional. A

efetividade do direito internacional costumeiro tradicional tenta encobrir sua *falta de generalidade, camuflando*, assim, sua *natureza ideológica e discriminatória*. Onuma sugere, então, a adoção de outras bases de cognição do direito internacional *geral*, tais como as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas derivadas de unanimidade ou consenso (que são, por exemplo, providas de uma margem muito maior de abrangência real, legitimidade global e relevância do que o “místico” conceito de direito internacional costumeiro). Outra base cognitiva seriam os tratados multinacionais com aplicação universal ou quase universal, tais como a Carta das Nações Unidas, as Convenções de Genebra de 1949, etc. O autor enfatiza que, embora seja tão comum a adoção do artigo 38 como critério para as fontes do direito internacional, é interessante ressaltar que apenas 66 Estados dos mais de 190 na comunidade internacional aceitam a jurisdição da Corte, sendo aceita por apenas um (Reino Unido) entre os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (ONUMA 2010:230 -250).

A definição de Malanczuk e Akehurst (1997:02) endossa as críticas de Onuma e Tunkin. Ao contrapor o direito internacional geral ao direito internacional regional, que se aplicaria a poucos ou certos grupos de Estados apenas (como UE), os autores afirmam que “o direito internacional geral diz respeito à regras e princípios que são aplicáveis a um grande número de Estados, fundamentados tanto no direito internacional costumeiro quanto nos *tratados multilaterais*” (g.n.). No mesmo sentido aponta para o próprio projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados de 2001 (UN/ILC, 2002:126)

É importante deixar claro que as variações do conceito de direito internacional geral em relação ao costume não restringem a questão da sua correlação com os tratados, como defendido por D’Amato, Tunkin e Onuma. Ao explorar a literatura podemos encontrar outras variações relativas ao conteúdo e definição do direito internacional geral. Dentre essas, Hirsch (2011) emprega o termo sugerindo certa contraposição às subdisciplinas ou sub-ramos do direito internacional (no caso o direito internacional do investimento). Ainda, Danilenko (1993:09 e ss) faz uso do termo relacionando-o sobretudo à questão da abrangência. Assim, direito internacional geral diria respeito às *regras de direito internacional que tratam de questões de interesse geral da comunidade internacional e que vinculam pelo menos uma grande maioria dos Estados que compõe essa comunidade*.

Assim, conclui-se que a categoria “direito internacional geral”, não obstante largamente utilizada na literatura e, em certa medida, na jurisprudência do direito internacional, é permeada por ambiguidades e imprecisões. Alguns autores reconhecem a ausência de um consenso mínimo em relação a ela (SLOANE, 2012:447; HOLLIS, 2012:486). Em razão da falta de consenso, Sinclair (1984:10,22) afirma a sinonímia entre direito internacional geral e direito internacional costumeiro e no mesmo texto passa a admitir, num “contexto amplo”, tratados como compreendidos pelo direito internacional geral (SINCLAIR, 1984:139). Ainda, para Galbaza (2012:137), não é mais plausível manter a abordagem tradicional acerca do direito internacional, na medida em que a *relação versátil* que se estabelece no direito internacional contemporâneo entre tratados e costumes *distorce as distinções* entre tais fontes.

1.2.3 - Concepção a partir do debate da fragmentação do direito internacional e o balanço sobre a utilização dessa concepção na literatura jurídica

Após a análise das formulações iniciais sobre os *self contained regimes* e seu contraponto fundamental – o direito internacional geral – podemos proceder a um balanço sobre o estatuto dessa categoria, levando em consideração a forma pela qual ela foi problematizada no debate da fragmentação do direito internacional.

Assim como na década de 1980 e 1990, o debate teórico contemporâneo sobre *self-contained regimes* encontra na Comissão de Direito Internacional um espaço privilegiado de debate. Tendo em vista a ausência de uma conclusão a respeito dos *self-contained regimes* na pesquisa sobre responsabilidade internacional dos Estados, o tema foi inserido na pauta dos trabalhos sobre a fragmentação do direito internacional, iniciados em 2001. Neles, os *self-contained regimes* teriam um enfoque diferenciado, tendo em vista sua centralidade na problemática. A análise da questão especificamente ficou sob a responsabilidade de Martti Koskenniemi, que também seria o relator final do estudo sobre a fragmentação.

Nessa nova análise da Comissão, passam a ser enfocadas as seguintes questões: a natureza dos *self-contained regimes* e sua relação com a regra da *lex specialis*, os sentidos

possíveis do termo (e seu "caráter inapropriado"), os efeitos referentes à especificidade (ou autossuficiência) de um regime, e a relação entre regimes e o direito internacional geral.

O estudo sobre responsabilidade internacional dos Estados foi tomado como ponto de partida. Assim, houve um esforço para sistematizar as definições previamente apresentadas na pesquisa anterior. Nesse sentido, o relatório distingue, a princípio, dois sentidos possíveis para a noção de *self-contained regimes*: a) um sentido restrito vinculado à ideia de conjunto de regras secundárias dentro do direito de responsabilidade internacional dos Estados, que reivindica prioridade sobre as regras gerais relativas às consequências de uma violação; b) num sentido amplo, o termo é usado como referência a conjuntos de regras primárias e secundárias integralmente inter-relacionados, às vezes também referidos como sistemas e subsistemas de regras e que tratam de um problema específico de forma diferente da que teria sido disposta pelo direito geral. No sentido amplo, a autossuficiência (*self-containedness*) se fundiria com a tendência contratual do direito internacional, quer dizer, quando uma questão é regulada por um tratado, não há normalmente razão para recorrer a outras fontes²³. Koskeniemi sugere, porém, a necessidade de abranger outra acepção possível, que teria um uso ocasional na prática e na teoria: a noção de campos integrais de especialização funcional de expertise acadêmica ou diplomática. Esse seria o caso do que é concebido como campos ou subcampos do direito internacional. O relatório admite a falta de uma distinção clara entre as três noções ou sentidos de *self-contained regimes*. Por outro lado, afirma, de forma ambígua, que "muito do que acontece no direito internacional contemporâneo se dá nos regimes especializados". Outro aspecto importante pontuado no relatório diz respeito às limitações ao conteúdo dos *self-contained regimes*. Além das limitações mais óbvias, relacionadas às normas peremptórias de direito internacional (ou jus cogens), o relatório acrescenta: a) impossibilidade dos regimes de derogarem *normas que beneficiem terceiros, incluindo indivíduos e entidades não estatais*; b) impossibilidade dos regimes de *se desviarem do direito geral quando as obrigações têm caráter integral, interdependente, erga omnes ou a prática do direito internacional tenha criado uma expectativa legítima de não derrogação*; c) impossibilidade dos regimes de excluírem *tratados*

²³ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the International Law Commission* UN Doc. A/CN.4/L.682 (Apr. 13, 2006), 65-68.

*de natureza de direito público ou que constituam instrumento de organizações internacionais.*²⁴

No tocante à *criação* de regimes, o relatório²⁵ pontua que, muitas vezes, a emergência de um *self-contained regime* não se dá através de uma atuação essencialmente consciente dos Estados, ou seja, através de um tratado ou uma série de tratados que criaria aquele regime. O exemplo seria o desenvolvimento do direito da União Europeia, que passou pela atividade interpretativa da Corte Europeia de Justiça. O aspecto mais salientado pelo relatório é a questão da relação entre os regimes especiais e o direito geral, ou seja, sobre o nível de autonomia desfrutada pelos regimes. Essa questão diria respeito ao grau de necessidade de recurso ao direito internacional geral para suprir lacunas ou auxiliar na interpretação e aplicação das normas do regime. O ponto amplamente defendido no relatório é o de que nenhum regime pode ser visto como completamente isolado do *direito internacional geral*.²⁶

A noção de que o direito internacional geral permanece sempre aplicável em alguma medida é expressa na frase de Pauwelyn, de que “nas suas relações de tratados os Estados podem “contract out” (recusar) uma ou mais regras de direito internacional (que não aquelas de jus cogens) em teoria, mas eles não podem “contract out” o *sistema* do direito internacional”. Afinal, os Estados não podem, por exemplo, rejeitar o princípio *pacta sunt servanda* e não há evidência de uma regra de regime que possa reivindicar validade independentemente da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Dessa forma, as partes de um regime devem, muito

²⁴ Ibid., 133 e 154.

²⁵ Ibid., 154-548.

²⁶ Nesse sentido, o relatório cita o fato de as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos fazerem constantes referências às regras e princípios do direito internacional geral. Isso se daria não apenas na interpretação de tratados relacionados, mas também em questões relativas à condição de Estado, jurisdição, imunidade e diversos princípios processuais. O caso com maior potencial de gerar alguma controvérsia seria o do comércio. O direito do comércio internacional seria a área mais próxima de um “isolamento” do direito internacional geral, ou seja, da configuração de um verdadeiro regime autossuficiente. Mas, ainda nesse caso, o relatório enfatiza a atuação do Órgão de Apelação, que buscaria demonstrar a afinidade entre a OMC e o direito internacional geral. Isso seria enunciado na já célebre máxima segundo a qual os tratados e acordos que compõe a OMC não devem ser interpretados “em isolamento clínico em relação ao direito internacional público”. Dentre os exemplos de aplicação do direito internacional geral no ambiente da OMC, o relatório cita as regras de interpretação contidas nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Por outro lado, ainda para demonstrar o não isolamento do direito da OMC, o pontua a utilização de conceitos e categorias desenvolvidas em outras áreas, tais como o direito do meio ambiente. Isso se dá quando, em casos como o Shrimp-Turtle (1998), há a necessidade de definições e conceitos dos quais o direito da OMC não dá conta. Embora se salientem as relações dos regimes entre si e em relação ao direito internacional geral, o relatório não exclui a constatação da emergência de um ethos específico do direito da OMC ou dos direitos humanos na aplicação desses regimes por seus tribunais específicos. Ibid., 154-548.

provavelmente, ser impelidas a aplicar uma ou mais regras e princípios sistêmicos do direito internacional geral, como condição de Estado, sucessão estatal, criação e transferência de soberania, prerrogativas e imunidades diplomáticas, status territorial, além de regras específicas de outros regimes. Em síntese, de acordo como o relatório, os *self-contained regimes* dependem, ou ainda, não sobrevivem, sem essa base sistêmica fornecida pelo direito internacional geral que fornece elementos fundamentais para a aplicação dos regimes quando estes são omissos ou lacunosos. É exatamente desse aspecto que trata o último tópico sobre *self-contained regimes* no relatório, ou seja, a respeito da questão sobre o que seria exatamente lacuna ou falha do regime. Não existe a possibilidade de definição de um *critério geral* para determinar o que pode ser considerado falha no regime. O que se pode estabelecer são duas categorias de falha ou lacuna, que seriam a substantiva e a procedimental. A primeira diz respeito a um fator que impossibilite totalmente o regime de *alcançar o propósito para o qual ele foi criado*. A falha procedimental, por sua vez, diz respeito a um problema institucional, no caso de a instituição não funcionar como deveria.

O relatório de conclusão do estudo atribui ao direito internacional geral o papel de instrumento para suprir as lacunas de *regimes especiais (self-contained regimes)*. Como exemplo de tais situações, o relatório cita o insucesso das instituições de um regime em cumprir os desígnios atribuídos a elas, a permanente não observância por uma das partes, o desuso e a renúncia por uma das partes indispensáveis para a manutenção do regime. É importante ressaltar que, no decorrer do estudo sobre a fragmentação desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional, continuou a prevalecer a reticência em se defender uma acepção *forte* de *self-contained regimes*. O relatório final consagra essa postura ao refutar a concepção do termo como expressando um sistema ou subsistema de direito internacional totalmente autônomo e isolado, provido de um conjunto completo de regras secundárias. Assim, o grupo de estudos retomou a argumentação de Simma e Arangio-Ruiz, segundo a qual não existiria nenhum exemplo concreto de regime que excluísse de forma absoluta o direito internacional geral e que ele seria o elemento suficiente de complementação das lacunas e omissões atribuídas a subsistemas específicos. Koskenniemi sugere, ademais, o uso da terminologia *regimes especiais* em vez de *self-contained regimes*²⁷. Mas essa tentativa de mudança terminológica aumentou ainda mais a imprecisão do

²⁷ Ver: ILC, Report on the work of its fifty-fourth session, U.N. doc. A/57/10, p. 134.

conceito. Por outro lado, é importante notar que os autores que tratam da questão continuam usando a terminologia tradicional em trabalhos posteriores à publicação do relatório, de maneira que essa terminologia ou concepção alternativa não parece ter influenciado as teorizações sobre o tema²⁸.

O relatório cita três possíveis acepções do termo. Mas como *self-contained regime* aparece na literatura jurídica? Podemos, então, tomar essa categorização como ponto de partida para fazer um balanço sobre como esse conceito é posto nos debates contemporâneos sobre o direito internacional.

Na primeira categoria, a noção de regime estaria próxima da acepção empregada pela Corte da Haia no caso *Reféns*. Nele, o caráter de regime especial decorre fundamentalmente do fato de o regime ser dotado de um *conjunto completo de regras secundárias*, que dariam conta de todas as possíveis violações às regras primárias. Somente nesse contexto não se cogitaria a aplicação do direito internacional geral. Não fica claro, contudo, o que definiria que um determinado conjunto de normas e princípios especiais deva ser compreendida no conceito-princípio *lex specialis* em sentido amplo ou na subcategoria *regime especial (self-contained regime)*. Enfim, o que separa *lex specialis* de *self-contained regimes*? Nessa categoria restrita se insere, dentre outras, as menções feitas por Fassbender (1998:76-78), ao tratar do exemplo recorrente do regime de relações diplomáticas; por Malanczuk & Akehurst (1997:221) ao tomar como exemplo tratados internacionais de direitos humanos; por Mach (2009) ao discorrer sobre tratados de investimento estrangeiro; O'Connell (1994:278) e Pauwelyn (2003:37) ao negarem a inclusão do GATT e da OMC nessa categoria. Seria o mesmo sentido empregado por Crawford (2000) nas conclusões do estudo sobre responsabilidade estatal na Comissão de Direito Internacional, que o compreende como uma forma forte de *lex specialis*, considerando como exemplo de forma fraca uma cláusula simples de um tratado.²⁹ No mesmo sentido aponta Hillgenberg (1999:509-510) ao mencionar alguns “regimes” fundados em soft-law. Alguns autores que fazem menção ao conceito relacionando-o a essa categoria, mas negam ou consideram quase impossível a existência de *self-contained regimes* (ABBI-SAAB, 1999:926;

²⁸ Ibid.

²⁹ Essa posição é seguida dentre outros por KRYVOI et al. (2011:15-18).

DUPUY, 1999:797) e afirmam que a estrutura já fornecida pelo direito internacional geral garantiria ou seria suficiente para regular os problemas de omissão, lacunas e conflitos entre conjuntos jurídico-normativos (KIRCHNER, 2003:07; PAUWELYN, 2001; CONWAY, 2002; BOISSON DE CHAZOURNES, 2010; SCHILL, 2010)³⁰.

A segunda categoria definida pela comissão incorporou a regulação de área geográfica específica ou questão substantiva, fazendo menção ao remoto caso S.S. Wimbledon. O que estava em jogo, nesse caso, era o conflito entre duas regras primárias sobre a mesma questão. Trata-se de um elemento que apenas traz mais embaraço para a definição do termo, haja vista que a concepção dos regimes jurídicos internacionais autônomos tem sido, desde o início do debate, pautada na *questão da completude de um subsistema de regras secundárias*, como notam Simma e Pulkowski (2006:492). Em suas conclusões sobre a questão, a Comissão estabeleceu, no entanto, a noção de *self-contained regimes* como *conjuntos de regras primárias e secundárias inter-relacionadas* estabelecidas para disciplinar determinada questão ou tema específico que seria regulado de *forma diferente pelo direito internacional geral*³¹. Aqui a diferença parece ser a possibilidade de definir regimes a partir da existência de outras regras secundárias senão aquelas sobre responsabilidade estatal.

A terceira perspectiva possível, de acordo com a comissão, teria um significado mais abrangente e dirigido à questão acadêmico-metodológica, ou seja, à divisão do direito internacional em ramos ou sub-ramos. Essa perspectiva confere aos regimes um âmbito de ação mais amplo do que o compreendido pela questão geográfica ou substancial específica, visto que se faz referência a esferas normativas mais compreensivas, como o direito internacional ambiental e o direito internacional do comércio ou ainda dos direitos humanos. De acordo com a comissão, essa acepção teria um fundamento hermenêutico, na medida em que tal regime forneceria um *direcionamento interpretativo* que às vezes diverge das *regras de direito internacional geral*. Mas o relatório ressalva que essa concepção encontra problemas na delimitação das diferentes áreas do direito e sobre sua aplicação na prática.³² Nesse sentido faz-se referência a *self-contained regimes* nos textos de Saul (2010:03) ao tratar da possibilidade de

³⁰ Posição respaldada pelo relatório da Comissão sobre o estudo da fragmentação do direito internacional.

³¹ ILC, Report on the work of its fifty-fourth session, U.N. doc. A/57/10, p. 128.

³² ILC, Report on the work of its fifty-fourth session, U.N. doc. A/57/10, p. 129 -132.

um direito internacional do terrorismo ou do antiterrorismo global e da possibilidade de se considerar essa esfera normativa como um regime especializado ou autossuficiente³³ e Alvarez (2009:76) ao defender que o que denominado direito internacional dos investimentos estrangeiros não constitui um *self-contained regime*. A mesma acepção é tomada por Treves (2010) ao discutir as possibilidades se pensar o direito internacional dos direitos humanos e o direito do mar como regimes jurídicos internacionais autônomos.

Embora a inserção de três categorias definidas por Koskenniemi no relatório para se pensar em *self-contained regimes* já cause alguma incerteza metodológica, é mister pontuar que tais categorias ainda não exaurem as possíveis acepções do termo. Ocorre, em geral, que os diversos autores se referem a essa noção relacionando-a também à concepção de campos jurídico-normativos dotados de aparato institucional (órgãos administrativos e judiciais ou quase-judiciais), mecanismos de *enforcement*, racionalidades específicas, e, segundo afirma Koskenniemi (2006), como *funcionalmente orientados*: ou seja, atribui-se a eles uma autonomia que não diz respeito apenas à existência de um conjunto de normas primárias e secundárias. É nesse sentido que eles aparecem nos textos de Teubner (2004; 2009). Essa espécie de referência ainda é adotada por Alvarez (2002:213) e por Voigt (2009:196) ao tratar do papel dos princípios gerais na fragmentação do direito internacional *em regimes altamente especializados*. Na mesma direção apontam, enfim, os textos de Tahvanainen (2004), aludindo a *mecanismos altamente institucionalizados*, e Khrebtukova (2008).

Assim, também encontramos autores que mencionam o termo ao fazer referência à questão judicial internacional e à da criação de cortes (ou órgãos quase judiciais) específicas/temáticas (STEPHENS, 2006:254; CONFORTI, 2007; BENEDETTI, 2008:01; TEITEL; HOWSE, 2009; BAKER, 2010; DELIMATSI, 2010:11). Após apresentar alguns casos de conflito de jurisprudência entre cortes internacionais, Chester Brown (2007:255) defende que a luz desses casos, pode ser visto que a fragmentação do direito internacional é mais do que uma possibilidade teórica, devido as cortes e tribunais julgarem isoladamente uma das outras, levando a uma auto-compreensão dessas cortes e tribunais como ‘self-contained regimes’.

³³ O autor também traça um panorama da trajetória Segundo a qual o direito internacional do antiterrorismo estaria caminhando para se tornar um regime jurídico internacional autossuficiente, particularmente após os eventos de 11 de setembro de 2001.

Nesse mesmo sentido, os juízes do Tribunal Penal para a antiga Jugoslavia (ICTY) referiram-se ao próprio tribunal como um “self-contained system” (para evidenciar sua autonomia em relação a Corte de Haia)³⁴. Os setores jurídicos autônomos não seriam compreendidos apenas pelas normas e princípios, mas também pelas instituições.

Em compensação, alguns autores se referem a *self-contained regimes* partindo de elementos das diferentes categorias. Da mesma forma se refere Korotana (2009) ao afirmar que a OMC constitui, sim, um *self-contained regime*. Em diversos casos faz-se menção a duas ou mais categorias, elencadas ou não pelo relatório sobre a fragmentação. Assim, Baker (2010) faz menção ao termo vinculando-o, ao mesmo tempo, à terceira categoria e como referência a diversos tribunais. Por outro lado, Okafor-Obasi (2003:35-38) faz referência em termos de ordens normativas ou conjunto de regras e normas primárias e secundárias que excluem o direito internacional geral, mas também pensa a questão em termos de estrutura institucional que garantiria que o *self-contained regimes* operassem independentemente, como seria o caso do direito europeu³⁵ e seus mecanismos particulares de *enforcement*.

Outra ressalva que se faz à perspectiva de unidade do direito internacional, endossada pelo relatório no tocante ao papel dos *self-contained regimes* ou dos regimes especiais, diz respeito à forma pela qual os regimes são postos nas decisões do sistema judicial (e quase-judicial) internacional. Nesse sentido, Lindroos e Mehling (2006:858 e ss) avaliam a questão sob o ponto de vista de um estudo de caso do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Os autores buscam explorar as possíveis conclusões que podem ser inferidas da relação entre regimes autônomos e a OMC, sobretudo sobre como a organização tem se posicionado no tocante ao tratamento da relação do direito internacional geral e outros regimes específicos. A conclusão é que, embora a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas tenha claramente afirmado a unidade relativa do direito internacional e a própria OMC tenha preconizado a ideia de que o direito do comércio internacional não deva ser aplicado ou mesmo concebido em “isolamento clínico” em relação ao direito internacional geral, na prática essas

³⁴ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, IT-94-1-AR72, 2 Oct. 1995, at para. 11.

³⁵ Enfatiza o exemplo da Convenção Européia de Direitos Humanos como exemplo específico e esclarecedor de regimes autossuficiente de direitos humanos (p.37).

ideias não parecem ter tanta força. A análise dos autores mostra que, em detrimento do discurso da unidade e da aplicação do direito internacional geral, nas decisões do órgão quase judicial da OMC o que pode ser observado é que prevalece a ideia que o direito da organização deve prevalecer em relação ao direito internacional geral.

1.2.4 - Fragmentação judicial e *self-contained jurisdictions*

Como foi visto, a expansão e especialização no campo jurídico internacional foi discutida na década de 1980 a partir da emergência de *clusters* de tratados e regulações de áreas específicas do campo jurídico internacional. Em meados da década de 1990, o foco recai sobre a problemática relativa à formação de órgãos judiciais e quase judiciais internacionais especializados. O problema agora seriam as cortes autônomas, as *self-contained jurisdictions*³⁶.

Assim como os regimes jurídicos internacionais autônomos, o problema das *self-contained jurisdictions* ensejava reações positivistas contrárias. A questão é que, nesse caso, não se tratava de um conceito ambíguo, vago, abstrato, mas de um discurso com efeitos institucionais muito claros e definidos. Diferentemente da reação aos *self-contained regimes*, não era plausível defender a não existência de jurisdições internacionais autônomas.

A estratégias teóricas/temáticas se deslocam, então, exatamente para os efeitos das *self-contained jurisdictions*. É assim que se encaminharia, portanto, o debate, ou seja, a partir do apontamento dos “problemas” e “riscos” que a “proliferação de cortes internacionais” traria para o campo jurídico internacional, e, por outro lado, sugerindo-se meios para solucionar esses “problemas”. Esse debate seria um elemento fundamental a outro, mais abrangente. A possibilidade de jurisprudência conflitante entre órgãos judiciais (e quase-judiciais) internacionais resultaria na fragmentação do direito internacional.

A Corte Internacional de Justiça e a reticência em relação à multiplicação de cortes internacionais

³⁶ Expressão pouco usada, mas que expressa bem um sentido de continuidade do debate.

A reticência da Corte da Haia à multiplicação de cortes internacionais não é algo novo. Como nota Brown (2007:03 e ss), já em 1944, na antiga Corte Permanente Internacional de Justiça, essa tendência transparecia através da notável relutância do juiz Manley Hudson à constituição da Corte Inter-Americana Internacional de Justiça. Sua oposição seria fundamentada na necessidade de evitar “o risco do desenvolvimento particularista do direito internacional” (HUDSON, 1944 *apud* BROWN,2007:27). Um posicionamento semelhante seria adotado pelo Juiz Shigeru Oda em relação ao estabelecimento do Tribunal Internacional de Direito do Mar. Para Oda (1995:864), a implantação do novo tribunal iria contribuir para a fragmentação do direito internacional. Ademais, o autor apresenta um conjunto de argumentos pelos quais esse tribunal específico poderia ser considerado sem sentido (ODA, 1984).

Ocorre que, na década de 1990, o “problema” adquiriria uma nova dimensão. Em menos de uma década, diversas cortes internacionais e quase cortes surgem no cenário internacional. É claro que o novo cenário sugeria uma reação de proporções diferenciadas por parte da Corte e dos juristas positivistas em geral. A nova *fase* do judiciário internacional ensejaria manifestações muito enfáticas sobre os “riscos” do crescente aumento e descentralização desse judiciário.

Dentre os impactos da descentralização e desse processo como um todo, está a diversificação ou “fragmentação” da jurisprudência. O fato de instituições judiciais e quase judiciais estabelecidas no pós-Segunda Guerra proferirem sentenças contrárias a algumas decisões da Corte, que já teriam se constituído como “cânones” do direito internacional, ensejaria uma postura de reticência dela em relação às novas instituições. Um dos exemplos mais emblemáticos sobre essa questão é o *caso Tadic*, no âmbito do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

O aspecto gerador de controvérsia, nesse caso, diz respeito ao fato de a câmara de apelações da corte ter adotado um parâmetro contrário à jurisprudência da Corte da Haia³⁷ no tocante à atribuição de responsabilidade do Estado por atos cometidos por grupos privados em conflitos armados. Recusando o critério tradicional estabelecido pela Corte no caso *Nicarágua*, o

³⁷ Dentre outros casos que Contrariaram precedentes da Corte Internacional de Justiça estão: o caso *Loizidou vs Turquia* julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1995 e no caso sobre hormônios na carne bovina submetido ao Órgão de Apelação da OMC e julgado em 2001.

Tribunal especial adotou o critério do *controle geral* em detrimento ao critério do *controle efetivo*, argumentando que este não era suficientemente amplo para os fins humanitários perseguidos. Os juízes do Tribunal ainda salientaram que teriam plena autonomia para escolher tal critério, tendo em vista que “no direito internacional cada tribunal é um sistema autônomo”.³⁸ Essa afirmação parece ter sido especialmente endereçada à Corte da Haia, que tem pretensões de atuar como tribunal harmonizador ou tribunal constitucional do direito internacional e resiste à constituição de novos órgãos judiciais internacionais.

A resposta da Corte a essa afirmação viria no mesmo ano³⁹. Em 8 de outubro de 1999, Stephen Schwebel, presidente da Corte Internacional de Justiça entre 1997 e 2000, explicita, num discurso à sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, o descontentamento da Corte em relação à autonomia pretendida por novos tribunais internacionais. Schwebel pondera que o aumento do número de atores internacionais não estatais e do papel deles na formação da regulação jurídica internacional seria realmente um forte incentivo à criação de tribunais especializados. Também salienta que, a despeito de tal fenômeno possivelmente representar ganhos em termos de *enforcement* das obrigações jurídicas internacionais, ele resultaria na intensificação de conflitos substanciais e na evisceração da pauta da Corte Internacional de Justiça. No final traria, por isso, um grande prejuízo para a *unidade do direito internacional*.⁴⁰

A crítica se torna mais contundente em outro discurso da mesma natureza, proferido em 26 de outubro de 2000 pelo juiz Gilbert Guillaume. Ao se referir aos efeitos da difusão de tribunais especiais e regimes, Guillaume usa expressões como “confusão”, “distorção da justiça” e “risco exacerbado de conflitos de julgamento e de jurisprudência”. Recomenda então uma *reestruturação nas relações entre as cortes internacionais* e, como proposta para evitar as incoerências nos julgamentos e a fragmentação do direito internacional, sugere que seja conferida à Corte que preside o caráter de corte de apelação para julgamentos proferidos por

³⁸ The Prosecutor v s. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, October 2, 1995, par. 11.

³⁹ A reação à proliferação de cortes internacionais pelos membros da Corte da Haia é explorada, dentre outros por KOSKENNIMI;LEINO, 2002.

⁴⁰ A íntegra do discurso está disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

todas as demais cortes internacionais⁴¹. Em outra ocasião, Guillaume afirmou, ainda, que tal expansão “pode pôr em risco a unidade do direito internacional, e por consequência, do seu papel nas relações inter-estatais”, além de difundir o *forum shopping* e *sobreposição de jurisdições*.⁴² Os sucessores de Guillaume na presidência da Corte Internacional de Justiça mantiveram um posicionamento semelhante⁴³.

Desenvolvimento do debate na literatura de direito internacional

A emergência dos diversos novos órgãos judiciais e quase judiciais levantaria diversas questões acerca das implicações desse processo no tocante ao *law making* do direito internacional. As inquietações fomentadas nesse debate estão, em grande medida, associadas ao fato de que a formação dos novos padrões de conflito internacional desafiam as formas tradicionais para se pensar a resolução de conflitos, que, em geral, são decididos majoritariamente em cortes nacionais e por meios diplomáticos. Ao mesmo tempo em que eram formuladas as críticas pelos membros da Corte da Haia, diversos autores salientavam os aspectos positivos da multiplicidade de cortes para o “progresso” ou “desenvolvimento” do direito internacional. Para Jonathan Charney (1999), a multiplicação de *dispute settlements* seria uma resposta às exigências por novos mecanismos de solução dos conflitos e demandas contemporâneos na esfera internacional.

As questões essenciais desse debate seriam concernentes ao que poderia ser chamado de propagação de interpretações concorrentes e a possibilidade de conflito ou sobreposição de competências, tendo em vista a descentralização do sistema judicial internacional. Essa problemática passa a atrair grande atenção da academia e estabelece, em meados da própria década de 1990, um debate que é referido em termos de *proliferação de tribunais internacionais*. No entanto, a grande maioria dos autores não estão, na verdade, se referindo exclusivamente à questão da multiplicação de tribunais e cortes internacionais propriamente ditos, mas também de órgãos de solução jurídica de dissídios menos formais, chamados de *quase judiciais*. A seguir

⁴¹ A íntegra do discurso pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=84&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

⁴² Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

⁴³ Ver: HIGGINS, Rosalyn. “Presentation of the Topic, in Proceedings of the United Nations Congress of Public International Law, in: International Law as a Language for International Relations, 1998, 111.

buscamos sintetizar alguns elementos centrais desse debate e sobre ele como vem sendo conduzido.

Uma referência muito importante, nesse aspecto, foi um seminário promovido pelo *Journal of Law and Politics* na Universidade de Nova York, em 1999. O evento debateu uma série de artigos de autores consagrados na pesquisa desse campo. Esses artigos teriam grande repercussão e um importante papel na formação de elementos constitutivos do debate sobre a fragmentação do direito internacional. As questões centrais dizem respeito às possíveis implicações do aumento de instâncias judiciais internacionais no desenvolvimento/progresso do direito internacional. Foi a partir desse simpósio que a noção de multiplicidade de órgãos jurisdicionais internacionais começa a ser pensada mais específica e expressivamente em termos de fragmentação do direito internacional. Podemos, então, sumarizar as questões fundamentais do debate, que seriam: quais os efeitos da difusão e conseqüente descentralização judicial para a formação, interpretação e aplicação do direito internacional? A proliferação seria um problema para o direito internacional ou o desenvolvimento de um processo inevitável que acompanha as transformações políticas e socioeconômicas na esfera global?

Essas perguntas estão, por sua vez, relacionadas às formas pelas quais se concebem algumas questões ainda mais específicas, como a do diálogo entre os tribunais e, conseqüentemente, a da sobreposição de jurisdições e do chamado *forum shopping*.

Sobreposição de jurisdições e forum shopping

O que ocorre quando diversas instâncias judiciais se apresentam como competentes *prima facie* para julgar um mesmo caso?

Se concebermos tais instâncias como independentes entre si, de forma que não exista um critério ou órgão para solucionar o conflito de competências, teremos uma situação exemplar de *sobreposição de jurisdições*. Essa circunstância pode, por sua vez, elevar a margem de discricionariedade dos atores/sujeitos envolvidos no conflito, no tocante à escolha do foro. Nesse contexto é que ocorre o chamado *forum shopping* (ou tribunais *à la carte*), ou seja, as partes no

processo buscam fazer com que o litígio seja julgado numa instância em que tenham expectativa de obterem a decisão mais favorável aos seus interesses. As relações de conflito de competências entre a Corte Internacional de Justiça e diversos outros tribunais, como o Tribunal Internacional de Direito do Mar, além de instâncias menos formais, como o órgão de solução de controvérsias da OMC e diversos órgãos de direitos humanos, e a Organização internacional do Trabalho, dentre outros, seriam o ponto de partida para a discussão dessas questões.

Em que pesem as ressalvas expressadas pelos membros da Corte de Haia, para a maioria da doutrina jurídica, a sobreposição de jurisdições seria uma consequência da expansão judicial e seus efeitos não seriam, no geral, adversos ao progresso do sistema jurídico internacional.

No tocante ao *forum shopping*, alguns autores afirmam que o problema poderia ser evitado pelos próprios mecanismos do direito internacional contemporâneo (Abi-Saab, 1999:923). Para Treves (1999:812) o fórum shopping seria uma possibilidade *apenas teórica*. Ele cita um caso que, em tese, apresentaria esse tipo de conflito envolvendo a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal de Direito do Mar, que, embora apresentasse um aparente conflito de jurisdições, foi ao final resolvido de acordo com o artigo 282 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Já para Helfer (1999), no campo dos direitos humanos, o *forum shopping* ocorre, na medida em que proporciona aos sujeitos que têm seus direitos violados a possibilidade receber uma análise jurisdicional ampla de seu caso específico, o que não seria possível com um número muito limitado de instâncias. Para o autor, o *forum shopping* seria uma consequência salutar da multiplicação de instâncias judiciais internacionais.

Diálogo inter cortes

Na perspectiva otimista sobre a multiplicação de instâncias judiciais e quase judiciais internacionais, a “oferta” de instituições judiciais e quase-judiciais seria um fator favorável para os atores que buscam um foro judicial ou arbitral para submeter seu conflito. A multiplicação de instituições jurisdicionais e arbitrais internacionais não poria em risco a coerência interpretativa e aplicação do direito internacional. E a caracterização positiva dos resultados da multiplicação de instituições judiciais internacionais é, em geral, atribuída a um fator fundamental: a formação

e desenvolvimento do chamado *diálogo inter-cortes*.

O elemento essencial para a superação de possíveis entraves relacionados à sobreposição de jurisdições e do fórum shopping estaria, nessa perspectiva, relacionado às possibilidades de interação e consenso entre os órgãos judiciais e quase judiciais internacionais. O diálogo entre tribunais seria construído a partir de um *núcleo de princípios e doutrinas* já muito *bem estabelecidas* no direito internacional geral, que seriam, em regra, observados por todos os órgãos, de forma a se constituir uma harmonia interpretativa por parte deles, particularmente na aplicação das normas fundamentais no campo jurídico internacional. Não obstante as divergências existentes, os tribunais internacionais estariam nitidamente engajados na mesma dialética. A ampliação do diálogo permitira maior inovação e criação de *ideias coletivas* que poderiam *ser incorporadas no direito internacional geral*. (CHARNEY, 1999:669-707)⁴⁴.

A argumentação de Charney é, ao seu turno, plenamente endossada por John Jackson. Jackson (1999:828-829) argumenta que existiria um alto grau de interação do direito da OMC com o direito internacional geral. Segundo o autor, a abertura do regime de comércio ao direito internacional geral⁴⁵ e a aplicação constante dele seria uma realidade na organização *desde a era GATT*. A ideia de que o diálogo inter-cortes pode superar os desafios decorrentes da multiplicação de tribunais e fragmentação, e estimular a solução jurisdicional de conflitos emergentes nos vários campos das relações internacionais ainda é compartilhada por Treves (1999), que defende que o direito internacional dispõe dos *meios técnicos para enfrentar* os conflitos de jurisdição. Dupuy (1998; 1999), Abi-Saab (1999:926), Higgins (2003) e Nicolaidis (2004:1372) manifestam entendimento semelhante.

Uma perspectiva um pouco menos otimista é expressada por Romano (2009:758-759). O autor afirma que as cortes internacionais poderiam ser consideradas como *self-contained jurisdictions*, no estágio de desenvolvimento que se apresentavam no sistema judicial

⁴⁴ O referido texto trata-se de um resumo das conclusões do trabalho do autor num projeto de pesquisa empírica e teórica sobre tribunais e cortes internacionais, e publicado a partir de seu curso na Academia de Haya em 1998. Ver: 3. CHARNEY, Jonathan I. "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", in: 271 COLL. COURSES HAGUE ACAD. INT'L L. 101, 1998.

⁴⁵ Faz no caso menção que a aplicação do direito internacional costumeiro e a Convenção de Vienna sobre o Direito dos Tratados que teria sido uma realidade nas jurisprudências da OMC desde o início da organização.

internacional do final da década de 2000. Essa concepção estaria fundamentada na compreensão de que os juízes dos vários tribunais não se sentem compelidos a aplicar os precedentes de outras cortes. O diálogo entre cortes dependeria fundamentalmente de uma *gramática comum* a elas, elemento pouco desenvolvido na presente conjuntura. O grau de progresso no tocante a esse elemento estaria relacionado à disposição dos juízes em buscar a *opinião dos pares* em outras instituições judiciais. O autor afirma que, quando são feitas citações de decisões alheias, faz-se apenas como exemplo de *opinião*, e não com *autoridade* de *case law* (precedente ou jurisprudência). A referida *gramática* estaria, contudo, está sendo construída, de forma que quando estiver num estágio aperfeiçoado, os juízes reforçarão as decisões alheias mutuamente, conformando um tipo de *rede* ou constituindo, de certa forma, um *sistema judicial internacional*. Essa perspectiva é endossada por Oellers Franhm (2001:83). Helfer e Alter (2009:874-876) adotam essa perspectiva para pensar também a relação entre cortes nacionais e internacionais, enfatizado que o diálogo, nesse caso, produziria maior efetividade/observância em relação ao direito internacional e seria normativamente desejável, mas não tem sido alcançado na prática. De acordo com Bienvesti e Downs (2009), o maior desafio ou problema no tocante ao diálogo inter-cortes seria exatamente as relações entre cortes nacionais e internacionais.

A noção de centralização do judiciário internacional e o papel da Corte Internacional de Justiça

Outra questão importante diz respeito à inserção e função da Corte Internacional de Justiça na solução dos conflitos e sobreposições entre as instâncias jurisdicionais no plano internacional. A Corte deveria ser uma instância de harmonização do sistema jurisdicional internacional? Poderia desempenhar o papel de uma corte constitucional ou um supremo tribunal internacional? Ou seja, quais os limites normativos e empíricos de concepções hierárquicas ou centralizadoras nesse âmbito?

Alguns chegam a defender um papel quase hierárquico para a Corte da Haia. Para Dupuy (1999), a CIJ deve fornecer *parâmetros* para os julgamentos de outros tribunais internacionais, ou seja, estabelecer fundamentos para uma organicidade (do sistema) da função judiciária internacional, considerando que essa função se apresenta cada vez mais difusa. Romano

(1999:713), por outro lado, afirma que o fato de a Carta das Nações Unidas atribuir à Corte Internacional de Justiça a designação de “principal órgão judicial” da organização não representaria nada além de exagero terminológico, tendo em vista o caráter controverso da própria definição do que pode ser concebido como corte ou tribunal internacional. Não obstante, Romano ressalva que a Corte sempre terá um papel fundamental na formação de qualquer sistema judicial internacional (ROMANO, 2009).

Mas é possível se falar em um *sistema judicial* sem falar em *centralização* do poder judicial? Abi-Saab (1999:926) responde afirmativamente e defende que a Corte desempenharia um papel fundamental nesse cenário, sendo a base do sistema, sem demandar, todavia, autoridade sobre as demais, ou seja, desempenharia o papel de *primus inter pares* nesse sistema. No mesmo sentido se posiciona Charney (1999:700 e 707), para quem os diversos tribunais devem respaldar as perspectivas adotadas pela Corte, sem concebê-la em sentido de centralização, na medida em que a diversidade de cortes e entendimentos é algo desejável pela comunidade internacional.

Em uma perspectiva mais radical, que nega tanto o papel de centralização quanto de coordenação, estão Treves (1999) e Bienvesti e Downs (2009:932), que acrescentam que a corte tem um grau de independência muito menor do que as cortes nacionais.

Expansão judicial como enforcement do direito internacional

As consequências decorrentes da multiplicação de cortes e fragmentação seriam, portanto, positivas para grande parte dos participantes do debate. Dentre tais implicações estaria a inserção de um número maior de atores no campo jurídico internacional, sobretudo, no tocante à atuação deles em tribunais, órgãos de solução de conflitos quase-judiciais e órgãos arbitrais internacionais.

Como foi dito, *grande* parte das análises sobre expansão de tribunais internacionais adota um enfoque otimista. Assim, outros autores criticam, inclusive, a terminologia em que o debate é travado. Para Abi-Saab (1999, p. 925), o próprio termo “proliferação”, muitas vezes utilizado,

seria equivocado, por carregar conotação negativa. A multiplicação dos tribunais seria, em si mesma, um fenômeno salutar.

Não obstante a diversificação de instâncias judiciais nesse âmbito, as interpretações empreendidas por esses órgãos, de forma geral, poderiam ser concebidas como norteadas por uma perspectiva sistêmica, ou seja, pode ser apreendido um enfoque comum que estrutura tais interpretações. Esse enfoque, por sua vez, imporia uma unidade em termos de princípios básicos, tais como fontes do direito internacional e responsabilidade internacional dos Estados.

É importante salientar que o problema da descentralização e des-hierarquização tem relação direta com um dos maiores desafios no tocante ao papel do judiciário internacional contemporâneo: a questão do *enforcement*, ou seja, das possibilidades e instrumentos de implementações de sanções, que em diversas situações é relegado aos próprios atores (partes) envolvidos no conflito. Sobre esse ponto, afirma Romano (1999:714): “A questão da natureza vinculante dos julgamentos dos órgãos judiciais internacionais, contudo, não deve ser confundida com a da garantia do cumprimento dessas decisões. A função de garantia das decisões dos órgãos judiciais é de natureza executiva, e como tal é normalmente confiada a órgãos investidos de poderes executivos. É, em outras palavras, uma matéria mais política que jurídica”.

1.3 - Regimes na teoria das relações internacionais

De que forma a questão da proliferação de tratados e a emergência de diversas organizações internacionais (compreendendo as cortes e quase cortes internacionais) foi inserida nas agendas de pesquisa em relações internacionais? Qual a repercussão de tais processos nesse campo?

Buscamos, em seguida, responder essas questões. Para isso, devemos explorar sobretudo a forma pela qual esses processos constituiriam elementos importantes para o surgimento e definição das análises neoinstitucionalistas e os debates com neorrealistas e construtivistas a partir do fim da década de 1970.

1.3.1. Pós-Segunda Guerra mundial – novas perspectivas sobre cooperação, instituições e emergência da teoria dos regimes internacionais

A conjuntura que se estabeleceu gradualmente a partir do fim da Segunda Guerra mundial, envolvendo a criação das Nações Unidas (com suas diversas agências), o surgimento de novas organizações internacionais e a multiplicação de tratados e convenções internacionais era um dos fatores fundamentais para a emergência de novas formas de problematização na literatura das relações internacionais.

O cenário marcado pela *détente* da guerra fria, que instituiu uma condição de relativa estabilidade no campo da segurança e, por outro lado, a ascensão de problemas econômicos enunciavam uma demanda por novas formas de se pensar cooperação e instituições, pela redefinição de certas categorias de análise da esfera internacional e revisão das prioridades da agenda de pesquisa nesse campo teórico.

Nessa conjuntura, a erosão de modelos como o da previsibilidade das relações cambiais, quando os EUA anunciaram a extinção do padrão cambial atrelado ao ouro e a adoção da taxa de câmbio flutuante (combinado com o aumento expressivo na mobilidade de capital privado no plano internacional), e a emergência da crise do petróleo na década de 1970, por exemplo, constituiriam indicativos da necessidade de se compreender e lidar melhor com problemas econômicos fora do paradigma doméstico. O cenário reforçava a percepção de impossibilidade de isolamento dos efeitos das crises sobre políticas nacionais.

Nos termos do recém emergente neoinstitucionalismo, esses eram indicativos de que não se poderia mais prescindir da consideração de elementos de uma *interdependência complexa*⁴⁶, e, portanto, de análises que partissem de um conjunto de condições de implicação mútua entre os atores. Uma das questões fundamentais a partir da década de 1970 seria: em que medida a nova conjuntura sinalizaria para um movimento de institucionalização na esfera internacional?

Essa pergunta seria respondida a partir de referenciais teóricos diversos. Em conjunto, as diferentes alternativas para responder àquela questão constituem um quadro teórico abrangente,

⁴⁶ Conceito desenvolvido por Keohane e Nye.

que estabelece elementos do que se convencionou chamar de *teoria dos regimes internacionais*.

1.3.2 - Regimes internacionais

O fato de essa questão assumir uma dimensão central na teoria das relações internacionais da década de 1970 em diante implicaria no questionamento da tradição de pensamento nas relações internacionais que dominava o campo. Nesse sentido, o início do debate sobre os regimes internacionais questionaria as premissas reivindicadas há muito tempo pelo realismo/estruturalismo. É o que se daria no tocante aos pressupostos relativos às probabilidades e condições de convergência entre atores internacionais. Essa revisão causaria grande impacto no delineamento dos debates teóricos nas relações internacionais nas próximas décadas. Vamos iniciar tratando, então, das implicações desse cenário na teoria (neo)realista.

Neorealismo

Com o fim da Segunda Guerra mundial, a formação de muitas novas organizações e acordos internacionais e a emergência do conceito de interdependência e de um novo institucionalismo entre as décadas de 1960 e 1970, os autores realistas buscam reformular suas premissas e oferecer respostas aos críticos.

Assumindo papel importante nessa empreitada, Kenneth Waltz (1979) se propõe a construir uma análise mais “rigorosamente científica” do jogo internacional, ou seja, uma explicação mais confiável sobre os padrões recorrentes no comportamento dos Estados nas relações internacionais. O neorealismo mantém vários elementos do realismo clássico. O ponto de deslocamento está relacionado às premissas sobre a natureza humana ou sobre o caráter psicológico dos atores como fator fundamental para explicar o conflito e o comportamento dos atores em geral. Desde suas reformulações iniciais, o realismo já pensava a natureza humana como apenas uma dentre uma enorme multiplicidade de variáveis (WALTZ, 2001 [1959]:12). O conflito não estaria, assim, atrelado à natureza humana, mas às condições estruturais do sistema internacional. No neorealismo o fator que explica fundamentalmente o comportamento dos Estados são as pressões decorrentes da competição internacional, o que limitaria suas escolhas.

Desloca-se, então, o centro da análise dos atores para o sistema ou estrutura, i.e., da distribuição de poder/capacidades entre Estados, que seria anárquica e teria os Estados como atores primários (mantendo o pressuposto do realismo clássico). Sua ação seria orientada pelo *self-help*, buscando constantemente sua sobrevivência e majoração de suas capacidades. Ocorre que a distribuição dessas capacidades é, em grande medida, definida pela estrutura (WALTZ, 1979:82). Quanto ao impacto de atores diversos do Estado nacional, Waltz (1979:93) afirma que “estruturas são definidas não por todos os atores que surgem, mas apenas pelos maiores/mais poderosos (*major ones*)”.

Assim, as alterações na estrutura seriam decorrentes de variações na alocação das capacidades (WALTZ, 1979:97-98) dos atores centrais, ou seja, os Estados. Os Estados deveriam ser considerados como atores racionais⁴⁷ (KEOHANE, 1986:07, DONNELLY, 2000:64-65, MEARSHEIMER, 2001:30-31; GRIECO, 1988:485 e ss) e unitários, *que têm na segurança nacional seu objetivo maior, buscando garantir sua integridade territorial e sua sobrevivência. Para garanti-las, não há nenhum poder maior, mas unicamente o empenho de cada Estado nesse sentido. Na ausência de garantias, reina o estado de anarquia nas relações internacionais e, para nele sobreviverem, os Estados buscam estabelecer entre si um equilíbrio de poder, de forma a inviabilizar o surgimento de um poder mais forte, que possa se tornar algoz dos demais.*

Diferentemente do realismo clássico, o poder não é um fim, mas um meio (WALTZ, 1979:126). O foco temático tanto no realismo quanto no neorealismo é claro: a segurança e a questão militar. Para Mearsheimer (2001:50-51) e Waltz (1979:126), existiria uma hierarquia de objetivos estatais: os objetivos não relacionados à segurança seriam subordinados aos concernentes à segurança. Ocorre que o cenário que vinha se desenhando no pós-Segunda Guerra impunha ao (neo)realismo, cada vez mais, a necessidade de pensar as relações internacionais para além dos problemas de segurança. Mas como a cooperação e as instituições são pensadas nesse marco teórico?

⁴⁷ No tocante à posição do próprio Waltz, embora seja comum encontrar textos que afirmem sua ratificação a essa premissa, essa questão não é clara. Um dos maiores expoentes do chamado realismo ofensivo, John Mearsheimer (2009:241), afirma que na verdade Waltz optou por rejeitar tal premissa.

O ponto de partida do neorrealismo para essa análise é a noção de que a anarquia suprimiria, em grande medida, a cooperação. Isso se daria porque os Estados estariam em constante incerteza sobre a distribuição dos ganhos da cooperação. A incerteza sobre as intenções futuras dos outros Estados mina as possibilidades de colaboração mútua entre eles. Por outro lado, os Estados não estão dispostos a depender de outros, porque isso reduziria suas potencialidades para assegurar sua própria sobrevivência. Nesse caso, associa-se a cooperação ao dilema do prisioneiro (WALTZ, 1979:106-109). Surge um ponto fundamental, talvez o mais importante, no debate entre neorrealismo e neoinstitucionalismo. Para Grieco (1993:117 e ss), os neoinstitucionalistas estariam enfatizando exageradamente os ganhos absolutos, enquanto menosprezavam ganhos relativos. Os ganhos relativos e a fraude/trapaça seriam os dois grandes entraves à cooperação (MEARSHEIMER, 1995:12 e ss, GRIECO, 1993: 117 e ss).

Se os neorrealistas conferem um papel pouco importante à cooperação de forma geral, isso se acentua quando se fala na cooperação institucionalizada. Buscando rebater os argumentos centrais da teoria da segurança coletiva, do neoinstitucionalismo e da teoria crítica, Mearsheimer (1995) argumenta que o papel das instituições no comportamento dos Estados é mínimo e elas não podem ser consideradas como variáveis independentes. Sua crítica incide sobre a forma pela qual os neoinstitucionalistas separariam as questões de segurança e questões econômicas (a cooperação existiria apenas quando nenhuma das partes vislumbrasse riscos à segurança), a ênfase deles nessa segunda área e seu menosprezo da questão dos ganhos relativos. Nesse sentido, o neoinstitucionalismo não apresentaria evidências de que a cooperação não teria ocorrido na ausência de instituições. Assim, as instituições não seriam consideradas variáveis independentes para as relações internacionais.

A menção às instituições internacionais na literatura realista e neorrealista geralmente vem acompanhada, por isso, da expressão epifenômeno. Nessa abordagem teórica, atribui-se pouco ou nenhum impacto às instituições, regimes ou direito internacional no tocante ao comportamento dos atores internacionais, na medida em que a conduta de tais atores seria estritamente conexa aos seus *interesses egoístas* em curto prazo. Assim, a possibilidade de se atribuir alguma influência às instituições no ambiente internacional dependeria essencialmente dos fatores "reais" de poder que estão por trás da fachada das instituições internacionais.

As instituições deveriam ser, na melhor das hipóteses, entendidas como *variáveis intervenientes*, ou seja, variáveis que têm a capacidade de no máximo modificar o impacto de outras variáveis essenciais (KRASNER 1983; MEARSHEIMER 1995:13).

Regimes e economia política internacional no neorealismo

A noção de regimes internacionais é construída, no neorealismo, a partir dos elementos da análise das instituições e cooperação, sobretudo o argumento da fundamentação estrutural.

A partir de noções que vinculam poder e interesses estatais com a estabilidade das instituições internacionais, forma-se a mais influente vertente da abordagem realista sobre regimes internacionais, que é chamada de *teoria da estabilidade hegemônica*.⁴⁸ De acordo com essa abordagem, as instituições internacionais somente poderiam ser estabelecidas e mantidas através de poderes dominantes e em períodos de hegemonia. O enfraquecimento do poder dominante/hegemônico teria corolário enfraquecimento do regime.

A inserção de análises de política econômica internacional na agenda de pesquisa neorrealista se dá, sobretudo, através de Charles Kindleberger. O ponto de partida dessas análises seria sua investigação acerca da Crise de 1929. Nessa análise, Kindleberger sugere, de forma inovadora, que a crise poderia ser explicada pela ausência de uma liderança hegemônica que desempenhasse o papel de estabilizador da economia mundial (*for the world economy to be stabilized, there has to be a stabilizer-one stabilizer*). Tal elemento estabilizador realizaria esse papel a partir do provimento de três *bens públicos*: mercado aberto de bens, fluxo de capital contínuo ou anticíclico e mecanismo de redesconto para prover liquidez ao sistema monetário internacional. Dessa forma, a crise poderia ser compreendida a partir da ausência do *stabilizer*, tendo em vista a falta de capacidade da Grã-Bretanha de manter o papel de estabilizador que teria

⁴⁸ Num contexto mais amplo, a estabilidade hegemônica está relacionada estabilidade do sistema internacional de forma geral. Assim, haveria maior probabilidade de o sistema permanecer estável quando existisse um Estado que tivesse predominância (ou “liderança”) de poder (quer fosse através de diplomacia, coerção ou persuasão) no sistema.

desempenhado no século XIX e, ao mesmo tempo, o desinteresse dos Estados Unidos nesse papel (KINDLEBERGER, 1986:291-292).

Essa análise produz elementos para a construção da *teoria da estabilidade hegemônica*. Nesse sentido, Gilpin (2002:92-95) dá continuidade aos pressupostos de Kindleberger e defende que o estabelecimento de uma ordem econômica liberal demandaria um poder hegemônico, sendo que sua manutenção estaria vinculada à expansão ou declínio desse poder. Assim, para o pleno desenvolvimento do potencial estabilizador, há a necessidade de uma potência hegemônica que incorpore a ideologia da economia liberal e de que existam interesses partilhados entre as maiores economias liberais. O ator “estabilizador” deveria agir para evitar a ação de “caronas”, impondo as regras econômicas de caráter liberal e estimulando os demais a arcarem em conjunto com os custos de manutenção do sistema.

Embora determinadas críticas à teoria da estabilidade hegemônica digam respeito a uma abordagem específica da teoria, existem elementos que suscitam críticas concernentes à teoria de uma forma geral. Um desses elementos diz respeito à suposição de que os regimes são as soluções primárias para os problemas de ação coletiva entre os países desenvolvidos, em vez de considerá-los apenas como uma parte integral da cooperação e da política internacional (HAGGARD; SIMMONS, 1987:503).

Outro tipo de análise realista ou estruturalista é empreendido por Susan Strange. Para a autora, o conceito de regimes internacionais não seria nada mais do que um modismo da academia americana envolvido por análises subjetivas sobre o declínio da hegemonia dos Estados Unidos. Os regimes serviriam a três objetivos básicos: (i) instrumentalizar o poder dominante (estratégico), (ii) fornecer os acordos demandados para tornar compatível a autonomia nacional com ganhos no mercado mundial (adaptativo) e (iii) fortalecer a retórica cosmopolita e cooperativa, enquanto os Estados buscam os próprios interesses egoístas (STRANGE, 1982).

Neoinstitucionalismo

Mas até que ponto a cooperação e as instituições necessitavam realmente de um ator

hegemônico? Anarquia e cooperação são realmente incompatíveis? Em *Power and Interdependence*, Nye e Keohane (1977) relativizam algumas premissas realistas. A dinâmica do cenário internacional nesse momento apontaria para uma revisão da relação entre conflito e anarquia. Para os autores, em diversas situações a anarquia tendia não para ao conflito, mas para a cooperação. Essa percepção estava de certa forma associada à noção de que estaria havendo uma diminuição do espaço da agenda internacional no tocante às questões de segurança e uma crescente demanda por análises acerca da economia internacional.

Dentre os pressupostos centrais do neoinstitucionalismo estão: o sistema internacional anárquico e a concepção dos Estados como atores racionais egoístas, buscando a sobrevivência e majorar suas condições materiais (*capabilities*). Mas, enquanto os fundamentos da abordagem são nomeadamente realistas⁴⁹, suas conclusões no tocante a cooperação, instituições e regimes contrastam com o estruturalismo. O neoinstitucionalismo ou neoliberalismo teria um papel fundamental na redefinição da cooperação e do lugar das instituições na teoria das relações internacionais, sobretudo a partir da década de 1970. Ele também seria pioneiro na formulação das bases da teoria dos regimes internacionais. O escopo inicial era oferecer um tipo de análise alternativa ao realismo, no tocante à convergência e cooperação entre atores internacionais e na explicação do papel das instituições nesse cenário. Para isso atenuariam o peso da estrutura como elemento para a explicação do comportamento dos atores internacionais.

Nesse sentido, questionariam a noção de estabilidade hegemônica e seu corolário, ou seja, a vinculação entre regimes e hegemonia. O neoinstitucionalismo busca contrapor especificamente a explicação de que a existência de cooperação estaria sempre condicionada à atuação de um ator hegemônico, como provedor de bens públicos, tal como proposto, por exemplo, por Krasner (1976) e Gilpin (1971). A motivação central do trabalho de Keohane (1982;1984) nesse período era contestar essa premissa. Para os teóricos estruturalistas, os únicos casos de comportamentos convergentes fora do cenário de hegemonia seriam os de inexistência de divergências, ou seja, de harmonia. A argumentação de Keohane se desenvolve no sentido de afirmar que a cooperação é, sim, possível, mesmo em cenários de ausência de hegemonia e que, na verdade, contrapõe-se à harmonia precisamente porque pressupõe divergência/conflito entre

⁴⁹ Inicialmente se falava em estruturalismo modificado em referência a essa abordagem.

os atores.

Mas quais seriam suas premissas para confrontar a estabilidade hegemônica? Um dos aspectos centrais do argumento é de natureza histórica. Keohane indica certos casos na história da cooperação internacional em que teria ocorrido comportamento cooperativo dos atores mesmo na ausência de hegemonia. Exemplifica essa questão enfatizando a percepção de um declínio do poder dos EUA a partir de meados da década de 1960, concomitantemente à manutenção de alguns cenários de cooperação e emergência de outros novos. A questão era explicar como e em que condições isso foi possível. Em outras palavras, em que medida poderia continuar existindo vinculação a um determinado regime mesmo após ocorrerem mudanças nas suas condições estruturais? Como se poderia explicar o fato de ter havido mudanças na estrutura (correlação de poder) sem que ocorresse o desaparecimento de certos arranjos institucionais/normativos? Surgia, então, a possibilidade de pensar normas e instituições como providas de efeitos causais independentes.

Para explicar a cooperação em cenários de ausência de hegemonia e de interesses convergentes, Keohane e outros institucionalistas tomam emprestado conceitos de microeconomia, como o de falhas do mercado. A analogia entre atores do jogo político internacional e atores econômicos seria totalmente plausível. Em *The demand for international regimes*, Keohane inicia um deslocamento gradual com certos pressupostos realistas e o empreendimento de uma análise que desviaria o foco das causas para os efeitos da cooperação. A teoria da estabilidade hegemônica tomaria em consideração apenas a oferta de regimes, que seria uma decorrência do poder hegemônico, mas não daria a devida atenção às *flutuações na demanda por regimes*. Assim, não poderia explicar por que os regimes de determinadas áreas tem uma permanência maior do que em outras e o fato de os regimes serem muito mais significativos no cenário contemporâneo do que foram em outros períodos de intensa hegemonia, como no final do século XIX.

A demanda por regimes implicaria uma demanda por princípios e normas. Mesmo num ambiente determinado pelo auto interesse, poderia haver um papel relevante para normas e princípios. (KEOHANE, 1982:325-330). Um entrave decisivo para a cooperação seria a

incerteza. Nesse sentido, as instituições/regimes se colocam como regras, normas, práticas e procedimentos de tomada de decisão que modelam as expectativas dos atores. As instituições e regimes ampliam consideravelmente a previsibilidade ou horizonte cronológico dos atores sobre suas interações recíprocas. Isso é o que não ocorreria em acordos *ad hoc*, em que a possibilidade de fraude ou trapaça seria maior. A possibilidade de uma interação com continuidade seria um incentivo para a manutenção da cooperação e para os atores tirarem proveito desta a longo prazo. A contribuição dos regimes internacionais no tocante à cooperação não se daria exatamente pela implementação de regras que os Estados possam seguir, mas pela mudança contextual que possibilita aos Estados tomarem decisões determinadas pelo auto interesse. Assim, a cooperação poderia ser pensada como estratégia racional e auto interessada sob certas condições (KEOHANE, 1984). Que condições seriam essas? Tais condições seriam envolveriam aqueles conflitos que não apresentem resultados de soma zero. Ou seja, elas seriam circunstâncias nas quais resultados ótimos, no sentido de Pareto, não podem ser alcançados, a não ser por ações coordenadas dos indivíduos auto interessados (STEIN, 1982: 304 – 314; AXELROD, 1984: 03-12; KEOHANE, 1984)⁵⁰. O neoinstitucionalismo descarta, portanto, a ideia de que as instituições internacionais não tenham relevância no comportamento dos atores e de que eles estejam sempre em busca de ganhos relativos.

A busca pelos próprios interesses facilitaria aos demais atores atingirem seus próprios interesses. Por outro lado, os regimes tenderiam a restringir a racionalidade dos atores, na medida em que estabilizariam as expectativas dos outros atores no sistema e auxiliariam os administradores estatais a restringir o comportamento de dirigentes futuros. Os realistas teriam ignorado um aspecto muito importante das relações internacionais contemporâneas, a saber, que os atores internacionais buscam, cada vez mais, informação e clareza sobre os dados. Assim, não teriam compreendido a importância das instituições e do papel delas na redução da insegurança das relações (KEOHANE, 1984). Além de reduzir a insegurança, os regimes ainda teriam papel fundamental no aperfeiçoamento do conjunto de informações disponíveis através a criação de

⁵⁰ Em um artigo mais recente (publicado em 2001 na *International Organization*) que aborda a questão das instituições sob essa abordagem, Barbara Koremenos, Charles Lipson e Duncan Snidal buscam revisar e atualizar esse argumento. Segundo os autores, a ideia de escolha racional e teoria dos jogos continua sendo de grande valia para as análises sobre regimes e instituições, todavia, afirmam que certos modelos como o clássico dilema do prisioneiro seria muito simplista para ser aplicado na cooperação internacional. Ver: KOREMENOS, B.; LIPSON, C.; SNIDAL, D. "The Rational Design of International Institutions." *International Organization* 55 (4):, 2001, 761-800.

vinculações (*linkages*) entre questões problemáticas, particularmente entre regimes sobrepostos, aperfeiçoando a previsibilidade (*shadow of the future*) e intensificando a penalização por questões de reputação (KEOHANE; AXELROD, 1986:234-250). Esses aspectos são enfatizados por North (199X:1-35), ao tratar do impacto que as *mudanças institucionais* podem exercer na economia global. Para o autor, as instituições (formais e informais), como *regras do jogo numa sociedade*, proveem estruturas e mecanismos que estabilizam e fornecem segurança em termos cognitivos e informacionais para que os atores políticos e econômicos internacionais tomem suas decisões a *curto prazo*. A baixa qualidade das informações e fatores cognitivos de determinada estrutura institucional enfraqueceria a tomada de decisões racionais. A mudança institucional seria resultado, então, da alteração na percepção desses atores sobre o melhor arcabouço institucional.

Além de os regimes serem vistos como mecanismo de produção e manutenção de informação, assinala-se, também, seu papel como maximizares da eficiência, ou seja, na redução de custos transacionais. Seria muito mais custoso para os atores internacionais negociarem uns com os outros num plano ou plataforma *ad hoc*, dado que as instituições e regimes podem reduzir os custos de coordenação por constituírem fóruns centralizados para que os atores tomem decisões em conjunto. A redução dos custos informacionais teria como contrapartida o alcance de níveis mais elevados de previsibilidade, consenso e, portanto, cooperação. Propõe-se assim, uma mudança no foco das análises: da força/capacidade e alcance dos regimes para o conteúdo e efeitos.

Na perspectiva do neoinstitucionalismo, a ênfase incide, portanto, sobre os efeitos dos regimes.

Algumas questões permanecem em aberto no tratamento neoinstitucionalista dos regimes. Dentre essas, destacam Andreas Hasenclever, Peter Mayer, e Volker Rittberger (1997: 39-44)⁵¹: a) o papel que os regimes desempenham não explica, necessariamente, a emergência deles e particularmente se nos tornarmos menos rígido o pressuposto da previsão racional; b) a distinção

⁵¹ Hasenclever et al. pretendem fornecer uma revisão sobre a teoria dos regimes e elementos para repensar alguns problemas que tem sido apontados por diversos críticos. uma das soluções encontradas pelos autores seria a de rever o critério de classificação das teorias.

entre regimes e acordos não é clara e dificulta o estudo da questão da *compliance* entre regimes; c) a questão da circularidade: se os regimes são considerados como acordos em si mesmos, estratégia de criação de regimes para resolver os problemas de cooperação irá depender da própria solução desses acordos.

Como afirmam Haggard e Simmons (1987:506), a abordagem institucionalista (ou funcionalista) é limitada nesse sentido, ou seja, de *não ser causal num sentido forte*. Assim, tem maior poder explicativo para definir *quando os regimes são demandados do que quando eles são ofertados*.

Construtivismo

Pode-se notar, a partir do exame das perspectivas já expostas, que, nos esquemas de análise dos regimes internacionais, a primeira e segunda abordagem são orientadas por uma tradição objetivista de análise. Constitui-se, assim, um déficit no tocante ao papel desempenhado pelo conhecimento, pela ideologia e pelos valores nessa análise. A análise construtivista busca preencher essa lacuna.

Essa abordagem enfatiza que o conhecimento e a ideologia podem afetar os interesses e estratégias dos atores. A dicotomia entre conhecimento e ideologia, de um lado, e interesses, de outro, seria totalmente artificial. O enfoque restrito à maximização racional dos atores ignoraria as circunstâncias históricas e suas restrições, e incorreria na falácia de que os atores respondem de forma absolutamente similar às mesmas restrições e oportunidades de cada momento histórico.

A abordagem construtivista é erigida a partir desses pressupostos. De acordo com ela, a percepção (ou falta de percepção) no processo informacional e no conhecimento afeta profundamente a cooperação. No construtivismo, diferentemente das abordagens anteriores, a estrutura dos regimes e o comportamento dos atores não são dados rígidos e auto evidentes, mas derivados de relações previsíveis entre variáveis (HAGGARD; SIMMONS, 1987:510).

As relações humanas não podem, nessa perspectiva, sustentar-se apenas pelo auto interesse ou interesse racional, ou qualquer padrão de comportamento humano complexo e constante que implique na constituição de um regime. As normas e princípios estariam sempre inseridos no contexto dessas relações. A perspectiva constitui, então, um contraponto à noção de balança de poder no sistema internacional. O contexto social e intersubjetividade representariam, portanto, um elemento central para a análise das relações internacionais e especificamente do papel das instituições internacionais. Assim, enfatiza-se o poder das instituições internacionais de alterar identidades e interesses dos Estados. Essas alterações seriam decorrentes da interação dos atores num contexto temporal e normativo (jurídico) específico (ARENDA, 1999 e ONUF, 1989). Tanto Estados quanto instituições se constituem mutuamente em termos de identidade (WENDT 1994: 389).

Numa crítica à teoria da estabilidade hegemônica, John Ruggie afirma que os regimes são reflexos não somente de uma configuração de poder, mas também a configuração de padrões e objetivos sociais dominantes, que seriam ignorados no contexto do estruturalismo/estabilidade hegemônica. Esses padrões e objetivos não seriam rígidos e objetivos, mas flexíveis e não tão racionais quanto supunham os autores das abordagens anteriores. Assim, pode-se dizer que o fator poder político e o objetivos sociais devem ser pensados como elementos conexos. Ruggie argumenta, ainda, que a internacionalização da economia foi resultado de demandas nacionais pelo livre comércio e os Estados passaram a atuar como mediadores entre o mercado e a sociedade. No período que sucedeu a Segunda Guerra mundial teria havido, destarte, um passo para a incorporação e institucionalização do liberalismo, que permitiu aos Estados buscar políticas econômicas que permitissem criar mecanismos de proteção contra mudanças no sistema internacional (RUGGIE, 1982).

Essa é a abordagem mais difícil de ser sumarizada, tendo em vista a multiplicidade de possibilidades de combinações entre conhecimento e ideologia, o que torna as estratégias de pesquisa construtivistas muito mais amplas. No entanto, variantes dessa abordagem que analisam a cooperação internacional sob o enfoque das variáveis ideológicas não são comuns. Uma notável exceção é o trabalho de Judith Goldstein sobre a política comercial americana e suas vinculações com a ideologia liberal, a institucionalização dessa ideologia na cooperação mesmo

em circunstâncias em que outras abordagens optariam por previsões relacionadas a estratégias fundamentadas no interesse estritamente racional. Portanto, tipificar a influência autônoma de conhecimento e ideologia na prática é uma tarefa extremamente difícil. Identificar claramente a interação entre ideologia e poder seria, da mesma maneira, um trabalho complexo, sobretudo onde há uma congruência entre ideologia e posição estrutural. Enfim, os maiores desafios nas teorias construtivistas ou cognitivistas estariam relacionados ao plano empírico (HAGGARD; SIMMONS, 1987: 511 - 512).

1.4. - Considerações finais

Os *self-contained regimes* emergem na década de 1980 mediante a articulação de relações que compreendem debates entre doutrinas jurídicas, pronunciamentos institucionais e processos sociais na esfera internacional.

A difusão de tratados internacionais e de organizações internacionais que se intensificou desde o fim da Segunda Guerra mundial sugeria a necessidade de novos instrumentos para pensar o campo jurídico internacional. Tornou-se recorrente uma percepção de autonomia de diversos setores do campo. Nesse ponto, as posições doutrinárias transitariam entre a necessidade de se reforçar a “unidade” do direito internacional, por um lado, e a concessão de autonomia plena aos “novos” setores do direito internacional, por outro.

Mas de que forma os particularistas poderiam expressar a autonomia desses setores jurídicos internacionais? A demanda por um termo, uma base conceitual para pensar tais setores seria suprida, ironicamente, por uma instituição que é, em grande medida, guiada por um ideal de “unidade” do direito internacional. Na busca por uma expressão que enfatizasse a aplicação e autonomia do direito diplomático no caso *Reféns de Teerã*, a Corte Internacional de Justiça viria a afirmar que as regras desse ramo do direito internacional constituiriam um *self-contained regime*.

Ainda no início da década de 1980, a noção de regimes jurídicos autônomos passa a ser discutida na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Contudo, as estratégias de

utilização desse termo para a argumentação de um discurso particularista e fragmentário do direito internacional não lograram êxito, tendo em vista a falta de um ambiente institucional favorável. O caso da tentativa de Riphagen de explorar o potencial dessa concepção para os fins de uma abordagem particularista evidencia esse ponto. Riphagen tornou-se uma voz solitária na Comissão, defendendo o que ele denominava de “subsistemas”, encontrando uma resistência óbvia à ideia de regime jurídico autônomo. A Comissão tem sua própria fundação inspirada em ideais de unidade no direito internacional.

No plano jurídico-doutrinário, o positivismo, sobretudo com Bruno Simma, definiria os elementos para afastar essa concepção. Nesse período, a concepção de *self-contained regimes* era definida de forma restrita: uma categoria de *lex specialis*. Seu estatuto era estabelecido a partir, fundamentalmente, da problematização de conjuntos de normas de direito internacional que se apresentariam como exceções às regras gerais de responsabilidade dos Estados. Contudo, tais exceções, de acordo com alguns autores na Comissão (Ruiz) e na doutrina (Simma), não existiriam na prática.

A estratégia da mera negação da existência não seria suficiente para dissipar o problema. Era necessário um argumento teórico que embasasse tal reticência. Nesse contexto, aparece a noção de *direito internacional geral*. A autonomia de setores no campo jurídico internacional implicaria o aumento de conflitos normativos, a incoerência do direito internacional, e aquele núcleo geral seria o mecanismo para resguardar a unidade do direito internacional face à autonomização dos setores ou ramos nesse campo. Embora o argumento tenha sido usado amplamente, como se fosse autoevidente, perdura a questão: o que propriamente constitui o direito internacional geral? Uma análise mais detida das bases teóricas e práticas dessa noção demonstram que sua fragilidade conceitual e ambiguidade pode ser equiparada à dos *self-contained regimes*.

Em meados da década de 1990, um novo processo se impõe como elemento importante para a construção dos *self-contained regimes*: a multiplicação de instituições judiciais e quase judiciais internacionais. Esse processo de expansão judicial internacional seria compreendido, como um novo elemento no conjunto de relações que articulam os *self-contained regimes*: as

self-contained jurisdictions. Por outro lado, nessa época também ocorre uma difusão e maior diversificação das acepções do termo *self-contained regimes* na literatura de direito internacional. Nesse ponto, os *self-contained regimes* transitam entre instrumentos jurídico-normativos restritos e estruturas regulatórias amplas, dotadas de aparatos institucionais cada vez mais complexos e especializados. Em meados da década de 1990 e durante toda a de 2000, a relação de equivalência entre *self-contained regimes* e normas de responsabilidade estatal é, então, relativizada. Tende-se, cada vez mais, a enunciar noções que abrangem divisões e subdivisões metodológicas do campo jurídico internacional e dos campos jurídico-normativos dotados de aparatos institucionais e mecanismos de *enforcement* sofisticados. Nesse sentido, pode haver uma aproximação na caracterização dos *regimes jurídicos internacionais autossuficientes* e a noção de *issue areas* das relações internacionais. Ao mesmo tempo, dá-se um deslocamento da ideia de conjunto de normas primárias e secundárias que excluem o direito internacional geral e as regras gerais de responsabilidade internacional dos estados. A inserção de elementos analíticos de ciência política neoinstitucionalista em setores da literatura de direito internacional estabelece certa convergência metodológica no tocante às concepções sobre esferas específicas da regulação jurídica internacional com a teoria de relações internacionais.

Assim, os *self-contained regimes* (ou regimes em direito internacional) passam, em alguns casos, a ser referidos mais no sentido de coordenação de expectativas e redução de custos transacionais e informacionais de atores⁵² ou sujeitos de direito internacional do que em termos de hermenêutica jurídica e conflitos de normas no plano jurídico internacional. Um indicativo desse novo caminho pelo qual passa a problematização dos regimes no direito internacional seria definido pelo autor da proposta de estudo sobre a fragmentação na comissão de direito internacional. Num artigo de 2004, G. Hafner (2004:859) afirma que “não obstante os problemas que a proliferação de regimes e regulações específicas inevitavelmente cause, é indubitável o potencial de efeitos positivos em relação à *compliance* com o direito internacional, bem como a *estabilidade e previsibilidade das relações internacionais*” [g.n.].

⁵² Na década de 2000 fica cada vez mais clara a ascensão de novas tradições e metodologias inspiradas no neoinstitucionalismo e neorealismo das relações internacionais, na doutrina jurídica. Em textos como *Limites do Direito Internacional* de Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, o *law making* no direito internacional passa então a ser concebido e analisado em termos de barganhas definidas a partir das escolhas de atores estritamente racionais, buscando ganhos ótimos (no sentido de Pareto).

Nesse sentido, Ratner (2008:484-485), ao tratar da noção de regimes e sua inserção na questão da fragmentação do direito internacional, faz ampla menção à concepção de regimes nas relações internacionais e seus pressupostos, citando Krasner, que também é tomado como ponto de partida por Dunoff (2012:139) para repensar as *interações de regimes jurídicos* no plano internacional. Num influente texto sobre as possíveis vinculações entre a OMC e outros regimes, Leebon (2002) se utiliza de elementos tanto de direito internacional quanto de relações internacionais, o que também constitui em grande medida a proposta para um conceito *híbrido* de Margaret Young (2012:11 e ss).

Nesse contexto, a divergência entre particularistas e universalistas/unitaristas alcançaria outras dimensões. A difusão da noção de *self-contained regimes* e os debates que se iniciavam acerca da “proliferação” de tribunais internacionais constituiriam elementos fundamentais para a emergência da fragmentação do direito internacional. Os *self-contained regimes* se inserem, portanto, no contexto da fragmentação como conceito polivalente e de diferentes estratos sobrepostos.

No mesmo período em que emergem os *self-contained regimes* no campo jurídico internacional, formam-se, nas relações internacionais, os regimes internacionais. Eles surgiam como um novo elemento para se pensar a questão da cooperação e instituições internacionais no pós-Segunda Guerra, levando em consideração os processos e instituições que marcavam o novo cenário.

Nas relações internacionais, a problematização dos regimes também tinha como ponto de partida os setores internacionais cada vez mais especializados e os processos assinalados na introdução. Mas, diferentemente do direito internacional, não se discutia se esses setores deveriam ou não ser coerentes com um meta-setor, ou uma regra geral. Embora a discussão contemplasse elementos normativos (como a importância de regras, normas e princípios), as questões fundamentais era o comportamento de atores e, especificamente, a possibilidade de os atores internacionais optarem pela cooperação e instituições nas suas relações mútuas. As nuances do debate sobre regimes seriam mais definidas nesse campo, sobretudo o famoso debate

neo-neo, embora os construtivistas tenham contribuído com ele⁵³. A abordagem jurídica e a internacionalista são separadas ainda no aspecto conceitual. Enquanto se questiona o que seriam os *self-contained regimes* (e até mesmo se existem), nas relações internacionais praticamente não se discute a existência dos regimes (com exceção de Strange) e a conceituação deles seria mais abrangente já nas suas primeiras formulações, não implicando em maiores controvérsias. Isso se daria tendo em vista a problematização ter sido, em grande medida, centrada num debate que contrapunha posições, em vários aspectos muito próximas (neo-neo). Assim, se a primeira definição foi pensada por um construtivista (RUGGIE, 1975:570), a que se estabeleceu (e se tornou logo clássica) foi a de um neorrealista (Krasner, 1993). O ponto de grande divergência interna às teorias de relações internacionais seriam os fatores pelos quais os regimes são estabelecidos e se mantêm.

Os neorrealistas vinculariam o surgimento e a continuidade dos regimes à existência de um ator hegemônico que os instaurasse e os mantivesse, embora uma minoria continuasse a compreendê-los como instrumento para encobrir interesses de atores mais poderosos no sistema internacional (Strange). Enquanto isso, o neoinstitucionalismo creditava a emergência e manutenção dos regimes essencialmente ao autointeresse dos atores internacionais por um ambiente com maior previsibilidade, informação e menores custos transacionais. Assim, embora haja divergências nesse aspecto, o *mainstream* da teoria dos regimes compartilha a noção de que a teoria dos regimes fornece maior cientificidade às análises de cooperação e instituições.

No tocante aos objetos, pode-se notar um deslocamento inicial e uma aproximação parcial posterior entre os regimes nos dois campos. Na década de 1980 até meados de 1990, os regimes em direito internacional eram pensados a partir de normas jurídicas formais, enquanto nas relações internacionais eles também compreenderiam padrões, diretrizes e recomendações, declarações de intenção, etc. Com a ampliação das variações conceituais dos *self-contained regimes*, haveria a possibilidade evidente de eles ainda compreenderem instrumentos de *soft law*, cuja ascensão e difusão tem sido motivo de crítica, principalmente entre positivistas⁵⁴.

⁵³ Inclusive a primeira menção/definição de regimes internacionais seria estabelecida por um construtivista (RUGGIE, 1975:570)

⁵⁴ Ver: WEIL, Prosper. Towards a relative normativity in international law?, 1983

No campo das relações internacionais predominam, portanto, abordagens essencialmente causais sobre os regimes, tendo em vista as questões fundamentais sobre o que constitui e o que mantém os regimes. Nesse sentido, ignora-se uma pluralidade de relações e elementos que tornaram os regimes possíveis. No direito internacional, por outro lado, pensa-se em regimes fundamentalmente do ponto de vista normativo e se questiona como se deve lidar com eles. Os regimes são tomados como autoevidentes, nos seus diferentes extratos conceituais, ou como mera ficção.

Um aspecto que merece ser aprofundado diz respeito às dimensões constitutivas dos regimes nos dois campos e à amplitude de espaço e oportunidades de estratégias emergentes. Ambas as perspectivas não problematizam as formas pelas quais os regimes constituem formas de resistência ou contradominação. As teorias suprimem, ainda, o papel fundamental de outros atores e setores não estatais na dinâmica dos regimes.

CAPÍTULO 2 – A EXPANSÃO E ESPECIALIZAÇÃO NO CAMPO JURÍDICO INTERNACIONAL E O DEBATE NA TEORIA JURÍDICA E NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 - Introdução ao debate jurídico

As primeiras formulações e raízes do direito internacional moderno remetem aos séculos XVII e XVIII. Ele se organiza como disciplina acadêmica a partir da metade do século XIX e até meados do século XX se estabelece, essencialmente, como instrumento para o reconhecimento e a regulação das relações diplomáticas entre Estados europeus.

Desde esse estágio inicial, o direito internacional passou por períodos de afirmação, crises e críticas em diversos níveis, e continua sendo questionado em aspectos metodológicos, normativos e até mesmo ontológicos. Isso ocorre tanto no contexto de abordagens de relações internacionais quanto de vertentes da própria teoria jurídica. Assim, se por um lado o direito internacional é retratado por realistas e neorealistas como mero instrumento a serviço de grandes poderes e interesses ou como epifenômeno na esfera internacional, por outro lado, ele também é referido como *direito primitivo* ou um quase direito por juristas como Austin⁵⁵ e Hart. Em contrapartida, diversas estratégias argumentativas são constantemente reinventadas para afirmar e justificar sua materialidade e juridicidade⁵⁶. Surgem ademais, sobretudo a partir da década de 1980, inúmeros trabalhos voltados para uma crítica interna, concernente às dimensões hegemônicas envolvidas no estabelecimento dos fundamentos iniciais do direito internacional.⁵⁷

⁵⁵ Na noção de Austin sobre direito e poder, apenas poderiam ser consideradas jurídicas as regras que fossem vinculadoras através de uma instituição superior, capaz de aplicar os comandos com o uso legítimo da força. O fato do sistema de regras entre Estados nação não se encaixar na estrutura piramidal de direito, ou seja, a estrutura horizontal e “igualitária” impediria que o direito internacional possa ser considerado realmente direito.

⁵⁶ Ver dentre outros: Richard Falk, *The Reality of International Law* 14 *World Politics* 353, 1962; Wolfgang Friedmann, *The Reality of International Law - A Reappraisal*, 10 *Columbia Journal of Transnational Law* 46, 1971; e Anthony D'Amato, *Is International Law Really Law*, 79 *Northwestern University Law Review*, 1984

⁵⁷ Nessa revisão da história da disciplina, o direito internacional pode ser compreendido como um projeto hegemônico-colonialista encetado por uma restrita liga de “nações civilizadas” (os principais Estados europeus). Ver: 5 *Social & Legal Studies* 337. Mohammed Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order* (1979). Anghie, Berman, Koskenniemi. Dianne Otto, ‘Subalternity and International Law: The Problems of Global Community and the Incommensurability of Difference’ (1996) Amr Shalakany, ‘Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism’ (2000) 41 *Harvard International Law Journal* 419.

De que forma a década de 1990 poderia ser compreendida dentre períodos de prevalência da (auto)afirmação⁵⁸ e outros de desconfiança ou negação da normatividade jurídica internacional?

O início da década de 1990 é marcado pelo normativismo otimista relacionado com o fim da guerra fria. As Nações Unidas declaram os anos 1990 como o *decênio para o direito internacional* e constitui-se uma agenda para debater as possibilidades de um *rule of law* internacional ou global. Nesse contexto, alguns autores contemplavam as possibilidades de concretização de ideais neokantianos inspirados na *paz perpétua* e fundados em reformulações de um cosmopolitismo/liberalismo e democracia/governança/justiça global. Nessas concepções normativas, é conferido ao direito internacional um papel nuclear, análogo ao status que o direito das gentes detém no projeto kantiano de 1795.

Ocorre que, enquanto se proclamava o pleno estabelecimento do direito internacional como disciplina autônoma ou, nas palavras de Thomas Franck (1995:06), a *fase pós-ontológica* do direito internacional, também se delineava um debate que trazia novamente à tona inquietações sobre sua natureza e consistência: a fragmentação do direito internacional. Assim, ao mesmo tempo que alguns autores falavam em constitucionalização da *ordem internacional*, outros já manifestavam a percepção de que a expansão e especialização de normas jurídicas e instâncias judiciais internacionais implicariam uma gradual erosão do campo jurídico internacional.

Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below* (2003). BS Chimni, 'Third World Approaches to International Law: A Manifesto' in A Anghie, BS Chimni, K Mickelson and O Okafor (eds), *The Third World and International Order: Law, Politics And Globalisation* (2004). James Thuo Gathii, 'Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentring the International Law of Government Legitimacy' (2000) 98 *Michigan Law Review* 1996. Sundhya Pahuja, 'The Postcoloniality of International Law' (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 459. David Kennedy, 'The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the Field of International Economic Law' (1995) *American University Journal of International Law and Policy* 671. James Thuo Gathii, 'International Law and Eurocentricity' (1998) 9 *European Journal of International Law* 184.

⁵⁸ Dentre os ciclos de confiança está o período da década de 1960 até a de 1980. A década de 1960 foi quando se constituem marcos decisivos no *desenvolvimento* do direito internacional, dentre os quais pode ser citadas as quatro Convenções de Genebra sobre o direito do mar, a Convenção sobre as relações diplomáticas e consulares e as Convenções de Viena sobre o direito dos tratados. No plano da teoria do direito internacional pode ser citada a publicação da obra clássica de Ian Brownlie intitulada *Principles of Public International Law*, que se propõe a abordar o direito internacional, sem questionar sua juridicidade (que já estaria plenamente estabelecida), como nota Colin Warbrick, em Brownlie's *Principles of Public International Law: an Assessment*, in: *European Journal of International Law*, 2000, p. 623-627.

A década de 1990 seria marcada, portanto, por um paradoxo na teoria. Ao mesmo tempo que se declarava o fim de seu estigma de idealismo metafísico e uma grande confiança na concretização máxima de suas disposições, surge outro desafio: o questionamento de sua unidade.

Nesse sentido, o debate contemporâneo suscita novas questões ontológicas e teleológicas: o que é e o que deve ser o direito internacional? Deve ser ele uma *ordem* lógico sistemática e formal ou uma aglomeração de *subsistemas*? É realmente possível pensar o campo jurídico internacional em termos de *unidade*?

O debate é constituído, portanto, em termos⁵⁹ de *unidade e fragmentação*. Mas que pressupostos teóricos foram relevantes para que a problemática fosse definida dessa forma?

No presente capítulo buscamos explorar as dimensões que o debate da *fragmentação do direito internacional* alcança na teoria do direito e, posteriormente, verificar como uma problemática conexa se desenvolve nas relações internacionais.

Antecedentes e formação do debate na teoria jurídica

Embora o debate da fragmentação do direito internacional tenha realmente se estabelecido apenas a partir do fim da década de 1990, já no início da década anterior, a expansão da normatividade jurídica nas relações internacionais suscitava questionamentos sobre o futuro do campo.

⁵⁹ Embora já na década de 1950 pudessem ser encontrados alguns prenúncios que apontavam para as formas pelas quais direito internacional viria a ser em grande medida interpretado e pensado no início do século XXI, é realmente a partir da conjuntura do pós guerra fria que, dentro da teoria do direito, se delineia o debate a partir dos elementos que é posto até o final da década de 2000 pelo menos. Ver: JENKS, C.W., "The Conflict of Law-Making Treaties, in: *30 British Yearbook of International Law*, 1953, p. 403. Como enfatiza o relatório da comissão de direito internacional, Jenks apresenta um texto visionário na medida em que em pleno pós segunda guerra, sintetiza os elementos que serviriam posteriormente como base para interpretações contemporâneas sobre a fragmentação do direito internacional, ao afirmar que "... os tratados normativos tendem a desenvolver-se através de diversos grupos históricos, funcionais e regionais separados entre si e cujas relações mútuas em muitos aspectos são análogas as dos sistemas separados do direito interno".

Em 1981⁶⁰, Max Sørensen publicaria um artigo que usava o termo para descrever a “multiplicidade de sistemas independentes *existentes*” ou de “uma grande variedade de ordens jurídicas autônomas como subsistemas”, que poderia “levar a dissipação ou *fragmentação* da ordem jurídica mundial” [g.n.]. O artigo ainda é precursor, ao pensar os setores jurídicos internacionais, não apenas do ponto de vista das normas e conjunto de tratados, mas também do ponto de vista das jurisdições, que compreenderiam órgãos judiciais *stricto sensu*, como a Corte Europeia, e quase judiciais no âmbito da Organização Mundial da Saúde e a Organização Internacional do Trabalho (SØRENSEN, 1983:566 e 575). Mas deve se enfatizar que a abordagem de Sørensen não aponta para conclusões positivistas e pessimistas. Para o autor, existiriam mecanismos jurídicos que poderiam integrar os diferentes sistemas. Dentre esses, estariam *princípios jurídicos* de ampla aceitação, *contatos* e *intercâmbios informais* entre os membros de diferentes órgãos judiciais e quase judiciais, dentre outros (SØRENSEN, 1983:576).

Mas, como foi visto no capítulo 1, a problematização dos setores jurídicos internacionais foi, em grande medida, definida, nesse momento, pelo discurso positivista, como ficou claro na discussão sobre self-contained regimes. Não obstante, essa abordagem apresentava uma divergência fundamental: alguns pressupunham a formação ou existência desses setores autônomos, como no argumento de Sørensen, enquanto outros afirmavam que se tratava de uma preocupação meramente teórica.

É no primeiro sentido que aponta a análise de um artigo seminal de Prosper Weil sobre as condições da *normatividade do direito internacional* em 1983. Weil faz referência à tendência de independência operacional e teórica de setores específicos do campo jurídico internacional. Tal propensão deveria ser entendida como *ameaça*, na medida em que implicaria a gradual erosão do campo jurídico internacional *unificado*. Outro problema estaria relacionado com a produção teórica: a difusão de uma concepção que definia o direito internacional como uma de *constelação de disciplinas mais ou menos autônomas*. A solução para evitar o aprofundamento desses riscos seria dar ênfase à doutrina do *direito internacional geral*. Deveria ser estabelecido

⁶⁰ Publicado originalmente em alemão e posteriormente (1983) em inglês. A publicação original apareceu em Festschrift Hans Kutscher (1981), Europäische Gerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, sob o título de *Eigene Rechtsordnungen, Skizze zu einigen Systemanalytischen Betrachtungen fiber ein Problem der internationalen Organisation*.

um mecanismo para definir o *caráter residual* a ser atribuído às regras de caráter geral em relação às divisões setoriais. Assim, o diagnóstico de Weil sobre a situação do campo é que estaria se formando um quadro de *patologia do sistema normativo internacional*. O artigo também incorpora uma crítica ao desenvolvimento das noções de *soft-law* e *jus cogens*, que, na sua concepção, representariam um esvaziamento da *normatividade do direito internacional*. Para o autor, a vinculação e obrigatoriedade decorrentes de normas *erga omnes* e cogentes seriam a fonte da legitimidade do direito internacional. O fato de as normas de direito internacional passarem a ser vistas como *hard* ou *soft* implicaria, na prática, o enfraquecimento do padrão legal/ilegal, tornando o campo jurídico extremamente vago e impreciso (WEIL, 1983:413 e ss.).

As preocupações de Weil são reforçadas em um texto de 1985, escrito por outro autor positivista: Ian Brownlie. Para o autor, a compartimentalização através de uma “impressionante federação de áreas específicas” ameaçaria “a qualidade e coerência do direito internacional em sua integralidade e resultaria em sérios conflitos e tensões entre programas e princípios”. A *proliferação de normas secundárias* representaria ameaça ao campo jurídico internacional. Isso se daria tendo em vista que, em grande parte dos conflitos normativos, os princípios da *lex specialis* e da *lex posterior* não resolveriam o problema da identificação da norma aplicável. Assim, cada subsistema ou regime buscaria prevalecer sobre os demais, ao se afirmar como mais específico, dando origem, portanto, à sobreposição descoordenada de regimes jurídicos internacionais autônomos. A consequência final desse processo seria a erosão da autoridade e credibilidade do direito internacional (BROWNLIE 1987:14-15). No mesmo ano, ao tratar do que seriam as recentes *tendências no law making* internacional, Oscar Schachter (1988:01) usa termo *proliferação de regras e padrões internacionais* ao fazer referência à intensa expansão do direito internacional, que estaria transcendendo suas *fronteiras naturais*.

O segundo tipo de argumentação positivista pode ser notada (como vimos no capítulo anterior) nas discussões na Comissão de Direito Internacional e na abordagem de Simma (1985). Buscando demonstrar a inconsistência dos *self-contained regimes*, Simma afirma a inexistência de um conjunto de normas de direito internacional ou setores do direito internacional que se enquadrem na concepção ambígua que havia sido criada pela Corte da Haia.

A contraposição às argumentações pessimistas em relação à expansão e especialização do direito internacional seria a tônica da edição que celebrava o vigésimo quinto aniversário do *Netherlands Yearbook of International Law*. A publicação foi dedicada a avaliar se os subsistemas ou *self-contained regimes* ocasionariam a fragmentação do sistema jurídico internacional ou se seriam um fator de contribuição para a efetividade da sua aplicação. A conclusão dos artigos apontava para a segunda alternativa. Já no artigo introdutório, Wellens (1994:28) conclui, por exemplo, que a independência entre as áreas específicas "promove e garante o aumento da efetividade de seu conjunto particular de regras primárias, sem ameaçar a unidade e coerência da ordem jurídica internacional". Num sentido próximo, Thomas Franck (1995:4) afirma que a "especialização é um tributo que a profissão paga pela maturidade do sistema jurídico.

O resultado dessa pesquisa foi o suporte à segunda pressuposição, mas a contribuição de maior interesse talvez tenha sido aquela acerca da configuração desses subsistemas. A propósito dela, foi necessário trazer ao debate não apenas a existência de regras específicas relacionadas a responsabilidade, mas também a existência de outras regras secundárias e, especialmente, das regras tratando de *law making*, as quais tão decisivas na configuração de um subsistema.

A partir de meados da década de 1990, a discussão sobre setorização ou compartimentalização do campo jurídico internacional teria que contemplar o marcante processo de expansão judicial. Essa discussão não poderia mais se restringir à questão da expansão de normas. Não era mais possível argumentar que os *self-contained regimes* não existiam e que sempre existiriam formas de integração das normas e mecanismos que garantiriam a coerência, como o direito internacional geral. A partir desse momento, a suposta ameaça à coerência e unidade do direito internacional torna-se muito mais concreta, na forma de uma multiplicidade de novos tribunais com grande potencial de divergência sobre questões análogas.

A defesa da unidade do direito internacional deixa de ser articulada, nesse momento, em termos de risco teórico (*self-contained regimes*) para ser articulada em torno da ideia de risco concreto. É nesse momento que ocorre a sequência de pronunciamentos de juízes da Corte

descrita no capítulo anterior, enfatizando a ameaça representada pela multiplicidade de cortes e tribunais à coerência e unidade do direito internacional.

Um dos marcos no debate sobre a expansão do judiciário internacional é a realização de um seminário promovido pelo *Journal of Law and Politics* na Universidade de Nova York, em 1999. No conjunto de artigos discutidos, apresenta-se uma intensa discussão sobre possíveis implicações do aumento de instâncias judiciais internacionais e contrapontos à noção de risco ao direito internacional. Esse debate passaria a ter posição de destaque nas agendas de pesquisas do campo nos anos posteriores.

A partir da década de 2000, a noção de fragmentação do direito internacional passa a ser problematizada compreendendo tanto a expansão normativa quanto a judicial. Exatamente no ano de 2000, Gerard Hafner sugere a criação de um *grupo de trabalho* para pesquisa sobre fragmentação. Nesse estudo de viabilidade, Hafner identifica uma variedade de fatores que teriam causado a fragmentação do direito internacional em geral. Dentre eles estariam a falta de órgãos centralizados, a especialização da regulação internacional, o alargamento do escopo do direito internacional e os diferentes regimes de regras secundárias (A/55/10, anexo, 143). A fragmentação do direito internacional seria um aspecto do aumento fragmentação política e do crescimento da interdependência regional e global em áreas como economia, meio ambiente, energia, saúde, etc. Seria a consequência da natureza do direito internacional, como um “direito de coordenação, e não de subordinação”, e da falta de instituições centralizadas que assegurassem a homogeneidade e a conformidade do direito internacional. O próprio título do estudo já evidenciava a perspectiva pela qual se sugeria que esse conjunto de processos deveria ser pensado: “*Risks Ensuing from Fragmentation of International Law*”. Para Hafner⁶¹, a conjuntura internacional contemporânea seria marcada por processos de *expansão desordenada* da regulação jurídica internacional, que ocorreriam com intensidade e frequência cada vez maior,

⁶¹ Uma nova versão desse artigo é apresentada por Hafner por ocasião de um simpósio promovido pelo Michigan Journal of International Law em 2004. Nesse texto o autor acrescenta a possibilidade de uma leitura positiva sobre a fragmentação, que diria respeito ao fato de que a expansão da regulação jurídica internacional poderia ser estabelecida de forma mais especializada acomodando melhor as normas, de acordo com a lógica e a racionalidade específica de cada tema ou questão. Ver: HAFNER, Gerhard. “Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law”, in: *25 Mich. J. Int'l L.*, 2004, p. 858 – 859.

sobretudo no *pós-guerra fria*. A Comissão decidiu substituir a noção de “risco” pela de “dificuldade” ou “desafios decorrentes da fragmentação”.

O início do debate na Comissão é essencialmente fundamentado em pressupostos juspositivistas, como já dito. Iniciaremos, então, a análise das principais abordagens sobre a expansão e especialização do direito internacional a partir do positivismo.

As reações positivistas em geral, tanto na Comissão quanto no artigo de Simma, tinham a negação da existência dos setores autônomos como linha de argumento. Outro tipo de abordagem positivista é proposta por Prosper Weil, que, a despeito de fazer referência direta a *self-contained regimes*, apresenta em outro tipo de percepção sobre setores jurídicos internacionais tendentes à autonomia funcional, institucional e teórica. Nessa abordagem, os setores ou regimes realmente existiriam ou estariam se estabelecendo e representariam um risco ao direito internacional. Essa seria uma primeira enunciação de um dos argumentos mais recorrentes sobre fragmentação do direito internacional. Na verdade, esse é o argumento que praticamente estabeleceu que o debate fosse posto nesses termos.

2.2. FUNDAMENTOS DA ABORDAGEM POSITIVISTA

Os pressupostos teóricos do positivismo tiveram um papel decisivo na definição das formas pelas quais a expansão e especialização do campo jurídico internacional viriam a ser problematizadas a partir do final da década de 1990. Para compreender quais são e como se dão as rupturas atribuídas à fragmentação do direito internacional segundo a ótica positivista, é importante entender o processo de elaboração teórica do conceito de sistema no positivismo jurídico e suas distinções, por exemplo, do conceito de sistema na abordagem da teoria sistêmica-autopoiética do direito.

A seguir, buscamos apresentar os pressupostos centrais da teoria jurídico-positivista e como eles são transpostos para a teoria do direito internacional. Deve-se, depois, explorar, especificamente, a articulação desses elementos na compreensão jus-positivista da fragmentação.

Positivismo jurídico e dogmatismo no direito internacional: concepção sistêmico-formal

O positivismo jurídico concerne, essencialmente, a uma concepção formalista do direito. O direito é pensado, analisado e aplicado levando-se mais em consideração a forma em detrimento dos valores de fundo implicados. Nessa concepção, a questão *o que é direito* recebe, então, uma resposta fundamentada no procedimentalismo. O campo jurídico seria compreendido por normas e instituições já submetidas e avaliadas por um processo de validação. Ele é concebido, portanto, em termos de sistema e hierarquia. Um sistema hierárquico dotado de uma *norma fundamental* ou uma *regra de reconhecimento*, essa seria a síntese juspositivista de direito.

Ocorre, assim, um desvio em relação ao direito transcendental, decorrente do divino, da natureza ou da razão, e, portanto, do que concerne à relação entre direito e moralidade estabelecida no jusnaturalismo. O direito passa a ser pensado como uma construção, um produto, e não algo a ser descoberto, achado. Não mais se fundaria em explicações míticas, mas na verificação, e atribui-se caráter científico ao estudo do direito. A juridicidade torna-se sinônimo de validade, o que, por sua vez, envolve, fundamentalmente, as questões acerca da origem da norma no tocante à sua elaboração por autoridade competente e à observância do procedimento adequado para a elaboração e entrada em validade.

Nesse sentido, a noção de direito passa a ser vinculada diretamente à figura do soberano, na modernidade. Essa vinculação será explorada em diferentes sentidos por Bentham, Austin, Hart e Kelsen. O positivismo estabelece, desse modo, uma separação nítida entre direito e justiça. As questões de justiça passam a não serem mais consideradas problemas de teoria jurídica. O mesmo se dá no tocante à relação entre direito e poder. Busca-se, em suma, a pureza epistemológica do direito. O direito deve ser estudado pelos juristas de forma diferente daquela pela qual é estudado pelos sociólogos.

Mas, dentro desse quadro geral de premissas do positivismo, emergem diferentes concepções de direito, em geral, e de direito internacional, em particular. As continuidades e deslocamentos que se apresentam tem implicações na forma pela qual se imagina o direito

internacional nesse contexto.

A relação contemporânea entre direito e sistema, no sentido hierárquico-formal, tem seu desenvolvimento atribuído, principalmente, à influência do pensamento de Kelsen, no contexto dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, e de Hart, com maior influência nos sistemas jurídicos baseados no direito costumeiro ou *common law*. Para Kelsen, a hierarquia diz respeito ao escalonamento de normas, no qual cada uma aufere sua legitimidade e obrigatoriedade da norma imediatamente superior. No patamar mais elevado do sistema estaria o que ele chama de *norma fundamental*, que constituiria o fundamento último de validade e irradiaria sua legitimidade para todas as normas infra-escaloadas⁶². Hart (1994), por outro lado, formula a hierarquia em termos de *normas primárias* e *normas secundárias*. (ver nota n.13)

Através da noção hartiana de *normas secundárias* muitos defendem a concepção formal de unidade no direito internacional. Essas normas determinariam os mecanismos idôneos para que se estabeleça a integração coesa e rígida do sistema jurídico. Ao traçar uma relação com as normas primárias, Hart afirma que as secundárias

“provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers”

De acordo com essa abordagem, o direito não pode ser compreendido a partir da perspectiva isolada da regra ou norma, mas deve ser entendido como o conjunto inter-

⁶² É interessante nesse aspecto a relação entre Kelsen e. Segundo afirmam comentadores a concepção de direito elaborada por Kelsen na Teoria Pura do Direito teria fortes influências da categorias kantianas relativas às condições de possibilidade do conhecimento. Isso se daria particularmente na formulação da chamada *norma fundamental*. Por outro lado, existe um deslocamento fundamental quando consideramos a concepção e fundamentação do direito em Kant, fundamentalmente jusnaturalista e suas formulações de direito e direito internacional eram fundamentadas transcendentemente. No tocante a relação entre direito e moral, o deslocamento de Kelsen fica mais evidente, na medida em que para Kant o direito seria uma dimensão da moral, juntamente com a ética (metafísica do costumes – doutrina da virtude e doutrina do direito). Evidentemente que temos que considerar o período de mais de dois séculos que separam as duas concepções... mas é interessante notar esse deslocamento em termos de teoria do direito. sobre as continuidades (epistemologia) e deslocamentos (teoria do direito) entre kelsen e kant ver... GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Filosofia crítica e razão jurídica. São Paulo: Marins Fontes, 2006.

relacionado e normas primárias e secundárias, o que fundamentaria o conceito de sistema. Nessa abordagem o conceito de sistema é sinônimo de ordem.

Ideais de sistema, ordem e unidade se inserem, nesse contexto, como elementos fundamentais para a defesa da noção de autonomia “científica” para o direito, no discurso jurídico-positivista (VAN DE KERCHOVE E OST, 1994:4). É importante salientar que, na concepção positivista de direito internacional, essas ideias permanecem como pressupostos da elaboração teórica, como se verá adiante.

Positivismo em direito internacional

Assim como ocorreu no contexto da teoria ou filosofia do direito de modo geral, a formação do positivismo como teoria do direito internacional também representou um deslocamento em relação aos pressupostos naturalistas que tinham se estabelecido como base teórica da disciplina em seus estágios iniciais, como, por exemplo, em Vitoria, Suarez e Gentili).

O positivismo estabelecia o direito das gentes como um direito consensual e os tratados e costumes reconhecidos pelos Estados como seu núcleo. Um passo significativo nessa direção foi dado por Vattel. É ele o responsável, em grande medida, por realizar a transição entre naturalismo e positivismo, combinando elementos das duas tradições. Sua obra clássica, *Droit des Gens*, condensa princípios de direito natural, dirigidos, porém, à prática dos Estados, não aos indivíduos. O passo dado pelos positivistas assinalava, igualmente, o caminho do cientificismo: a questão não seria mais se os Estados ou as nações deveriam obedecer e obedeceriam o direito internacional, mas por que os Estados obedecem o direito internacional.

O cenário de secularização do início século XIX aprofundava o vácuo na relação entre direito internacional e a fundamentação transcendental das normas. Assim, ao final desse século, o positivismo já alcançava a posição de teoria dominante. Tais deslocamentos repercutem na forma de conceber o sujeito do direito na esfera supra ou extra nacional. Esse campo passa a convergir, então, quase que estritamente para relação entre Estados ou nações. Assim se consagra o termo “direito internacional” por Bentham, em detrimento da denominação de

“direito das gentes” (*jus gentium*), que era adotada pelo direito romano, na tradição escolástica até Grócio. No plano da jurisprudência, um marco significativo para a substituição da mentalidade do naturalismo pelo consensualismo/voluntarismo (*pacta sunt servanda*) foi a decisão do *Caso Lotus*, na qual se afirmou que o papel do direito internacional seria o de *regular relações entre estados independentes*.

A noção de consensualismo e o fortalecimento da ideia do Estado como ator/sujeito por excelência nesse campo seriam fundamentais para a emergência da difundida concepção dualista do direito internacional, que trata da relação com o direito doméstico. Ao cunhar o termo, Bentham buscava, exatamente, assinalar a noção de uma esfera jurídica separada do direito interno, rompendo, portanto, com perspectiva monista.

No contexto da escola analítica na teoria do direito, o direito internacional é inicialmente rejeitado como sendo desprovido de status jurídico, tendo em vista a ausência de *enforcement* do soberano. “As obrigações as quais [o direito internacional] impõe”, afirma Austin⁶³ (1954[1832]:127), “são validadas por sanções morais: pelo temor por parte das nações, ou pelo temor por parte dos soberanos de que ocorram hostilidades ou outros danos, no caso de violarem as máximas gerais recebidas e respeitadas.”

No positivismo moderno, não era mais plausível negar a juridicidade do direito internacional, de forma que Kelsen reformulou as premissas de Austin, argumentando que, embora o direito internacional não seja realmente dotado de *enforcement* por parte de um soberano, ele dispõe de uma carga de coercitividade gerada pela *self-help*, constituindo, assim, uma forma de direito, ainda que primitiva (KELSEN, 2003[1952]:08-10, 100-1002). Hart, a partir da perspectiva que o caracteriza, pôs em questão o problema dos elementos conceituais de sua teoria do direito em relação ao campo jurídico internacional, acusando a falta de normas secundárias no direito internacional, mais especificamente, de mudança, de julgamento e de *uma*

⁶³ Contrariando as perspectivas tanto de Bentham quanto de Austin, a perspectiva de direito internacional que predominou na teoria jurídica do *common law* foi a do naturalista W Blackstone. Blackstone concebe o direito internacional como uma ordem normativa internalizada pelo *common law*. Essa perspectiva foi adotada de forma fundamental pela Inglaterra para operar as relações com as colônias e posteriormente adotada pelos teóricos e operadores do direito internacional nos EUA e que está em grande medida presente no contexto de outros países de tradição *common law*.

regra de reconhecimento unificadora.

Positivismo e o debate sobre a fragmentação

Como se dá a problematização da fragmentação do direito internacional no positivismo?
Como se define a relação entre os regimes ou subsistemas?

No positivismo, o problema é posto, fundamentalmente, em termos de conflito de regras. A crescente expansão do *law making* no direito internacional representaria, portanto, um risco crescente de conflitos entre normas incompatíveis. Mas, por outro lado, os positivistas em geral sustentam que o direito internacional contemporâneo dispõe de mecanismos para lidar com esses conflitos de normas. O primeiro mecanismo seria o direito internacional geral, qualquer que seja o seu significado. A possibilidade de apelo ao direito internacional geral seria uma possibilidade permanente para os casos de lacunas no regime. Sem o *direito internacional geral*, um subsistema específico poderia, como afirma Abi-Saab (1999:926), transformar-se num “Frankenstein jurídico”, que “não mais partilha na mesma base de legitimidade e padrões de pertinência”. Outro instrumento recorrente para solucionar tais conflitos seria, principalmente, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, além de regras costumeiras e princípios gerais do direito internacional. Mecanismos de integração e aplicação, como os princípios da *lex specialis* (amplamente defendido pelo relatório sobre fragmentação), e a noção de integração sistêmica contida no artigo 31(3)(c) da VCLT, se devidamente utilizados, suprimiriam as lacunas e fundamentariam a solução dos conflitos.

Dentro dessa perspectiva torna-se recorrente a noção de que a propagação de instâncias judiciais e quase judiciais e a expansão da regulação jurídica internacional, através da formações de subsistemas (regimes) jurídicos internacionais concebidos considerados autônomos, poderiam colocar em risco a harmonia e unidade do direito internacional como sistema⁶⁴. Isso se daria porque, nesse contexto, determinados fatos poderiam estar sob a regulação de dois ou mais regimes no plano internacional, com conteúdo normativo conflitante, sem recurso a um

⁶⁴ O relatório preliminar da Comissão de Direito Internacional faz menção do pressuposto sistêmico. Ver também: MARTINEAU, Anne-Charlotte. La fragmentation du droit international: un renouvellement répété de la pensée?, p. 2 e 3.

mecanismo de harmonização, e serem submetidos a diversas cortes, gerando um *conflito de competências* em tese insolúvel.

Um prenúncio dessa forma de conduzir o debate pode ser contemplada nas discussões sobre a proliferação dos tribunais (capítulo 1), sobretudo no que concerne ao posicionamento dos juízes da Corte da Haia. Embora essa leitura pessimista tenha maior repercussão, o positivismo jurídico contempla outro tipo de leitura sobre a expansão e especialização no campo jurídico internacional. Nessa interpretação, a problemática é entendida em termos de elementos que impulsionariam a evolução dos mecanismos de *enforcement*, da eficácia e efetividade do direito internacional.

O debate na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

A forma pela qual a questão foi problematizada na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas se aproximou, em grande medida, dos pressupostos definidos pela abordagem positivista sobre *self-contained regimes* na década de 1980 e pela discussão sobre os novos tribunais internacionais, sobretudo, por membros da Corte da Haia, a partir de meados da década de 1990. Mas, no momento em que o grupo de estudos foi finalmente estabelecido, prevaleceu o entendimento de que uma pesquisa que abrangesse tanto a questão dos *self-contained regimes* quanto a dos tribunais seria demasiado extensa. O *chairman* do grupo de estudos decidiu, então, excluir a questão da proliferação de instituições judiciais.

Mas, como nos vimos no primeiro capítulo, o conceito de *self-contained regimes* é marcadamente ambíguo e, a partir de meados da década de 1990, tende a compreender as instituições. Os setores jurídicos autônomos não seriam compreendidos apenas pelas normas e princípios, mas também pelas instituições.

O grupo de estudos da Comissão de Direito Internacional foi, de fato, estabelecido sob a denominação de "A fragmentação do direito internacional: as dificuldades decorrentes da diversificação e expansão do direito internacional". Ele passou a ser presidido por Bruno Simma a partir da quinquagésima quarta sessão da Comissão de Direito Internacional, em 2002. O fato de tais análises serem fundamentadas em concepções como coerência lógico-hierárquica e

linearidade é recorrente. A própria fundação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas é inspirada num tema essencialmente positivista. Isso pode ser verificado no artigo primeiro de seu Estatuto, que dispõe que a Comissão tem como objeto “o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação”.

Simma permaneceu na coordenação da pesquisa por um curto período, tendo se desligado do cargo em 2003 para assumir o cargo de juiz da Corte Internacional de Justiça. Participou, por isso, da elaboração de apenas um relatório. Simma se define como um autor positivista, mas não se considera um positivista “puro” ou tradicional e defende o que denomina de “positivismo esclarecido” (SIMMA; PAULUS, 1999:303). Sob sua coordenação, buscou-se afirmar uma perspectiva menos pessimista em relação à fragmentação, tendo por contraponto seus aspectos produtivos para o campo jurídico internacional. Dentre esses aspectos estaria uma renovação da vitalidade do direito internacional decorrente da expansão da regulação jurídica internacional e de sua diversidade. A mudança de perspectiva se refletiu, inclusive, na mudança do título da pesquisa, considerado demasiadamente negativo. Simma ressaltou, ainda, que “nem sempre” seria adequado fazer analogias ao plano doméstico e relativizou os premissas de hierarquia nos quais alguns autores da comissão se fundamentavam para pensar a questão⁶⁵.

Propostas positivistas

Mas como estabelecer um possível diálogo intercortes e alcançar os objetivos positivistas em geral, ou seja, um estágio mais elevado de unificação e harmonização no direito internacional?

A doutrina positivista elabora suas propostas normativas a partir de noções que supõem a verticalização do direito internacional. Trata-se de uma noção segundo a qual seria conferido à Carta das Nações Unidas o caráter de constituição, ainda que metafórica como afirma DUPUY (1997:5,30), da comunidade internacional. Nesse contexto, a Corte Internacional de Justiça seria erigida à função de corte constitucional do direito internacional.

⁶⁵ Ver: ILC, Report on the work of its fifty-fourth session, U.N. doc. A/57/10, p. 237 -242.

A argumentação desses autores positivistas em geral é de que as obrigações *erga omnes*, que vinculam todos os sujeitos, e o *jus cogens*, entendidos como regras imperativas de direito internacional, dão sustentação a uma estrutura hierárquica no direito internacional.

Como base nesses pressupostos, duas perspectivas se destacam: uma perspectiva que sugere o reforço/intensificação desses mecanismos (Dupuy) e outra que defende que o uso adequado dos mecanismos existentes já solucionaria os conflitos (Simma).

A primeira perspectiva é adotada por Pierre-Marie Dupuy (1996; 1999; 2002; 2006). Um dos principais representantes da tradição francesa contemporânea no direito internacional, Dupuy apresenta uma das construções teóricas mais sofisticadas e sistemáticas sobre a fragmentação da ótica positivista. Dupuy intervém muito frequentemente nesse debate, embora seu ponto de partida seja o conceito oposto: a unidade do direito internacional ou da *ordem jurídica internacional*.

A questão da unidade permeou grande parte de sua agenda de pesquisa. Um esboço de sua proposta normativa de unidade pode ser vista já em 1996, quando fica evidente sua preocupação com a manutenção ou o desaparecimento da unidade da ordem jurídica internacional (DUPUY, 1996). Mas a sistematização de sua teoria sobre a unidade se dá apenas no seu curso para a Academia da Haia, publicado em 2002. Nesse tratado, Dupuy pensa a unidade da ordem jurídica internacional a partir de três pressupostos fundamentais. O primeiro seria a noção de direito internacional geral como elemento indispensável para uma juridicidade comum, tendo a sua noção de direito internacional geral como núcleo o *jus cogens*, ou conjunto de normas imperativas que estabeleceriam uma “ordem pública internacional”.

O segundo pressuposto seria o reconhecimento de uma “comunidade internacional” no direito positivo. Essa noção deve ser tomada como uma ficção jurídica constitutiva, e a ficção não deve implicar a negação da realidade de uma comunidade internacional, mas servir como um encaminhamento plausível de sua demonstração. Por outro lado, ela serve como contraponto

para outra ficção jurídica, mais tradicional: o princípio da igualdade de soberania/igualdade entre soberanos.

O terceiro fundamento diz respeito à fundamentação normativa da comunidade internacional. Essa ficção jurídica deve ser compreendida como uma categoria imperativa. Dupuy fundamenta essa premissa normativa no próprio conceito kantiano de comunidade internacional. Sugere, ainda, que uma "solidariedade universal" deve orientar os Estados em suas relações mútuas.

Dupuy define a expansão judicial como um avanço para o direito internacional. Sugere que múltiplos mecanismos de solução de controvérsias concorrentes aumentam a liberdade de escolha das partes, em total coerência com o artigo 33 da Carta das Nações Unidas (DUPUY, 2002:470). Mas a proliferação de tribunais envolveria, também, alguns riscos (DUPUY, 1999:792; 2006:4-6). Para Dupuy (2002:470 e ss.), essa unidade do direito internacional estaria ameaçada sob dois aspectos: o conflito de competências, por um lado, e o conflito de jurisprudência ou interpretação, por outro.

Diante de um cenário de sobreposição de jurisdições e de *forum shopping*, a questão seria: como dar continuidade a esse avanço e também preservar a "unidade"?

As soluções propostas pelo autor podem ser consideradas controversas. A principal solução proposta por Dupuy é institucional: em linha com a proposta dos ex-presidentes Mohammed Bedjaoui e Gilbert Guillaume, ele sugere que a Corte Internacional de Justiça deve ser investida de uma autoridade interpretativa suprema e um papel mais central no direito internacional. Nesse sentido, a Corte estabeleceria parâmetros para as disputas em outros tribunais e os fundamentos de uma organicidade da função judiciária internacional (DUPUY, 1999:798 e ss.; 2002:473-478).

A Carta das Nações Unidas sinalizariam para a plausibilidade da perspectiva de uma ordem constitucional no campo jurídico internacional (DUPUY, 1997). A existência de normas com validade *erga omnes* teria como pressuposto a existência de um tribunal que as efetivasse,

isto é, que confirmasse sua eficácia e demonstrasse as implicações do seu descumprimento pelos Estados. A partir desses argumentos, poder-se-ia cogitar a possibilidade de instituir um tribunal constitucional internacional, e esse papel seria desempenhado pela Corte Internacional de Justiça. A Corte cumpriria as necessidades de harmonização do direito internacional e diminuiria o conflito de normas no campo (DUPUY, 1999:803-806).

Uma crítica incisiva de Dupuy (1999: 796-797) é dirigida à “errônea” doutrina dos *self-contained regimes*. A emergência de múltiplas instâncias jurisdicionais especializadas no plano internacional poderia criar uma tendência à instituição de subsistemas completamente autônomos, cada um equipado como seu próprio sistema judicial ou de controle. O risco seria que esses sistemas operem à revelia do direito internacional geral. Um dos fatores que contribuiriam para isso seria a falta de um *background* sólido em direito internacional público, que caracterizaria os “experts” que operam esses regimes. A ideia defendida por Riphagen seria uma ilusão ou, como Dupuy (2006:2-4) compara em seu curso na Haia, *le monstre du Loch Ness*. Num texto posterior (DUPUY, 2006:2-4), reafirma todos esses argumentos e, por meio de exemplos do Órgão de Apelação da OMC e do Direito Comunitário Europeu, mostra que as vinculações fundamentais entre os pretensos regimes autônomos e o direito internacional geral continuam existindo. Conclui, então, que esses regimes específicos vão buscar no direito internacional geral as respostas para questões que manifestam a incompletude do conjunto especial de regras sob quais são fundamentados.

Para Dupuy (2006:13-14) uma das formas essenciais de impedir a fragmentação seria a preservação do direito internacional como linguagem específica. Não pode haver uma comunidade internacional governada efetivamente pelo direito internacional se não houver um entendimento comum sobre seus termos. Nesse sentido, Dupuy conclama a doutrina, a academia, a incorporarem o papel/atribuição de “guardiões da unidade” no que concerne à análise técnica das normas e sua interpretação. Para que seja mantida a unidade do direito internacional, seus operadores devem enxergá-lo como um sistema.

Dupuy sustenta o argumento de que a forma pela qual a doutrina ou a academia define o campo jurídico internacional teoricamente teria grande impacto na maneira pela qual os operadores aplicam o direito. Assim, ao discutir o debate doutrinário na era da globalização,

Dupuy (2006) não se aprofunda nas formas pelas quais o debate da fragmentação tem sido realizado, mas se detém, sim, sobre como ele “deve” ser realizado, em que termos e sob quais pressupostos. Nesse sentido, respalda a forma pela qual a questão foi problematizada na Comissão de Direito Internacional.

Outra abordagem positivista que oferece alguns contrapontos a de Dupuy é aquela defendida por Simma (2006) em coautoria com Dirk Pulkowski. Nesse trabalho conjunto, Simma busca revisar os pressupostos defendidos em seu artigo seminal de 1985 sobre os *self-contained regimes*. Para isso, parte da problemática referente à dificuldade de avaliar as consequências da violação de obrigações jurídicas internacionais. Os autores dão ênfase ao papel do princípio da *lex specialis*. Tal como Dupuy, enfatizam a importância do direito internacional geral como elemento para lidar com os conflitos no campo jurídico internacional, mas relativizam, em contrapartida, alguns argumentos do internacionalista francês.

Nesse sentido, Simma e Pulkowski tentam evitar o universalismo ou unitarismo simples, embora sem se colocarem na posição de particularistas. A questão fundamental seria: até que ponto o direito internacional geral continua tendo aplicabilidade, ainda que residual? Essa questão faria sentido porque existiria uma tendência de parte da literatura em enxergar o campo jurídico internacional como fechado normativamente, constituindo, assim, apenas um complexo de subsistemas não vinculados ou inter-relacionados. Cada um destes subsistemas tenderia, portanto, a presumir a independência completa em relação aos outros e ao direito internacional geral. O que se propõe é o que chamam de uma dialética da unidade múltipla. Nessa nova configuração do campo jurídico internacional, existiria espaço tanto para a unidade quanto para a multiplicidade, e ambas se autocondicionariam. Se, por um lado, os regimes específicos servem como instrumento para a falta de flexibilidade do direito do sistema geral, por outro, muitos regimes que tinham se emancipado do direito internacional geral permanecem dependentes dele de várias formas, incluindo como medida de último recurso, para *enforcement* de regras primárias. O papel do jurista, nesse contexto, seria o de identificar e operar dentro dessa dialética entre a heterogeneidade e lógica específica dos regimes e o tecido sistêmico que os envolve (SIMMA; PULKOWSKI, 2006: 506-510, 529).

2.3 - TEORIA JURÍDICA SISTÊMICA-AUTOPOIÉTICA

No direito, o positivismo se contrapõe, dentre outras abordagens, ao chamado pluralismo jurídico. E é a partir de certa vertente pluralista que se estabelece uma das alternativas mais importantes ao positivismo no tocante à expansão e especialização no campo jurídico internacional. O presente tópico tem como objeto de apreciação o tratamento dessa questão na teoria jurídico-sistêmica autopoietica, vertente que tem alcançado grande destaque e influência na teoria jurídica e, sobretudo, nas análises de *direito e sociedade*, a partir da década de 1970.

Essa abordagem da teoria jurídica preserva alguns elementos conceituais caros ao positivismo jurídico, como é o caso de sistema e ordem. Mas, não obstante presentes na formulação diagnósticos e propostas concernentes à esfera jurídica contemporânea, esses elementos são compreendidos sob um enfoque diverso do positivismo.

A abordagem pluralista tem como ponto de partida teses de autores como Santi Romano. O jurista italiano teve um papel fundamental na construção de uma alternativa teórica ao positivismo prevalente no século XX. A concepção de ordem jurídica está presente em seus trabalhos, todavia, não fundamentada em hierarquia e objetividade. Como foi visto, no positivismo, a ordem jurídica é concebida, teoricamente, como uma unidade institucional orgânica e coesa. Romano (1946:77-106) sugere a superação de tal noção, defendendo a coexistência de uma multiplicidade de ordens jurídicas supra e para estatais, cada qual reivindicando sua normatividade específica e a implementando conforme sua força institucional e referencial, numa relação de interdependência e interinfluência.

Essa é a perspectiva de ordem jurídica que encontramos no trabalho de Günter Teubner. Em que pese a influência de Romano, a principal referência teórica de Teubner se encontra no trabalho de Niklas Luhmann. A partir da teoria dos sistemas autopoieticos, Teubner explora os limites das concepções jurídicas contemporâneas e, particularmente, suas dimensões supra e transnacionais. A noção de pluralismo, nesse caso, não está relacionada a grupos e comunidades, mas à multiplicidade de discursos, sistemas e redes de comunicação. Tomando como ponto de partida os pressupostos sociológicos e epistemológicos de Luhmann, Teubner pensa o direito das

relações internacionais como um sistema que opera de forma fechada em seu próprio ambiente.

Teoria sistêmica e autopoietica: pressupostos e aplicação à sociedade e ao direito

A concepção de *sistemas autopoieticos*, como sistemas que se autoproduzem e se multiplicam a partir de referências internas, constitui o elemento central da teoria social e jurídica desenvolvidas por Luhmann a partir da década de 1970⁶⁶. O foco da abordagem são as redes de comunicação autorreferenciais em detrimento da interação dos atores sociais.

Levando em consideração os pressupostos da teoria sistêmica, podemos afirmar que o conceito diz respeito, em poucas palavras, ao processo pelo qual sistemas (biológicos ou sociais) produzem e reproduzem seus próprios elementos levando em consideração a interação deles com o ambiente. Em outras palavras, a teoria sistêmica concerne ao processo de autoarranjo entre os próprios elementos de cada sistema após a interação com os demais. Em geral, a autopoiese é aplicada no direito como uma metodologia que busca a análise da dinâmica e da circularidade interna a ele⁶⁷ e, ao mesmo tempo, investigar a interação do campo jurídico com outros sistemas, como o econômico e político.

A organização autopoietica é definida como uma unidade através de uma rede de componentes que (1) tem um efeito recursivo sobre a rede de produção de componentes os quais também produzem estes componentes e (2) os quais compreendem a rede de produção como uma unidade no mesmo espaço no qual os componentes estão dispostos, afirma Teubner (1993:22) citando os biólogos Maturana e Varella. A diferença se deve ao fato de que os

⁶⁶ Essa construção teórica é fortemente inspirada pelos trabalhos dos biólogos chilenos Varella e Maturana. E o primeiro conceito fundamental ao qual Luhmann se apropria, no contexto da biologia, é o conceito de autopoiese. Na biologia, tal conceito se expressa, por exemplo, na noção de reprodução celular. Nesse processo, cada célula se auto-constrói e se reconstrói repetidamente, se reproduzindo através da divisão de si mesma, mediante a aplicação de princípios de multiplicação celular que envolvem reações químicas contínuas constantes. Na teoria social de Luhmann e jurídica de Teubner, ocorreria um processo análogo, mas, ao invés das interações entre unidades físicas, os componentes dos sistemas seriam *significado e entendimento* provenientes de processos comunicativos.

⁶⁷ É interessante que Luhmann e Teubner provavelmente tivessem em mente o sistema jurídico romano – germânico (ou *civil law*) ao conceber a ideia de circularidade em sistemas jurídicos, pois essa noção parece se enquadrar melhor em sistemas jurídicos baseados em precedentes (*common law*). Esses últimos constituem um exemplo mais elucidativo de fechamento e conseqüentemente auto-constituição, auto-referência e autodescrição. No caso do sistema jurídico americano por exemplo, as regras procedimentais são frequentemente criadas pelas próprias cortes, a definição de quais elementos serão levados em conta na decisão e na interpretação dos estatutos, além dos parâmetros concernentes aos limites de jurisdição também são decididos no âmbito jurisdicional.

sistemas biológicos produzem e reproduzem *vida*, enquanto os sistemas sociais seriam produtores e reprodutores de *significado* (BECK, 1994:404).

Cada um dos sistemas sociais (o direito ou a economia, por exemplo) estaria inserido num ambiente que seria, por sua vez, constituído pelo conjunto ou pela totalidade dos sistemas. Esses sistemas interagiriam uns com os outros, recebendo estímulos (*inputs*) referentes às demandas do ambiente e os incorporando. Entretanto, esse processo não se daria pela mera importação do conteúdo de um sistema para outro, mas mediante a tradução do conteúdo ou demanda de um sistema para os termos (códigos) de outro. Esse processo é chamado de *acoplamento estrutural*. Nesse processo, os sistemas combinam os elementos coletados, interpretam informações e exercem controle sobre a base da informação que será produzida. Assim, por sistema, pode ser compreendida certa unidade que padroniza internamente o conteúdo gerado por seus processos de *input* e *output* (LUHMANN, 1982).

Nessa concepção, os sistemas são, portanto, *abertos epistemologicamente*, na medida em que interagem com o ambiente transformando *inputs* em *outputs* e se adaptando às condições do ambiente⁶⁸. Por outro lado, pode se dizer que são, ao mesmo tempo, *fechados normativa e operacionalmente*, no sentido de que seus elementos e funções são reproduzidos de acordo com parâmetros específicos que traduzem e redefinem para seus próprios termos as informações e demandas do ambiente. O processo de auto-organização a partir de um código específico é o que determinaria quais as possíveis mudanças no ambiente. Trata-se do referido processo de *acoplamento estrutural*. Sugere-se que, nesse intercâmbio, o ambiente não determinaria que mudanças deveriam ocorrer no sistema, mas apenas apresentaria provocações, *irritações* fomentando tais mudanças, as quais serão selecionadas pelo sistema mediante seu código operativo. O sistema buscaria, por esse processo, estabelecer mudanças contínuas e a continuidade da seleção das informações proveniente do ambiente. O caráter seletivo desse processo permitiria a tal sistema operar sem comprometer sua estrutura.

⁶⁸ Através dessa interação e do processo de codificação o sistema percebe as demandas do ambiente e ao mesmo tempo estabelece condições para se adaptar ao mesmo.

Na esfera do direito, Teubner (1988:4) afirma que “o sistema jurídico na sua integralidade é visto como uma dinâmica cíclica de reprodução de elementos jurídicos incorporados nas relações hipercíclicas das estruturas e processos jurídicos”. Na sua interação com outros campos, como a política, economia, cultura e saúde, o direito levaria em consideração e incorporaria elementos desses campos, mas o faria através de uma metodologia própria e fechada de operacionalização. Assim, o conteúdo do direito não seria estabelecido ou construído a partir de meras transposições da política ou da economia, por exemplo. Para que fatos e demandas de outros sistemas, como os citados, passem a ter conteúdo jurídico, eles seriam, antes, submetidos a um processo operacional pelo qual os fatos são expressos ou codificados na linguagem jurídica.

Nenhum elemento pode, portanto, modificar o sistema jurídico a não ser o próprio direito. A validade do direito é, por conseguinte, fundamentada numa tautologia. Mas Luhmann argumenta que tal afirmação, mesmo sendo tautológica, apresenta uma grande relevância, na medida em que todas as tentativas anteriores de fundamentar o direito em elementos externos teriam sido frustradas (LUHMANN, 1986:15). O chamado fechamento operacional do sistema jurídico (e de outros sistemas sociais) em seus próprios parâmetros e procedimentos é o elemento que sustenta a *unidade dinâmica e a coerência do sistema* (JACOBSON 1989: 1949). A noção de dinamismo constitui, assim, um elemento decisivo, como se pode inferir da exposição dos componentes centrais da concepção jurídica sistêmico-autopoiética.

Outro elemento fundamental na formação da teoria sistêmica da sociedade é o conceito de *diferenciação funcional*, desenvolvido por Luhmann a partir da influência de Parsons. Com base nesse conceito, a sociedade é concebida como um conjunto de sistemas sociais que estariam inter-relacionados, mas que, ao mesmo tempo, permaneceriam mutuamente autônomos.

A diferenciação funcional diz respeito à tendência de sistemas sociais, como economia, política e direito, tornarem-se cada vez mais especializados, separados, e desenvolverem papéis operacionais específicos, a ponto de constituírem subsistemas. Cada um desses subsistemas, por sua vez, passa a definir a própria racionalidade, log, seus próprios objetivos, metas, demandas e

significados (WILKE,1986:288). Esse referencial foi importante no desenvolvimento da concepção do mecanismo de comunicações circulares.

Os autores positivistas preconizam a independência epistemológica e metodológica do direito. Mas o conceito de diferenciação funcional confere ao direito um nível ainda maior de autonomia⁶⁹ do que o compreendido em Kelsen e Hart, dentre outros. Enquanto a fundamentação do direito nos positivistas estaria vinculada a um elemento transcendental ou externo, para Teubner, a *norma fundamental* ou a *regra de reconhecimento* podem ser compreendidas como intrínsecas ao próprio discurso jurídico.

A diferenciação funcional ainda teria como um de seus corolários a refutação da ideia de domínio de um sistema sobre outro, como na noção de determinação, em última instância, do político pelo econômico.

A preponderância entre sistemas é rejeitada porque a possibilidade de *dominação de um único sistema* implicaria que a *função* de todos os demais fosse submetida estritamente às *normas deste sistema dominante* (LUHMANN, 1982:xii). A sociedade não deve, porém, ser definida a partir de um dos seus sistemas em particular, mas pela capacidade de cada um operar plenamente de acordo com seus respectivos códigos e, assim, de forma cada vez mais autônoma (LUHMANN, 1990:188). Tal propensão nos remete ao contexto pós-moderno das sociedades fragmentadas. Nele podemos usar certa terminologia da pós-modernidade e dizer que os sistemas sociais *constituem suas próprias realidades*.

No caso do direito, o mecanismo operacional de codificação seria fundamentado no *código binário legal/ilegal*. A codificação é concebida como fator essencial para o fechamento do sistema jurídico, visto que a solução de qualquer problema jurídico pressupõe a referência àquele código binário. Por outro lado, qualquer código externo como verdadeiro/falso (código da ciência) seria incapaz de dar conta das demandas do sistema jurídico. Teubner (1990) argumenta que, na construção de sua realidade e seus fatos, cada sistema opera segundo parâmetros,

⁶⁹ Embora o direito perca a característica de *sui generis* que lhe é atribuída por Hart como nota Beck (1994:405), e assim o sistema jurídico passa a ser compreendido como não mais do que um dos exemplos compreendidos pela categoria dos sistemas comunicativos.

procedimentos e discurso próprios. Para parafrasear Teubner (no título do artigo citado), podemos dizer que o direito (como os demais sistemas) *pensa* por si próprio.

A concepção sistêmica do direito e sua aplicação no campo jurídico internacional: direito global

Como tais premissas são articuladas na análise sobre o campo jurídico internacional?

Teubner busca, sobretudo a partir da década de 1990, pensar o direito além fronteiras, como um direito emergente dos processos *globalizatórios fragmentados e não regulados pela política oficial*. Tal direito incorporaria os pressupostos da teoria sistêmica, ou seja, seria fundamentalmente autopoietico e autorreferencial. Esse modelo jurídico é denominado por ele de *direito global*. Apesar da abrangência que a denominação sugere, na realidade, os exemplos usados por Teubner quando pensa esse modelo são focados, essencialmente, no direito das relações econômicas internacionais (*lex mercatoria*).

No texto *Bucovina Global: Pluralismo Jurídico na Sociedade Mundial*, Teubner (1997) antecipa diversas questões que seriam discutidas nos debates sobre a fragmentação do direito internacional, sobretudo após a formação do grupo de estudos na Comissão de Direito Internacional. O contexto em que o texto foi escrito era fortemente marcado pelo otimismo pós-guerra fria, que levou muitos autores a retomar a ideia de uma paz perpétua de inspiração kantiana, como podemos ler em autores como Held e Habermas, dentre outros. Mas Teubner se distancia dessas inclinações cosmopolitas na construção do seu modelo teórico.

A questão fundamental para o autor é a possibilidade de um direito *desacoplado dos processos políticos oficiais* e, ao mesmo tempo, estabelecido a partir das demandas emergentes de um ambiente formado por *setores sociais* relativamente *autônomos* diante das esferas estatais. Teubner afirma, então, que o *direito global deve se expandir principalmente a partir das periferias sociais, não nos centros políticos dos Estados-nações e instituições internacionais*. Esse modelo jurídico também seria caracterizado por um alto nível de *profissionalização, especialização, autorregulação e padronização técnica*. Por outro lado, Teubner demonstra

reticência no tocante ao papel das instâncias judiciárias supranacionais contemporâneas. A capacidade de *enforcement* ou efetivação por parte de tais instituições seria insuficiente. Haveria poucos indícios do desenvolvimento de instituições jurisdicionais em escala global com força e independência. A Corte Internacional de Justiça seria o maior exemplo do quadro desestimulante em que se encontram as tentativas de um judiciário internacional forte e vinculante (TEUBNER, 1997).

O autor enfatiza a insuficiência da política internacional oficial (a diplomacia, p.ex.) para acompanhar as transformações sociais decorrentes da *globalização fragmentada* e a imperatividade de se pensar essas estruturas a partir do dinamismo e da pluralidade atribuída aos sistemas autopoieticos. Por isso, opõe muitas reservas à possibilidade de se encontrar respostas para demandas globais contemporâneas a partir do *direito internacional clássico* (TEUBNER, 1997:08-09). Mais de uma década após a publicação desse texto, Teubner esboça uma restrição ainda maior em relação ao direito internacional público e privado, afirmando que seu papel estaria mais reduzido devido à ausência de instrumentos de hermenêutica e aplicação jurídica que deem conta das novas formas de conflitos mais comuns na sociedade global fragmentada, a saber, as colisões inter-regimes e inter-racionalidades (TEUBNER; KORTH, 2009).

Mas, se as fontes do direito global não são relacionadas aos processos políticos oficiais nacionais ou internacionais, aonde devem ser buscadas?

Para responder essa questão, Teubner toma como referência a noção de *direito vivo*, de Eugen Ehrlich. A falta de dinamicidade seria um elemento chave para entender por que os processos político-jurídicos oficiais não seriam capazes de regular essas novas formas e demandas, que se tornariam *crystalizadas e independentes* teórica e empiricamente da política oficial. A fonte do direito global deve ser encontrada, então, num “*proto-direito*” de *redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais*. Em tais redes seria encontrada uma identidade global, configurada num formato estritamente setorial, e, assim, os conflitos passam a ser *intersistêmicos* em vez de *internacionais*. A necessidade de um corpo bem elaborado e definido de regras não se aplica ao direito global. O direito global é constituído a partir de um *conjunto de discursos fragmentados*, que incorpora normas jurídicas de direito estatal e do

direito internacional, mas também regras da *private justice* ou de prescrições de *private government* (TEUBNER, 1997, p.73-96). A necessidade de uma abordagem pluralista não está relacionada apenas à existência de um pluralismo político, mas a uma demanda muito mais ampla, decorrente de *profundas contradições* entre diversos setores sociais e *racionalidades institucionalizadas*. Essa demanda se exacerba no âmbito da sociedade global (TEUBNER; LESCANO, 2004:1004).

A legitimação desse direito é pensada por Teubner a partir de um paradoxo: a autovalidação do contrato. Os contratos globais seriam *autorreferenciais*, criariam para si mesmos seus *fundamentos não contratuais*. O contrato *externaliza sua própria autovalidação*, quando atribui as condições de sua validade e solução de conflitos futuros a instituições externas, as quais acabam sendo contratuais, pois são produto do próprio contrato. Os tribunais de arbitragem seriam o melhor exemplo. Compete a tais instâncias o ajuizamento da validade de contratos, apesar da sua legitimação se assentar, justamente, nos mesmos contratos. A circularidade não desconstitui o paradoxo da autovalidação contratual, mas gera, simultaneamente, uma dinâmica interativa das versões oficial e não oficial do direito global, característica do direito moderno. Ela introduz uma *diferenciação interna* entre a *produção jurídica organizada e espontânea* que produz o equivalente funcional da separação do direito contratual-judicial e do ordenamento contratual com autonomia privada (TEUBNER, 1997:06-12). Portanto, como afirma Robert Wai, o caráter autovalidador do contrato implica que ele, *como um veículo para a regulação reflexiva no contexto doméstico, passe a representar um desafio fundamental para a relevância do direito emanado do Estado soberano*. Nesse contexto, o contrato é concebido como um *instrumento jurídico* que possibilita a ligação entre *sistemas transnacionais de atores privados* que não operam de acordo com regras estatais, mas com uma regulação jurídica autoimposta (WAI, 2008:123).

Usando a linguagem positivista de Hart, Ralf Michaels afirma que *o contrato cria sua própria ordem jurídica* mediante sua *hierarquia interna*, que *combina normas primárias sobre direitos e obrigações contratuais específicos e normas secundárias que conferem validade às normas primárias*. O mesmo autor ressalva, porém, que uma *lex mercatoria* nos parâmetros descritos por Teubner nunca chegou a existir empiricamente, nem mesmo na Idade Média.

Concretamente, o direito do comércio sempre incluiu normas e instituições tanto nacionais quanto não estatais, ou seja, tratar-se-ia de um direito *híbrido*⁷⁰ (MICHAELS, 2007: 450-451, 466). Esse modelo de direito privado serve como um nível intermediário de governança transnacional. A ideia de um direito privado transnacional diria respeito a uma estrutura complexa, que envolve atores, instituições e interesses domésticos e internacionais, além de uma multiplicidade de modelos e formas subnacionais de governança sobrepostos. Essa seria a estrutura sobre a qual se poderia pensar e articular o direito privado nacional e internacional (WAI 2008: 107 e ss).

A expressão “direito privado transnacional” é usada como base comum para pensar e articular o direito privado nacional e internacional. O direito do comércio ou *lex mercatoria* é erigido, então, como exemplo por excelência de um *direito global sem Estado*, na medida em que é estabelecido a partir do sistema reflexivo de *legislação e cortes arbitrais privadas*, em que (não) se estabelece uma hierarquia de normas e instâncias decisórias. Esses seriam, precisamente, os principais motivos de muitos juristas se negarem a lhe atribuir a qualidade de ordenamento jurídico (TEUBNER, 1997:07-15).

Em que pesem as tentativas de codificar o direito econômico global, é justamente sua flexibilidade que o distingue: trata-se muito mais de um direito de valores e princípios do que de estruturas e formas. O conteúdo substancial do *direito global sem Estado* se fundamenta em tratados estabelecidos por regimes autônomos *privados* (TEUBNER; LESCANO, 2004:1023).

Fragmentação e a inserção dos *self-contained regimes* no contexto do direito global sistêmico

Levando em consideração os pressupostos da teoria sistêmica, o direito internacional ou global pode ser visto como um sistema que opera de forma fechada em seu próprio ambiente, como foi visto. As subdivisões ou setores do direito internacional (*self-contained regimes*) poderiam, assim, ser entendidas no mesmo sentido, como sistemas autônomos, funcionais e

⁷⁰ Ver também no mesmo sentido ZUMBANSEN, Peer. *Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basis of Contract*, p. 188...

autorreferentes. Essa auto-perpetuação se dá a partir da contínua aplicação de regras e princípios específicos no âmbito dos tribunais e outras instâncias de tomada de decisão dos regimes (diversas instituições). Criados no âmbito de determinado regime, essas instituições e tribunais incorporam normas, valores e hierarquias derivadas da racionalidade do regime, e seus julgamentos e decisões objetivam perpetuar essa racionalidade, valores e normas. Desta forma o regime perpetua a si mesmo.

A questão da fragmentação e da multiplicação de *self-contained regimes* é explorada por Teubner no artigo *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, escrito em coautoria com Andreas Fischer-Lescano. Uma continuidade dessa análise é empreendida posteriormente em *Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society*, que tem Peter Korth como co-autor e explora mais a questão dos conflitos interinstituições.

Os autores ainda buscam refutar o que eles consideram uma abordagem essencialmente *economicista*⁷¹ da globalização. O processo de autonomização de setores sociais não estaria restrito aos mercados, e, sim, a todos os setores sociais. Um novo tipo de diferenciação interna entraria em cena a partir da emergência da sociedade global fragmentada e fundamentada na funcionalidade, e não mais na territorialidade (TEUBNER; LESCANO, 2004:1000). A ruptura com esse modelo se dá a partir do século XX, na medida em que ocorre a expansão de instituições internacionais e o predomínio de regimes regulatórios que reivindicavam autonomia (TEUBNER; LESCANO, 2004:1008 e ss; TEUBNER; KORTH, 2009: 6).

Concebe-se o processo da fragmentação do direito internacional como um efeito da inevitável *fragmentação multidimensional* e diferenciação funcional da *própria sociedade mundial*. Ou seja, na medida em que a sociedade global em si mesma é constituída por um conjunto de subsistemas ou regimes que estão em constante atividade no sentido de *maximizar suas respectivas racionalidades* através de processos operacionais fechados, o direito global e

⁷¹ Apesar de enfatizarem que não pretendem desenvolver uma análise economicista da sociedade policêntrica e do direito global, as perspectivas esboçadas por Teubner (juntamente com Fisher-Lescano e Korth) evocam análises de economia política que contempla um notável crescimento de autoridade decorrente de setores privados, sobretudo no que concerne à área do comércio transnacional. Ver WAI, Robert. THE INTERLEGALITY OF TRANSNATIONAL PRIVATE LAW, p.113.

seus conflitos seriam apenas um espectro desse quadro. Os diversos sistemas funcionais globais buscam a maximização das racionalidades e da expansão delas. A consequência seria o choque entre racionalidades, que, por sua vez, pode ser considerado como causa dos maiores riscos da pós-modernidade para a sociedade, pessoas e natureza. (TEUBNER; LESCANO, 2004:1000, 1007 e 1017; TEUBNER; KORTH, 2009:3-4)⁷².

Mas como solucionar conflitos jurídicos nesse contexto? Como lidar com os desafios jurídicos da *sociedade global fragmentada*?

Tal mudança de perspectiva implicaria o reconhecimento dos novos padrões jurídicos das sociedades pós-modernas. Nesse contexto se estabelece um novo tipo de *inter-legalidade*, que atinge, por um lado, o direito doméstico ou nacional pela colisão entre crescentes ordens jurídicas locais fundamentadas em costumes e o direito criado e sancionado pelo Estado e, por outro lado, o direito supra ou extra doméstico, pela colisão entre as normas jurídicas derivadas de setores da sociedade global (TEUBNER; KORTH, 2009: 5-6).

Levando em consideração as novas demandas e configurações da realidade global, os autores rejeitam propostas desenvolvidas no contexto da abordagem hierárquico-positivista, sobretudo aquela defendida por autores vinculados à Corte Internacional de Justiça, e também as sugestões normativas defendidas por autores da chamada *new stream* crítica do direito internacional. Tais abordagens estariam equivocadas na própria compreensão do tipo de conflito que se apresenta no campo jurídico internacional, caracterizado pela fragmentação setorial (TEUBNER; LESCANO, 2004).

A ênfase no *jus cogens*, nas obrigações *erga omnes* e no fortalecimento do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, como propõem os positivistas, não poderia ser considerada solução normativa plausível se o objetivo fosse realmente enfrentar os desafios regulatórios emergentes do novo cenário internacional. Propostas fundadas nos imperativos hierárquico-formais do

⁷² Seguindo essa concepção de regimes, Alexandra Khrebtukova (2008:09) afirma que cada um dos diversos regimes buscam tornar sua própria lógica como lógica universal. Na dialética dos regimes, cada um acaba tentando tornar global/universal sua lógica individual. Isso expressaria uma necessidade de identificar sua própria racionalidade com uma “*world view*”.

positivismo não seriam capazes de *apreender o momento* e a *forma* pela qual as racionalidades políticas e institucionais entram em conflito. Um sistema de instâncias hierárquicas não pode prover segurança jurídica num contexto jurídico policêntrico. Assim, a ideia de um *metanível* onde os conflitos seriam resolvidos em última instância é considerada uma impossibilidade. Também não se abstém de questionar os pressupostos da abordagem desenvolvida pela *critical new stream* do direito internacional. Afirmam que a abordagem dá margem a um *reduccionismo político* e que, a partir de visões como as de Koskeniemi, pode-se concluir que o pluralismo jurídico global seria decorrente apenas de um *pluralismo político* (TEUBNER; LESCANO, 2004:1001-1004 e 1039).

Levando em consideração o colapso das hierarquias jurídicas, a alternativa seria o desenvolvimento de formas “heterárquicas” de direito, que permitem estimular relacionamento e compatibilidade dos fragmentos do direito. Tal processo de compatibilidade seria guiado por três princípios para que a rede descentralizada de regimes jurídicos possa ser identificada em abstrato: (1) Compatibilidade normativa simples ao invés de unidade hierárquica do direito (2) Law making através de irritação mútua, observação e reflexividade de ordens jurídicas autônomas (3) Formas descentralizadas para lidar com conflitos de leis como método jurídico de normatividade (TEUBNER e LESCANO, 2004:1017 e1018).

A solução dos conflitos envolve um conjunto heterogêneo de métodos e a justaposição de sistemas jurídicos estruturalmente fechados (TEUBNER; KORTH, 2009:5-6). Os autores buscam, então, subsídio em estudos de caso⁷³ para demonstrar como suas propostas poderiam ser concretizadas.⁷⁴

A questão da determinação da instância competente dependeria das *características de*

⁷³ Tratando do caso do *direito transnacional da propriedade intelectual*, os autores buscam elementos para repensar a questão acerca da competência jurisdicional para julgar conflitos emergentes do direito global fragmentado. O caso envolve a colisão de pelo menos duas racionalidades: científica e tecnológica.

⁷⁴ A metodologia construída por Teubner tem influenciado outros diversos autores e alguns começam a utilizá-la como ponto de partida para pensar os conflitos globais em termos de colisões entre racionalidades e setores autopoieticos, como é o caso de Oren Perez. Perez se vale de tal metodologia para a avaliação e proposição de formas de solução para o conflito entre comércio e meio ambiente. A utilização de tal metodologia tornaria possível a atenuação dos efeitos negativos do choque entre os discursos e instrumentos das referidas racionalidades setoriais. Ver: PERES, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, Oregon, Hart Publishing, 2004.

cada regime. Tal competência não deve ser determinada pelo fato de existir um *link jurídico* que vincule o conflito a qualquer *direito nacional*, mas pelo fato de o *fórum em questão* ser compreendido como *parte de uma ordem jurídica setorial*. A solução para superar os conflitos seria, portanto, simplesmente recorrer ao regime funcional com o qual o conflito está relacionado? A resposta de Teubner e Lescano é afirmativa. Todavia, os próprios autores admitem que, no contexto do direito global, a possibilidade de encontrar essa relação *a posteriori* é remota. *Conflitos cujo núcleo substancial* pode ser atribuído a um regime específico podem ser considerados como exceção em tal contexto. Os cenários mais prováveis de conflito são, portanto, aqueles nos quais cada regime parte no conflito jurídico deve criar normas substantivas que reivindicuem validade para todos os regimes envolvidos. Os autores defendem, então, a busca de *mecanismos de law making* que possam produzir elementos para a solução de *conflitos inter-regimes* por meio de um *esperanto jurídico entre regimes*, envolvendo instâncias nacionais, inter e transnacionais⁷⁵. Os fóruns de cada regime específico devem demonstrar, portanto, *um entendimento suficientemente refinado de sua própria lógica enquanto regime* (TEUBNER e LESCANO, 2004:1021 e 1024).

A ideia de sistema, nessa perspectiva, continuaria tendo validade no tocante à sociedade global e ao direito internacional, especificamente, na medida em que estes seriam congruentes, se encarados do ponto de vista de suas totalidades e de suas dinâmicas.

A vinculação entre sistema e hierarquia não tem lugar, contudo, nessa concepção. A única forma possível de hierarquia seria a estabelecida dentro de cada regime. Em se tratando do sistema jurisdicional internacional ou global, invoca-se uma ideia defendida no caso *Tadic* submetido ao Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia segundo a qual, *no direito internacional todo, tribunal é um sistema autônomo (a menos que haja disposição em contrário)*.

⁷⁵ E através da reconstrução do caso referente à proteção de patentes de medicamentos, no qual o governo brasileiro foi acionado por duas indústrias farmacêuticas (dos EUA e Suíça) na Organização Mundial do Comércio sob a acusação de ter infringido o acordo sobre aspectos relativos ao comércio de direitos de propriedade intelectual (TRIPS), os autores buscam demonstrar a metodologia para solucionar o conflito inerente ao caso e possibilidades de articulações entre as racionalidades. Nesse caso pode-se vislumbrar a colisão entre as racionalidades do direito brasileiro, americano, suíço, da OMC e da OMS, dentre outras. O dissídio resultou em acordo entre as partes, mas os autores constroem alguns cenários possíveis caso a demanda esgotasse todas as instâncias jurisdicionais da OMC. Concluem defendendo a perspectiva que um regime *economicamente orientado* como a OMC pode criar *uma limitação interna sobre sua própria lógica através da reformulação decorrente de um princípio de proteção da saúde*. A solução dos conflitos dependeria então das chamadas *observação e irritação mútuas* entre os regimes e do que na teoria sistêmica foi chamado de acoplamento estrutural.

Em vez de hierarquia, o foco deveria ser a *responsividade intra-regimes* em relação ao *ambiente natural e humano*, de forma que os regimes devem criar *seu próprio jus cogens*, ou seja, seu próprio direito não dispositivo ou normas mandatórias (TEUBNER e LESCANO, 2004:1037 e 1038). Poole (2008:08) complementa afirmando que a concepção de direito global deve ser unificada sobre uma base estrutural. Sua *coerência e harmonia normativa* devem ser deixadas de lado, em favor de uma unificação *não hierárquica* e fundada em *processos*. A relação entre diferentes *self-contained regimes*, nessa abordagem, deve partir da noção de complexidade, descontinuidade.

Mas é possível se pensar em direito sem pensar em hierarquia? De acordo com Mirrelle Delmas-Marty (1998:95 e 104), a efetividade do direito geralmente pressupõe controle, e controle presume intervenção por órgãos de caráter público. Segundo a autora, *o direito evita a multiplicidade e sua vocação é a ordem, que seria unificada precisamente por ser hierárquica*. Já Andreas Paulus (2004:1051) complementa que um mínimo de unidade e coerência, expressas mediante regras sobre *law making, law interpretation, and law enforcement*, seriam corolários das características inerentes ao direito.

As questões mais controversas e críticas sobre esses trabalhos concernem às dimensões normativas. Como os atores envolvidos nos processos vinculados ao direito e sociedade globais devem se posicionar e que papel devem desempenhar em tal contexto? Em que medida decisões tomadas no contexto dos setores jurídicos autônomos (e de outros setores sociais) são legítimas? Que critérios e valores devem pautar tais decisões?

Para Andreas Paulus (2004), um dos problemas centrais dessa abordagem diria respeito à importância que os autores atribuem ao Estado-nação na sociedade global. O segundo concerne à legitimidade derivada de um modelo que preconiza o estímulo da plena autonomia às racionalidades dos diversos setores.

Paulus afirma que Teubner e Fisher-Lescano subestimam o papel dos Estados, que continuariam sendo os atores mais importantes nas relações internacionais e mesmo globais. O Estado-nação persistiria, ainda, como o *locus* por excelência do debate e *decision making*

democrático e, por consequência, do interesse público. Na medida em que os autores minimizam a participação dos atores que seriam os portadores dos valores deliberativos, eles colocariam em jogo, ao mesmo tempo, a legitimidade do modelo normativo do direito global. Trariam, por outro lado, um enorme risco à continuidade e aplicação do chamado direito internacional geral e seus princípios. Paulus também critica o fato de Teubner e Fisher-Lescano usarem diversos exemplos que remetem a conflitos interestatais ao mesmo tempo em que menosprezam o papel de conflitos dessa natureza. Argumenta que, da mesma forma que grande parte do campo jurídico internacional está fragmentado, podemos encontrar vários sinais de um vigoroso *jus cogens* – e portanto de certa unidade – nesse âmbito. A perspectiva, no entanto, impede que se possa conceber uma ordem jurídica de alcance amplo, e, ao mesmo tempo, ela dificulta a especificação das características do direito em relação aos outros sistemas sociais, contrariamente ao que já seria defendido por Luhmann. A atribuição de plena discricionariedade aos regimes agravaria o déficit democrático que afeta decisões emanadas de instâncias supra e transnacionais. A legitimidade seria, então, realocada da deliberação democrática para critérios como *racionalidade de mercado*, fundamentada, por sua vez, no valor *eficiência*, que seria auto justificável. O elemento fundamental no tocante a essa crítica está relacionado com o conceito de *interesse público*. Ao se tratar de atores não estatais, poder-se-ia admitir a autorregulação. Todavia, qualquer decisão que envolva interesse público demandaria um processo igualmente público de deliberação (PAULUS, 2004:1047-1048).

2.4. A “new stream” crítica do Direito Internacional

Essa abordagem pode ser considerada uma derivação ou uma extensão para o campo internacional do chamado *critical legal studies movement*, que por si só abrange uma multiplicidade de influências.

Ao falarmos de movimento ou teoria crítica no direito, estamos falando de um contexto acadêmico específico, o que não implica deixarmos de reconhecer a presença de elementos críticos em outras análises do direito internacional, como se dá na teoria sistêmico autopoietica e no próprio antecedente teórico do *critical legal studies*, o realismo jurídico, que no âmbito do

direito internacional inspirou a chamada *New Heaven School*⁷⁶).

Critical legal studies: breve exposição dos fundamentos

A origem do CLS como movimento acadêmico autônomo se dá a partir da convergência de um grupo de acadêmicos (principalmente na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard mas também com grande participação de acadêmicos de Yale, Stanford e Wisconsin dentre outras) que, além do realismo jurídico, carregavam as influências peculiares de uma geração que havia realizado seus estudos e amadurecido academicamente num ambiente caracterizado pela cultura de contestação da década de 1960, pelas lutas por direitos civis, direitos das mulheres, rejeição à guerra do Vietnã e todo ativismo político que marcou esse contexto. As primeiras linhas do movimento são formadas na década de 1970, passando a adquirir certa sistematicidade teórica a partir da década de 1980.

O alvo central do movimento seriam os denominados *mitos da teoria e prática do direito*. Na verdade, como no caso jurídico-realista, o foco seria a doutrina jurídica tal como concebida no liberalismo e positivismo jurídico, ou seja, fundamentada nas concepções de objetividade jurídica, neutralidade e separação da esfera jurídica em relação aos campos político, econômico, culturais, etc. Para os autores, os *legal materials*, ou seja, doutrina, legislação e precedentes não determinariam o resultado das demandas jurídicas. Em outras palavras, o direito pode até mesmo impor restrições significativas sobre os julgadores, como regras substantivas específicas, que em tese os vinculariam, mas, em última análise, eles podem, ainda assim, ser determinantes ou vinculantes na decisão dos julgadores. Um segundo aspecto referente aos *legal materials* diz respeito ao seu caráter paradoxal. A doutrina jurídica e o direito em abstrato seriam fundamentados em um conjunto de oposições binárias e caracterizados por ambiguidades, contradições e lacunas (*gaps*) plenamente manipuláveis por interesses políticos e econômicos poderosos. A *autonomização* do direito em relação à política é outro aspecto posto em questão

⁷⁶ O direito internacional, na New Haven School, adquire um caráter politicamente orientado. O realismo propõe um engajamento político nas análises/interpretações do direito. A abordagem pode ser caracterizada fundamentalmente, portanto pelo foco na solução de problemas (o direito tem um caráter instrumental, funcional na promoção e realização dos valores sociais prioritários), pela multiplicidade metodológica (integração de diferentes metodologias buscando os melhores caminhos para atingir os valores sociais almejados pela comunidade) e por ser contextual (leva sempre em consideração variáveis comunitárias, sociais e decisórias).

pelos juristas críticos. O direito não seria mais do que uma forma específica de expressão de um processo político de tomada de decisão. As novas versões desse argumento são menos reducionistas e, embora não se admitam noções de direito puro, elas também não circunscrevem o jurídico ao político. Afirmam que o que ocorre é uma intersecção dos dois campos, de forma a produzir um intercâmbio constante entre os dois registros linguísticos. Nesse aspecto se dá, portanto, a subutilização do direito para a proteção de interesses estritamente privados, a saber, da proteção de elites políticas e econômicas. Tendo em vista as relações entre direito e política, os autores defendiam uma clara atuação política dos operadores do direito e, sobretudo, dos professores de direito, partindo de uma concepção de ativismo jurídico e contra a concepção do direito como barreira à transformação social e manutenção do *status quo* (KENNEDY, UNGER).

A partir da consolidação de um núcleo teórico para o CLS, ocorre, então, a emergência de análises que, fundamentadas nesse núcleo, passam a focar elementos específicos para críticas distintas à teoria jurídica. Tais críticas recaem sobre os fundamentos do direito, partindo de questões de gênero, raça e classe social, por exemplo.

Análises críticas do direito internacional

As abordagens críticas do direito internacional surgem como uma extensão do movimento *Critical Legal Studies* e suas variantes. Elas buscam aplicar, dentre outros pressupostos do movimento CLS, a desconstrução do direito internacional por meio da filosofia da linguagem. Criticam as noções de completude e coerência de um direito internacional (positivista e liberal) compreendido como sistema e a plausibilidade da distinção axiológicas entre ações para institucionalização jurídica no plano internacional e a conexão dessas ações com interesses político-estruturais dos seus proponentes. Nesse sentido, o direito internacional pode ser considerado um produto moldado pelos atores que participam do *international law making*. Em outras palavras, a crítica, como no caso da teoria do direito em geral, incide sobre a questão da neutralidade.

Para delimitar melhor essa abordagem, podemos dizer que o que estamos realmente

buscando compreender como direito internacional crítico seria, a princípio, a abordagem da chamada *new stream* do direito internacional, que inclui diferentes vertentes. Dentre essas poderíamos destacar uma primeira geração de análises que incorporam o referencial da filosofia da linguagem e fundamentações sociológicas e antropológicas ou históricas. Numa segunda etapa ou segundo modelo de abordagem ocorre (de forma similar ao que aconteceu com a aplicação do CLS a teoria do direito em geral) uma diversificação nas fundamentações sociológicas e históricas. Nesse sentido se dá um aprofundamento do foco em questões de colonialismo e exploração das periferias do sistema internacional (RAJAGOPAL, 2003; ANGHIE, 2005; OFORD, 2006), questões de autodeterminação e soberania (KNOP, 2002), pressupostos marxistas ⁷⁷ (CHIMNI, 1999,), feminismo (EANGLE,) e construtivismo (KRATOCHWILL, 1989; ALLOT, 2001).

De acordo com os autores da abordagem crítica, o direito internacional é essencialmente liberal nas suas origens. Ele incorporaria, além das doutrinas centrais do liberalismo, também os seus elementos autocontraditórios, que determinariam a constituição dos problemas supracitados e que definem a estrutura do direito internacional (KENNEDY, 1987, KOSKENNIEMI, 2006, e CARTY, 1986). O direito internacional criaria um conjunto de estruturas que se replicam durante a história do direito internacional. Um exemplo disso pode ser encontrado na argumentação de Anghie (2005:03) e Offord (2006:07-15) no tocante ao conceito de soberania⁷⁸.

⁷⁷ Embora existam análises marxistas do direito internacional anteriores a esse movimento, o surgimento da CLS e as consequências da globalização econômica estabeleceram um interesse renovado por esse tipo de análises no campo jurídico internacional. Essa crítica se estabelece no tocante a expansão global do capitalismo neoliberal e novas formas de enxergar o campo jurídico internacional através de um jogo de forças entre atores econômicos transnacionais ao invés de um sistema de relações entre Estados soberanos e autodeterminados.

⁷⁸ Para o autor a doutrina da soberania teria suas raízes no colonialismo. Tal retórica faria parte de uma racionalidade civilizatória europeia (amplamente repetida por diversos autores de direito internacional desde a sua fundação. Esse tipo de abordagem seria, dentre outros aspectos, fruto do enfoque positivista da ordem jurídica internacional, para a qual, o problema fundamental do direito internacional é o de como pode existir uma ordem jurídica entre Estado soberanos? Os Estados europeus eram soberanos e iguais. A confrontação colonial ocorreu no século 19, quando o colonialismo atingiu seu apogeu, e era uma confrontação não entre dois estados soberanos, mas sim entre um Estado europeu e um Estado não europeu, ao qual faltava soberania ou pelo menos uma parte dela. Os próprios juristas defendem a falta de soberania de Estados não europeus. Outro argumento do autor é que a ideia de que a doutrina da soberania foi desenvolvida gradualmente desde a paz de Westphalia e exatamente essa é que foi aplicada as colônias, embora muito reconhecida não tem validade. Na verdade a noção de soberania foi improvisada para cada colônia de forma específica. Como consequência, a soberania do terceiro mundo é altamente vulnerável e dependente do direito internacional. Em terceiro lugar, o autor adota um enfoque histórico sobre a doutrina da soberania, demonstrando como o *colonial encounter* definiu as estruturas fundamentais da doutrina da soberania. O objetivo é demonstrar que a ideia de soberania como algo desenvolvido a partir de pressupostos lógicos de estabilidade de uma doutrina da soberania filosoficamente concebida como resultante de uma ordem entre Estados soberanos no sistema internacional. Como a doutrina da soberania determinou as práticas culturais de exclusão dos outros. O autor explora

A forma tradicional de conceber o campo jurídico internacional, fundado no fechamento doutrinário ou dogmático, impossibilita lidar com os desafios e demandas emergentes da prática internacional. O projeto crítico da *new stream* do direito internacional tem como foco emancipar o direito internacional das estruturas conceituais que o limitam (KENNEDY, 1996:238). Um ponto crucial da crítica à *mainstream* do direito internacional diz respeito aos processos de reificação, ou da *transformação de conceitos em coisas*, que seriam largamente operados no contexto da teoria tradicional do direito internacional.

O elemento central para a compreensão estrutural do discurso do direito internacional moderno, afirma Koskenniemi, está na controversa separação metodológica entre "doutrina" e "teoria", realizada pelos profissionais do campo jurídico. Tal elemento fornece o fundamento para a construção da identidade profissional específica dos que atuam neste campo. Assim, se apresenta doutrina objeto funcional, definido, sensível e concreto do fenômeno jurídico. A teoria, em contraposição, seria pretensiosa, vaga, indeterminada e abstrata. Segundo o argumento positivista, o direito internacional deveria ser, portanto, um discurso prático, sob pena de ser uma mera extensão do poder político ou um inútil discurso moral transcendental. O que ocorre, todavia, é que, seguindo os passos já traçados pela CLS, a doutrina também é inerentemente indeterminada. Ninguém que tenha experiência em operar o direito internacional iria contrariar a afirmação de que “a maioria das proposições doutrinárias permanecem controversas” (KOSKENNIEMI, 2006:3-28).

Abordagem da fragmentação no direito internacional crítico ou *new stream*

O expoente na abordagem da fragmentação do direito internacional é o finlandês Martti Koskenniemi. Koskenniemi tem grande influência no debate sobre a fragmentação, porque já discutia questões conexas ao debate em sua obra crítica desde o fim da década de 1980 e por ter

a forma pela qual autores considerados como pais do direito internacional, como Francisco de Vitória, se remetiam a recursos como a teoria do direito natural para justificar dentre outros aspectos, o tratamento jurídico dos índios. O positivismo teria o mesmo papel do direito natural a partir do século 19 e a consolidação da doutrina da soberania. O positivismo jurídico foi fundamental para a justificação da noção de vontade e ato soberano e vice versa. (ANGHIE, 2005:03-33). Sobre a questão do colonialismo e eurocentrismo no direito internacional a partir de uma visão não pertencente a *new stream*, mas incorporando conclusões semelhantes ver *Making Law in a State System: autonomy and consent*. O colonialismo e eurocentrismo estariam presentes na equivocada noção de princípios jurídicos gerais, que compreenderia apenas as nações civilizadas.

assumido a posição de *chairman* no relatório final do grupo de estudo sobre o tema no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Por isso, a influência de Koskenniemi também está relacionada ao debate positivista.

A obra de Koskenniemi é de largo espectro. Em geral ela é identificada com a reinterpretação da doutrina e da história intelectual do direito internacional a partir de pressupostos pós-modernistas. Seguindo premissas em grande medida endossadas pela base do movimento crítico do direito geral, a obra seminal de Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, apresenta uma visão do direito internacional, a partir de insights linguísticos e desconstrutivistas, como uma esfera de padrões e estruturas na qual o que está em questão não é a administração de regras e princípios de forma neutra, mas de antinomias inescapáveis, implicadas em tensões como formalismo/realismo, objetivismo/subjetivismo e naturalismo/positivismo. Assim, a doutrina é vista como inerentemente contraditória e impregnada de argumentos repetitivos, que não produzem resultados jurídicos significativos. O papel dos operadores do direito internacional fica restrito, então, a manter essa estrutura argumentativa para sustentarem sua identidade profissional. O texto narra o suposto estágio final do internacionalismo como prática e disciplina acadêmica, tendo se fundamentado no pragmatismo como reação às desacreditadas abordagens utópicas do direito internacional no período entre guerras (KOSKENNIEMI, 2005).

O direito internacional é retratado como um discurso unificado e constituído a partir do uso de sua linguagem por diplomatas, juristas e juízes. Koskenniemi se propõe a expor os *fundamentos políticos do direito internacional* e afirma que não é possível manter uma identidade específica para o *discurso jurídico*, isolado da *sociologia* ou da análise *política*. Não existira espaço para uma esfera jurídica neutra e os operadores jurídicos deveriam incorporar essa premissa às suas identidades profissionais (KOSKENNIEMI, 2006a:01-04).

Um dos elementos centrais para a compreensão estrutural do discurso do direito internacional moderno, afirma Koskenniemi, está na controversa separação metodológica entre doutrina e teoria, realizada pelos profissionais do campo jurídico. Tal elemento fornece o fundamento para a construção da identidade profissional específica dos que atuam no campo. Assim, a doutrina é apresentada como objeto funcional, definido, sensível e concreto do

fenômeno jurídico. A teoria, em contraposição, seria pretensiosa, vaga, indeterminada e abstrata. Segundo o argumento positivista, o direito internacional deveria ser, portanto, um discurso prático, sob pena de ser apenas uma mera extensão do poder político ou um discurso moral transcendental inútil. O que ocorre, todavia, é que a doutrina também é inerentemente indeterminada. Ninguém que tenha experiência em operar o direito internacional iria contrariar a afirmação de que “a maioria das proposições doutrinárias permanecem controversas” (KOSKENNIEMI, 2006:3-28).

Koskenniemi insiste em chamar os operadores do direito internacional a desempenharem um papel mais ativo na constituição da esfera social internacional. O jurista deve prescindir das premissas de neutralidade, assumir que o direito envolve *escolhas político-morais* (2006a:536) e o seu papel como agente social (2006a:69).

Para Koskenniemi e Leino (2002:554-560), concepções de direito internacional fundamentadas em critérios de unidade hierárquica são equívocas. Em seu entender, devem ser revelados os elementos e discursos que estariam por trás das preocupações e *ansiedades* presentes em argumentações como a dos autores vinculados à Corte da Haia. Nesse sentido, mostram como a Corte Internacional de Justiça e seus membros se inserem nas disputas de poder relacionadas à formação do direito internacional. Ressaltam o fato de as noções de sistema e ordem, presentes no debate sobre a fragmentação, não terem o mesmo apelo no cenário jurídico global contemporâneo de que desfrutavam no século XIX, quando se dá a formação de um conceito científico de direito e quando tais conceitos impregnam a teoria jurídica. Concepções como *jus cogens* e obrigações *erga omnes* não ofereceriam, ao seu turno, respaldo necessário à manutenção das concepções sistêmico-formalistas de direito internacional. Alguns dos questionamentos centrais do texto têm fundamentação essencialmente normativa. Colocam, portanto, questões como: o que deve ser buscado prioritariamente no contexto do direito internacional fragmentado, um alto nível de coerência no campo ou um direito internacional justo e efetivo?

Para ilustrar a dinâmica de autoafirmação de setores do direito internacional – e que as ambições de hegemonia institucional não são exclusivas da Corte da Haia – Koskenniemi e Leino apresentam alguns casos envolvendo questões criminais, de direitos humanos e de comércio e

como os seus respectivos regimes estabeleceram argumentos para reivindicar prioridades/exclusividade.

As divergências entre o Tribunal Penal para a Antiga Iugoslavia (ICTY) e a Corte da Haia, por exemplo, demonstrariam em grande medida como se estabelecem as argumentações e contra-argumentações que se incorporam às disputas políticas entre os órgãos judiciais. Os autores chamam a atenção para habilidade do ICTY em se estabelecer como órgão competente e desviar casos que, em tese, poderiam ser considerados como competência da Corte Internacional de Justiça. No mesmo sentido, trata das *ambições institucionais* de organizações de direitos humanos e comércio, buscando evidenciar como órgãos de direitos humanos se esquivam da lógica da reciprocidade nas relações entre tratados. As ambições e os esforços estratégicos dos órgãos de direitos humanos transcendem a relação com órgãos de direito internacional geral. Os termos da globalização poriam em choque diversas lógicas universalizantes que competem entre si e buscam uma posição de superioridade na hierarquia institucional. É nesse sentido que se apresentam questões como: o discurso dos direitos humanos deve prevalecer em qualquer circunstância? (KOSKENNIEMI; LEINO, 2002:564-567).

A fragmentação colocaria em evidência as estratégias e conflitos institucionais emergentes nos órgãos de solução jurídica de dissídios internacionais ou globais. A questão é que esses órgãos se utilizariam de conceitos de *direito internacional geral*, mas de interpretações muito específicas deles. Assim, a proliferação de tribunais e a sobreposição de jurisdições seriam consequências muito mais relacionadas a políticas institucionais do que a problemas técnicos ou a desdobramentos não desejados de uma *lógica global*. Portanto, quando um órgão de solução judicial de solução de conflitos de direitos humanos ou de comércio interpreta a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados buscando dar ênfase ou estabelecer sua competência para o caso, muitas vezes se desvia do padrão interpretativo daquele tratado, enfraquecendo a autoridade daquela interpretação padrão e estabelecendo seus próprios objetivos e interesses nesse sentido. Assim, cada campo institucional e seus respectivos órgãos se engajam numa luta em que *cada um almeja ter seus próprios interesses identificados com os interesses gerais*. No caso da *lex mercatoria*, as ambições institucionais se intensificam na medida em que se estabelece um órgão de solução jurídica de controvérsias que alcança notoriedade a ponto de ser referido não apenas

como elemento constitucionalizante do direito do comércio, mas também como modelo para a constitucionalização do próprio direito internacional. A conclusão das breves análises de caso empreendidas pelo autor, como no caso dos conflitos entre o direito da OMC e os direitos humanos e/ou direito do meio ambiente, salienta o caráter eminentemente político de tais embates (KOSKENNIEMI;LEINO, 2002:569 - 574).

Já num influente artigo de 2006, Koskenniemi apresenta uma análise sociológica e histórica da fragmentação e explora as respostas acadêmicas centrais: o constitucionalismo e o pluralismo. O argumento essencial nesse artigo seria que ambas as respostas seriam inadequadas para lidar com as demandas da conjuntura que envolve a fragmentação.

Koskenniemi aborda o pluralismo de forma geral, mencionando um tipo de pluralismo que pode ser atribuído ao realismo clássico nas relações internacionais (Morgenthau), mas foca sua crítica na vertente do pluralismo que tem como ponto de partida o desenvolvimento de modelos pluralistas de governança global, que se centram em *mecanismos transacionais informais de estabelecimento de regras, administração de regras e gestão de conflitos* (22). Numa crítica a Teubner, Koskenniemi questiona se as *redes informais de indústrias privadas, grupos de interesse não governamentais e administrações nacionais* comporiam uma base plausível para um modelo jurídico-pluralista. Afirma, então, que noções como *inter-legalidade e policentrismo* podem, em grande medida, ser equiparadas a *outro vocabulário constitucional*. Conclui que, nesse contexto, cada regime tem pretensões hegemônicas, na medida em que *busca tornar sua racionalidade específica governante do todo*, ou seja, busca fazer com que a especificidade da competência de sua jurisdição se torne global ou geral. Nesse cenário de conflito entre racionalidades, o direito acaba *novamente se tornando um epifenômeno*. Os pluralistas teriam se envolvido de tal forma na complexa interação dos regimes e na crítica à busca por modelos hierárquicos do positivismo que teriam perdido o *ponto crítico* e acabaram incorporando discursos instrumentalistas da literatura neoinstitucionalista/funcionalista das relações internacionais. Nesse sentido, o operador jurídico acaba se tornando, na imagem pluralista, um mero *administrador de regime* em busca de *eficiência* e resultados ótimos (2006b:23).

Ao sugerir a incapacidade tanto do constitucionalismo quanto do pluralismo para lidar como a fragmentação, Koskenniemi conclui, enfim, que ambos constituem *doutrinas generalizantes com um significado político ambivalente*. As duas doutrinas podem ser utilizadas tanto para *fundamentar* quanto para *questionar* essa conjuntura. Para ele, ambas seriam alternativas acadêmicas que reduzem a complexidade da questão. Seriam abordagens acadêmicas que não são capazes de compreender as raízes mais profundas dessa situação. Por isso, Koskenniemi propõe uma perspectiva que contrasta ambas as abordagens a partir de uma “insider’s view”. Afirma, nessa linha de argumentação, que fragmentação ou unidade seria apenas uma *questão de perspectiva* (KOSKENNIEMI, 2006b:24-25).

Para desconstruir esse dilema entre pluralismo e constitucionalismo – analogia entre regimes e Estados –, a mesma questão fundamental sobre *como é possível um direito entre Estados soberanos* pode se estender ao direito internacional contemporâneo, a saber, *como é possível um direito entre múltiplos regimes* autônomos. Uma das respostas mais comuns à primeira questão diz respeito ao instrumentalismo. Nesse sentido, o direito internacional seria um direito meramente de coordenação, e essa seria a visão endossada pelas análises de relações internacionais sobre o papel do direito internacional no contexto dos regimes. Nessa perspectiva, o direito nada mais seria do que *uma fiel reprodução da racionalidade de cada regime em suas relações externas*, e o operador jurídico, uma mera *peça da engrenagem* de tais regimes (KOSKENNIEMI, 2006b:26).

Koskenniemi critica, ademais, a noção de coordenação de regimes. Para ele, tomar um regime como determinado a priori seria um equívoco. Assim como os Estados-nações, os regimes são inerentemente *indeterminados, conflituosos e abertos*. Nesse sentido, a noção de lógica ou racionalidade de um determinado regime seria análoga ao *mito do ‘interesse nacional’*. A analogia se estenderia, ainda, aos fundamentos dos regimes, que, como no caso do Estado-nação, compreenderiam princípios contraditórios e sujeitos a interpretações conflitantes, com fronteiras constantemente penetradas por racionalidades adjacentes. “O fim do Estado-nação vem à mente quando se ouve a sugestão de que múltiplos regimes jurídicos devem ser geridos por um sistema de coordenação de regimes”. A concepção do direito internacional como um direito de coordenação entre regimes remete à *imagem de bolas de bilhar posicionadas umas contra as*

*outras e em alternância de posições, com uma ocupando a posição da outra. Todavia, ressalta que regimes, assim como Estados, não são bolas de bilhar. Todos os regimes (assim como todos os Estados) estão sempre pré-conectados com tudo que os envolvem*⁷⁹. Deve-se enfatizar, por isso, a *contingência dos regimes, sua dependência de outros regimes, a política da definição de regimes*. (KOSKENNIEMI, 2006b: 26-27).

As análises de Koskenniemi sobre a problemática da fragmentação internacional após seu escrito seminal de 2002 continuam explorando a questão da luta por hegemonia institucional entre os regimes. Mas o que marca, realmente, essas novas análises (2004, 2005, 2006), com exceção do relatório na CDI, é a correlação entre a fragmentação e o que ele denomina de desformalização do direito internacional. Num balanço sobre a institucionalização contemporânea no campo jurídico internacional, Koskenniemi enfatiza o fato de o direito internacional estar se tornando excessivamente técnico e que existiriam interesses estratégicos por trás do predomínio do tecnicismo. Cada um dos regimes jurídicos internacionais autônomos se estabelece por meio da cooperação entre *experts* com objetivos comuns e grupos de interesse, para a administração de tipos especiais de problemas mediante técnicas apropriadas e tendo em vista objetivos específicos. Tal cooperação, não obstante estabelecida mediante representantes governamentais nas *organizações internacionais*, são compostas, fundamentalmente, por *experts técnicos* em questões como meio ambiente ou economia, reivindicando uma legítima *transposição* de instâncias regulatórias nacionais para o plano internacional (KOSKENNIEMI, 2006b:09-15). Assim, a fragmentação representaria um deslocamento de poder no direito internacional: de instituições formais de controle político e jurídico para grupos de *experts*. Assim, o direito internacional estaria sendo marcadamente *desformalizado*, e sua desformalização implicaria em despolitização. Koskenniemi critica a expressão do direito internacional em termos de instrumento para o alcance do equilíbrio de interesses, da redução de custos transacionais e informacionais e o alcance de resultados ótimos (Pareto). Esse tipo de análise, tão comum na literatura de relações internacionais, estaria ganhando progressiva penetração no vocabulário de direito internacional, sobretudo em autores norte-americanos-.

⁷⁹ Cita então o exemplo do regime ambiental: *O direito ambiental pode ser melhor sustentado através de mecanismos de mercado, através da introdução de permissões de poluição. Para o mercado cumprir sua atribuição, um enorme quantidade de regulação é necessária. Um mercado sem cláusulas de condições sociais ou ambientais irá fracassar* (27).

Assim, o direito internacional contemporâneo teria perdido a dimensão política que tinha sido desenhada por Lauterpacht e seus contemporâneos no entre-guerras. Os juristas e os operadores do direito desse período concebiam *o internacional como espaço para o engajamento político*, o *locus* para a atuação contra o nacionalismo exacerbado e o absolutismo. Mas o direito internacional teria perdido esse caráter de espaço significativo para políticas progressistas e o absolutismo estaria voltando à tona: agora, através de verdades disciplinares, *declaradas pelas instituições técnicas* com ambições globais. Como lidar com essa conjuntura? Apelar para um *conservadorismo estatal* não parece ser uma solução plausível, na medida em que o próprio Estado se mostra internamente fragmentado. Koskenniemi afirma, então, que o antigo projeto do direito internacional no sentido de contrabalancear ou até mesmo substituir a soberania por um *sistema internacional de direitos* que fizesse frente ao vocabulário totalitário estatal criou um espaço para um direito progressista, mas também gerou um alto custo. Nesse cenário, *o internacional foi ocupado por um enorme número de políticas como uma pletera de instituições nas quais toda reivindicação se apresenta como um 'direito' desse ou daquele grupo*. Koskenniemi ressalta que, nesse cenário, *a ausência de instituições políticas* faz com que as escolhas de prioridade e distributividade sejam delegadas a *experts e consultores, economistas, técnicos, cientistas, todos buscando justificação de seus vocabulários não políticos de acomodação ad hoc, coordenação técnica e efeito ótimo*. Assim, na conjuntura internacional contemporânea, *tudo é direito - o direito desse ou daquele regime - e nada é política*. Nesse contexto, afirma Koskenniemi, nada mais natural que a literatura de relações internacionais passasse a conceber o direito internacional em termos de *governança, regulação, compliance e legitimidade*. O direito internacional é posto, portanto, em termos de *jogos estratégicos de autointeresse - quer dizer, o autointeresse daqueles que são representados nessas instituições* (KOSKENNIEMI, 2006b:27-28).

Sua proposta diria respeito, essencialmente, à atuação dos operadores jurídicos: é necessário um movimento para *resgatar o projeto político do direito internacional*. O direito internacional deve ser encarado como uma plataforma contra a mentalidade gerencial ou “managerialismo”. A compreensão de que o poder estaria em todas as instituições fragmentadas

seria crucial. Nesse contexto, Koskeniemi (2006b:29-30). sugere uma nova abordagem politizada ou politizadora do direito internacional:

“Isso seria o que cosmopolitismo pode ser hoje: a habilidade de break out e conectar, participar na política de definição dos regimes fazendo uma nova narrativa dos regimes, dando voz a aqueles não representados nas instituições dos regimes. Politizar a governança significa repensar a atividade dos experts das instituições não como a produção técnica de decisões pré-determinadas por uma lógica anônima, mas por escolhas de homens e mulheres bem colocados em vários lugares onde o poder acontece. Ao invés de trazer o direito para a política como previa o programa de Lauterpacht e sua geração buscavam, é importante reverter o programa).”

2.5 A EXPANSÃO E ESPECIALIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL NUMA PERSPECTIVA DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – JURIDIFICAÇÃO DA POLÍTICA INTERNACIONAL

O primeiro capítulo da tese explorou as formas pelas quais se deu a emergência dos regimes internacionais, como conceito e objeto discursivo nas relações internacionais. Nesse tópico, buscamos analisar as formas pelas quais a *juridificação da política internacional* foi possível. A multiplicação de tribunais internacionais e órgãos análogos na década de 1990 e a continuidade da expansão do *treaty making* e da regulação jurídica internacional de forma geral definiria um *passo em direção ao direito* no tocante à institucionalização das relações internacionais. Os atores internacionais racionais, que optariam pela cooperação institucionalizada por regimes sobretudo após o fim da Segunda Guerra mundial, agora estariam se voltando, em grande medida, para uma forma específica: a institucionalização jurídica. Mas o programa de pesquisa sobre a *juridificação* salienta a diversidade de modelos de institucionalização jurídica, que transita de esquemas muito flexíveis até instituições com estrutura extremamente formal de *juridificação*.

Estrutura conceitual

A *juridificação da política internacional* é definida, do ponto de vista de seus elementos conceituais, a partir de três variáveis: *precisão, obrigação e delegação*. Essas variáveis também servem de critério de análise dos níveis de juridificação. A *juridificação* seria, então, um processo específico de *institucionalização* estabelecido através de mecanismos e instituições jurídicos que se desenvolve de forma *irregular* nos diversos setores e regiões da política internacional, de acordo com aquelas variáveis. As três variáveis são definidas de acordo com a análise das

condições específicas sobre como a *juridificação* se dá nos diferentes domínios das relações internacionais, devendo ser tomadas como *tipos ideais*. A *juridificação* em si poderia ser compreendida como uma variável dos regimes internacionais institucionalizados. Constituindo uma modalidade de institucionalização, existiriam regimes institucionalizados com níveis altos, médios e baixos de *juridificação*, e outros sem nenhum grau de *juridificação* (GOLDSTEIN et al, 2001:1-12).

O elemento *obrigação* diz respeito ao nível de comprometimento que esse tipo de institucionalização impõe aos atores, que passam a estar *sujeitos ao escrutínio de regras gerais, procedimentos e discursos do direito internacional* e doméstico. Ele se refere, portanto, à espécie e nível de vinculação que pode ser alcançado por normas jurídicas em contraposição a outros tipos de normas, tendo em vista a especificidade da sistemática e lógica que o direito estabelece (padrões e procedimentos para criação de normas, regras e princípios, e interpretação, aplicação/*enforcement* deles). Esse seria o caso de princípios como os do direito contratual, como boa fé, *pacta sunt servanda* e suas exceções: *rebus sic stantibus*, legítima defesa, estado de necessidade e a proporcionalidade para todos. O componente *precisão* concerne ao grau de definição e especificidade das regras dos regimes no tocante às *condutas requeridas, autorizadas ou prescritas* aos atores internacionais nas diversas *circunstâncias*. Assim, ao optarem por um modelo jurídico de institucionalização, os atores estariam levando em consideração a restrição em termos de interpretação que pode ser atribuída a esse padrão. O elemento *delegação* seria concernente ao fato de que os regimes estabeleceriam mecanismos que propiciariam às partes que entram em conflito uma instância neutra para a *implementação* das regras do regime, incluindo sua *interpretação, formação* de órgãos de solução de controvérsias e *mecanismos para formação de novas regras* (GOLDSTEIN et al, 2001:6 e ss.).

Uma questão inicial diz respeito à flexibilização da variável obrigação: em que medida se pode flexibilizar ou mitigar a obrigatoriedade (como se dá em modelos de *juridificação ultra-soft*) sem a perda do caráter jurídico vinculatório? A resposta estaria nos instrumentos definidos como recomendações ou regras gerais/*guias*, tais como as Regras Gerais sobre Empresas Multinacionais da OCDE. Mencionam-se também certos mecanismos de flexibilização dos quais os atores internacionais se utilizariam para transformar uma *juridificação hard* em *soft*, como

seria o caso da Convenção sobre Mudanças Climáticas. A referida convenção determina que as partes do acordo tomem várias medidas para evitar a emissão de certos gases nocivos, mas somente após levarem em consideração o desenvolvimento de suas prioridades, objetivos e circunstâncias nacionais e regionais. Ou no caso de convenções de direitos humanos que podem ser limitadas por questões de segurança nacional. Desse modo, seria possível acomodar interesses, poder e direito no mesmo modelo institucional, ou em um modelo que aparenta ser jurídico, mas não incorpora, realmente, a racionalidade/lógica jurídica. Os autores tendem a enfatizar o valor dos padrões de *juridificação* de baixa precisão. Afirmam que *imprecisão não é sinônimo de discricionariedade estatal*. Nesse sentido, defendem que muitos tratados são estabelecidos genericamente, abstratamente, sendo apenas codificados e desenvolvidos progressivamente na sequência (GOLDSTEIN et al, 2001:27 e ss.).

A construção dessas dimensões ou variáveis envolve tanto autores neoinstitucionalistas (Abbott, Keohane, Snidal) quanto liberais (Slaughter, Moravcsik). A partir das três variáveis se estabelece a diversidade de possíveis configurações abrangidas pela noção de *juridificação*, e é também empreendida a análise da prevalência do *hard law* ou do *soft law* (ABBOTT; SNIDAL, 2001). Assim, a *juridificação* pode ser pensada como uma forma específica de institucionalização, que, em compensação, também compreende uma multiplicidade de subtipos de institucionalização. O conceito torna-se tão abrangente que se torna difícil identificar uma instituição que não apresente pelo menos um nível mínimo de *juridificação*. Embora os autores afirmem que existam regimes institucionalizados sem qualquer nível de *juridificação*, eles não apresentam um exemplo. Nesse sentido, tal como “regimes internacionais”, “*juridificação*” torna-se, ironicamente, um conceito que apresenta um baixo nível de precisão⁸⁰.

Mas por que ocorre a *juridificação*? O que explica sua difusão?

Elementos e dimensões explicativas

Seguindo a tradição neoinstitucionalista – e muito do que foi concebido na teoria dos regimes internacionais –, as respostas acerca das causas e consequências da *juridificação* estão

⁸⁰ Ainda assim, considera-se que a *juridificação* enfoque um ponto mais preciso do que a teoria dos regimes. Abbott (1998:58) afirmaria que os regimes internacionais seriam *instituições definidas por um alto nível de generalidade*.

profundamente relacionadas à concepção de atores racionais em busca de condições ótimas no ambiente internacional. Incorporou-se, igualmente, a referência ao Estado como ator primário.

A *juridificação* estaria relacionada, portanto, com a preferência dos atores internacionais, particularmente os Estados, por estruturas institucionais definidas por padrões jurídicos. Assim, a opção pelo design jurídico de determinado regime seria explicada em função de cálculos de custo e benefício realizados pelos atores na aferição de condições de facilitação da cooperação promovidas pela *juridificação*⁸¹. As análises de custo-benefício são realizadas a partir de três elementos que constituem dimensões ou variáveis fundamentais para análise da *juridificação*. Mas que tipo de consideração, precisamente, determina a opção dos atores por determinado tipo de *juridificação* ou por nenhuma *juridificação*? Ou seja, como definir a estratégia dos atores em relação às possíveis combinações de variáveis?

Para operar esses cálculos, os atores se valem de três elementos de análise, que se constituem, então, como pressupostos explicativos. Em primeiro lugar estão os *valores funcionais*, que dizem respeito ao nível de previsibilidade e de ações prospectivas que os acordos de caráter jurídico, possibilitando, portanto, a *redução de custos transacionais*. Em seguida, estão as *preferências e incentivos aos atores políticos domésticos*, que definem a dimensão não unitarista dos cálculos estratégicos envolvendo não apenas atores nacionais. Tais preferências e incentivos evidenciarão que não se trata de considerar apenas o Estado como ator unitário, mas a existência de uma variedade de grupos e indivíduos que influenciam efetivamente os processos de tomada de decisão em relação à institucionalização internacional. Finalmente, a *incorporação de normas internacionais particulares*, concernente à *evolução normativa*, ou seja, a *juridificação* implicaria o progresso do *rule of law*, na medida em que o direito seria muitas vezes levado em consideração pelos atores não somente como um instrumento a serviço de seus propósitos, mas também como um bem, um benefício, em termos de legitimidade de governança (ABBOTT, 1998; GOLDSTEIN, 2001:12 e ss.).

A análise acerca das opções dos atores no tocante aos modelos de direito ou configurações jurídico-normativas nos diversos campos setoriais e regionais é empreendida por

⁸¹No texto de conclusão dos estudos sobre *juridificação*, Kahlner (2001) sintetiza afirmando que os governos optam por instituições juridificadas por razões fundamentalmente funcionalistas, ou seja, para solucionar problemas de ação coletiva.

Abbott e Snidal (2001). A abordagem sobre *soft* e *hard law* ainda é compreendida no contexto das escolhas (racionais) dos atores internacionais. Ao optarem por formas juridificadas de institucionalização, os atores também são compelidos a fazerem escolhas em termos de padrões mais rígidos ou mais flexíveis de *juridificação*: *soft* e *hard law*. Tais escolhas seriam determinadas, principalmente, pelos acordos em concreto. Tendo em vista sua natureza e as especificidades do acordo, os atores escolheriam a forma de institucionalização jurídica mais vantajosa, mediante os cálculos de custo-benefício. A opção pelo direito rígido ou *hard law* seria motivada, principalmente, por fatores como ganho de *credibilidade* para os acordos e compromissos, *redução de custos transacionais*, *alteração nas estratégias políticas* e a *gestão de problemas de acordos incompletos*. Em outras palavras, a *juridificação* na sua configuração rígida produziria, em certa medida, um tipo de compensação para a ausência de uma autoridade supraestatal e para o déficit de *enforcement* referente a essa estrutura horizontal. A adoção de um direito rígido teria como corolário, portanto, o aumento dos custos do inadimplemento ou rescisão do acordado, i.e., de custos relacionados, sobretudo, com a reputação da parte que provoca a rescisão, como sua confiabilidade para novos acordos. A *redução de custos transacionais* estaria relacionada ao fato de que o direito rígido implicaria a redução dos custos para alcançar consensos, tendo em vista seus efeitos de predeterminação de princípios e regras muito mais claros e vinculantes e de mecanismos e instâncias para solução de conflitos. A *alteração de estratégias políticas* diria respeito ao ganho decorrente da limitação da margem de emprego de estratégias diversas e, portanto, um ganho considerável em termos de igualdade no desempenho dos atores, uma vez que, por exemplo, algumas táticas utilizadas pelos atores mais poderosos passam a ser suprimidas. No tocante à *gestão de problemas de acordos incompletos*, enfatiza-se o fato de o *hard law* estar associado a um alto nível de delegação. Assim, mesmo no caso de o acordo apresentar muitas lacunas, pode-se contornar esse problema tendo em vista que a interpretação e o preenchimento dessas lacunas serão confiados a uma instância de solução de conflitos predeterminada, independente e com alto grau de confiabilidade e previsibilidade pelos atores. Concebe-se o *hard law* como particularmente útil quando os atores desejam estabelecer compromissos rígidos, em casos em que os atores se deparem com altos custos de transação e quando preveem problemas decorrentes de negociação incompleta. Por outro lado, existiria uma tendência de se optar pelo *soft law* quando existe alto custo político para a celebração do acordo e quando os atores têm incertezas acerca das consequências dele (ABBOTT; SNIDAL, 2001: 37-

49). O elemento de incerteza seria fundamental para explicação das variações na *juridificação* (HELPER et al., 2011; THOMPSON, 2010).

No tocante ao *soft-law*, seriam atribuídas as seguintes vantagens: a *redução dos custos de realização dos acordos* (contratação), de *soberania* e de *segurança* (questão da incerteza). A facilitação de acordos se daria por meio da minimização de seus custos e diria respeito ao fato de que determinados acordos exigem um processo exaustivo de deliberação tendo em vista as consequências que podem ser projetadas no caso de uma concessão equivocada. Nesse caso, tendo em vista a complexidade ou inviabilidade da demarcação de uma *juridificação* rígida, os atores podem optar por estabelecer um padrão mais flexível de *juridificação*, eliminando ou atenuando os custos atribuídos em termos de concessões e de soberania, por exemplo, sendo que ainda podem utilizar desse padrão como um primeiro passo para seguir, posteriormente, em direção ao modelo do *hard law*⁸². O caminho inverso também é considerado em alguns casos nos quais a institucionalização pelo direito rígido não tem se mostrado adequada e tem gerado custos considerados insuportáveis. Nesse caso, os atores podem promover uma revisão do modelo institucional, buscando padrões jurídicos mais flexíveis⁸³. Outro aspecto importante em termos de vantagens do *soft-law* concerne à redução de custos relativos à concessão de parcelas de soberania ou controle estatal sobre determinadas questões (ABBOTT; SNIDAL, 2001: 37-49).

Entre a adequação de um sistema jurídico totalmente desenvolvido por um lado e da total ausência de mecanismos jurídicos (anarquia internacional), por outro, o que define se a legitimidade de um ou outro tipo de institucionalização são as análises de custo e benefício em relação ao nível de obrigação, precisão e delegação. Mas os autores tendem a privilegiar o que eles denominam de *juridificação soft*, que em *muitas circunstâncias* seria o *instrumento ótimo de governança* (ABBOTT, 1998:60).

O foco da análise limita-se, portanto, aos recursos e capacidades de barganha dos atores individuais, que determinariam o nível, ou o tipo de *juridificação* a ser implementada.

⁸² Seria o caso do regime de comércio internacional a princípio de natureza *soft* denominado GATT, que posteriormente teria evoluído e ensejado a definição de uma instituição de caráter muito mais rígido e vinculante que passou a constituir a OMC.

⁸³ Caso da regulação internacional do trabalho pela OIT que se utilizava de padrões rígidos de *juridificação* e após se ... com muitas situações de descumprimento de diversas normas rígidas optou por estabelecer padrões flexíveis como recomendações e códigos de conduta.

Outra questão explorada pelo projeto de pesquisa é a forma pela qual a juridificação afetaria a política internacional e seu impacto no *decision making* no nível doméstico.

Como foi mencionado, a *juridificação* apresentaria uma difusão *irregular* nos vários âmbitos setoriais e regionais, e os efeitos específicos a longo prazo dependeriam, pois, da forma pela qual a *juridificação* se difunde. A difusão, por sua vez, dependerá da **evolução** das normas internacionais, de suas consequências para as políticas domésticas e transnacionais e da percepção de benefícios por diferentes atores essenciais.

Uma das consequências fundamentais da juridificação da cooperação internacional diria respeito à *compliance* com as obrigações internacionais. Pode ocorrer de não haver coincidência entre *compliance* com obrigações internacionais, efetividade institucional e aumento na cooperação internacional, devido aos efeitos domésticos da juridificação. Os efeitos da juridificação a longo prazo dependeriam da sua difusão desigual. Tal difusão depende, por sua vez, da evolução das normas internacionais, das consequências para políticas domésticas e transnacionais, e da percepção dos respectivos benefícios por atores centrais (GOLDSTEIN, 2001).

As assimetrias de poder são tratadas superficialmente. No capítulo final, que traz um balanço algumas conclusões sobre o estágio pesquisa, Kähler (2001) faz uma consideração importante sobre essa questão: a juridificação diz respeito às preferências dos Estados mais poderosos, sendo guiados pelas políticas domésticas. Estados com baixo poder de barganha prefeririam aumentar o nível de juridificação dos mecanismos de solução de controvérsias (cortes e órgãos análogos). Os EUA e a Europa, por outro lado, seriam fortes proponentes da juridificação *soft* e voltada apenas para a redução de custos de barganha, tendendo a rejeitar a delegação. Assim, a oferta de instituições juridificadas seria em grande medida dependente das preferências dos atores mais poderosos em uma região ou *issue-area* e da dinâmica das políticas domésticas. A democratização fomenta, em alguma medida, grupos *pró-juridificação* (empresas/empreendedores no tocante a questões materiais e ativistas nas questões normativas), mas também flexibiliza o direito devido ao processo eleitoral. Já os custos de soberania muitas vezes previnem Estados pobres de promover a juridificação. Para finalizar, Kähler traz um exemplo do grau de variação na juridificação, o do regime monetário internacional, que tem se

tornado cada vez menos juridificado. Quer dizer, a juridificação seria um movimento extremamente heterogêneo.

Um dos grandes críticos nas relações internacionais, em relação a tipo de análise sugerido pela *juridificação*, é Fredrich Kratochwil. O autor ressalta o papel comunicativo das normas na tomada de decisão dos atores internacionais. Seu posicionamento propicia que o papel e a influência das normas possam ser observados em contextos que muitos neorealistas e neoinstitucionalistas caracterizariam como anárquicos. Enfatiza, também, a especificidade do processo de argumentação do direito (KRATOCHWIL, 1991). Para Kratochwil, um dos grandes problemas das análises da *juridificação* da política internacional diz respeito às suas pretensões de interdisciplinaridade. Em seu entender, esse objetivo não é alcançado, porque os autores incorrem nas mesmas limitações de diversas outras análises que buscam a interdisciplinaridade: a mera "tradução". Ou seja, o que ocorre são apenas tentativas de cientistas políticos de explicar para os juristas como o direito é pensado nas relações internacionais e vice versa. Nesse sentido, o verdadeiro diálogo interdisciplinar acaba sendo inviável. A ausência de um diálogo com a *teoria social* ou *jurídica*, ou mesmo com a *teoria dos regimes* ou a *literatura sobre governança* acaba produzindo uma *tentativa quase autista de teorizar sobre direito e política*. Ao se abstrair a regra jurídica de um contexto autoritativo acaba-se por fazer com que a regra perca seu significado de informadora das ações individuais e coletivas, e de provedora de consenso ou justificção necessários para decisões judiciais. Kratochwil ainda faz diversas ressalvas em relação às elaborações teóricas, tais como a mensuração do nível de *juridificação* por meio da variável precisão. Em muitos contextos, pode-se encontrar regras com pouca precisão e, ao mesmo tempo, com alta carga de juridicidade: princípios como *boa-fé*, *devido processo legal*, além da *constituição britânica*, dentre outros (KRATOCHWIL, 2002:878-880).

Também no marco teórico construtivista, Martha Finnemore e Toope, estabeleceram críticas importantes à *juridificação*. Argumentam que o direito não se restringe às *obrigações decorrentes de tratados* ou a meros *processos de resolução de controvérsias*, mas diz respeito a um *fenômeno social* muito *amplo* e complexo, *imerso nas práticas, crenças e tradições das sociedades e definido pela interação social*. A visão restritiva do direito não daria conta da sua dimensão constitutiva e de sua influência na construção das bases normativas implicadas nas

relações sociais. Apontam ainda para uma lacuna importante nas análises: a ausência da categoria *legitimidade*, ao lado das variáveis *obrigação*, *precisão* e *delegação*, sobretudo em se tratando de um estudo liberal-neoinstitucionalista. Ponderam, ademais, sobre o fato de o direito não ser levado em consideração como *processo*, mas apenas como um *produto*, uma commodity, o que, por sua vez, prejudica a compreensão tanto das diferenças entre *soft* e *hard law* quanto do papel do direito internacional costumeiro (FINNEMORE; TOOPE, 2001:746-750).

CAPÍTULO 3 – CASO MOX PLANT: DIREITO E MOBILIZAÇÃO

3.1. Introdução e metodologia

O presente capítulo constitui uma análise de caso, que tem como objetivo estabelecer elementos para discutir e explorar os limites das teorias da *fragmentação do direito internacional* e *juridificação da política internacional*.

Esse estudo de caso deve destacar o caráter mutável e constitutivo da normatividade jurídica internacional, na medida em que apresenta diferentes formas pelas quais o direito pôde ser mobilizado mediante formas (ou “usos”), atores e instâncias diversos. Nesse sentido, deve relativizar análises categóricas e estáticas acerca do direito na esfera internacional e da sua forma de funcionamento. A investigação das mobilizações jurídicas empreendidas torna-se importante para a compreensão da complexidade em torno do “entendimento-constituição” e dos consequentemente distintos “usos” desse direito e de suas instâncias de requerimento.

O caso *Mox plant* concerne a uma disputa jurídico-política envolvendo múltiplos atores e instâncias. A disputa envolve a implantação e operação de uma usina de reprocessamento de material nuclear numa área do Reino Unido próxima ao mar irlandês. No plano doméstico, a autorização para operação foi questionada por organizações não governamentais de proteção ambiental (Greenpeace e o Friends of the Earth) e pelo governo da Irlanda durante uma sequência de consultas públicas e pelas ONGs através dos sistema judicial do Reino Unido. Questionavam-se os possíveis danos ao meio ambiente de forma geral e a justificação da usina. No plano supra nacional, a Irlanda recorreu a diversos instrumentos regulatórios e tribunais internacionais buscando impedir a operação da usina, pelo receio de danos ambientais ao seu ambiente marinho.

Escolha do caso

Trata-se de um caso que ilustra, de forma marcante, o que é muitas vezes chamado de fragmentação do direito internacional ou de juridificação da política internacional. Mais

especificamente, esse caso põe em evidência a fragmentação da governança ambiental, compreendendo tanto o aspecto da regulação quanto das cortes. O que o torna referência no debate da fragmentação do direito internacional é exatamente o fato de se poder visualizar a sobreposição de instrumentos regulatórios (Tratado da Euratom, Convenção Oskar - Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Noroeste, Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar - UNCLOS e o direito comunitário europeu) e instâncias judiciais nacionais e supranacionais (corte arbitral estabelecida no âmbito da Oskar, Tribunal Internacional de Direito do Mar, corte arbitral formada no âmbito da UNCLOS e Corte Europeia de Justiça). Por esses aspectos, o Mox Plant tornou-se um caso de grande repercussão na teoria do direito internacional. A própria fase da litigância e mobilização no âmbito interno do Reino Unido apresenta um aspecto não explorado da fragmentação do direito internacional: a questão da concorrência de regulações/regimes (ambiental e econômico), que já se apresentava no âmbito doméstico.

Mas a escolha do caso se deu, definitivamente, por constatarmos a ausência de uma abordagem que pudesse revelar os elementos jurídico-constitutivos envolvidos no conjunto de demandas e que apontasse a inserção desses elementos na fragmentação/juridificação de forma geral. A questão seria: como analisar o caso de forma a problematizar e encontrar indicativos desses elementos?

Metodologia

Uma possibilidade que nos pareceu muito profícua seria adotar o referencial teórico das pesquisas sobre a mobilização jurídica⁸⁴ (MCCANN:1994; 1996; 2008; 2010). Diferentemente de análises já empreendidas e fundamentadas em outras abordagens, a escolha desse referencial permitiria que o foco da investigação não se estreitasse na atuação do tribunais e dos governos britânico e irlandês.

⁸⁴Adotamos como referência central para nossa análise, uma abordagem “constitutiva” da mobilização jurídica em detrimento de abordagens “causais”. Sobre essa distinção: MCCANN, 1996

Buscamos, então, explorar como se dá a mobilização jurídica empreendida por diferentes setores/movimentos sociais no campo da proteção ambiental; suas estratégias jurídicas; o desenvolvimento de dinâmicas entre ativismo e direito internacional ambiental. O caso ilustra a natureza fluida e complexa da forma pela qual o direito define e é definido ou moldado nos processos de mobilização jurídica nesse campo.

O capítulo deve estabelecer elementos para a análise de como a fragmentação/juridificação implica em novas formas pelas quais o direito internacional constitui e é constituído pela política e as novas dinâmicas que surgem nesse cenário.

Contexto de inserção do caso

Desde o início das operações de Sellafield (área que compreende um conglomerado de usinas de reprocessamento de material nuclear no Reino Unido) existe uma preocupação constante por parte da República da Irlanda no tocante à possibilidade de emissões de radioatividade e contaminação de sua região marítima. Sellafield se situa no condado de Cumbria, área que compreende a primeira estação comercial de energia nuclear do mundo e outras instalações antigas⁸⁵.

A reticência da Irlanda está relacionada à proximidade dessa área em relação ao mar irlandês (112 milhas). Esse é o aspecto que ensejou a oposição da Irlanda a todos os projetos e operações empreendidos na área. E não somente a Irlanda, mas a Noruega, outros Estados próximos e organizações não governamentais de proteção do meio ambiente, levantaram objeções às operações. A produção de energia nuclear de uma forma geral é sempre motivo de dissenso. No caso das plantas de Sellafield, ainda existem controvérsias acerca de emissões de material radioativo de longa data. Embora essas emissões em geral sejam reputadas como acidentais, em alguns casos existem análises (OSPAR COMMISSION Quality Status Report 2000 for the North-East Atlantic) que apontam para seu caráter deliberado. Elas teriam impacto significativo no ambiente marinho da Irlanda.

⁸⁵ Desde os anos 1950 Sellafield foi estabelecida como planta central para reprocessamento de combustíveis nucleares usados (e passíveis de serem reprocessados para reutilização).

A planta de Sellafield era operada, inicialmente, pela British Nuclear Fuels Limited (BNFL), uma empresa estatal do Reino Unido que detinha a propriedade da planta. A BNFL foi desmembrada e vendida ao capital privado em 2005.

A controvérsia que será objeto de análise da presente pesquisa se situa nesse contexto. Diz respeito à instalação e operação de uma nova usina de processamento de combustível nuclear em Sellafield. Trata-se do MOX, que é um combustível misto derivado de óxido de urânio e óxido de plutônio. É usado como combustível em alguns reatores nucleares específicos. Mas, como não existia nenhum desses no Reino Unido, todo o MOX produzido seria exportado, principalmente pela via marítima.

3.2. Sobreposição/conflito de regimes e mobilização jurídica: o caso no plano político-administrativo, no sistema judicial do Reino Unido e nas cortes internacionais

A partir de meados da década de 1990 se inaugurava um novo capítulo na história das relações entre os opositores de Sellafield e o Reino Unido/BNFL: o projeto, autorização e operação de uma nova planta, a usina Mox⁸⁶. Além do estabelecimento da usina, com grande potencial de geração de controvérsias, esse período era marcado, particularmente, pelo repertório de possíveis recursos estratégicos face à Sellafield. A emergência de uma multiplicidade de regimes, compreendendo instrumentos regulatórios, princípios, práticas e instituições redefiniam as formas pelas quais essas relações se articulavam.

Novos oportunidades e desafios

Se o regime Euratom⁸⁷ era quase exclusivamente voltado para a regulação dessas relações desde o início das primeiras operações em Sellafield, a partir da década de 1990 passava

⁸⁶ O MOX ou “combustível nucleares de óxido misto” (MOX), são produzidos a partir do reprocessamento de óxido de urânio e plutônio. Trata-se de um produto constituído por uma massa cerâmica de Urânio e Plutônio extraída de combustível já usado em reatores de usinas nucleares. Em poucas palavras, o MOX é lixo radioativo reciclado já fissionado por anos a fio e que recombinado através de uma complexa tecnologia, pode ser novamente aplicado como combustível em reatores. A maior parte da produção se situa na França e Inglaterra. Ver: <http://www.world-nuclear.org/info/Nuclear-Fuel-Cycle/Fuel-Recycling/Mixed-Oxide-Fuel-MOX/>

⁸⁷ A Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom) compreende um regime criado em 1957 (paralelamente à Comunidade Econômica Europeia) pelo Tratado de Roma, que abrange uma organização burocrática e também

a se definir um quadro de concorrência de regimes no contexto. É o que ocorre com a inserção, nesse espectro regulatório, da Convenção OSPAR⁸⁸, em setembro de 1992, e a entrada em vigor da UNCLOS⁸⁹, a partir de 1994. Além disso, esse quadro também contemplava a legislação interna do Reino Unido e instrumentos de *soft-law*, como as diretivas da IRCP, etc. e instrumentos relacionados à proteção ambiental, como a Declaração do Rio, Sintra e Convenção Aahurs.

Nesse cenário ficava claro, para os opositores de Sellafield, um novo espectro de estratégias e articulações possíveis. Uma das primeiras percepções dessas novas possibilidades é evidenciada na iniciativa do Greenpeace de oferecer (já em 1992) consultoria ao governo irlandês sobre a possibilidades de ações judiciais em tribunais internacionais⁹⁰.

Mas, enquanto se ampliava o repertório de estratégias de oposição a Sellafield no campo jurídico, expandiam-se, ademais, os obstáculos a essa contestação. O cenário de contraposição à usina Mox impunha 2 novos desafios aos opositores: i) o reconhecimento da extraordinária complexidade de se evidenciar os danos ou riscos tanto em relação à saúde da população irlandesa quanto ao ambiente marítimo irlandês, tendo em vista como esses elementos se mostraram frágeis em disputas políticas anteriores; ii) a tendência de redefinição do discurso sobre a energia nuclear para fins civis, que marcava, mormente, o fim da década de 1990.

instrumentos legislativos. É governado pelos Estados-membros da União Européia, mas conserva certa autonomia organizacional e jurídica em relação a esta. O objetivo central do Tratado Euratom concerne ao alcance de independência energética através do uso da energia nuclear. Mas compreende-se também metas como a *cooperação no desenvolvimento e utilização da energia nuclear; a promoção da investigação da energia nuclear; a criação de um mercado comum de equipamentos e materiais nucleares, de modo a que todos os Estados-Membros pudessem beneficiar do uso desta energia; a definição de normas de segurança uniformes com vista a proteção da saúde da população e dos trabalhadores da indústria; e garantia de que os materiais nucleares não serão desviados para fins diferentes daqueles a que se destinam, em particular militares*. Ver: Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom), disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_euratom_pt.htm.

⁸⁸ A Convenção OSPAR, ou Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste, é uma convenção internacional adotada em Paris, no âmbito da reunião ministerial das Comissões de Oslo e Paris, em 22 de Setembro de 1992.

⁸⁹ A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), frequentemente referida pelo acrônimo em inglês UNCLOS (de *United Nations Convention on the Law of the Sea*).

⁹⁰ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês 30 de junho de 1992. Disponível em: <http://debates.oireachtas.ie/dail/1992/06/30/00021.asp>.

O primeiro desafio diz respeito às percepções, durante a década de 1990, da questão probatória em eventuais processos judiciais. Esse desafio dizia respeito a um cenário no qual o problema dos danos ou riscos decorrentes da exposição à radiação procedente de Sellafield tanto à saúde da população irlandesa quanto ao ambiente marinho irlandês se mostravam cada vez mais complexos. Os debates no parlamento irlandês atestam que diversos tipos de medidas jurídicas foram cogitadas, em várias oportunidades, sendo que o governo irlandês decidia, ao final, não tomar a iniciativa direta em nenhuma delas. Embora os parlamentares muitas vezes vislumbassem oportunidades claras de confrontar as cortes, a Advocacia Geral acabava se mostrando muito reticente a tais sugestões, devido à complexidade e aos custos envolvidos na tarefa de apresentar evidências de danos radiológicos às pessoas ou ao meio ambiente.

Esse aspecto fica claro numa fala do ministro da Energia em 1992 (Mr. Molloy) no sentido de que o governo irlandês estava comprometido em levar adiante uma ação judicial contra Sellafield caso houvesse elementos suficientes para instruí-la. Mas ressalva a necessidade de essa ação ser fundamentada em *evidências científicas relativas aos efeitos danosos das operações em Sellafield em relação a Irlanda* e que *estabelecer provas convincentes, que determinem uma relação direta de causa e efeito entre as operações da planta de Sellafield e os dados ou prejuízos para a população na Irlanda, é algo muito difícil*.⁹¹ Uma declaração do então ministro de Estado para o Departamento de Transporte, Energia e Comunicações, Emmet Stagg, em 1996 apontava nesse mesmo sentido. Em relação a uma nova possibilidade de ação judicial apresentada ao parlamento, Stagg afirma que o *Advogado Geral* estaria analisando a *possibilidade* de uma *ação judicial contra Sellafield*. Todavia, essa iniciativa não teria cabimento, a não ser que houvesse uma *evidência científica robusta*. Stagg acrescenta que, em ocasiões anteriores em que se cogitou essa hipótese, o governo foi aconselhado a não acionar judicialmente as autoridades do Reino Unido, tendo em vista, exatamente, a falta de provas robustas⁹². Nos anos que se sucederam, principalmente a partir do mandato do novo ministro do Departamento de Transporte, Energia e Comunicações, Joe Jacob, essa situação se repetiu inúmeras vezes.

⁹¹ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês de 15 de maio de 1992. Disponível em <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/seanad1992051500008?opendocument>).

⁹² Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês de 11 de junho de 1996. <http://debates.oireachtas.ie/dail/1996/06/11/00130.asp>.

O segundo grande desafio com que a Irlanda e as ONGs ambientais se defrontavam nesse momento dizia respeito ao novo estatuto que a energia nuclear adquiriria, no fim da década de 1990 e início de 2000. Nesse período, o debate das mudanças climáticas deixava de ocupar uma posição periférica nas agendas de relações internacionais e se identificava uma crítica cada vez mais incisiva às matrizes energéticas relacionadas à emissão de carbono. A energia nuclear passa a ser considerada, nesse contexto, como uma das principais alternativas em relação às usinas de carvão e combustíveis fósseis, que se tornavam as maiores poluidoras. Embora grande parte do ativismo ambientalista permanecesse contrário à atividade nuclear, o discurso ambiental sobre energia sofria uma inflexão. Nesse sentido, dá-se o abrandamento da visão negativa sobre energia nuclear, que passava a ser posta, em grande medida, como energia limpa e não prejudicial ao meio ambiente.⁹³

Nesse contexto, a inserção do Protocolo de Kioto e de outros instrumentos, tais como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima ou CQNUMC (UNFCCC, em inglês), no debate ambiental teriam impacto nas definições das agendas domésticas e na definição de oportunidades estratégicas para os atores nesse plano. No âmbito do Reino Unido, que presidia o G8 e a Comunidade Europeia, esses instrumentos e a redefinição do debate teriam particular repercussão. A questão das mudanças climáticas e proposição da energia nuclear como alternativa viável às matrizes “poluidoras” seria fortemente encampada pelo primeiro ministro britânico empossado em 1997, Tony Blair. Blair estabeleceria essa questão dentre suas prioridades políticas internacionais.

Embora já houvesse figurado como um ávido crítico⁹⁵, sobre o apoio à energia nuclear⁹⁶ como alternativa para a diminuição nas emissões de carbono e o cumprimento do protocolo de

⁹³ Ver: LABBÉ, Marie-Hélène. 1999. *Le nucléaire à la croisée des chemins*. Paris, IFRI, La Documentation française, 1999, p. 55-69; BARNES P. 2013. ‘The changing fortunes of nuclear energy in the environmental discourse’ in: Barnes P. and Hoerber T.(eds) *Sustainable Development and Governance in Europe – the evolution of the discourse on sustainability*, Routledge, p. 106-120.

⁹⁵ Deve-se notar que ex primeiro ministro britânico era um crítico incisivo do uso da energia nuclear como alternativa. Num discurso em 1988 (Secretário da Energia pelo Partido Trabalhista nessa época) ele afirmou que “what is unbelievably depressing about the Conservative government is that they see in the evidence about greenhouse gases not an opportunity to promote environmental concern, but a chance to make the case for nuclear power.” Em outro discurso na mesma época asseverou que a “radioactive waste is a major environmental problem and one for which we have no easy answer at present . . . When people learned that nuclear reactors must be left for 100 years before final decommissioning takes place, it provided them with a considerable education in the

Kioto, Blair era claro: a matriz nuclear deveria ser estabelecida definitivamente na agenda política, caso se quisesse debater “com seriedade a questão das mudanças climáticas”. De acordo com o grupo de pressão radicado em Londres, World Nuclear Association, a demanda por energia elétrica deveria crescer entre 30 e 100 por cento de 1990 a 2020. Nesse cenário, o investimento em energia nuclear não seria apenas uma opção, mas um imperativo, tendo em vista “as emissões de carbono estarem ameaçando o próprio equilíbrio biosfera”.⁹⁷

Esse cenário impunha, portanto, o desafio de encontrar estratégias alternativas de mobilização e de argumentação para fazer frente ao novo empreendimento.

Ainda durante o período no qual se processava administrativamente a autorização da usina, um novo instrumento regulatório se inseria no contexto do debate sobre a implantação da Sellafield: a diretiva 96/29/Euratom. Essa diretiva apresentava duas inovações significativas em relação à diretiva anterior (80/836/Euratom) no tocante ao problema da exposição à radiação ionizante no âmbito desse regime: a referência explícita à proteção do meio ambiente (art. 47 e 51) e à justificação econômica (art. 6).

A segunda inovação da diretiva e a difusão dessa lógica em outros instrumentos, teria impacto considerável na definição de estratégias argumentativas no tocante à mobilização e oposição à Sellafield. Embora a questão ambiental ainda constituísse um elemento importante nessas estratégias, a estratégia de enfrentamento fundamentada na questão financeira, dos custos e justificação econômica do empreendimento se delineava no horizonte dos opositores de Sellafield com crescente centralidade. É o que pode ser verificado no ativismo jurídico-político da Irlanda e das ONGs desde a fase de autorização da usina Mox.

environmental implications of nuclear power.” LEAKE, J. The nuclear wisdom of young Blair. *NewStatesman*, 29/05/2006. <http://www.newstatesman.com/node/153340>

⁹⁶ Sobre a redefinição desse discurso no Reino Unido (através de um estudo da mídia), ver: DOYLE, Julie. Acclimatizing nuclear? Climate change, nuclear power and the reframing of risk in the UK news media. In: *International Communication Gazette*, Vol. 73, No. 1–2, February/March 2011, pp. 107–125. Sobre como essa questão é debatida nos EUA, ver: Petterger, M. E., *The social construction of climate change: power, knowledge, norms, discourses*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2007.

⁹⁷ <http://www.theguardian.com/science/2004/aug/12/nuclear.environment>

Uma fala do ministro Joe Jacob ilustra bem a percepção do governo irlandês sobre essa questão. Abordando as novas tendências em matéria de energia nuclear, Jacob firma que existiria “no exterior uma perspectiva atual acerca da indústria nuclear, de que o poder nuclear seria a resposta para todos os nossos problemas, particularmente em relação à questão do *aquecimento global*”. Assevera, então, que a alternativa para forçar o encerramento das operações em Sellafield seria uma oposição *embasada em fundamentos econômicos*. Ao ser questionado por um parlamentar sobre o por quê da inércia durante os quatro anos de seu mandato e a tomada de medidas concretas (de caráter jurídico) apenas às vésperas de eleição, reitera que apenas a partir da possibilidade de interpelação fundamentada na questão econômica (ou seja, a partir da entrada em vigor da Diretiva 96/29/Euratom, em 2001) que teria havido embasamento suficiente para uma ação judicial. “Successive Governments and Ministers have probed that avenue and sought the necessary legal advice, which was that sufficient scientific and other evidence was not available to take a case to seek closure or a cessation of activities at Sellafield. We targeted the mixed oxide fuel plant because of its *economic significance* to the existence of BNFL installations. I am firmly convinced this is the route to take”... “*The only way to make an impact on this issue is through economics*”.⁹⁸

A ênfase na questão econômica seria seguida pelas ONGs (ainda que tenham como cerne de sua atuação a defesa do meio ambiente) na litigância doméstica, como será visto.

Processo de autorização - a mobilização do direito no plano administrativo e o planejamento da batalha judicial

O processo administrativo para autorização da construção e operação da usina Mox se estendeu por nove anos. Seu início se dá em 1992, quando a BNFL, dentre outras medidas, submete uma avaliação de impacto ambiental às autoridades britânicas competentes (um requisito fundamental para a obtenção da concessão). A avaliação concluiu que a operação da usina Mox não implicaria emissões significativas de radiação. Assim, em fevereiro de 1994, as

⁹⁸ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês de 11 de junho de 1996. Disponível em <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dai12001100400016?opendocument>).

autoridades britânicas competentes autorizaram a construção da usina⁹⁹. Em 1996, foi completada sua construção a um custo de 300 milhões de libras, sendo que, ao se incluir a manutenção e atualização da usina, o custo total estimado seria de 473 milhões de libras¹⁰⁰.

O artigo 37 do tratado da Euratom¹⁰¹, consagra o *princípio da informação*, estabelecendo a obrigação dos Estados em notificar a Comissão Europeia sobre quaisquer planos de descarte de material radioativo e quando houver risco de contaminação entre fronteiras. No cumprimento do referido dispositivo, o Reino Unido notificou a Comissão Europeia acerca da possibilidade de autorizar a implantação da usina em agosto de 1996. A análise da Comissão resultou (em fevereiro de 1997) no parecer favorável ao prosseguimento da implementação. Na fundamentação do parecer, sugeria-se a inexistência de riscos à Irlanda tendo em vista a distância entre a usina e a costa da Irlanda ser suficiente para que não houvesse ameaças ambientais para aquele país e que a operação da usina não resultaria em contaminação radioativa significativa para nenhum Estado membro¹⁰².

Em seguida a BNFL pleitearia uma autorização para a operação da usina, o que demandava o cumprimento de certos requisitos definidos pela Agência Ambiental do Reino Unido. O primeiro implicava *na não emissão de níveis inaceitáveis de descargas radioativas no ambiente marítimo pela planta*. O segundo requisito seria que *a operação da planta fosse justificada pelos benefícios (econômicos) que traria*. No tocante ao primeiro requisito, as autoridades concluíram que *os níveis de descarga não excediam aqueles emitidos por outras plantas já autorizadas e que, portanto, não seria necessária uma nova autorização*. No que concerne à *justificação*, o dispositivo teria também sido observado. O artigo 6(1) da Diretiva da Euratom 96/27 estabelece que, nas decisões sobre autorização de operações atividades que

⁹⁹ Contra-memorial ou contestação do Reino Unido no Tribunal Arbitral sob a UNCLOS, p.22 e ss. Disponível em <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/854>; Petição ou memorial da Irlanda no Tribunal Arbitral sob a UNCLOS, p. 44 e ss. Disponível em <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/849>

¹⁰⁰ Ver: <http://www.independent.co.uk/news/business/news/bnfl-forced-to-go-to-france-for-mox-fuel-98864.html>; <http://www.theengineer.co.uk/in-depth/nuclear-survival-on-the-line/281856.article>; <http://business.highbeam.com/437010/article-1G1-77556027/bad-news-bnfl-results>.

¹⁰¹ Ver: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf.

¹⁰² Contra-memorial ou contestação do Reino Unido no Tribunal Arbitral sob a UNCLOS, p. 23 e 24. Disponível em <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/854>

causem exposição à radiação devam ser levadas em consideração a justificação pelos seus “benefícios econômicos, sociais ou outros em relação aos custos em termos de saúde”. O cumprimento desse dispositivo levaria então à determinação de diversas consultas públicas aos Estados próximos e à sociedade civil que seriam realizadas pelas autoridades britânicas entre 1997 e 2001 (CHURCHILL, SCOTT, 2004:643-645).

A iminência do início das operações de uma nova usina em Sellafield acirrava ainda mais os ânimos na Irlanda e em organizações não governamentais de proteção ambiental. Nesse sentido, o início das consultas públicas representava uma oportunidade para os opositores de Sellafield confrontarem os planos da BNFL. Por outro lado, a possibilidade de um processo judicial emerge novamente com grande força. As pressões para o início de medidas judiciais provinham de uma diversidade de setores. É o que teria motivado Trevor Sargent, um deputado eleito pelo Partido Verde por Dublin North, a apresentar uma moção no parlamento irlandês exigindo que fosse iniciado um processo contra Sellafield, logo em seguida à autorização da usina Thorp, em 1994.¹⁰³

Por outro lado, existia uma pressão recíproca para o início de uma batalha judicial entre setores da política irlandesa e as organizações não governamentais. Nesse sentido, durante a década de 1990, o Greenpeace da Irlanda apresentou, por diversas vezes, esboços de ações judiciais a serem submetidas às cortes internacionais ao departamento (de meio ambiente) e aos ministros (energia e meio ambiente). Na perspectiva do Greenpeace, a Irlanda poderia mover processos contra o Reino Unido por meio de arbitragem no âmbito da Ostar, no Tribunal de Direito do Mar, na Corte Internacional de Justiça, Corte Europeia ou, ainda, caso todas essas fracassassem, no sistema judicial britânico. A resposta vinda do gabinete do Advogado Geral seria sempre negativa: qualquer dessas ações iria fracassar por falta de provas. Sucessivos ministros da Energia e outras personalidades políticas irlandesas, como Bertie Ahern e Mary Harney, do partido Democrata Progressivo (Progressive Democrats), também sustentavam a visão da Advocacia Geral no sentido de que uma ação fracassada poderia ocasionar mais danos aos interesses da Irlanda do que não tomar nenhuma medida jurídica¹⁰⁴.

¹⁰³ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês, 1/03/1994 (<http://debates.oireachtas.ie/dail/1994/03/01/00019.asp#N60>).

¹⁰⁴ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês <http://debates.oireachtas.ie/dail/1994/03/01/00019.asp#N60>).

As pressões vinham também da sociedade civil. Além de setores da política irlandesa, parte da população não concordava com a postura cautelosa do governo em relação ao início de uma batalha judicial nos tribunais. Nesse sentido, em 1994, quatro cidadãos de Dundalk, Co. Louth submeteram um processo na Alta Corte de Dublin buscando uma medida de injunção contra a usina Thorp, sob o argumento de que sua operação violaria o direito europeu. Eles alegaram, ademais, a responsabilidade civil da BNFL por danos pessoais que eles imputavam à poluição proveniente de Sellafield¹⁰⁵.

Ainda durante o período de discussão da autorização da usina Mox, Joe Jacob embarcou numa missão diplomática para os países nórdicos buscando apoio para a campanha irlandesa contra Sellafield. A ideia era *isolar os poderes nucleares da França e do Reino Unido nessa questão específica*, afirmava Jacob¹⁰⁶. Uma das vitórias relativas da mobilização diplomática empreendida pela Irlanda contra Sellafield teria sido a assinatura, em 1998, da Declaração de Sintra, em Lisboa, pelos 14 países membros da OSPAR. A declaração estabelecia o compromisso de redução de emissões radioativas no ambiente marinho até 2020 e foi largamente baseado em propostas da Irlanda.

Um elemento interessante nesse espaço de tempo diz respeito ao episódio de falsificação de dados do controle de qualidade produzido pela BNFL. Em 10 de setembro 1999, o jornal britânico *The Independent* notificou a BNFL sobre a iminente publicação de um artigo que denunciaria a falsificação de dados. A empresa comunicou, então, o órgão de Inspeção de Instalações Nucleares sobre a questão. Logo após a publicação do artigo, em 14 de setembro, a BNFL tentou assegurar à Mitsubishi Heavy Industries and Kansai Electric que os dados falsificados não estariam relacionados com os lotes de combustível que estavam a caminho do Japão. Em 16 de setembro, a BNFL admitiu que o problema era mais extenso do que a empresa estimava, mas que afetaria apenas os lotes estocados em Sellafield. Após as denúncias perpetradas pelo jornal britânico, um grupo de cidadãos japoneses e organizações não

¹⁰⁵ Fonte: Irish Times, 2001 (<http://www.irishtimes.com/news/louth-residents-thorp-case-may-begin-in-march-1.335753>).

¹⁰⁶ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês. (13 de fevereiro de 2001). <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dai12001021300014?opendocument>.

governamentais, incluindo o Greenpeace do Japão, solicitaram a análise de um lote de combustível pelo Professor Hidiyuki Koyama, da Universidade da Prefeitura de Osaka. Os dados acerca da qualidade do combustível Mox produzido pela BNFL foram aferidos como falsificados. Em 8 de novembro do mesmo ano, a autoridade de Inspeção de Instalações Nucleares comunicou a embaixada japonesa em Londres que a falsificação afetava dois lotes de combustível enviados ao Japão. Em 15 de dezembro, ela encontra um terceiro lote afetado pela falsificação, sendo que, no dia seguinte, o Japão demanda a suspensão do envio do combustível. Em fevereiro de 2000, a autoridade de Inspeção de Instalações Nucleares estabeleceu 15 recomendações antes de conceder permissão para a continuidade da produção de MOX em Sellafield. A BNFL decide, então, interromper a produção na instalação de demonstração e se concentrar na nova usina de produção de MOX.

O episódio da falsificação parecia fornecer elementos fortes para o questionamento da operação da usina e encorajaria Joe Jacob a solicitar ao novo Advogado Geral, Michael McDowell, uma nova avaliação das opções da Irlanda para um processo numa corte internacional¹⁰⁷.

Durante a etapa seguinte à autorização, seriam realizadas consultas aos Estados próximos e à sociedade civil. Entre 1997 e 2001, foram produzidos dois relatórios de avaliação que serviram de embasamento para realização de cinco consultas públicas. As consultas teriam resultado na conclusão de que a usina seria “economicamente viável” e seu potencial de danos justificável. Assim, foi finalmente autorizado o início da produção do material, com uma estimativa de produção de cerca de 120 toneladas do combustível ao ano.

Em 3 de outubro de 2001, a Secretária de Estado pra o Meio Ambiente, Margaret Beckett, anunciou a decisão de que o empreendimento foi considerado justificável. A autorização para o início das operações foi concedida em dezembro de 2001 pela agência de Inspeção de Instalações Nucleares (*Nuclear Installations Inspectorate*).

¹⁰⁷ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês, 22/02/2000 (<http://debates.oireachtas.ie/dail/2000/02/22/00013.asp>).

O anúncio da decisão de Beckett causaria profunda insatisfação no governo irlandês. No dia seguinte, o ministro Jacob passaria para uma posição de defensiva diante do diversos ataques da oposição, que questionava a atuação do governo em relação à questão. Para a oposição, a decisão inglesa teria representado um fracasso redundante da ação do governo em grande parte devido à inércia, leniência e à falta de comprometimento com a questão. A resposta do ministro seria que a equipe do governo, ao contrário, teria feito uso de *todas as formas possíveis* de oposição a Sellafield e, especificamente, em relação à usina Mox. O ministro afirmou que o *governo respondeu de forma detalhada as cinco rodadas de consultas públicas sobre a autorização durante o período de 1997 a 2001 e que expressou aos ministros do Reino Unido a oposição do governo a essa planta, em todas as oportunidades possíveis, tanto em correspondências e reuniões*. Tendo em vista a proximidade cronológica dos eventos de 11 de setembro de 2001, a possibilidade de um ataque terrorista a Sellafield e seus possíveis efeitos para a Irlanda se tornam uma questão muito frequente nos debates e que acaba sendo traduzida em argumento no âmbito dos tribunais internacionais¹⁰⁸.

O argumento do terrorismo também seria incorporado nos discursos do Greenpeace e Friends of the Earth (Citar). Os debates parlamentares nessa data são marcados pela ênfase na estratégia de centrar a disputa jurídica no plano da *justificação econômica* da usina: o ministro explica que esse era o elemento essencial da ação judicial no âmbito da Convenção OSPAR. Buscando salientar uma postura ativa de governo, ele assinala que as ações no âmbito da Comunidade Europeia e das Convenção das Nações Unidas sobre Direito Mar estavam sendo preparadas e que aquele momento seria o primeiro no qual o governo realmente tinha um *case*, uma base de argumentos e evidências substanciais e robustas para o início dos processos nos tribunais internacionais. No dia seguinte ao anúncio, o primeiro ministro da Irlanda (Taoiseach) se comprometeu a levar a questão a Tony Blair e também a avaliar uma ação judicial contra o Reino Unido.¹⁰⁹

¹⁰⁸Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês, vol. 541, 4/10/2001-
<http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dail2001100400016?opendocument>).

¹⁰⁹ibid.

O caso no sistema judicial do Reino Unido e as ações do Greenpeace e Friends of the Earth

A contestação pela via judicial se inicia no sistema judiciário do Reino Unido. Nesse âmbito, as organizações não-governamentais ambientais alegariam que a autorização teria sido fundamentada em justificativa insuficiente. Como já dito preliminarmente, a mesma estratégia argumentativa adotada pela Irlanda durante grande parte do processo de autorização ainda seria incorporada pelo Greenpeace e pelo Friends of the Earth. Nesse sentido, as ONGs iniciariam uma ação judicial nas cortes britânicas que teria fundamentação, essencialmente, num instrumento regulatório da Euratom em detrimento da legislação do Reino Unido. No caso *R. v Secretary of State for Environment and others ex parte Greenpeace and others*, apresentado à Alta Corte em 2001, o Greenpeace e o FoE submeteram uma revisão judicial¹¹⁰ em face do Secretário de Estado do Meio Ambiente, Alimentação e Assuntos Rurais (DEFRA) como tomador de decisão (no caso da autorização para a operação da usina Mox). A BNFL ingressaria no processo como “parte interessada”.

O argumento central do Greenpeace e Friends of the Earth seria que a avaliação realizada por ocasião da autorização da nova usina deveria necessariamente incluir os custos de capital, que no relatório não teriam sido contemplados. A autorização seria ilegal porque a nova atividade não teria sido justificada *em um quadro de análise* de custo-benefício, de acordo com o princípio da justificação em direito nuclear. De acordo com os requerentes, três fatores implicariam a necessidade de revogar a decisão de autorização: *(i) os custos irrecuperáveis (sunk costs) não poderiam ter sido ignorados quando da aplicação do teste de justificação definido pela diretiva 96/29/Euratom; (ii) não existia nenhuma evidência da intenção por parte dos consumidores japoneses de celebrar contrato com a BNFL; (iii) o governo britânico não havia conseguido divulgar uma análise departamental interna das razões para a decisão. Os itens (ii) e (iii) acabaram sendo declinados, sendo que a ação se restringiu à questão dos custos já despendidos, ou “custos irrecuperáveis”, tanto na Alta Corte quanto, posteriormente, na Corte de Apelação.*¹¹¹ A resposta dos requeridos seria muito simples: a Secretaria de Estado arguia que teria respaldo legal para realizar a avaliação de forma ampla e discricionária.

¹¹⁰ A judicial review consiste num instrumento pelo qual uma corte avalia se uma decisão administrativa deve ou não ser revogada tendo em vista ser juridicamente inválida.

¹¹¹ Boletim de Direito Nuclear, n.71. Disponível em https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-71/041_056.pdf

A Alta Corte publicou a sentença em 15 de Novembro de 2001. A decisão rejeitava a revisão judicial, amparando-se no argumento de que o governo do Reino Unido, ao conceder a autorização para o início das operações de produção do combustível Mox, teria realizado as avaliações econômicas adequadas¹¹².

Em 7 de dezembro de 2001, as ONGs interpuseram um recurso na Corte de Apelação afirmando que, embora os custos de capital fossem inerentes a um novo tipo de operação e, portanto, relevantes para a avaliação dos *benefícios globais* ou *detrimentos* decorrentes da operação, na qual os recursos já haviam sido despendidos, o artigo 6º da diretiva não sugeria uma abordagem padrão para os custos não recuperáveis. A Corte de Apelação rejeitou o argumento dos requerentes, afirmando que, na medida em que o artigo 6º demanda uma avaliação genérica de justificação, os *custos irrecuperáveis* não precisariam ser considerados¹¹³.

Assim, todo o debate dentro do sistema judicial do Reino Unido se restringiu à questão do sentido de benefícios econômicos, do que seria compreendido nas análises de custo-benefício para a justificação econômica e, ainda, se essa justificação seria relativa a uma nova atividade específica ou apenas a uma nova planta. Ele se tornou, em suma, um debate de teoria microeconômica.

No plano da política irlandesa, tinha continuação o debate acerca das medidas judiciais a serem tomadas. Em 23 de outubro de 2001, Emmet Stagg, parlamentar do Partido Trabalhista, submeteu uma moção em que condenava a falta de ações mais incisivas do governo anterior para evitar a autorização da usina e, então, demandava que fosse iniciada, imediatamente, uma ação judicial na Corte Europeia de Justiça, fundamentada na Euratom, e que fossem avaliadas as possibilidades de outras ações no âmbito da convenção OSPAR e da UNCLOS. Ao mesmo tempo, demandava que o governo “convocasse uma conferência internacional compreendendo outros países interessados, os grupos ambientais e autoridades de ambos os lados do mar irlandês para coordenar esforços no sentido de bloquear a abertura/iniciação da usina Mox”, além de definir uma “ofensiva diplomática no sentido de buscar suporte de outros Estados membros da

¹¹² Ver: Boletim de Direito Nuclear, n.69. Disponível em <https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-69/nlb69-case-law.pdf>

¹¹³ Ibid.

Convenção OSPAR” supostamente prejudicados por Sellafield. Dois dias depois, Joe Jacob apresentava seus comentários à moção de Stagg, ressaltando as ações que o governo anterior tinha tomado e sua efetividade, que já estava em curso uma ação no âmbito da Convenção Oskar e suas próprias propostas de ações adicionais a serem iniciadas. Em seguida, em 25 de outubro, o Advogado Geral apresentou sua avaliação conclusiva sobre as possibilidades de contestação judicial¹¹⁴.

Nesse momento, firmava-se uma sólida sinergia entre diversos opositores de Sellafield. Como afirmava Jacob em outubro de 2001, a autorização da usina foi adiada diversas vezes por meio da ação da Irlanda e de outros países. Destacava-se, ademais, que a Irlanda reunia esforços e continuaria a fazê-lo com as ONGs e outras partes interessadas, buscando o objetivo último, que seria o fechamento de Sellafield.¹¹⁵

Processo no âmbito da Convenção OSPAR

O sistema judicial internacional era visto por alguns políticos na Irlanda como o “grande porrete” necessário para defender os interesses irlandeses diante de Sellafield/BNFL, que, por sua vez, mostrava cada vez menor preocupação com os esforços empreendidos pela oposição à usina Mox. Esse seria o momento propício para o uso desse recurso também porque o governo teria finalmente encontrado uma estratégia argumentativa que teria o apoio até mesmo da Advocacia Geral. Joe Jacob afirma, então, que se opunha de longa data ao uso do recurso judicial, tendo em vista a falta de evidências substanciais, como visto anteriormente, mas que o momento não deixava escolha senão apelar para via judicial.¹¹⁶

¹¹⁴ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês, (disponível em <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dail2001102300022?opendocument>).

¹¹⁵ Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês, <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dail2001100400016?opendocument>.

¹¹⁶ Nesse sentido afirmava Joe Jacob: “the British are not listening and, therefore, we need to use the big stick. We have sought to use the only big stick we can in this area by taking the legal route. Historically we were advised that we did not have a case. We have sought and received the necessary legal and financial expertise in the nuclear field over the past 12 months and those involved have worked with my officials and the Attorney General with a view to putting this case together”. Ver: <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dail2001100400016?opendocument>

No plano dos tribunais internacionais, a primeira medida da Irlanda no sentido de dar efeito a essa política seria a ação judicial no âmbito da Convenção OSPAR, iniciada em 15 junho de 2001. Nessa ação, a Irlanda solicitava a constituição de um tribunal arbitral, com base no artigo 32 da convenção, e buscava levar adiante a centralização, com ênfase no argumento econômico. Nesse caso, a estratégia seria afirmar o argumento ambiental como um desdobramento do econômico. Ou seja, atacar, pela via da justificação econômica, a forma pela qual o Reino Unido tratou a questão ambiental. Assim, seguia os passos do Greenpeace e FoE na litigância doméstica. O objeto central da demanda dizia respeito à questão do acesso à informação (prevista no artigo 9º da convenção).

A petição da Irlanda¹¹⁷ invocava o direito à informação garantido pelo artigo 9º da Convenção OSPAR face ao impedimento de acesso integral aos documentos que integraram e embasaram o processo de consulta pública, o qual implicaria na decisão do governo britânico pela justificação e consequente autorização do início das operações da usina. A impossibilidade de acesso ao inteiro teor de tais documentos constituiria violação do referido dispositivo. A Irlanda buscava, portanto, uma medida que determinasse a publicização das informações.

A convenção não faz menção explícita à questão da justificação econômica ou do cálculo de custo-benefício entre o impacto econômico e ambiental. Em vista disso, a Irlanda buscou construir uma interpretação do artigo 9º que incorporasse elementos de outros instrumentos internacionais. Nesse sentido, invocou o tratado da EURATOM, em especial a Diretiva 96/29, que estabelece a necessidade da busca de um equilíbrio entre os benefícios da atividade e seus respectivos custos sociais e econômicos, assim como a Convenção Aarhus¹¹⁹, de 1998, a Declaração Ministerial de Sintra, de 1998, e a Declaração do Rio¹²⁰, de 1992 (princípio 10). Em geral, a Irlanda sugeria que o “atual direito internacional e prática” seriam fundamentais para a interpretação da Convenção OSPAR.

¹¹⁷ Petição da Irlanda no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR, parágrafo 2. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Ireland%20-%20Memorial.pdf>

¹¹⁹ Convenção sobre Acesso a Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em questões Ambientais, de 25 de junho de 1998.

¹²⁰ Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

A resposta do Reino Unido apresentava os supostos fundamentos da recusa a possibilitar o acesso ao inteiro teor dos relatórios e questionava o cabimento da ação. O argumento, de forma geral, era que as informações reivindicadas pela Irlanda não eram compreendidas pelo escopo do artigo 9º da Convenção OSPAR. A negativa em prestar tais informações seria baseada em três desdobramentos desse argumento: a) o artigo 9(1) da Convenção não estabelecia um *direito imediato de recebimento de informações* por parte da Irlanda. O dispositivo definiria, estritamente, a obrigação dos Estados de *estabelecer uma estrutura doméstica para a publicação de informações*. Tal obrigação já teria sido devidamente cumprida pelo Reino Unido; b) ainda que a corte entendesse que esse direito estava compreendido no referido dispositivo legal, a informação buscada pela Irlanda não se enquadraria no tipo de informação abrangido pelo artigo 9(2), pois não estaria relacionada à *condição da área marítima ou medidas ou atividades que a afetassem efetivamente ou potencialmente*; c) finalmente, ainda que os pontos a e b não fossem acolhidos pela corte, o Reino Unido estaria amparado pela *exceção de confidencialidade comercial descrita no artigo 9(3)*, no tocante à recusa de divulgação das informações.¹²¹ Assim, o pedido do Reino Unido era de que as solicitações da Irlanda fossem inteiramente rejeitadas e que ela fosse condenada ao pagamento de todos os custos do processo.

O problema fundamental de toda a disputa se estabeleceria, portanto, em relação à interpretação do artigo 9º e seus parágrafos. De que forma as informações suprimidas nos relatórios se relacionavam com esse dispositivo legal? Seria possível uma interpretação extensiva dele? O princípio da precaução teria aplicabilidade? De que forma outros regimes poderiam ser implicados nesse contexto?

A grande questão seria, nos termos da decisão, o sentido de “applicable international regulations” no artigo 9(3)¹²². Sobre esse aspecto existia profunda discordância entre Irlanda e Reino Unido. Enquanto a Irlanda sugeria que diversos instrumentos deveriam ser levados em consideração na interpretação do artigo 9º, o Reino Unido afirmava a adequação de uma

¹²¹ Contestação do Reino Unido no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR (United Kingdom’s Counter-Memorial), parágrafos 1.4,1.5,1.6. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/UK%20-%20Counter%20Memorial.pdf>

¹²² Decisão/sentença no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR, parágrafo 89. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%20-%20Decision%20no1.pdf>

interpretação estritamente textual e que o único instrumento aplicável nesse contexto seria a *Diretiva 90/313, que foi implementada no direito do Reino Unido*¹²³. Entre os três árbitros nomeados para a composição do tribunal em outubro de 2001, quais sejam, o professor Michael Reisman (chairman), Dr Gavan Griffith QC (apontado pela Irlanda) e Lorde Mustill PC (apontado pelo Reino Unido), não houve unanimidade sobre nenhum desses aspectos.

No tocante à fundamentação da decisão, fica claro o esforço da *maioria* (Reisman e Mustill) em construir um entendimento tendente ao “fechamento” do regime OSPAR. O primeiro passo na fundamentação seria a questão do *direito aplicável*. Nesse sentido, enfatiza-se que a *Convenção* deve, essencialmente, definir a arbitragem. Obviamente, a própria convenção seria a fonte primária definidora das regras substanciais e procedimentais aplicáveis ao caso, contudo, a forma pela qual a decisão foi redigida deixa transparecer uma preocupação marcante em ressaltar a todo momento o fechamento do regime. Reisman e Mustill reconhecem o papel dos princípios e regras da Convenção de Vienna sobre Direito dos Tratados, mas se empenham em salientar cláusulas da Convenção OSPAR que respaldem essa preocupação, tais como os artigos 2º e 32(6)(a). *O dever primordial do Tribunal é aplicar a Convenção OSPAR*.¹²⁴ Embora a Irlanda insistisse na aplicação de outros tratados e instrumentos, a decisão enfatiza que

a competência de um tribunal estabelecido no âmbito da Convenção OSPAR não se pretende ser extensivo a obrigações que as partes possam ter sob outros instrumentos. Interpretar o artigo 32(6)(a) de outra forma ira transformá-lo num regime jurisdicional desqualificado e abrangente, no qual não existiria limite *ratione materiae* para a jurisdição do tribunal estabelecido no âmbito da Convenção OSPAR.¹²⁵

Nesse sentido, o primeiro instrumento a ter sua aplicabilidade refutada pela maioria seria a Declaração Ministerial de Sintra. Essa Declaração derivava de um consenso entre Ministros (primeiros ministros/presidentes) sobre a prevenção e redução de *emissões e descargas de substâncias radioativas na área marinha*. O documento contém o anúncio do *Governo do Reino Unido de que não seriam aceitos novos contratos comerciais para o reprocessamento de combustível em Dounreay, implicando em reduções futuras de descargas radioativas na área*

¹²³ Decisão/sentença no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR, parágrafo 96. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/PDF/OSPAR%20-%20Decision%20no1.pdf>

¹²⁴ Decisão/sentença no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR, parag. 84.

¹²⁵ *Ibid.*, parag. 85.

marinha. No entendimento da maioria, esse instrumento poderia até vincular o Reino Unido, porém, estritamente em relação à aquela área (polo de usinas) específica (Dounreay). A obrigação não se aplicaria à Sellafield. Ademais, a Declaração seria meramente *exortativa*, sem ter *qualquer relação com o acesso à informação*, que constituiria a *base do pedido da Irlanda*.¹²⁶ No tocante ao décimo princípio da Declaração do Rio, sobre acesso à informação ambiental, o tribunal nem sequer questionou a possibilidade de sua aplicação na decisão, limitando-se a ressaltar que o Reino Unido teria argumentado não se tratar de um tratado. Fica a questão: o *soft-law* não poderia ser aceito no âmbito do artigo 9, ou seja, compreendido por “applicable international regulations”?

A Convenção Aarhus também não poderia ser compreendida¹²⁷ como instrumento suplementar ou constituir elementos para a interpretação do artigo 9º. Nesse sentido, o tribunal acolheu o argumento do Reino Unido de que o referido instrumento teria sido apenas assinado, mas ainda não ratificado pelos dois Estados partes, embora já estivesse em vias de ratificação em ambos¹²⁸. Ademais, o uso da definição “informação ambiental” na Convenção Aarhus não poderia ser utilizado como elemento para a interpretação do artigo 9º. A conclusão não se devia ao fato da impossibilidade do uso desse instrumento para propósitos de interpretação do artigo 9º, mas em decorrência da linguagem usada na Aarhus, que seria diferente da OSPAR, não fazendo referência à “informação ambiental”, o que implicaria a não relevância direta da definição para propósitos interpretativos. No tocante à Diretiva 96/29, assim como em relação à Declaração do Rio, a decisão silencia.

O artigo 9(1) e questão da jurisdição

No tocante ao escopo do artigo 9(1), o tribunal não acolheu o argumento do Reino Unido que afastaria sua jurisdição. Na opinião da maioria, com voto divergente de Reisman, *a questão posta pela Irlanda com relação ao artigo 9(1) não é de jurisdição ou admissibilidade*,

¹²⁶ Decisão/sentença no Tribunal Arbitral sob a Convenção OSPAR, par. 91.

¹²⁷ *Ibid.*, par. 104.

¹²⁸ *Ibid.*, par. 98 e 99. De acordo com o entendimento da maioria, o tribunal somente levar em consideração esse instrumento, caso houvesse instrução expressa das partes nesse sentido. Mas o tribunal não poderia aplicar meramente pelo fato do instrumento *constituir* um “quase” direito.

*mas material, a saber, trata-se do objetivo do artigo 9(1) no contexto dos fatos do caso*¹²⁹. O artigo 9(1) estabeleceria uma *obrigação de resultado*, isto é, que o detentor da informação do tipo especificado no artigo 9(2) deverá torná-la disponível àqueles que a solicitarem. O tribunal rejeita, portanto, o argumento do Reino Unido de que o dispositivo impunha apenas a obrigação de o Estado parte estabelecer uma estrutura regulatória doméstica para divulgação de informações, o que, segundo o Reino Unido implicaria a competência exclusiva de cortes nacionais no tocante a questões relativas a esse tipo de informação.

O Reino Unido afirmava que o artigo 9(1) deveria ser interpretado e aplicado para replicar a Diretiva 90/313 Euratom, que estabelece que o dever de informação deve ser cumprido pelos mecanismos domésticos, tendo inspirado o artigo 9º. Todavia, de acordo com a maioria, ainda que o artigo 9º sugerisse a regulamentação de um mecanismo doméstico para a divulgação de informações, isso não excluiria a *responsabilidade do Estado pela inadequação desse sistema nacional ou pela inaptidão de suas autoridades competentes em agir numa forma prescrita pela obrigação internacional ou legislação de implementação*¹³⁰. Ademais, o artigo 32, que define o sistema internacional de disputas estabelece que não há que se falar em exclusividade dos mecanismos processuais domésticos¹³¹. No entendimento da maioria, o fato de o artigo 9º ter sido inspirado na referida diretiva não implica que ele teria o mesmo escopo e as mesmas restrições da diretiva. Nesse sentido, afirmam que “a Convenção OSPAR e a Diretiva 90/313 são fontes jurídicas independentes, que estabelecem regimes jurídicos distintos e constituem remédios/medidas jurídicas diferentes”¹³². O fato de existir semelhança entre *termos ou definições* de instrumentos internacionais não implicaria a estrita identificação entre os *valores normativos* de cada um¹³³.

Assim, os juízes deixam clara sua posição acerca de uma questão central discutida no capítulo 1 da presente pesquisa, a saber, o nível de autonomia entre os regimes internacionais.

¹²⁹ Ibid., parag. 117.

¹³⁰ Ibid., parag. 146.

¹³¹ Ibid., parag. 143.

¹³² Ibid., parag. 142.

¹³³ A decisão cita então sentença do Tribunal de Direito do Mar, na qual se afirma que “ainda que a Convenção OSPAR, o Tratado da Comissão Europeia e o Tratado da Euratom contenham direitos ou obrigações similares ou idênticas em relação aos direitos e obrigações estabelecidos pela UNCLOS, os direitos e obrigações no âmbito desses instrumentos tem um existência separada daqueles estabelecidos no contexto da UNCLOS”.

Esse ponto fica ainda mais evidente no parágrafo 143 da decisão, em que eles afirmam que o artigo 32 da Convenção contém um “mecanismo de solução de disputas particular e *self-contained*” [g.n.].

Análise do artigo 9(2)

A questão, no tocante a esse dispositivo, concernia à amplitude de seu escopo. O texto fala em *informações* relacionadas a *atividades que afetem ou tenham potencial para afetar adversamente a área marítima*. A Irlanda defendia que o dispositivo devia ser interpretado e aplicado como tendo uma abrangência ampla e que o termo *informação* fosse interpretado *como um todo*. Assim, nessa categoria deveria ser compreendida qualquer informação relevante para a decisão que autorizou a atividade com potencial de afetar o ambiente marinho. Argumentava, ainda, que diversos instrumentos internacionais estabelecem o direito de acesso a informação de forma ampla, incluindo a Diretiva 90/313, o Princípio 10 da Declaração do Rio e a Convenção Aarhus, que explicitamente compreende, na definição de informação ambiental, a espécie de informação reivindicada pela Irlanda, a saber, sobre “análise de custo-benefício e outros tipos de análise e pressupostos econômicos usados nos processo de tomada de decisão sobre meio ambiente”. Para a Irlanda, o dispositivo da Convenção OSPAR deveria ser interpretado à luz desse direito à informação emergente no direito internacional ambiental em geral. Para o Reino Unido, por outro lado, apenas informações *diretamente* relacionadas a tais *atividades* deveriam ser compreendidas pelo dispositivo e as informações solicitadas pela Irlanda não eram sequer *proximamente relacionadas* a tais atividades.

O tribunal, com o dissenso de Griffith, decidiu que as *informações* suprimidas dos *Relatórios PA e ADL* não estariam compreendidas no escopo do *artigo 9(2)*¹³⁴. A decisão da maioria centrou-se na expressão “condição da área marítima” para refutar o argumento da Irlanda. Nesse sentido, o entendimento foi de que nenhum dos 14 itens suprimidos dos relatórios enumerados pela Irlanda poderiam ser compreendidos como informações relativas à “condição da área marítima”¹³⁵. A proposição seria de que a informação solicitada pela Irlanda não estaria

¹³⁴ Ibid., parag. 161.

¹³⁵ Ibid., parag. 163.

compreendida no escopo do artigo 9(2). Isso não se devia ao fato de a informação ser de natureza econômica, e não especificamente ambiental, mas por ela não preencher o seguinte requisito: ter relação direta com uma atividade *que afete ou tenha potencial para afetar adversamente a área marítima*, embora numa interpretação mais ampla se pudesse considerar diversamente.

No seu voto divergente, Gavan Griffith afirma que não era atribuição da Irlanda demonstrar o risco de dano ambiental, tendo em vista o cabimento, no caso, da aplicação do princípio da precaução, que implicaria na inversão do ônus probatório. Assim, caberia ao Reino Unido apresentar evidências de que a usina era segura, e não à Irlanda demonstrar o seu potencial de dano (Dissenting Opinion, parag. 72-73)

Procedimentos no âmbito da UNCLOS¹³⁶

O segundo passo da Irlanda, no tocante ao uso da via judicial como forma de mobilização contra o Reino Unido e a usina Mox, seria a ação no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS). Nesse sentido, foi acionado inicialmente o Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS), sendo posteriormente constituído um tribunal arbitral, nos termos da Convenção. Em 9 de novembro de 2001 a Irlanda solicitou uma medida cautelar no Tribunal (ITLOS) visando, sobretudo, impedir o início das operações da usina. O argumento da Irlanda era de que o Reino Unido teria violado diversas cláusulas da Convenção, dentre as quais: a) o Reino Unido não teria cooperado com a Irlanda ao se recusar a fornecer informações sobre a usina Mox; b) não teria realizado uma avaliação de impacto ambiental adequada em relação à usina, as atividades de transporte de material radioativo associadas a ela; c) ter permitido novas emissões e descargas de material radioativa no mar irlandês. Esse conjunto de ações e omissões implicaria a violação à obrigação de proteção do ambiente

¹³⁶ O regime UNCLOS compreende o Tribunal Internacional de Direito do Mar, que está disposto na parte XV da UNCLOS, a qual trata dos órgãos de solução de disputas relacionados a interpretação e aplicação da convenção, as partes de tal disputa devem primordialmente procurar resolvê-la através de meios consensuais de suas próprias escolhas (seção 1 da parte XV). Apenas quando o recurso a esses meios não possibilita a solução da disputa, uma das partes pode unilateralmente invocar os procedimentos compulsórios de solução de disputas. No presente caso, o Reino Unido escolheu a Corte Internacional de Justiça como seu fórum de escolha, mas a Irlanda não manifestou preferência, implicando na instauração de um tribunal arbitral (de acordo com o anexo VII). Como pode tomar algum tempo para que o tribunal do anexo VII ser constituído, o artigo 290(5) da UNCLOS estabelece que no interim, o Tribunal de Direito do Mar (que é um órgão permanente) possa ser solicitado para estabelecer medidas cautelares, devendo qualquer parte na disputa definir os elementos da situação de urgência.

marinho. O pedido da Irlanda nesse âmbito consistia em medida cautelar requerendo a suspensão da autorização concedida pelo Reino Unido à BNFL para a operação da usina. No tocante ao aspecto probatório, a Irlanda invocava a inversão do ônus da prova pela aplicação do princípio da precaução¹³⁷.

A contestação da Inglaterra foi fundamentada, centralmente, no argumento de competência. O Tribunal não teria jurisdição para apreciar o caso. De acordo com os requeridos, a Irlanda apenas poderia iniciar processos no âmbito da convenção OSPAR, do Tratado da Comunidade Europeia ou da Euratom. Assim, a Irlanda não teria cumprido os pré-requisitos de competência nos termos da Convenção sobre o Direito do Mar. A Irlanda, por sua vez, contestou tais alegações, argumentando que sua posição de parte em outros tratados não a impedia de se valer dos mecanismos da UNCLOS para defender seus direitos. O Reino Unido afirmou, ademais, que a Irlanda não havia apresentado prova de que haveria dano irreparável a seus direitos ou prejuízo irremediável ao ambiente marinho resultante da operação da usina Mox e que, portanto, o princípio da precaução não seria aplicado.¹³⁸

O Tribunal se declarou plenamente competente, fundamentando-se no artigo 282 da Convenção, que dispõe sobre os procedimentos de solução de controvérsias no seu âmbito. De acordo com a decisão, “os mecanismos de solução de disputas da Convenção OSPAR, do Tratado da Comunidade Europeia e do Tratado da Euratom tratam de litígios concernentes à interpretação ou aplicação desses tratados, e não como disputas no âmbito da Convenção [UNCLOS]”. A decisão estabelece, então, que os tratados e convenções podem até conter direitos e obrigações similares, mas têm existência separada em cada um dos instrumentos, implicando resultados distintos, tendo em vista, “*inter alia*, diferenças nos respectivos contextos, objetos e propósitos, e subsequente atividade das partes e *travaux préparatoires*”.¹³⁹

¹³⁷ Petição da Irlanda no Tribunal Internacional de Direito do Mar. Disponível em https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_e.pdf

¹³⁸ Contestação do Reino Unido no Tribunal Internacional de Direito do Mar. Disponível em https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/response_uk_e.pdf

¹³⁹ Decisão/sentença no Tribunal Internacional de Direito do Mar, parágrafos 49-50, 51 e 53. Disponível em https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf

Quanto ao pedido da Irlanda, o tribunal considerou que a medida cautelar não era cabível, tendo em vista não se configurar a urgência que a justificasse¹⁴⁰. Por outro lado, a decisão não considerava o pedido totalmente injustificado ou descabido, na medida em que estabeleceu a exigência de que Irlanda e Reino Unido passassem a cooperar entre si, a fim de: (i) realizar intercâmbio de informações no que diz respeito às possíveis consequências do funcionamento da usina Mox para o mar irlandês; (ii) monitorar os riscos da operação da usina para o mar irlandês; (iii) elaborar, se necessário, medidas para evitar a poluição do meio marinho que possam resultar do funcionamento da usina. Desta forma, o tribunal deixou de aplicar um princípio fundamental do direito ambiental invocado pela Irlanda: o princípio da precaução. No tocante às custas processuais, o tribunal determinou que cada parte arcasse com suas próprias custas.¹⁴¹

Embora o tribunal não tenha reconhecido o pedido principal da Irlanda, a sentença não foi reconhecida como uma derrota pelo governo irlandês. Nesse sentido, enquanto a oposição questionava o resultado, os parlamentares governistas enfatizavam o fato de o tribunal ter reconhecido a jurisdição da UNCLOS sobre o caso e de direitos da Irlanda no contexto do regime. Salientavam, ainda, o fato de o tribunal ter imposto as obrigações de cooperação e troca de informações até que fosse instituído o tribunal definido no Anexo VII da Convenção¹⁴².

No dia seguinte à publicação da sentença, a Irlanda do Norte manifestou sua decisão de apoiar as campanhas contra Sellafield¹⁴³. Dentre os efeitos da ação da Irlanda no Tribunal de Direito do Mar, e também as ações domésticas iniciadas pelas ONGs, estaria relacionada à decisão da Irlanda do Norte de apoiar as campanhas contra Sellafield.

Tribunal arbitral - UNCLOS

¹⁴⁰ Ibid., parag. 81.

¹⁴¹ Ibid., parag. 89(1),(2) e (3).

¹⁴² Relatórios dos debates do Parlamento Irlandês,

<http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/dail2002013000141?opendocument>

¹⁴³ Ver: Relatório dos Debates parlamentares da *Irlanda do Norte*, 4/12/2001, <http://archive.niassembly.gov.uk/record/reports/011204d.htm>

Dois meses após o Tribunal de Direito do Mar ter proferido a medida referente à cooperação e intercâmbio de informações, foi finalmente constituído o tribunal arbitral nos termos do Anexo VII da Convenção. O argumento em questão era que o Reino Unido teria violado: a) *a obrigação compreendida no artigo 206 da UNCLOS, por não ter conduzido uma avaliação de impacto ambiental adequada, no que concerne às usinas MOX e THORP, aos resíduos de combustível nuclear a serem armazenados em Sellafield e ao trânsito internacional de materiais radioativos a serem transportados para usina e a partir dela;* b) *as obrigações contidas nos artigos 123 e 197 da UNCLOS, ou seja, a omissão em cooperar adequadamente com a Irlanda no tocante à proteção do ambiente marítimo do mar da Irlanda;* c) *as obrigações compreendidas nos artigos 192-4, 207, 211, e 213, referentes à negligência em tomar as medidas necessárias para proteger e preservar o ambiente marinho do mar irlandês* (CHURCHILL, SCOTT, 2004:649).

O pedido da Irlanda compreendia, ademais, a solicitação para que fosse expedida uma ordem direcionada ao Reino Unido para que fosse interrompida a operação da usina MOX, o reprocessamento de combustível usado na usina THORP para propósitos de operação da usina MOX e o trânsito de materiais radioativos até que as condições fossem preenchidas. Essas condições compreendiam: a) a realização de uma avaliação de impacto ambiental adequada; b) a demonstração de que a operação da usina MOX e o trânsito de materiais radioativos não iriam resultar em quaisquer descargas de material radioativo no mar irlandês; c) uma estratégia antiterrorismo abrangente fosse negociada com a Irlanda¹⁴⁴.

Na fase de audiências, o juiz presidente se pronunciou sobre a jurisdição do Tribunal. A decisão era concernente às objeções à jurisdição do tribunal arguidas pelo Reino Unido. Uma das objeções era concernente à “jurisdição e admissibilidade no tocante à própria convenção e outros acordos e instrumentos internacionais invocados pela Irlanda”. Em que pese tal objeção, o tribunal sustentou sua jurisdição *prima facie*.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Petição da Irlanda no Tribunal Arbitral constituído sob a UNCLOS, parágrafo 10. Disponível em <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/852>

¹⁴⁵ Decisão n. 3 do Tribunal Arbitral constituído sob a UNCLOS, parag.16-17. Disponível em <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/867>

As demais objeções diziam respeito a questão da possibilidade de sobreposição de competências: em relação à Convenção OSPAR e ao direito comunitário europeu. No tocante à Convenção, o tribunal salienta que haveria uma *distinção cardinal* entre seu escopo e o do tribunal, excluindo então a possibilidade de conflito de competências. No tocante a questão do direito europeu, as objeções seriam relativas ao fato de a UNCLOS ser um *acordo misto* (*mixed agreement*), ou seja, que combina tanto a Comunidade Europeia como ente de direito comunitário quanto cada um de seus membros individualmente. Nesse sentido, tornava-se real a possibilidade de que Corte Europeia de Justiça pudesse ser competente para a análise da questão. Assim, o Tribunal decidiu suspender os procedimentos até 1º de dezembro de 2003, aguardando um posicionamento da Corte Europeia¹⁴⁶. A decisão estabelecia, ainda, a possibilidade de o Tribunal determinar medidas cautelares, caso houvesse solicitação de qualquer das partes¹⁴⁷.

A Irlanda então solicitou as medidas cautelares, requerendo ao tribunal que determinasse ao Reino Unido: a) medidas relativas às *descargas* radioativas - assegurar que não haveria descargas radioativas provenientes da usina MOX ou aumento de descargas da usina THORP (de forma a exceder os níveis de 2002); b) medidas relativas à *cooperação* - informar a Irlanda de qualquer reprocessamento adicional na usina THORP ou produção na usina MOX, do trânsito de qualquer embarcação carregando substâncias radioativas provenientes ou em direção a Sellafield, e qualquer descarga radioativa oriunda de Sellafield; c) e não executar nenhuma ação que pudesse impedir o efeito integral relativo aos resultados de avaliação de impacto ambiental que o tribunal pudesse determinar a ser realizada¹⁴⁸.

A decisão acerca da solicitação irlandesa foi tomada em junho de 2003. O tribunal arbitral se declarou competente e se remeteu à questão do cabimento da medida cautelar. Foi decidido que não seria apropriado determinar as medidas concernentes a “evitar danos sérios ao ambiente marinho” porque a Irlanda não teria definido qualquer dano “sério” que pudesse ser atribuído à operação da usina¹⁴⁹. Assim, o tribunal arbitral parece ter decidido entre as

¹⁴⁶ Ibid., parag. 18-30.

¹⁴⁷ Ibid., parag. 31.

¹⁴⁸ Ibid., parag. 33-34.

¹⁴⁹ Decisão n. 3 do Tribunal Arbitral constituído sob a UNCLOS, parag. 41. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf>

perspectivas concorrentes da Irlanda e do Reino Unido sobre o potencial poluidor da usina, diferentemente do Tribunal de Direito do Mar, que evitou a questão. E, assim como o Tribunal da Convenção OSPAR, o tribunal arbitral parece ter considerado o ônus da prova como tendo falhado em relação à Irlanda ter demonstrado dano substancial.

Em 2006, a Corte Europeia de Justiça acolheu a acusação de que a Irlanda teria violado o artigo 292 da Comunidade Europeia ao submeter o caso ao tribunal arbitral da UNCLOS, seguindo o parecer do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro, que considerou que a CEJ teria jurisdição exclusiva sobre a questão. A Irlanda requereu a extinção do processo e retirou sua petição contra o Reino Unido, a qual foi aceita pelo tribunal arbitral e ocasionou o término formal do processo (decisão n. 6 de junho de 2008). A CEJ enfatizou que sua competência para julgar questões de direito comunitário, incluindo os instrumentos da UNCLOS que teriam se tornado parte do direito comunitário, era exclusiva.

Assim, até o momento em que o processo foi suspenso, a análise do tribunal arbitral acabou se tornando, em vários aspectos, uma repetição da análise do ITLOS. O que o diferenciaria seria, basicamente, ele ter declinado sua competência em favor da Corte Europeia, enquanto o Tribunal do Mar manteve até o final sua posição de competente para a apreciação do caso.

Processo no âmbito da Corte Europeia de Justiça

Em outubro de 2003, a Irlanda, que sempre esteve na posição de requerente nas diferentes instâncias, passaria à posição de requerida num processo iniciado pela Comissão da Comunidade Europeia diante da Corte Europeia de Justiça. A questão central a ser analisada pela Corte seria se a Irlanda, sendo Estado membro da Comunidade Europeia, teria ou não violado o direito comunitário europeu ao submeter a controvérsia com o Reino Unido a outros tribunais internacionais.

Tratava-se, portanto, de um processo de infração, de acordo com o artigo 226 da CEJ, no qual a Comissão arguia que a Irlanda teria violado os artigos 10 e 292 do Tratado da

Comunidade Europeia e os artigos 192 e 193 do tratado da Euratom, ao submeter o caso ao tribunal arbitral no âmbito da UNCLOS, tendo em vista que a CEJ teria *jurisdição exclusiva* para julgar questões envolvendo direito comunitário¹⁵⁰.

De acordo com o artigo 176 da Comunidade Europeia, a competência externa da Comunidade é partilhada entre os Estados Membros e a Comunidade, e não é exclusiva, mas segundo a Corte, os “acordos mistos” (mixed agreements) deveriam ser tratados de forma distinta em relação a esse aspecto. No caso, a Irlanda e o Reino Unido seriam parte na UNCLOS tanto por terem ratificado individualmente a Convenção quanto por serem membros da Comunidade, que, como ente, é parte na Convenção. Segundo a Corte, a UNCLOS *não pode afetar a alocação de responsabilidades definidas nos Tratados e, conseqüentemente, a autonomia do sistema jurídico da Comunidade*. E ressaltou que a questão da poluição marinha seria amplamente *regulada pelas medidas da Comunidade* e compreendidas no *escopo de competência* comunitária, dentro do qual *a Comunidade foi indicada para exercer por ter se tornado parte na Convenção*.¹⁵¹

Seguindo o precedente da *Advisory Opinion* relativa à possibilidade ou não de instauração da corte EFTA (no âmbito do tratado da EEA)¹⁵², a CEJ não reconheceu a jurisdição da UNCLOS. Nesse sentido, a CEJ deixou claro que, no julgamento do caso, sua jurisdição exclusiva deve ser entendida em sentido amplo e que os Estados membros da Comunidade Europeia não devem submeter uma controvérsia a outro tribunal internacional se o direito comunitário estiver potencialmente em questão. A decisão enfatiza que, apenas após decididas essas questões e verificado que não se trata de uma questão de sua competência exclusiva, o caso poderia ser submetido a outra corte internacional¹⁵³. Constituindo o caso anterior apenas uma opinião consultiva, o caso *Mox* plant se tornaria, então, a primeira decisão judicial na qual a CEJ afirmaria sua jurisdição exclusiva. Assim, deve-se enfatizar que, na CEJ, o caso foi apreciado

¹⁵⁰ Caso C-459/03 na Corte Europeia de Justiça, *Comissão v Irlanda*, ECR I-4635 (2006), parag. 55 e 59. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62003CJ0459>.

¹⁵¹ *Ibid.*, parag.1-2

¹⁵² Nesse caso, a análise dizia respeito ao fato da corte EFTA ser ou não compatível com o Tratado da Comunidade Europeia, e nesse sentido, implicar em risco para a autonomia do direito comunitário e afetaria a jurisdição da CEJ.

¹⁵³ Caso C-459/03 na Corte Europeia de Justiça, *Comissão v Irlanda*, ECR I-4635 (2006), parag. 2, 3, 4,8 e 40. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62003CJ0459>.

apenas no tocante às questões processuais ou procedimentais, ou seja, nenhuma das questões substanciais foi apreciada nesse âmbito.

3.3. Implicações teóricas

Nessa seção do capítulo apresentamos algumas implicações teóricas implicadas na análise das relações entre os elementos fornecidos pelo estudo de caso e as diferentes abordagens sobre a difusão de regimes jurídicos internacionais

Autonomia dos regimes

Uma reflexão inicial que a análise do caso sugere diz respeito, exatamente, à própria compreensão do elemento central da fragmentação/juridificação dos regimes. Diversos elementos no caso apontam para a inadequação e a superação de uma noção sustentada por parte do positivismo jurídico: a ideia de que *self-contained regimes* não seriam mais do que uma *quimera*, um delírio teórico (SIMMA, Relatório CDI). A análise, pelo contrário, sinaliza para a interveniência e superposição dos regimes, que vão além de conjuntos de normas conflitantes e consistem em um fenômeno claramente visível na realidade internacional contemporânea. Em diversos momentos, a tendência no sentido do isolamento regulatório e/ou institucional ficou evidente. O termo *exato self-contained regimes* não aparece nas decisões ou memoriais das partes, mas seu conceito, seus elementos são pervasivos no caso como um todo, aduzindo a uma lógica de autonomização ou autossuficiência de setores e áreas no tocante a seus instrumentos e mecanismos de solução de disputa. Fica clara, ademais, a tendência de que os elementos do conceito de regimes em direito internacional e em relações internacionais se sobreponham.

A face produtiva de poder no discurso dos regimes aparece na constituição de diversas relações sociais no caso. É o que se dá no tocante às formas pelas quais se definiu o acesso à justiça e a questão da capacidade processual. A inserção desse discurso nas formas de operacionalização do direito internacional pelo Tribunal Arbitral da OSPAR e no ITLOS foi determinante para que o pedido da Irlanda fosse analisado nessas cortes, enquanto a CEJ definiria a procedência do pedido da Comissão Europeia contra a Irlanda. Por outro lado, a não

aderência a esse discurso resultaria na ausência de uma decisão de mérito no Tribunal Arbitral da UNCLOS.

A análise do caso ainda aponta para os efeitos/impactos do discurso dos regimes autônomos na constituição das estratégias de diversos atores. É o que se dá na argumentação do Reino Unido no tribunal da OSPAR ao inferir indiretamente que a Convenção deveria ser interpretada e aplicada em isolamento em relação a outros tratados e no respaldo do tribunal a esse argumento. O mesmo ocorre em relação ao argumento da Irlanda sobre especificidade e autonomia de cada regime diante das diferentes cortes, ao justificar por que teria acionado diferentes mecanismos.

Assim, o caso aponta para os regimes como uma característica marcante da fragmentação do direito internacional ou da juridificação da política internacional, constituindo um discurso que produz uma série de implicações nas formas de se pensar e agir em relação à normatividade jurídica internacional.

Multiplicidade e sobreposição de regimes - fragmentação e juridificação - Atores, processos e instituições

A questão da autonomia e isolamento dos regimes tem importantes efeitos na constituição de estratégias e na formação de diferentes relações no plano individual dos atores. A multiplicidade e a sobreposição de regimes, por outro lado, apresenta implicações relevantes no tocante às interações dos atores.

A dinâmica dos processos jurídicos e políticos envolvidos no caso sugere que a fragmentação/juridificação tende a compreender um conjunto de relações mais complexas do que as vislumbradas pelas diferentes teorias, às vezes apontando para algumas limitações e lacunas destas.

Pode-se afirmar que a multiplicidade e sobreposição de regimes (cortes e instrumentos regulatórios) e a conseqüente situação de forum-shopping estabeleceram circunstâncias que

ampliaram as possibilidades de ação conjunta e de novos tipos de interação de diferentes atores e estratégias. Esse seria o caso da relação estratégica estabelecida entre República da Irlanda e Greenpeace/FE. Embora já existisse uma convergência de interesses entre ambos desde o final da década de 1970, as estratégias desses atores eram definidas e executadas isoladamente em vários aspectos.

Nesse sentido, a emergência de uma pluralidade instrumentos e de cortes internacionais a partir da década de 1990 se tornou um fator catalizador para a ampliação de canais pelos quais se definiriam estratégias jurídico-políticas de forma colaborativa entre esses atores. A multiplicidade regulatória sugeria uma variedade de novas formas de articulação. É o que ocorre, por exemplo, com a divisão de tarefas entre Irlanda e as ONGs. Assim, Greenpeace e Friends of the Earth questionariam e tomariam as medidas judiciais acerca da autorização e funcionamento da usina no plano doméstico por meio de ações e recursos nas cortes britânicas, enquanto a República da Irlanda questionaria a decisão administrativa nos tribunais internacionais. Ocorre, então, um intercâmbio conveniente de expertise, de dados científicos, de consultoria jurídica e de outros recursos.

Outro aspecto em grande medida decorrente da multiplicidade e sobreposição de regimes dizia respeito à própria continuidade da oposição da Irlanda/FE/Greenpeace em relação a Sellafield, como visto no início do capítulo. Embora se tratasse de um ativismo oposicionista de longa data e bem estabelecido, as transformações no estatuto da energia nuclear a partir de meados da década de 1990 como decorrência de alterações no discurso sobre meio ambiente, solapavam as bases estratégico-argumentativas dos opositores de Sellafield. Ocorre que, nesse mesmo período, haveria uma intensa propagação de instrumentos e cortes internacionais que possibilitariam o questionamento da indústria nuclear para além do fator ambiental.

Nesse ponto, a sobreposição de regimes produz efeitos significativos no sentido de construção de oportunidades, mecanismos, de estratégias, de mobilização de resistência. Isso se dá na medida em que se constitui um campo de oportunidade imediata de questionamento/oposição em relação a Sellafield a partir de argumentos de natureza econômica.

Diálogos como as teorias: potenciais e limitações

O caso apresenta ações e demandas que envolvem a constituição mútua, constante e a sobreposição de processos jurídicos e políticos (mobilização diplomática, protestos,...), mas essa é uma característica do direito em geral. Fica evidente a insuficiência dos diagnósticos positivistas. Os desafios decorrentes da fragmentação não podem ser compreendidos apenas a partir de elementos da técnica jurídica. Isso implicaria em encarar as demandas implicadas na fragmentação por apenas uma das dimensões envolvidas.

Enquanto os positivistas otimistas defendem que a fragmentação pode ser afastada através dos mecanismos já disponíveis no direito internacional contemporâneo, a outra parte do positivismo sugere a necessidade de redefinição da ordem jurídica internacional, implicando definir certa hierarquia no tocante, sobretudo, às jurisdições, com enfoque para a Corte Internacional de Justiça. Para ambas as vertentes, as cortes deveriam exercer, portanto, o papel de solucionar as demandas decorrentes da fragmentação. Desta forma, embora o positivismo não busque abranger as relações de poder, ele acaba sugerindo (indiretamente) que as relações de poder envolvidas na fragmentação estariam centradas apenas nas cortes, menosprezando outros atores. Incorre, assim, num diagnóstico insuficiente, que pressupõe que a mudança nas relações jurídicas não dependam de uma diversidade de ações políticas envolvendo múltiplos atores em diversos planos.

O caso ainda põe em evidência as lacunas da *teoria sistêmica do direito* na medida em que destaca uma atuação intensa ou até mesmo um protagonismo de atores estatais em detrimento da noção de que o direito global fragmentado tenderia à substituição de conflitos interestatais por conflitos entre regimes e racionalidades.

Contrariamente ao indicado pela abordagem da fragmentação, a análise do caso pôs em relevo a sobreposição de processos oficiais e não oficiais. Assim, assinala a continuidade da importância dos processos políticos “oficiais”. Quer dizer, o direito global e setorial/fragmentado referido por Teubner permanece sendo, em grande medida, constituído por mecanismos tradicionais de regulação e decisão. Em muitos aspectos, tanto o *law making* quanto a litigância

em si não se descolaram de uma ação estatal substancial e de seus canais de atuação. A BNFL precisou em todo tempo passar pela via estatal para defender seus interesses, tanto no plano judicial doméstico quanto internacional.

Ao mesmo tempo, fica notória a inadequação de desconsiderar o direito global setorizado em termos de arena política e a analogia com os mecanismos de mercado no tocante ao seu governo. A análise do caso salienta que os conflitos que seriam reduzidos pela abordagem à noção de choque entre lógicas/racionalidades implicam, de fato, disputas de poder e dominação em vários níveis.

Outro aspecto posto em relevo pelo caso foi a não diminuição de assimetrias e custos informacionais diante da multiplicidade de regimes. A passagem das disputas para os termos jurídicos, a “juridificação” das relações entre Reino Unido/BNFL e Irlanda/FoE/Greenpeace, ao contrário do que sugeririam os neoinstitucionalistas, não diminuiu as assimetrias e os custos informacionais.

Ficou evidente que o problema do acesso à informação não foi minimizado pela juridificação dessas relações. De forma geral (não se tratando do caso especificamente), a multiplicidade de regimes (considerando a existência de regimes), clusters de tratados e instituições pode reduzir certos custos transacionais e informacionais em determinados aspectos, mas, ao mesmo tempo, aumenta custos em outros. É o que ocorre em relação ao aumento das incertezas com relação à competência, que gera a possibilidade de *fórum-shopping* e a própria possibilidade de conflito de normas, ou, enfim, a possibilidade do conflito de regimes. Assim como no caso da *teoria sistêmica do direito*, também no neoinstitucionalismo a analogia aos mecanismos de mercado como forma de pensar e encarar a fragmentação ou sobreposição de regimes incorre, portanto, no equívoco de não levar realmente em consideração os conflitos em jogo.

O caso mostra que o *direito internacional crítico* assinala corretamente a tendência de disputa institucional entre regimes e, especificamente, entre suas cortes. A disputa de cada tribunal no sentido de se auto-afirmar como competente em última instância, de dar a última

palavra sobre a disputa, é sobressalente. Todas as cortes se declararam como competentes *prima facie*, havendo apenas um caso no qual se optou pela integração/submissão (Tribunal Arbitral - UNCLOS).

Todavia, o caso salienta o equívoco dessa abordagem ao reduzir praticamente toda a dinâmica do poder no contexto da fragmentação à atuação das cortes ou dos regimes. A própria atuação das cortes/regimes no sentido de busca pela hegemonia institucional implica, indiretamente, na definição de estratégias de diferentes atores. Nesse sentido, o direito internacional crítico se aproxima do realismo das relações internacionais. Embora nessa abordagem as cortes internacionais não sejam mais do que instituições de fachada, existe uma convergência no tocante ao reducionismo do jurídico ao político. Ambas acabam negando ao direito uma normatividade autônoma, enxergando o direito meramente como instrumento e constituído pela política ou pela economia. Isso os impede de enxergar as dimensões constitutivas do direito internacional.

E é esse aspecto que a análise a partir da abordagem da mobilização tornou possível. Tratou-se de demonstrar como o direito internacional fragmentado em regimes ou a juridificação da política internacional emergem e fazem aparecer um jogo de relações no qual os interesses hegemônicos dos Estados ou dos próprios regimes/cortes são apenas uma das muitas dimensões. Quer dizer, o direito internacional fragmentado ou a juridificação não produzem apenas formas de dominação e hegemonia, mas também uma série de oportunidades, de táticas, de mecanismos de resistência, de contradominação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, buscamos analisar a positividade da fragmentação do direito internacional e da juridificação da política internacional, ou seja, em que medida elas redefinem as formas de pensar, falar e agir em relação à normatividade jurídica internacional. Além desse objetivo geral, propusemos quatro objetivos específicos, que compreendiam (i) o exame acerca da do surgimento dos regimes (como objetos e conceitos) em direito internacional e relações internacionais; (ii) a análise das formas pelas quais a multiplicação de regimes foi pensada no direito internacional e nas relações internacionais; (iii) a avaliação das continuidades, regularidades e descontinuidades entre as teorias que buscam explicar a difusão de regimes internacionais; (iv) finalmente, a identificação das lacunas e insuficiências das abordagens, buscando formas de pensar a difusão de regimes internacionais para além dessas teorias.

Esses objetivos foram cumpridos ao longo da pesquisa a partir da combinação de análises teóricas, documentais e estudo de caso. Nesse sentido, o primeiro capítulo expõe os modos pelos quais os regimes foram problematizados no direito internacional a partir de relações envolvendo um conjunto de processos sociais com potencial de reconfiguração de vários aspectos da esfera internacional, posições jurídico-doutrinárias conflitantes e a decisão de um caso pela Corte Internacional de Justiça. O capítulo explora, ainda, o debate intenso e os conflitos entre positivismo e o particularismo na Comissão de Direito Internacional e como, a partir de meados da década de 1990 e a multiplicação da instituições judiciais e quase judiciais internacionais, a noção de regimes no direito internacional passa a ser enunciada muitas vezes num sentido mais amplo, compreendendo não apenas instrumentos jurídicos-normativos restritos, mas também estruturas institucionais complexas. O capítulo analisa, ademais, como os regimes, no campo das relações internacionais, surgem como uma nova forma de problematizar a cooperação e instituições a partir do contexto pós-Segunda Guerra. Discute, então, os fatores que envolveram o aparecimento dos regimes, tais como a necessidade de novas explicações para a cooperação e instituições, a ascensão da influência de análises econômicas nas relações internacionais (analogias com os atores econômicos), modelos de escolha racional. Evidencia que a problematização foi, em grande medida, situada num debate que contrapunha posições, em vários aspectos muito próximas (neo-neo), o que implicou um consenso célere acerca do

conceito de regimes internacionais. A discussão fundamental nesse campo seria o tipo de variável que os regimes representam em relação ao comportamento dos atores internacionais. Com base em parte da literatura de direito internacional, pôde-se notar uma aproximação com a noção de regimes em relações internacionais, em especial, no tocante às formas pelas quais os regimes são pensados a partir da década de 2000. Nesse sentido, alguns autores na literatura jurídica passam a adotar elementos neoinstitucionalistas e neorrealistas ao fazerem menção aos *self-contained regimes*. A análise do capítulo ressalta, ainda, a demanda por elementos que possibilitem contemplar e aprofundar as dimensões constitutivas dos regimes nos dois campos e das oportunidades de estratégias emergentes, na medida em que não problematizam as formas pelas quais eles constituem formas de resistência ou contradominação. A análise salienta que as teorias também apresentam lacunas no tocante ao papel fundamental de outros atores e setores não estatais na dinâmica dos regimes.

Enquanto o primeiro capítulo discute e problematiza o aparecimento dos regimes no campo do direito internacional e das relações internacionais, o segundo capítulo se volta para a questão de como tem sido concebida a multiplicação de regimes jurídicos nos dois campos. Assim, a fragmentação do direito internacional e a juridificação da política internacional podem ser concebidas como dimensões e, em grande medida, desdobramentos dos debates sobre regimes nos dois campos. Nesse momento, uma das questões muito discutidas tanto no campo jurídico quanto nas relações internacionais seria a multiplicação de cortes internacionais e órgãos quase judiciais. A intersecção do debate sobre regimes nos dois campos e a problemática da expansão do judiciário internacional teria um papel importante na formação de noções de fragmentação do direito internacional e de juridificação da política internacional.

A *fragmentação do direito internacional* emerge no debate jurídico a partir da articulação entre a intensificação dos processos de expansão e especialização e a problematização da fragmentação através de noções como benefícios, riscos e danos ao direito internacional (ou a uma imagem que os positivistas têm desse campo normativo) decorrentes desses processos. Tais processos tenderiam a ameaçar a unidade do direito internacional e seus fundamentos como sistema. Essa situação ensejaria mudanças institucionais e a redefinição do papel dos operadores jurídicos. Por outro lado, de acordo com a versão não pessimista, o direito internacional já

disporia de instrumentos para lidar com os conflitos emergentes e condições de harmonização que impediriam o risco. Assim, os efeitos desses processos, em geral, seriam o maior *enforcement* para as obrigações internacionais e a ampliação do acesso ao “sistema” judicial internacional. As formas iniciais de problematização no positivismo estabeleciam a questão em termos estritamente de conflito de normas. Nesse sentido, a possível ameaça à “unidade” do direito internacional seria decorrente de um *treaty making* desordenado. Nesse contexto, *self-contained regimes* são compreendidos como complexos de regras jurídicas específicas. Mas eles representariam não mais do que uma ilusão da mente dos particularistas, na medida em que não existiria um subsistema de regras realmente isolado do sistema geral. E nenhum desses sistemas seria completo ou autossuficiente, pois sempre apresentaria algum grau de dependência do *direito internacional geral*. A expansão judicial internacional na década de 1990 impõe uma revisão na forma pela qual o positivismo define o problema. O foco passa a ser, então, os conflitos entre instituições. Diferentemente dos regimes, na compreensão restrita de *self-contained regimes*, tratar-se-ia de um “problema” real. O desafio da fragmentação seria, nesse caso, definir como se daria a sistematização e unificar o judiciário internacional e a quais atores caberia tal tarefa. Ou seja, a questão fundamental diria respeito à aplicação desse direito e, portanto, à noção de competência judicial. Remete-se ao problema da (falta de) hierarquia entre tribunais internacionais. Por outro lado, a fragmentação seria uma oportunidade de refletir sobre a possibilidade de um órgão que servisse como uma suprema corte no sistema judicial internacional.

Na teoria sistêmica do direito, a fragmentação é posta como uma tendência inevitável da sociedade global que é seguida pelo jurídico. Não obstante, o direito traduziria a fragmentação e os mecanismos para lidar com ela em seus próprios termos. A fragmentação estaria relacionada ao movimento em direção à diferenciação funcional na sociedade global. Essa abordagem apresenta algumas aproximações com o positivismo. É o que se dá em relação aos elementos ordem, sistema e autonomia do direito. Partilha, também, de um elemento teleológico, que atribui um sentido, um propósito nas transformações do campo jurídico e uma essência ao direito em si, que seria constituída por seu código. Alinha-se, ainda, tendo em vista a noção de ordem ou ordenamento (embora não formal e hierárquica), que se manifestaria na ideia de acoplamento estrutural e autopoiese. Por outro lado, a noção de conflito é problematizada de forma mais

ampla do que a positivista. Os *self-contained regimes* são plenamente aceitos como existentes e realmente dotados de autonomia. Tais regimes não compreenderiam apenas o aspecto da expansão normativa, mas também institucional. Mais do que isso, os regimes constituiriam linguagens, racionalidades e lógicas independentes. Rejeita-se, assim, qualquer mecanismo formal de harmonização e reunificação do campo jurídico internacional. Por isso, a ideia de direito internacional geral está ausente dessas análises. A abordagem apresenta algumas aproximações com o positivismo. É o que se dá em relação aos elementos ordem, sistema e autonomia do direito, diante dos outros sistemas sociais, mas não da sociedade, que constitui o ambiente. A noção de ordem se manifesta na ideia de acoplamento estrutural e autopoiese, mas, como visto, não pressupõe hierarquia formal, como no caso do positivismo.

Nas análises críticas de Koskenniemi, a fragmentação do direito internacional é pensada em termos de lutas por hegemonia institucional e da crítica ao tecnicismo. Ao endossar os fundamentos da crítica “new stream” do direito internacional e do movimento *critical legal studies*, Koskenniemi pensa a fragmentação como um produto das ansiedades positivistas e suas concepções sistêmico-formalistas de direito internacional. Assim, a análise passa pela identificação e exame das inconsistências que podem ser encontradas em diferentes órgãos judiciais e quase judiciais internacionais. Nesse aspecto, são compreendidas instituições relativas ao direito internacional criminal, direitos humanos e comércio internacional, sendo que o centro dessa análise recai sobre a Corte Internacional de Justiça. Por outro ângulo, o debate é visto por ele como uma manifestação de pluralismo político. Ressalta, ademais, a inépcia de categorias como *jus cogens* e obrigações *erga omnes* ou de órgão judicial internacional harmonizador como forma de solucionar a fragmentação. No artigo de 2006, Koskenniemi questiona o potencial do *constitucionalismo* ou do *pluralismo* de dar conta da fragmentação. Em detrimento do avanço da mentalidade tecnicista, advoga, então, uma *repolitização* do direito internacional, na qual os operadores do direito internacional teriam um papel privilegiado.

O neoinstitucionalismo contempla a multiplicação de regimes internacionais, compreendendo a multiplicação de instituições judiciais e quase judiciais a partir de uma tendência: um *passo* em direção à institucionalização jurídica. Contrapõe-se ao realismo, no sentido de que os tribunais internacionais não seriam meras instituições de fachada e atribuem

um papel ao direito nas escolhas dos atores internacionais. A institucionalização jurídica das relações internacionais implicaria a promoção e expansão de condições ótimas no ambiente internacional, coordenando expectativas e redução de custos informacionais e transacionais. A definição e explicação da configuração da juridificação estaria relacionada aos níveis de obrigatoriedade, de precisão e delegação do aparato jurídico e institucional de um determinado regime, assim como as opções pelo *hard ou soft law* também seriam uma questão de escolha racional dos atores internacionais.

O estudo de caso proposto no terceiro capítulo sugere um diálogo tanto com a problematização dos regimes em direito internacional e relações internacionais (capítulo 1) quanto as formas pelas quais a multiplicação de regimes jurídicos foi posta nos dois campos. A partir de uma análise desse caso fundamentada nas estratégias de pesquisa fornecidas pelas abordagens da mobilização do direito, foi possível verificar que a autonomia e o isolamento dos regimes têm efeitos importantes na constituição de estratégias e na formação de diferentes relações no plano individual dos atores. Cada regime apresenta pretensões hegemônicas, mas também suas próprias dimensões técnico-jurídicas, instrumentais, de coordenação e de reflexão. A multiplicidade e a sobreposição de regimes apresenta implicações relevantes no tocante às interações de diferentes atores. No diálogo com as teorias da fragmentação e juridificação, o caso expõe alguns potenciais e certas fragilidades das diferentes teorias. Mas, sobretudo, sugere que as diferentes teorias, isoladamente, não possibilitam contemplação da multiplicidade de relações de saber e poder que atravessam o direito internacional fragmentado ou a política internacional juridificada.

Finalmente, a análise do caso torna possível enxergar a normatividade jurídica internacional nesse contexto como constituída, mas, ao mesmo tempo, constituidora de relações sociais diversas.

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT, Kenneth W. The Many Faces of International Legalization. In: **American Society of International Law Proceedings**. 1998. p. 57.

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International organization**, v. 54, n. 03, p. 421-456, 2000.

ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or unification: some concluding remarks. **NYUJ Int'l L. & Pol.**, v. 31, p. 919, 1998.

Allott, Philip. "Language, Method and the Nature of International Law", in: Koskenniemi, Martti (ed.), **International Law**, Aldershot: Dartmouth, 1992, pp. 63- 120.

ALLOTT, Philip. **Eunomia: new order for a new world**. 2001.

ALVAREZ, José E. Bit on Custom, A. **NYUJ Int'l L. & Pol.**, v. 42, p. 17, 2009.

ALVAREZ, José E. **The New Treaty Makers**. **Boston College International and Comparative Law Review**, Boston, v. xxv, no 2, p. 213-234, Spring 2002.

ANGHIE, Antony; IMPERIALISM, Sovereignty. the Making of International Law. **Cambridge University Press**, 2005.

AREND, Anthony C. **Legal rules and international society**. Oxford University Press on Demand, 1999

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**, New York: Basic Books, 1984.

BAKER, Roozbeh Rudy B. Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates. **European Journal of International Law**, v. 21, n. 1, p. 173-204, 2010.

BECK, Anthony. Is law an autopoietic system. **Oxford J. Legal Stud.**, v. 14, p. 401, 1994.

BENEDETTI, M., "Global Judicial Review: A Remedy Against Fragmentation?"; 2008 disponível em <http://www.iilj.org/gal/documents/Benedetti.pdf>

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. National courts, domestic democracy, and the evolution of international law. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 1, p. 59-72, 2009.

BLOKKER NIELS; HENRY G. SCHERMERS (Ed.). **Proliferation of international organizations: legal issues**. Brill-Nijhoff, 2001.

BODANSKY, Daniel ;WEISS, Edith Brown. Symposium. The ILOs state responsibility Articles. **The American Journal of Law**, v. 96, p. 798-816, 2002.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Other non-derogable obligations. 2010.” in J. Crawford, A. Pellet, and S. Ollson (eds), **The Law of International Responsibility**, Oxford University Press, 2010.

BORGEN, Christopher J., "Resolving Treaty Conflicts", in: *George Washington International Law Review*, vol. 37, 2005, p. 57.

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

BOYLE, Alan. Developments in the international law of environmental impact assessments and their relation to the Espoo Convention. **Review of European Community & International Environmental Law**, v. 20, n. 3, p. 227-231, 2011.

BOYLE, Francis Anthony. **World Politics and International Law**. Durham: Duke University Press, 1985.

BRADLEY, Curtis A.; GULATI, Mitu. Withdrawing from international custom. **The Yale Law Journal**, p. 202-275, 2010.

BROWN, Chester. **A Common Law of International Adjudication**. New York City : Oxford University Press, 2007

BROWNLIE, Ian. **Problems concerning the unity of international law**. 1987.

BROWNLIE, Ian. Rights of Peoples in Modern International Law, The. **Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.**, v. 9, p. 104, 1985.

CARTY, Antony. **The decay of international law? A reappraisal of the limits of legal Imagination in International Affairs**, Manchester University Press, 1986.

CASS, Deborah, “**The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System**”, 2005;

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

CHARNEY, Jonathan I. **Is international law threatened by multiple international tribunals?**. Martinus Nijhoff, 1998.

CHARNEY, Jonathan I. Universal international law. **American Journal of International Law**, p. 529-551, 1993.

CHENG, Bin. Some Remarks on the Constituent Element (s) of General (or So-called Customary) International Law. **Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry**. Ed. by Antony Anghie and Garry Sturgess. The Hague [etc.], p.

377-390, 1998.

CHIMNI, B. S. Marxism and international law: A contemporary analysis. **Economic and Political Weekly**, p. 337-349, 1999.

CHIMNI, Bhupinder S. Third world approaches to international law: a manifesto. **Int'l Comm. L. Rev.**, v. 8, p. 3, 2006.

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

CONDORELLI, Luigi. Custom. in: BEDJAOUI, Mohammed (Ed.). **International law: Achievements and prospects**. Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

CONFORTI, B., 'The Role of the Judge in International Law' (2007) Vol.1 European Journal of Legal Studies No. 2

CONWAY, Gerard. Breaches of EC law and the international responsibility of member states. **European Journal of International Law**, v. 13, n. 3, p. 679-695, 2002.

CRAWFORD, J. **Third Report on State Responsibility**, UN Doc. A/CN.4/507 (2000).

CRAWFORD, James. **Brownlie's principles of public international law**. Oxford University Press, 2012.

D'AMATO, Anthony A. Treaties as a Source of General Rules of International Law. **Harv. Int'l. L. Club Bull.**, v. 3, p. 1, 1961.

D'AMATO, Anthony. Is International Law Really Law. **Nw. UL Rev.**, v. 79, p. 1293, 1984.

DANILENKO, Gennadiï Mikhaïlovich. **Law-making in the International Community**. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

DEGAN, V.D., **Sources of International Law** (The Hague: **Martinus Nijhoff Publishers, 1997**)

DELIMATSI, Panagiotis. The fragmentation of international trade law. 2010.

Delmas-Marty, M. *Trois Défis Pour un Droit Mondial*, Le Seuil, 1998.

DIMENTO, Joseph FC. **The global environment and international law**. University of Texas Press, 2010.

DONNELLY, Jack. **Realism and international relations**. Cambridge University Press, 2000.

DUNOFF, Jeffrey L. “Constitutional Conceits: The WTO's Constitution and the Discipline of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 3, n. 17, 2006;

DUNOFF, Jeffrey L. A new approach to regime interaction. **Regime interaction in international law: facing fragmentation**. Cambridge University Press, Cambridge, p. 136-174, 2012.

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

DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*, Martinus Nijhoff, 2000.

DUPUY, Pierre-Marie. Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a?, **EUI Working Paper LAW No 2006/14**, 2006.

DUPUY, Pierre-Marie. The constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 1, n. 3, p. 1-33, 1997.

ENGLE, Karen. Female subjects of public international law: human rights and the exotic other female. **New Eng. L. Rev.**, v. 26, p. 1509, 1991.

FALK, Richard. *The Status of Law in International Society*, Princeton: Princeton University Press, 1970.

FELDBRUGGE, Ferdinand Joseph Maria. **Encyclopedia of Soviet law**. BRILL, 1973.

FINNEMORE, Martha; TOOPE, Stephen J. Alternatives to “legalization”: richer views of law and politics. **International Organization**, v. 55, n. 03, p. 743-758, 2001.

FINNEMORE, Martha; TOOPE, Stephen J. Alternatives to “legalization”: richer views of law and politics. **International Organization**, v. 55, n. 03, p. 743-758, 2001.

FOUCAULT, M. A História da Sexualidade. vol. 1: A Vontade de Saber. **Rio de Janeiro: Graal**, v. 1984, 2006.

FOUCAULT, Michel. A **Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Ed. **Forense** Universitária, 2007

FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail. **São Paulo, Martins Fontes**, v. 200, p. 422, 1999.

Franck, **T. M.**, **Fairness in international law and institutions** (Oxford University Press, 1995).

FRIEDMANN, Wolfgang. Reality of International Law--A Reappraisal, **The. Colum. J. Transnat'l L.**, v. 10, p. 46, 1971.

GAJA, Giorgio. Seventh Report on Responsibility of International Organizations. **UN Doc**, 2009.

GILPIN, R. A economia política das relações internacionais. Coleção relações internacionais, Editora UnB, 2002.

Goldsmith, Jack; L Posner Eric A. *The Limits of International Law*. By. New York: Oxford University Press. 2005

GOLDSTEIN, Judith. **Legalization and world politics**. MIT Press, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Filosofia crítica e razão jurídica. São Paulo: Marins Fontes, 2006.

GRIECO, Joseph M. Anarchy and the limits of cooperation: a realist critique of the newest liberal institutionalism. **International organization**, v. 42, n. 03, p. 485-507, 1988.

GUILLAUME, G. “La Cour Internationale de Justice: quelques propositions concretes à l’occasion du cinquantenaire”, *RGDIP*, n. 100, 1996.

HAFNER, Gerhard. “Risks Ensuing From Fragmentation of International Law”, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-second Session*, U.N. GAOR, 55th Sess., Supp. No. 10, at 321, U.N. Doc. A/55/10 (2000).

HAFNER, Gerhard. *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*. Michigan journal of international law , 2004 , pp. 849-863.

HAGGARD, Stephan; SIMMONS, Beth A. Theories of international regimes. **International Organization**, v. 41, n. 3, p. 491-517, 1987.

HART, Herbert. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. **Theories of international regimes**. Cambridge university press, 1997.

HATHAWAY, Oona et al. **The Cost of Commitment**. Yale Law School John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, 2003.

HELPER, Laurence R. Nonconsensual International Lawmaking. *University of Illinois Law Review*, p. 71, 2008

HELPER, Laurence R.; ALTER, Karen J. Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community, The. **NYUJ Int'l L.**

& Pol., v. 41, p. 871, 2008.

HELPER. Laurence R., **Forum Shopping for Human Rights**, 148 *University of Pennsylvania Law Review* 285-400 (1999).

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise; ALVERMANN, Carolin. **Customary international humanitarian law**. Cambridge University Press, 2005.

Higgins, Rosalyn. "Presentation of the Topic, in Proceedings of the United Nations Congress of Public International Law, in: **International Law as a Language for International Relations**, 1998, 111

HIGGINS, Rosalyn. The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law. **International and comparative law quarterly**, v. 52, n. 01, p. 1-20, 2003.

HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. **European Journal of International Law**, v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.

HIRSCH, Moshe. Sources of International Investment Law. **International Law Association Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law**, 2011.

HOLLIS, Duncan B. **The Oxford guide to treaties**. Oxford University Press, 2012.

Hurrell, Andrew. "International Law and the Changing Constitution of International Society", in: Beyers, Michael (ed), *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 327-347

JACKSON, John H. "Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization", *N.Y.U. J. INT'L L. & POL*, n. 31, 1999.

JACOBSON, Arthur J. *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*. 1989.

JACOBSON, Harold K. *Networks of Interdependence, International organizations and the global political System*, Second Edition (New York: McGraw Hill, 1984)

JACOBSON, Harold K. *Networks of interdependence: International organizations and the global political system*. 1979.

JENKS, C.W., "The Conflict of Law-Making Treaties, in: **30 British Yearbook of International Law**, 1953

JENNINGS, R./A. WATTS (eds.) OPPENHEIM, Lassa. **Oppenheim's international law: Peace**. Longman, 1992.

KENNEDY, David. *International Legal Structures*, Badenbaden: Nomos, 1987.

KENNEDY, David. New Stream of International Law Scholarship, A. **Wis. Int'l LJ**, v. 7, p. 1, 1988.

KEOHANE, R. O. & NYE, J. S. 1977. Power and Independence. Boston: Little, Brown.

KEOHANE, Robert O. After Hegemony: cooperation and discord in the world political economy. **Princeton, NJ: Princeton University**, p. p20, 1984.

KEOHANE, Robert Owen. **Neorealism and its Critics**. Columbia University Press, 1986.

KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", in: *International Organization*, vol. 54, 2000, n. 3, pp. 457-488.

KHREBTUKOVA, Alexandra. Call to Freedom: Towards a Philosophy of International Law in an Era of Fragmentation, A. **J. Int'l L & Int'l Rel.**, v. 4, p. 51, 2008.

KINDLEBERGER, Charles Poor. **The world in depression, 1929-1939**. Univ of California Press, 1986.

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

KIRCHNER, Stefan. Relative Normativity and the Constitutional Dimension of Interantional Law: A Place for Values in the International Legal System. **German LJ**, v. 5, p. 47, 2004.

KNOP, Karen. **Diversity and self-determination in international law**. Cambridge University Press, 2002.

KOERNER, Andrei. Direito e Regulação: uma Apresentação do Debate Teórico no Réseau Européen Droit et Société, in: *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, v. 58, p. 79-130, 2004.

KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The rational design of international institutions. **International organization**, v. 55, n. 04, p. 761-799, 2001.

KOROTANA, M. S. Collective Retaliation and the WTO Dispute Settlement System. **The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy**, v. 10, n. 1, p. 196, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 03, p. 553-579, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006a.

KOSKENNIEMI, Martti. "The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or

Fragmentation?", *Chorley Lecture 2006*, London School of Economics, 2006b, disponível em <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKChorley%20Text-06a.pdf>

KOSKENNIEMI, Matti. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the study group of the international law commission. 2014.

KRASNER, Stephen D. **International regimes**. Cornell University Press, 1983.

KRATOCHWIL, Friedrich. Norms, Rules and Decisions. **Cambridge: Cambridge University**, 1989.

KRYVOI, Yaraslau. Counterclaims in Investor-State Arbitration. **SSRN Working Paper Series**, 2012.

LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**, p. 5-27, 2002.

Lindroos, A; Mehling, M. "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO", *European Journal of International Law*, Vol. 16 no.5, 2006.

LOWE, A. Vaughn. Do general rules of international law exist?. **Review of International Studies**, v. 9, n. 03, p. 207-213, 1983.

LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. **Sociocybernetic paradoxes**, p. 172-192, 1986.

Luhmann, Niklas. **The differentiation of society**. Trans. Stephen Holmes and Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. *La fragmentation du droit international: un renouvellement répété de la pensée?*, disponível em http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Martineau.pdf

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The rhetoric of fragmentation: fear and faith in international law. **Leiden Journal of International Law**, v. 22, n. 01, p. 1-28, 2009.

MEARSHEIMER, John J. **The tragedy of great power politics**. WW Norton & Company, 2001.

MENDELSON, Maurice H. The formation of customary international law. **Hague Academy of International Law, Collected Courses**, v. 272, n. 1998, p. 155-410, 1999.

MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 2, p. 447-468, 2007.

NICOLAIDIS, Kalypso; TONG, Joyce L. Diversity or Cacophony-The Continuing Debate over

New Sources of International Law. **Mich. J. Int'l L.**, v. 25, p. 1349, 2003.

Nolte, Georg. "Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas". In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 7, 2007, p. 227-248.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge university press, 1990.

O'CONNELL, Mary Ellen. Using Trade to Enforce International Environmental Law: Implications for United States Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, p. 273-291, 1994.

ODA, Shigeru. Dispute settlement prospects in the law of the sea. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 44, n. 04, p. 863-872, 1995.

OELLERS-FRAHM, Karin. Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction Problems and Possible Solutions. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 5, p. 67-104, 2001.

OKAFOR-OBASI, Obasi. The enforcement of state obligations to respect and ensure human rights in international law. 2003.

ONUF, Nicholas (ed.), **Law-Making in the Global Community**, Durham: Carolina Academic Press, 1982.

ONUF, Nicholas G. **World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations**. (University of South California Press, 1989).

ORFORD, Anne (Ed.). **International law and its others**. Cambridge University Press, 2006.

ORFORD, Anne (Ed.). **International law and its others**. Cambridge University Press, 2006.

PAULUS, Andreas L. Commentary to Andreas Fischer-Lescano & (and) Gunther Teubner-The Legitimacy of International Law and the Role of the State. **Mich. J. Int'l L.**, v. 25, p. 1047, 2003.

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

PAUWELYN, Joost H.B. **Conflict of Norms in Public International Law - How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**, Cambridge University Press, 2003,

PAUWELYN, Joost H.B. Europe, America and the Unity of International Law, in *Proceedings Europeanisation of Public International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*, Amsterdam, 2005.

PAUWELYN, Joost. **The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?** *The American Journal of International Law*. Washington DC, vol. 95, n.º. 3, p. 535-578, jul. 2001. Disponível em: <http://www.asil.org/ajil/pauwelyn.pdf>.

PERES, Oren. ***Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict***, Oregon, Hart Publishing, 2004.

PINTO, Mônica. "Fragmentation or Unification Among International Institutions: Human Rights Tribunals", *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* V.31, p.833, 1999.

POOLE, Thomas M. *Between the devil and the deep blue sea: administrative law in an age of rights*. **LSE Law, Society and Economy Working Paper**, n. 9, 2008.

PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley. "Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?" in: **Chinese Journal of International Law**, vol. 5, n.2, 2006, p. 341-370.

RAJAGOPAL, B., **International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance**, Cambridge: Cambridge University Press

ROMANO, Cesare R. "Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue," *New York university Journal of International Law & Politics* 41:755-787, 2009

ROMANO, Cesare R. "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", in: *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 709, 1999.

ROMANO, Santi (1946). **L'Ordre Juridique**. Paris: Dalloz, 1946. Traduction française de Lucien François et Pierre Gothot. Paris: Dalloz, 1975

RUGGIE, J. G. 1982. *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*. **International Organization**, Cambridge (MA), v. 36, n. 2, p. 379-415, Spring.

RUGGIE, John Gerard. *International responses to technology: concepts and trends*. **International organization**, v. 29, n. 03, p. 557-583, 1975.

SANDS, Philippe; MACKENZIE, Ruth. Yuval Shany, eds. 1999. *Manual on International Courts and Tribunals*. London: Butterworths.

SAUL, Ben. *The Emerging International Law of Terrorism*. **Indian Yearbook of International Law and Policy**, p. 163-192, 2009.

SCHACHTER, Oscar. *Recent trends in international law making*. **Aust. YBIL**, v. 12, p. 1, 1988.

SCHILL, Stephan W. **The multilateralization of international investment law**. Cambridge University Press, 2009.

Schilling, Theodor. On the Constitutionalization of General International Law, *Hauser Global Law School Working Papers*, n.6/05 , 2005, disponível em <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/05/050601.html>.

SHANKS, C., JACOBSON, H. e KAPLAN, J. (1996). Inertia and Change in the Constellation of IGO's. in **International Organization**, 50 (4).

SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: A positivist view. **American Journal of International Law**, p. 302-316, 1999

SIMMA, Bruno; Pulkowski, Dirk. “Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law”, in: **European Journal of International Law**, n. 17, p. 483-529, 2006.

SIMMA, Bruno. “Self-Contained Regimes”, in: **Netherlands Yearbook of International Law**, n. 16, 1985.

SINCLAIR, Ian McTaggart. **The Vienna Convention on the law of treaties**. Manchester University Press, 1984.

Slaughter, Anne-Marie; Tulumello, Andrew S.; Wood, Stepan. “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, in: **American Journal of International Law**, Vol. 92, 1998, 367-397.

SLOANE, Robert D. On the use and abuse of necessity in the law of state responsibility. **American Journal of International Law**, v. 106, n. 3, p. 447-508, 2012.

SØRENSEN, Max. Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 32, n. 03, p. 559-576, 1983.

STEIN, A. A. 1982. Coordination and Collaboration: Regimes in An Anarchic World. **International Organization**, Cambridge (MA), v. 36, n. 2, p. 299-324, Spring.

STEPHENS, Tim. Multiple international courts and the'fragmentation'of international environmental law. **Australian Year Book of International Law**, v. 25, p. 227-271, 2006.

STRANGE, S. 1982. Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis. **International Organization**, Cambridge (MA), v. 36, n. 2, p. 479-496, Spring.

STRANGE, Susan. Cave! hic dragones: a critique of regime analysis. **International organization**, v. 36, n. 02, p. 479-496, 1982.

TAHVANAINEN, Annika. Commentary to Professor Hafner. **Mich. J. Int'l L.**, v. 25, p. 865, 2003.

TEITEL, Ruti; HOWSE, Robert. Cross-judging: tribunalization in a fragmented but interconnected global order. **NYUJ Int'l L. & Pol.**, v. 41, p. 959, 2008.

TEUBNER, G, JOERGES, C; SAND, I;. **Transnational Governance and Constitutionalism**, Portland: Hart Publishing, 2004.

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

TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Two kinds of legal pluralism: Collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society. **REGIME INTERACTION IN INTERNATIONAL LAW: FACING FRAGMENTATION**, Margaret Young, ed., Oxford University Press, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1416041>

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal pluralism in the world-society. **GLOBAL LAW WITHOUT A STATE**, Gunther Teubner, ed., Dartmouth, p. 3-28, 1996.

TEUBNER, Gunther. **How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law**. Springer Netherlands, 1990.

THOMPSON, Alexander. Rational design in motion: Uncertainty and flexibility in the global climate regime. **European Journal of International Relations**, v. 16, n. 2, p. 269-296, 2010.

TREVES, Tullio. 'Customary International Law' in WOLFRUM, Rudiger. **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Index and Tables**. Oxford University Press, 2013.

TREVES, Tullio. "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice." *NYUJ Int'l L. & Pol.* 31 (1998): 809. TREVES, Tullio. Human Rights and the Law of the Sea. **Berkeley J. Int'l L.**, v. 28, p. 1, 2010.

TRIMBLE, Phillip R. "International Law, World Order, and Critical Legal Studies", in: *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 3, 1990, p. 811-845.

TRIMBLE, Phillip R. International Law, World Order, and Critical Legal Studies. **Stanford Law Review**, p. 811-845, 1990.

TUNKIN, Grigory. Is general international law customary law only. **Eur. J. Int'l L.**, v. 4, p. 534, 1993.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION; UNITED NATIONS. CODIFICATION DIVISION. **Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: 1949-1997**. UN, 1998.

VAN DAMME, Isabelle. **Treaty interpretation by the WTO Appellate Body**. Oxford University Press, 2009.

VAN DE KERCHOVE, Michel. *The Legal System Between Order and Disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

VOIGT, Christina (Ed.). **Sustainable development as a principle of international law: resolving conflicts between climate measures and WTO law**. BRILL, 2009.

WAI, Robert. The interlegality of transnational private law. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, p. 107-127, 2008.

WALTZ, Kenneth Neal. **Man, the state, and war: a theoretical analysis**. Columbia University Press, 2001.

WALTZ, Kenneth Neal. *Theory of International Politics*. 1979.

WARBRICK, Colin. Brownlie's principles of public international law: an assessment. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 3, p. 621-636, 2000.

WEIL, Prosper. **Le Droit international en quête de son identité: cours général de droit international public**. Martinus Nijhoff, 1992.

WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law. **Am. J. int'l L.**, v. 77, p. 413, 1983.

WEILER, J.H. *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* Oxford University Press, 2000.

WEILER, J.H. *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* Oxford University Press, 2000.

WEILER, J.H. **The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?** Oxford University Press, 2000.

WELLENS, Karel C. Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 25, p. 3-37, 1994.

WELLENS, Karel. "Fragmentation of International Law and Establishing and Accountability Regime for International Organizations: The Role of the Judiciary in Closing the Gap", in: *Mich. J. Int'l L.* n. 25, p. 1159, 2004; *the International Court of Justice*, 3 in: *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, n. 31, p. 809, 1999.

WELLENS, Karel. Fragmentation of International Law and Establishing and Accountability Regime for International Organizations: The Role of the Judiciary in Closing the Gap, in: **Mich. J. Int'l L.** n. 25, p. 1159, 2004.

WENDT, Alexander. Collective identity formation and the international state. **American**

political science review, v. 88, n. 02, p. 384-396, 1994.

WILDHABER, Luzius; BREITENMOSER, Stephan. **The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries**. 1988.

YASUAKI Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law* . Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010

YOUNG, Margaret A. **Regime interaction in international law: Facing fragmentation**. Cambridge University Press, 2012.

ZABALZA, Gabriel Orellana. **The principle of systemic integration: towards a coherent international legal order**. LIT Verlag Münster, 2012.

ZUMBANSEN, Peer. Introduction Private Ordering in a Globalizing World. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 2, p. 181-190, 2007.