

# INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE SEUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS\*

Siddharta Legale Ferreira\*\*

RESUMO: O presente texto aborda de forma crítica o fenômeno da “internacionalização do Direito”, sob o pensamento da autora francesa Mireille Delmas-Marty. Os desafios desse projeto de construção de um direito mundial e comum são apresentados, bem como as espécies de internacionalização – por exemplo, ética, jurídica, inter e supraestatal. A principal preocupação desse projeto é que seus esforços não sejam usados para transformar o Direito em instrumento para imposição hegemônica de certa economia ou cultura.

PALAVRAS-CHAVE: Internacionalização do Direito. Mireille Delmas-Marty. Comparação jurídica.

## Introdução

O presente artigo dedica-se ao conceito a “internacionalização do Direito”, com especial atenção ao pensamento da autora francesa Mireille Delmas-Marty. Pesquisadora em Direito Penal Internacional, Delmas-Marty, na década de 1960, dedicou-se aos estudos do Direito Positivo francês. A autora francesa, nascida em 1941, exerceu o cargo de professora do Collège de France e membro da Académie de Sciences Morales et Politiques. Já participou de comissões legislativas na França sobre Direito Penal e direitos do homem, bem como do comitê de reflexão sobre a criação de uma jurisdição penal internacional, integrando o comitê de especialistas da União Europeia no projeto de Direito Penal europeu. Nos anos 1970, abriu os olhos para os fenômenos da constitucionalização e internacionalização por conta da adesão da França à Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>1</sup>

Nas décadas seguintes, a autora enxerga que a internacionalização dos direitos humanos pavimentou o caminho para a internacionalização também da economia, mas que o movimento se acelerou com o fim da Guerra Fria numa agenda de governança global que cria a Organização Mundial de Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, até mesmo, o Tribunal Penal Internacional. Trata-se de uma autora com uma vasta produção acadêmica cujas ideias são debatidas em diversos países e ramos do Direito.

Em primeiro lugar, a autora é uma jurista que trabalha esse processo de globalização e mundialização<sup>2</sup> jurídica, política e econômica, abordando os dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos de uma forma leve e interessante, ainda pouco explorada no Brasil.

\* Enviado em 25/5, aprovado em 5/7, aceito em 10/7/2013.

\*\* Professor substituto de Direito Internacional Público - Universidade Federal do Rio de Janeiro; professor substituto do Departamento de Direito Público - Universidade Federal Fluminense; mestre em Direito Constitucional - Universidade Federal Fluminense; professor convidado do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública - Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: siddhartalegale@yahoo.com.br. Agradeço ao prof. dr. Eduardo Manuel Val pelas valiosas críticas e sugestões ao original, desenvolvido no âmbito do mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF).

Em segundo lugar, a opção por essa jurista - dentro de uma tradição de pensamento das relações internacionais, regionais e nacionais, que reconhece a importância e capacidade das organizações internacionais para o desenvolvimento, paz e segurança no mundo e, ao mesmo tempo, aborda criticamente as suas fragilidades e desafios, como a diversidade de fontes jurídicas para reger a multiplicidade cultural - não pode ser subestimada ou desprezada.

Em terceiro lugar, Mireille Delmas-Marty fornece, em suas obras, elementos interessantes para enxergar as relações internacionais, sem ignorar a relação entre economia e direitos humanos. Essa possibilidade de ordenar juridicamente o pluralismo das relações sociais e econômicas - respeitando, por exemplo, uma margem de apreciação dos direitos humanos ou de diretrizes econômicas internacionais, por meio do chamado "pluralismo ordenado" - diferencia a autora e a torna capaz de responder de forma mais satisfatória às críticas de outras tradições de pensamento: questiona-se o modelo piramidal kelseniano pelas razões que discorreremos à luz do pensamento da professora Delmas-Marty.<sup>3</sup>

O estudo do pensamento da autora será estruturado essencialmente a partir dos subsídios encontrados em sua obra, com destaque para as seguintes: *Três Desafios para um Direito Mundial*, *Por um Direito Comum* e *Internacionalização do Direito e método comparativo* - o último ainda sem tradução para o português. Na medida do possível, recorreremos também a outros livros e textos da autora, especialmente aqueles que compõem a coleção sobre as forças imaginativas do Direito.<sup>4</sup>

Seguindo os títulos dos livros mencionados, as ideias a seguir serão organizadas em três eixos. Como se trata de um tema teórico ainda pouco debatido publicamente no Brasil, salvo por algumas linhas de pós-graduação, fato é que diante da carência de discussões parece prudente uma proposta descritiva antes de uma reflexão marcadamente crítica.

O primeiro item abordará o conceito de um "Direito mundial" no qual se espera não representar a hegemonia de uma só cultura, de uma só nação, de uma só religião, de uma só economia sobre todas as outras. Esse projeto de um Direito mundial pluralista fundamenta-se na razão como instrumento de justificação e diálogo, que aponta para a necessidade de refundar os poderes nas organizações internacionais, de modo que contem com a participação ou influências não apenas dos atores privados econômicos e estatais, mas também dos atores cívicos, como as organizações não governamentais que buscam a proteção dos direitos humanos, por exemplo.

O segundo dedica-se ao livro *Por um Direito Comum*, que propõe, em linhas gerais, a recomposição da paisagem jurídica nacional e internacional. O projeto possui três sentidos. Em primeiro lugar, o Direito é comum no sentido de que é acessível a todos, e não apenas aos especialistas e intérpretes oficiais. Em segundo lugar, é comum aos diversos Estados, sem, com isso, forçá-los a abandonar a sua identidade. Em terceiro e por fim, o Direito comum pretende construir um "Direito dos Direitos" a partir dos Direitos Humanos, cuja finalidade é aproximar os sistemas jurídicos, e não propriamente unificá-los. Assim, o direito é comum por ser uma questão que interessa a todos, mas se torna capaz de se manter pluralista.

A terceira parte do artigo volta-se propriamente para o interessante e inexplorado (ao menos no Brasil) conceito de “internacionalização do Direito” e a sua relação com o método da comparação jurídica. Trata-se de um conceito que está presente de forma difusa nas demais obras da autora, através das quais pretendemos chamar atenção para esse fenômeno de multiplicação de normas e instituições nacionais e internacionais para lidar com questões jurídicas. Será investigado, de forma transversal, o conceito de “internacionalização do Direito” nessas três obras, procurando identificar as respostas da autora aos seguintes problemas teóricos: a) o que é e o que não é internacionalização do Direito?; b) esse projeto é possível, razoável e desejável?

## 1 Alguns desafios para um Direito mundial eficaz

O “Direito mundial”, como dito, não se confunde com o sonho de um Direito único que represente a hegemonia de uma cultura, de uma nação, de uma religião, de uma economia sobre todas as outras. O projeto de um Direito mundial pluralista fundamenta-se na razão como instrumento de justificação e diálogo. Os três desafios lançados por Mireille Delmas-Marty são os seguintes: a) é possível a universalização dos direitos humanos diante das desigualdades e das particularidades nacionais e regionais?; b) é razoável ou juridicamente racional pensar um conjunto ordenado diante uma proliferação anárquica de normas?; c) é desejável a mundialização do Direito mesmo diante de instituições internacionais que não garantem os valores democráticos?

Antes de informar a resposta da autora a essas perguntas, é importante esclarecer o vocabulário que será utilizado por Delmas-Marty (2003a, p. 9): a “globalização” apresenta uma relação com a economia, enquanto a “mundialização” se revela pela difusão especial de um produto, técnica ou ideia que pretende ser um termo mais neutro entre a economia e os direitos humanos; e, ainda, a universalização diz respeito a um compartilhar de sentidos.

*É possível a universalização dos direitos humanos diante das desigualdades e das particularidades nacionais e regionais?*

É possível, apesar de alguns obstáculos, começando pela necessidade de pensar os direitos humanos de forma indissociável da economia e, justamente por isso, reconhecer a interdependência entre os direitos civis e políticos e os de caráter social e econômico. Corre-se o risco de termos a mundialização sob a égide da economia dominante, que imporá seu padrão cultural, resultando em choques de culturas. Para superar esse problema, deve-se pensar na união dos direitos humanos e econômicos e na sua harmonização, a fim de inventar um direito comum pluralista (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 4). Embora pareça simples, o projeto de harmonização desses direitos encontra diversos obstáculos, e nem por isso deixa de ser possível.

O primeiro deles é a particularidade cultural e religiosa de cada país que se choca com os direitos humanos, ao passo que a globalização econômica tende a uniformizar o planeta. A universalização dos direitos humanos reflete no compartilhamento

de sentidos e no enriquecimento pela troca. Atualmente, cada sociedade vive alguma parcela das exigências dos direitos do homem, mas cada uma a sua maneira.

O segundo obstáculo a ser superado é o de uma hegemonia econômica, mas também jurídica, que se reflete na tentativa de certos países imporem sua ordem jurídica em caráter extraterritorial. Sem a existência de um consenso da comunidade internacional acerca da vigência de determinado instituto jurídico de força imperativa, qualquer outra possibilidade de imposição de uma norma se trata de um exercício imperial que acarretará uniformização da comunidade internacional sob a égide da já referida única potência.

Duas soluções possíveis são antevistas pela autora. De um lado, a solução econômica e política para tal mazela é a formação de blocos regionais que, através de seus acordos plurais, preconizam o respeito ao Direito Internacional, haja vista que tratam não somente do âmbito econômico, mas também da produção de normas (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 13). De outro, na esfera do Direito Internacional como um todo, recorre-se à Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que preconiza os mais básicos direitos do homem sem, no entanto, enveredar por uma visão etnocêntrica: busca uma harmonização dos sistemas de direito, considerando as diferenças ao incorporá-las com os princípios fundadores comuns, relacionados aos direitos do homem, tendo em vista a historicidade e os fatores culturais, econômicos e religiosos (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 20).

Um terceiro obstáculo posto à mundialização é o uso abusivo do instituto da “reserva” para a ratificação de tratados por parte de certos países – dessa forma, “nacionalizando-se” o texto. Já em 1993, na Conferência de Viena, que discutiu especialmente as conexões entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento,<sup>5 6</sup> o secretário-geral das Nações Unidas chamou a atenção da comunidade internacional para o risco que as reservas representam na universalização dos direitos humanos, prejudicando sua proteção. A superação de todos esses problemas relatados perpassa pela necessidade de que o núcleo duro ou inderrogável de determinados direitos torne-se insuscetível de reservas, como, por exemplo, o direito de não ser torturado (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 34-35).

O desafio é que a lei do mais forte não se imponha sobre o Direito mundial. Para tanto, é preciso reconhecer a conexão estreita entre os direitos humanos e os direitos econômicos e sociais, que se tornam oponíveis à economia, por exemplo, pela noção de direitos ao desenvolvimento, que se preocupam com o ser humano como uma referência importante para a cadeia econômica. Para haver o ser humano livre, deve-se ofertar a possibilidade de fruição tanto de direitos civis quanto de direitos sociais e econômicos. Não há de se falar em dissociação entre esses direitos, uma vez que não existem limites estanques a eles. Até hoje, a prática internacional tem mostrado uma maior proteção aos direitos civis, mas há de se reequilibrar a balança em prol dos direitos econômicos e sociais. Não há de ser feita uma escolha entre direitos, mas sim torná-los compatíveis e coerentes entre si para que sejam todos resguardados. Trata-se do estabelecimento de limitações recíprocas para que se assegure o respeito simultâneo às categorias (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 47-48). Uma das formas de se alcançar o respeito aos direitos consagrados como fundamentais é o estabelecimento da oponibilidade contra

a economia, dada na forma da cláusula social necessária: Estados que não oferecem condições dignas de vida poderiam ser excluídos do comércio internacional ou receber pesadas sanções (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 60).

*É razoável ou juridicamente racional pensar um conjunto ordenado diante uma proliferação anárquica de normas?*

Sim, é razoável, porque as aparentes desordem e abertura favorecem o pluralismo, bem como o trabalho para ordenar a multiplicidade, sem reduzi-la a uma simples unidade que acabaria por gerar mais tensões entre economia e direitos humanos. Em um primeiro olhar, contudo, parece haver uma desordem normativa, anárquica, de modo que se espera estabelecer a conexão entre o *soft law* (direito “suave”, típico da economia) e a metodologia *fuzzy* (direito “vago”, típico dos direitos humanos). No campo da regulação, poderíamos pensar, por exemplo, nas regulamentações sanitárias dos produtos e o direito à saúde (atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), entre a regulação da infraestrutura e a liberdade de ir e vir (atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Agência Nacional de Aviação Civil). A convergência entre essas metodologias, portanto, é importante para construir uma regulação comprometida com o desenvolvimento econômico, que incremente os direitos humanos fundamentais.

O *soft law*, para alguns autores, é visto como uma nova fonte do Direito Internacional, com um conteúdo flexível e variável, responsável por instituir um compromisso programático por meio em geral de recomendações que não apresentam o mesmo sistema de sanções das fontes tradicionais (MAZZUOLI, 2010, p. 141). É definido como um direito não garantido por sanções nos moldes tradicionais, que alguns chegam a chamar de obrigações jurídicas imperfeitas. O *soft law* representaria, por isso, uma zona cinzenta entre o Direito e a Política por vinculações fracas. Justamente por essa característica, torna-se muitas vezes mais fácil obter a adesão de determinados países (PETERS, 2004, p. 58).

Já a *metodologia fuzzy*, que pode ser aplicada aos direitos, significa que, mesmo considerando tais direitos normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*), a sua interpretação não é tão rígida ou precisa, pois suas normas são, não raro, vagas, imprecisas e indeterminadas (CANOTILHO, 2008, p. 97 et seq.). Graças a essa indeterminação, será possível o respeito ao pluralismo por meio de uma margem de apreciação nacional, que acomode o pluralismo econômico, político e cultural arraigado à sociedade internacional.

Mireille Delmas-Marty propõe justamente que essa proliferação de normas poderia, a princípio, parecer anárquica; mas, de fato, a multiplicação de normas não se confunde com a anarquia. O surgimento e a proliferação dessas novas formas de regulação tornam o arcabouço normativo mais plural e complexo. É verdade que acaba imprimindo uma aparência anárquica, mas nem por isso ausente de regulação e de uma coerência lógica em sua interpretação.

Nesse contexto, a norma não tem mais a mesma rigidez, como se descreve na visão tradicional que procura garantir sua normatividade tão somente por meio do estabelecimento de sanções.<sup>7</sup> A regulamentação tradicional era definidora de um espaço

jurídico fechado, homogêneo e hierarquizado, enquanto a nova regulação reside em um campo aberto, heterogêneo, organizado sob diversos prismas. Contudo, o esforço de intermediar essa desordem aparente não é pequeno. É preciso que sejam consideradas as soluções intermediárias e provisórias e se abandone o esquema binário que insiste em refutar tal possibilidade de abarcar o espaço plural.

Um Direito mundial e plural, sintetizador de culturas jurídicas variadas, não é realidade plena. No entanto, assim como o universalismo tem as fragilidades que acabam por relativizá-lo - como a margem de apreciação nacional, valores contraditórios e normas ineficazes -, também o relativismo se depara com limites em razão do tráfico, da corrupção, do terrorismo e do fluxo material e imaterial que carrega os riscos compartilhados. Por tais razões, termina-se por converter o velho relativismo descritivo em prescrições de conduta que respeitem o pluralismo. Relativizando o universal e universalizando o relativo numa dialética sem síntese precisa, torna-se possível pensar um direito mundial (DELMAS-MARTY, 2004a).

Não se defende aqui uma unificação hegemônica, verdadeira síntese que raramente se concretiza. Trata-se, entretanto, de harmonizar, reaproximar sistemas sem suprimir diferenças. A questão aqui é sintetizar divergências passíveis de harmonização e identificar aquelas que são incompatíveis, ou seja, as diferenças mais fortes.

*É desejável a mundialização do direito mesmo diante de instituições internacionais que não garantem os valores democráticos?*

Sim, é desejável, apesar de tudo. Isso porque a seleção de governantes remete à exigência de instituições democráticas que possam contribuir para uma sociedade democrática que não se circunscreva ao depósito em uma urna de maneira intermitente, mas sim numa participação ativa e permanente. Em relação aos Estados que compõem a ONU, Mireille Delmas-Marty explica que menos da metade possui eleições periódicas e um mínimo de direitos cívicos. Em relação às instituições em escala mundial, percebe-se o paradoxo de sua fragilidade do ponto de vista democrático, tendo em conta a origem, uma multiplicação de ONGs, e o mais preocupante, um leque de interesses privados decorrentes da internacionalização dos mercados que exercem influências pouco claras no processo de tomada de decisões das organizações internacionais. Esse desequilíbrio torna a democracia um horizonte difícil a ser conquistado (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 131 et seq.).

Fator ambíguo para tal fenômeno é a disseminação global da mídia no passado recente. A evolução técnica veloz fez com que a capacidade de distribuição de informações pelo globo galgasse patamares impensáveis. De um lado, a liberdade de informação é condição essencial para a democracia e é ancorada na mídia; e é na capacidade de disseminação de informações que esse direito se fundamenta. De outro, dessa constatação decorrem diversos problemas. Esse avanço técnico modifica as regras do jogo, porque diversos fatores negativos tomam lugar nesse novo panorama: personificação do poder, modificação do discurso político e transferência do poder para as mídias.

A mundialização acaba por desestabilizar a democracia, ao suprimir a função de integração nacional das mídias tradicionais. Se, no passado, os meios de comunicação

de massa como imprensa, rádio e televisão, derrubaram a monarquia e o poder do parlamento, hoje a internet e novas mídias ameaçam o Estado-nação. Nem o território nem o tempo são o que costumam ser: desterritorializa-se pelas novas formas de comunicação em tempo real, enquanto se tem a consciência dos diferentes tempos sociais.

Assim como as investidas das mídias globalizadas são inevitáveis, também o é a promoção de um direito mundial. Mais do que discutir se é desejável seu estabelecimento, deve-se concluir que, dadas as limitações do Direito Internacional tradicional na relação entre Estados, um novo paradigma é necessário. Esse novo Direito, entretanto, não é compatível com as instituições que se apresentam hoje totalmente inadequadas: um Poder Executivo predominante, um Judiciário incerto e um Legislativo desacreditado e frágil. Essa estrutura recorrente nos ordenamentos jurídicos domésticos também é perceptível no plano internacional.

Nesse ponto, a autora poderia ter ampliado às críticas, dirigindo-as à legitimidade democrática da própria Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>8</sup> Em primeiro lugar, o preâmbulo da Carta da ONU afirma “Nós, os povos das nações Unidas” quando, a rigor, trata-se de uma organização entre Estados. Apenas consideramos essa legitimidade se concebermos que os Estados estão representando os seus povos – o que é difícil particularmente diante do cenário de diversos Estados não democráticos compondo a ONU, ainda que a instituição na Assembleia-Geral atribua igual peso a todos os Estados.<sup>9</sup>

Em segundo lugar, o déficit democrático fica evidente quando o principal órgão político ao qual a carta confere/prende conferir a certas decisões caráter vinculante apresenta um peculiar sistema de membros permanentes e não permanentes. Os membros permanentes no Conselho de Segurança, além de desfrutarem do poder da instituição por um intervalo de tempo maior do que todos os demais, ainda têm o poder de veto das decisões, bastando que um só se contraponha para que, não raro, uma maciça opinião pública internacional seja ignorada completamente (VAL, 2012b, mimeo). Se, do ponto de vista teórico, isso é incompatível com o princípio democrático de forma flagrante, sequer, do ponto de vista prático, isso representa o atual concerto de forças da sociedade internacional. Deixar países como Estados Unidos, Reino Unido, Rússia, China e França como permanentes por serem tidos como vitoriosos da guerra e uma estruturação institucional pensada para um cenário do pós-guerra já não faz tanto sentido num outro contexto, como o atual, que superou o mundo bipolar por um mundo multipolar.<sup>10</sup>

As instituições públicas devem ser reordenadas para serem democráticas e pluralistas, mas não só isso. É preciso também conciliar o Poder Executivo com os outros, desvencilhando-se do problema de soberania dos Estados. Outra medida de vital importância é repensar o poder de veto de determinados países, já que nada é mais contrário à igualdade soberana do que um poder irrestrito. Outra medida é trazer a sociedade civil para esse projeto de modelo democrático em escala mundial entre Estados e organizações internacionais e conciliar a participação de diversos atores sem ter de recorrer ao arbítrio de terceiros, posição classicamente ocupada pelos Estados soberanos.<sup>11</sup> O século XX já deu mostras de que as reivindicações por democracia – não só como a regra da

maioria, mas como participação das decisões do poder - serão efetivadas para promoção do desenvolvimento (SEN, 1999a).<sup>12</sup>

## 2 Por um direito de e para todos

O segundo eixo encontra-se no livro *Por um Direito Comum*, de Mireille Delmas-Marty (2004), que propõe, em linhas gerais, a recomposição das paisagens jurídicas nacional, regional e internacional. Esse projeto que pretende compreender o “Direito comum” revela-se importante para compreender igualmente a “internacionalização do Direito”: dentro dele, a autora também reflete sobre esse processo. O projeto de um Direito comum tem três acepções fundamentais: acessível, coerente e harmonioso. Para explicar essas três acepções, inseridas no início da obra pela autora, foi realizada uma leitura transversal, buscando as reflexões sobre as noções de “acessível”, “coerente” e “harmonioso” ao longo do livro como um todo.<sup>13</sup>

### 2.1 Direito comum como direito acessível

Em primeiro lugar, o direito é comum no sentido de que *é/deve ser acessível a todos e não apenas aos especialistas e intérpretes oficiais*, o que está associado a uma reivindicação democrática também. Não se trata de um direito imposto de cima para baixo: é um direito compartilhado, relativo e dinâmico. Esse fenômeno recompõe a paisagem jurídica no âmbito nacional e internacional. Essa recomposição decorre justamente do fato de as normas surgirem de diversos lados, e não apenas das fontes estatais. Configura-se um espaço normativo “desestatizado”, bem como um tempo normativo desestabilizado e uma ordem “deslegalizada”.

Quanto à reconfiguração espacial, esse movimento relacionado às fontes do Direito questiona o monopólio estatal da produção do Direito, essencialmente em três movimentos: internacionalização; descentralização; e privatização das fontes do direito.

A internacionalização do Direito é o movimento mais perturbador, por conta da ampliação crescente da força das fontes internacionais. Cumpre enfatizar que não se trata de um fenômeno exclusivo da União Europeia ou da necessária existência de uma visão ou instituição única, como bem explica Mireille Delmas-Marty:

Evocarei apenas com poucas palavras as outras estruturas. Algumas mais amplas e que englobam Estados não europeus, como a OCDE, ou, apenas esboçada direcionada para o Leste, a “Casa Comum” que marcaria, desde as Conferências de Viena, de Paris e depois Copenhague e de Moscou, a vinculação de 50 Estados agora, em sua maioria europeus, a princípios de direito comuns que consagram a “dimensão humana” como um componente essencial da segurança e da cooperação na Europa (CSCE, 1989, 1990 e 1991).

Outras mais estritas, como o Benelux (com três parceiros) ou “espaço Schengen”, atualmente limitado a nove países signatários.

Contudo, a internacionalização das fontes do direito não é evidentemente peculiar à Europa. Por certo, ainda subsiste - dos Estados Unidos da América à República

Popular da China - imensas zonas de resistência a qualquer forma de internacionalização que implique reciprocidade de um real controle supranacional e não a hegemonia de um Estado que impõe suas normas a todos os outros Estados. Mas outras regiões além da Europa aceitaram a ideia: podemos citar a Convenção Americana dos Direitos do Homem (adotada em 1969 e ratificada depois por uns 20 Estados da América Latina) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (adotada em 1981 e ratificada por uns 40 Estados africanos), simétricas, apesar de fortes diferenças, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Para além das regiões, o fenômeno se desenvolve mais largamente com o aparecimento de fontes jurídicas próprias da organização das Nações Unidas. (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 47-48)

De fato, a Europa tem se revelado um laboratório dessa experiência de pensar o pluralismo de fontes e instituições, embora, como dito, a internacionalização não se circunscreva às instituições jurídicas europeias (como Tribunal da Justiça das Comunidades Europeias, Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, OCDE), bem como se revela a vinculação de Estados a princípios de direitos comuns que consagram a dimensão humana como um componente essencial de segurança e cooperação na Europa. Em escala mundial, o fenômeno da internacionalização desenvolve-se mais com o aparecimento de fontes jurídicas próprias da ONU. Embora a Declaração Universal de Direitos do Homem não tenha valor coercitivo, os dois pactos que dela decorrem comprometem os Estados que ratificaram seu texto e o protocolo adicional.

A descentralização, por sua vez, envolve o deslocamento das fontes do centro do Estado para coletividades territoriais, até mesmo para comissões locais de ética, envolvendo certa privatização do espaço público local que não se amarra à esfera pública, como, por exemplo, ocorre em uma deontologia profissional, como a Ordem dos Advogados. A descentralização não deve ser confundida com a simples desconcentração dos poderes, destinada a dar mais eficácia às estruturas centrais do Estado. A descentralização confia certos poderes de decisão ao seu representante local, forjando uma real autonomia local para impor regras de direito. Normas decretadas por essas coletividades territoriais tornam-se, de certo modo, normas de direito público. As regras disciplinares das profissões acabam, com isso, guardando um caráter misto: local e nacional, privado e público.

Determinadas fontes indiretas acabam transferindo um poder normativo, também indireto, a certas instâncias privadas, o que acaba por construir uma privatização a partir de uma lógica do liberalismo econômico, embora as normas possam ser utilizadas como elementos protecionistas. Fala-se, com isso, na construção de uma ordem deslegalizada. Mireille Delmas-Marty fornece dois exemplos do fenômeno. O primeiro caso envolve uma associação privada, a Associação Francesa de Normatização (Afnor), que representa a França em organizações internacionais das quais emanarão normas vinculadoras para a Administração e para os cidadãos. O segundo exemplo trata da transferência desse poder normativo indireto a agentes privados, como aconteceu no caso da privatização de bancos de esperma franceses. Nesse caso, tais bancos teriam algum poder para estabelecer as condições básicas para procriação assistida, como definir se esta será limitada a casais inférteis ou não ou, ainda, eventual limite etário. Essa questão de privatizar ou não

tais decisões insere-se dentro de uma análise de custo-benefício que se equilibra entre a livre concorrência defendida pelo liberalismo e a solidariedade que deve acompanhar um direito de cunho mais social. Aqui no Brasil, também é possível exemplificar o fenômeno: a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) acaba traçando as diretrizes para os trabalhos acadêmicos e para padronização de certos trabalhos técnicos.

Todas essas mudanças desestabilizam a própria noção de “tempo”, pois não bastam os códigos para normatizar a vida a partir desse direito comum. O Direito, como código dos povos, depende do tempo que constrói e destrói a si próprio. A construção se dá pela formação de usos, costumes e precedentes, enquanto a desconstrução ocorre quando as regras entram em desuso ou são enfraquecidas. Isso não significa que todas as leis se tornem temporárias para reger fenômenos transitórios, mas as fontes passam a ser vistas como instáveis e sempre no presente, entre o passado do costume e o futuro das leis.<sup>14</sup>

As fontes dessa ordem “deslegalizada” de um direito comum serão múltiplas. Portanto, a sobrevalorização da própria lei, tal como da tradição romano-germânica e da tradição francesa, perde espaço. Há uma crescente incorporação da importância dos precedentes e dos princípios como uma espécie de código cultural do processo de interpretação e criação do direito. Esse fato acaba por desfazer a concepção linear tradicional do juiz como receptor e aplicador da lei. Assim, a multiplicação do direito escrito não significa diminuição do direito não escrito, mas a necessidade de mais interpretação para manter o direito comum - o direito acessível a todos.

Esse é o desafio que o advento da sociedade de especialistas, da internacionalização do Direito e da concorrência entre ordenamentos traz: não reduzir o direito aos iniciados, como os magistrados ou os professores, tratando-os como sumos sacerdotes. Pelo contrário, instaura-se um combate a essa pureza do Direito, que passa a ver os juristas muito mais como “engenheiros em Direito” ou “comerciantes de Direito” (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 207),<sup>15</sup> de tal modo que, a um só tempo, se amplia a especialização dos juristas em escritórios de grandes multinacionais, mas se abrem brechas aos não juristas, como sociólogos, para compreender a fortaleza do Direito nacional também por princípios comuns.

O direito comum, como direito acessível, afasta-se, portanto, da concepção burocrática e tecnocrática do legislativo como a “fábrica de leis” para se aproximar do ideal da representação da “vontade geral”. Esse ideal exige o conhecimento da lei por quem faz uso dela, bem como que o Parlamento expresse verdadeiras escolhas da sociedade em consonância com certos princípios diretores. É por isso que se descortina, por exemplo, a ampliação da reivindicação do acesso à justiça a todos, e não apenas para aqueles com recursos para pagar advogados; bem como se reivindica um novo perfil de advogado como um conselheiro jurídico destinado a tranquilizar clientes e intimidar os concorrentes. Esse fenômeno é particularmente intrigante no campo do Direito regulatório, em que pareceres sobre normativas pouco claras ao cidadão não especializado servem para guiar as estratégias de abordagem ou defesa contra certa regulamentação das agências reguladora.

Note-se que toda essa mudança do perfil do Direito, decorrente da existência de fontes não estatais do Direito (internacionais ou privadas, por ex., como dissemos acima), exige uma renovação quantitativa e qualitativa dos métodos legislativos que ainda não se desenhou plenamente.

## 2.2 O direito comum como coerência normativa

Em segundo lugar, o *direito é comum aos diversos Estados*, sem, com isso, forçá-los a abandonar a sua identidade. Para compreender um direito comum, será necessário perceber o deslocamento das linhas que tradicionalmente definem o direito, pensar o múltiplo através de uma nova lógica que não é aquela clássica.

Uma das formas mais tradicionais e difundidas de pensar o Direito reside na proposta kelseniana de descrever o ordenamento jurídico de forma piramidal com um traçado que parece nítido e relaciona as normas do ordenamento jurídico por meio do princípio da hierarquia em diferentes graus. Para Kelsen e para os kelsenianos, a ordem jurídica não equivale a um complexo de normas umas ao lado das outras de forma anárquica, mas, pelo contrário: a ordem jurídica organiza-se numa pirâmide na qual as normas estão sobrepostas de forma hierárquica, em que as inferiores estão subordinadas às superiores.

Trata-se de uma concepção monista do ordenamento jurídico em dois sentidos. O primeiro atribui prevalência ao Direito interno, porque concebe a Constituição como cume do ordenamento do jurídico que estabelece as fontes válidas do Direito no seu âmbito de aplicação (entre essas, consta o Direito Internacional). O segundo concebe a prevalência do Direito Internacional e reconhece a validade das ordens jurídicas nacionais a luz desse Direito: em outras palavras, uma ordem jurídica nacional só é tida como ordem jurídica porque a sociedade internacional reconhece aquele Estado como uma fonte de produção normativa válida.<sup>16</sup>

Essa é, sem dúvida, uma forma de atribuir coerência ou de interpretar a relação entre as normas. Mas não é essa a “coerência” que pretende a proposta de um “direito comum”, que não almeja uma estabilidade por coerções hierárquicas nem o estabelecimento de relações lineares do nacional para internacional ou do internacional para o nacional.

Justamente por reconhecer, como descrito acima, a instabilidade do tempo normativo, a heterogeneidade espacial e as descontinuidades normativas, o modelo kelseniano revela-se insuficiente para pensar o direito comum. Mais do que isso, supor a subordinação plena a uma ordem jurídica única é idealismo. Ao dizer isso, a autora não perfilha a corrente oposta: o dualismo, que concebe a separação entre as diversas ordens jurídicas com a necessidade de um processo de incorporação formal de normas internacionais no ordenamento nacional. Ela não adota uma visão dualista, porque isso torna impossível compreender a razão jurídica sem a nova lógica que acompanha o processo de internacionalização do Direito (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 19).

Mireille Delmas-Marty explica que convém perceber a paisagem jurídica como pirâmides inacabadas, descontínuas, por estranhos anéis normativos como uma guirlanda

com uma série de ramos ou rizomas, o que não significa que toda hierarquia tenha desaparecido. Não se está profetizando o fim dos “tempos” ou das hierarquias normativas. Trata-se de reconhecer que a composição normativa se embaralhou, passando, assim, “das formas retilíneas” às “formas curvilíneas” mais complexas, de tal forma que a retirada de marcos rígidos e o deslocamento das linhas do ordenamento jurídico não significam desordem, decomposição ou apocalipse do ordenamento jurídico.

Em verdade, a transição representa sim as tentativas de recomposição de um pluralismo suficientemente ordenado no qual a coerência será obtida por outras duas formas de relacionamento normativo. A primeira é uma relação entre sistemas autônomos e não hierarquizados ou que criam hierarquias alternativas, ao estabelecer certa continuidade no processo normativo até então interrompido. Nesse caso, diante da inexistência de hierarquia, o que irá compensar a autonomia do sistema será justamente um jogo de referências cruzadas entre eles, em que um dado sistema observa o outro, sem um centro, um topo ou um princípio fundador – ou uma “metanorma”. A hierarquia será alternativa no sentido de que haverá primazia de um e, depois, do outro, numa espécie de troca interativa entre os sistemas. Com isso, não se ignora a ampliação do grau de complexidade para lidar com o sistema, inclusive com o risco de criar enredamentos arbitrários entre as normas. Por outro lado, isso permite superar a deficiência de um sistema puramente hierarquizado, em que uma eventual mudança exigirá a superação de obstáculos ou a inversão entre níveis normativos.

A segunda decorre de uma relação entre sistemas hierarquizados (ou parcialmente hierarquizados) que estimularão o nível inferior a participar da determinação das normas superiores, de modo a ensejar o aparecimento de hierarquias invertidas. Segundo a lógica kelseniana tradicional, essa inversão está excluída por um monismo jurídico, em que há primazia ou da ordem nacional ou da ordem internacional. Por essa segunda forma de relacionar normas jurídicas, passível de ser exemplificada não só mas também com o Direito comunitário da União Europeia, haverá “margem de apreciação nacional” das normas emanadas das instituições comunitárias, que permite, a um só tempo, aceitar a internacionalização do Direito e preservar parte da soberania dos Estados.

Em outras palavras, seja pelo estabelecimento de hierarquias alternativas seja pela inversão hierárquica, o relacionamento entre os sistemas jurídicos e as normas que o compõem passa a ser compreendido de forma contingente. Não há, por exemplo, no âmbito da União Europeia como estabelecer *a priori* uma preferência de certos princípios de Direito comunitário ou dos direitos humanos, ambos previstos em convenções internacionais, quando seus campos se confundem. Sugere-se, por isso, que, para além da hierarquia e de esferas de justiça justapostas, a possibilidade de se construir um pluralismo seja suficientemente ordenado.

Explicado em que consiste esse deslocamento das linhas normativas, resta compreender a nova lógica para interpretar o direito comum e o porquê de ela não se confundir com a lógica tradicional. O processo de internacionalização do Direito põe em primeiro plano as exigências não somente de segurança jurídica, mas de resistência

à arbitrariedade. Atenta-se, por isso, para os processos de predeterminação legislativa do Direito; de codeterminação pela margem interpretativa que o juiz possui; e de sobredeterminação por um código de valores que se impõe seja ao juiz seja ao legislador.

Enquanto o sistema tradicional lida com normas prescritas que se pretendem precisas e unívocas, sem margem de apreciação e legitimadas por um código cultural homogêneo, o sistema compreendido pela proposta do direito comum vai (re)pensar os processos de: a) prescrição de normas indeterminadas, parâmetros e princípios, lançando sobre o direito uma visão menos imperativa com uma internacionalização dos padrões, como o *soft law* e a difusão do princípio da proporcionalidade (SWEET; JUD, 2008, p. 73-165); b) interpretação do Direito mais complexa, que conta com a interpretação do juiz no processo de codeterminação das normas e de renovação das formas de raciocínio jurídico, não circunscrita ao pensamento silogístico ou subsuntivo, incorporando a multiplicidade de critérios; e c) legitimação do Direito pelos direitos humanos, que incorpora uma proposta de respeito ao mínimo de dignidade, como a vedação à tortura. As diversas declarações e garantias de direitos humanos acabam por romper a velha dicotomia direito público vs. privado, substituindo-a pela lógica de direitos que protegem o ser humano e seus direitos da personalidade, seja em relação a outros particulares seja em relação ao Estado – por exemplo, exigindo-se a proporcionalidade das penas para os crimes.

Essa transformação do sistema simples para sistemas complexos obriga o aprendizado de novas lógicas para lidar com esses processos de codeterminação e sobredeterminação. Ao contrário do que alguns juristas poderiam pensar, o temor de que reinaria a insegurança e a imprecisão não se concretizou: como incerteza, complexidade e imprecisão são inerentes à própria vida, essa nova lógica com a qual se constrói o direito comum ensina aos juristas como dominar o fenômeno jurídico com mais atenção e rigor.

Pensar o múltiplo não pressupõe o abandono dos métodos tradicionais, mas uma combinação para melhorar a interpretação da realidade. Há diferenciação, interação, conflitos e interdependência entre os diversos direitos envolvidos; e melhor que simplificar essa relação é compreendê-la e harmonizá-la na medida do possível.

### 2.3 Direito comum como direito nas nuvens

Em terceiro lugar, o Direito comum pretende construir um “Direito dos direitos” a partir dos direitos humanos, cuja finalidade é aproximar ou harmonizar os sistemas, e não propriamente unificá-los. Assim, o direito é comum por ser uma questão que interessa a todos, mas se torna capaz de se manter pluralista. A especificidade dos direitos do homem sustenta-se justamente numa extrema heterogeneidade de seus direitos, especialmente porque há um suporte múltiplo a tais direitos, formado por um conjunto de declarações, convenções, leis fundamentais. Essa multiplicidade acaba por romper com as formas tradicionais de sobredeterminação.

Alguns exemplos ajudam a entender o que está se comentando: a Magna Carta (1215), o Bill of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1689), a Declaração Universal de

Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), a Carta Social Europeia (1961), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1978), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981), assim como a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (1982) ou os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental de Bonn (1949). A heterogeneidade pode ser percebida em diversos aspectos ou em alcance universal ou regional, a começar pela própria nomenclatura empregada: “direitos”, “deveres”, “direitos civis”, “direitos sociais”, “direitos do homem”, “direitos dos povos”.

É preciso, porém, localizar algumas “delícias da universalidade”, de forma a nos esforçarmos em evitar tanto a exclusão quanto a assimilação das minorias. Em qualquer caso, essa cilada dos “bons sentimentos” em relação aos direitos humanos pode encobrir interesses. De um lado, a exclusão é a forma mais visível de negação de direitos do homem, como, por exemplo, a escravidão, a incapacidade civil da mulher casada ou a exclusão de direitos dos mais pobres, que sequer possuem um domicílio considerado seu e de sua família. Daí a importância do direito ao desenvolvimento como direito humano universal: evitar a exclusão. Por outro lado, a eliminação de todas as formas de discriminação envolve a questão da exclusão e a necessidade de saber quais direitos são reconhecidos às minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas. Reconhecidos tais direitos, chega-se, então, a um “direito à diferença”, que respeita a minoria tentando escapar do risco de legitimar a exclusão, tal como o *apartheid* da África do Sul.

Um direito comum, por isso, é um direito harmonioso no sentido de conjugar as diferenças, evitando, a um só tempo, a assimilação e a exclusão.<sup>17</sup> Essas são preocupações de um “universalismo plural” que, mesmo em escala europeia, possibilita uma harmonização e não uma unificação plena das identidades normativas dos sistemas nacionais, ou supranacionais com alguns conjuntos mais bem ordenados que outros. Já em escala planetária, o espaço normativo é pouco ordenado. Ainda assim, é a identidade da comunidade humana e a singularidade de cada um daqueles que a compõem que torna possível exigir o respeito ao “irredutível humano”, que envolve, por exemplo, a proibição da tortura e de mutilações, tratamentos desumanos e degradantes, crimes contra a humanidade por violações de guerras e genocídios. Nessa linha, Mireille Delmas-Marty afirma que:

A partir dos direitos do homem, fica possível imaginar um “direito dos direitos” que permitiria aproximar, e não unificar, os diferentes sistemas. Aproximá-los numa harmonia feita tanto da subordinação deles a uma ordem supranacional como da coordenação deles segundo princípios comuns. Como nuvens que, levadas por um mesmo sopro, se ordenassem aos poucos guardando seu ritmo próprio, suas formas próprias. (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 306)

Simplificando o debate, a harmonização trabalha para o acordo a partir de dispositivos diferentes, enquanto a uniformização adota um texto único para países com identidades diferentes. Por fim, a integração jurídica relaciona-se à transferência de competência para organizações internacionais supranacionais (DELMAS-MARTY, 2006a, p. 186 et seq.). A concepção de um direito comum lida com os três fenômenos, mas pauta-se eminentemente pela harmonização, e não pela unificação. O motivo é justamente

a necessidade de se evitar que, nas relações entre diferentes Estados, não se imponha uma perspectiva hegemônica às demais, com o ônus de essas terem de renunciar à sua própria identidade cultural e jurídica.

Apresentada de forma simbólica, a compreensão da paisagem jurídica pela proposta do Direito comum é representada pelas “nuvens”, visto que a relação entre as nuvens é de fluidez, descontinuidade e ausência de uma definição rígida ou precisa de onde começa e termina cada nuvem.

O ordenamento jurídico não é regido puramente pelo acaso e pela indeterminação. A vontade humana desempenha um papel importante em sua construção, mas isso não significa que esse sistema jurídico se comporte de forma ordeira e previsível como um relógio.<sup>18</sup> Daí se pretender superar a visão estática arraigada ao modelo piramidal kelseniano. Ao empregar a imagem das nuvens, fica evidente que os ordenamentos jurídicos não são estáticos. Pelo contrário, possuem uma dinâmica que articula elementos do seu interior com elementos de outros ordenamentos numa articulação que é possível, mesmo existindo (ou talvez justamente por existir) essa descontinuidade.

Outra vantagem do modelo parece ser a capacidade para retratar a realidade com seus movimentos aparentemente contraditórios, não lineares e desordenados. Em primeiro lugar, a metáfora das nuvens mostra o entrelaçamento de normas interagindo horizontalmente num processo de integração e desintegração sem hierarquia, seja numa aproximação de caráter supranacional seja em espaços comuns criados, por exemplo, por normas de *ius cogens* referentes aos direitos humanos. Em segundo lugar, retrata as geometrias variáveis decorrentes do processo de expansão e contração da normatividade, especialmente dos tratados comunitários e dos tratados de direitos humanos. Em terceiro lugar, a imagem das nuvens põe em evidência os diferentes ritmos de cada sociedade e ordenamento jurídico (DELMAS-MARTY, 2006b, p. 255 et seq.).

Fica claro, dessa forma, que existem, na sociedade internacional, assincronias, ou seja, diferentes velocidades em diferentes espaços, bem como polissincronias, isto é, diferentes velocidades em um mesmo espaço, como o espaço Schengen na União Europeia<sup>19</sup> ou o espaço do Protocolo de Kioto para os países que o assinaram. Como os ritmos sociais, políticos e econômicos são diferentes, a implementação dos mecanismos comunitários ou das regras de proteção ao meio ambiente, portanto, também são variados. Isso não significa renunciar à possibilidade de regular condutas, mas apenas perceber que os ordenamentos jurídicos não funcionam como relógios, de forma precisa, organizada e mecânica. Para ordenar as nuvens, torna-se necessário operar com outra lógica mais flexível, a partir notadamente de conceitos reguladores como subsidiaridade, complementaridade e mecanismos de avaliação, ajuste e controle.

### 3 A internacionalização do Direito e o método comparativo

A terceira parte do artigo volta-se diretamente para o interessante conceito de “internacionalização do Direito” e a sua relação com os estudos jurídicos comparativos.

Trata-se de um conceito que está presente de forma difusa em diversas obras de Mi-reille Delmas-Marty, embora uma, em particular, possua o mesmo título originalmente atribuído a uma aula inaugural no Collège de France.<sup>20</sup> Ainda sem tradução para o português e sem um debate público mais intenso na academia brasileira, faz-se necessário chamar atenção para essa ideia, especialmente num contexto de ascensão ou internacionalização econômica do Brasil no cenário internacional. Embora o termo possa dar a impressão de se tratar de uma transferência do plano nacional para o internacional, veremos que o fenômeno é bem mais complexo do que parece. Sua exposição estará estruturada em três eixos: a) o conceito de internacionalização do Direito e sua relação com a comparação jurídica; b) a concepção de ordem jurídica subjacente à internacionalização do Direito; e c) as espécies de internacionalização.

Em linhas gerais, a “internacionalização do Direito” representa um processo em curso de extensão da normatividade para além das fronteiras nacionais, e que se desenvolve de forma diversa de um mero *jus commune*, de uma verdadeira ordem mundial, especialmente diante da fragilidade do sistema de segurança coletiva instituída pela Carta das Nações Unidas para desarmar a força.

A internacionalização do Direito, embora esteja associada, não se confunde puramente com os estudos jurídicos comparativos, que representam um método de trabalho e despertam uma série de neologismos na falta de palavras mais precisas para designar o fenômeno. Não se ignora a importância dos estudos comparativos,<sup>21</sup> mas, como dito, sua pretensão é metodológica seja em auxiliar o estudo de outras culturas e instituições jurídicas de forma mais consistente seja para pesquisar os princípios gerais de direito comuns às diversas nações. Em qualquer caso, os estudos comparativos revelam-se importantes para o respeito à diversidade e para a construção de uma internacionalização do direito que seja pluralista, mas permita encontrar uma gramática comum seja pela compatibilidade formal (harmonização) seja pelo processo de fusão (hibridização).

Com isso, a comparação exerce uma dupla função<sup>22</sup> em relação ao fenômeno da “internacionalização do direito”: contribuir para uma síntese harmoniosa quando for possível, especialmente numa tentativa de aperfeiçoar o ordenamento jurídico por meio dos direitos humanos;<sup>23</sup> e, ao mesmo tempo, resistir à internacionalização do direito, abrindo, quando pertinente, uma margem de apreciação nacional dessas normas. Dessa forma, conjugam-se, a um só tempo, unidade e multiplicidade.<sup>24</sup>

A internacionalização do Direito consiste na tentativa de descrever a realidade dessa ordem jurídica mundial, anteriormente abordada, enfatizando a impossibilidade de ignorar, em diversos contextos, a superposição de normas nacionais, regionais e mundiais, bem como a abundância de instituições e de juízes, nacionais e internacionais, com uma competência cada vez mais alargada. Essa nova realidade reflete-se num Direito de sistemas interativos, complexos e fortemente instáveis, que, em última instância, desemboca em uma mutação da própria concepção tradicional de ordem jurídica (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 13-14). A ordem jurídica não pode mais ser vista como fechada à influência de outras ou pura e simplesmente de forma piramidal, como no modelo kelseniano.

Nesse ponto, Mireille Delmas-Marty dialoga com outros modelos para pensar o Direito – como o modelo da rede, descrito por François Ost e Michel Van de Kerchove (2002) –<sup>25</sup>, mas propõe um modelo de uma espécie de “nuvem” no qual há um pluralismo ordenado. Nesse modelo opera-se uma correção, que alterna harmonização e hibridização normativa – o que, não raro, vai exigir uma criatividade do juiz para tomar decisões.

Seja no paradigma da nuvem seja no paradigma da rede, há uma crítica direta e incisiva à pirâmide hierarquizada de Kelsen. Em primeiro lugar, identifica-se uma série de modelos alternativos que rompem com essa lógica mecânica da sanção e da hierarquia, demandando uma superação desse paradigma por outros que incorporem a complexidade das relações sociais, políticas e econômicas do mundo.<sup>26</sup>

Destaca-se, ainda, a dificuldade de abarcar teorias de interpretação mais amenas, se comparadas à mera relação de antinomia entre a norma fundamental superior com as normas inferiores, bem como desperta-se certa perplexidade quando se está diante da relação entre sistemas jurídicos. Embora se reconheça que tais observações não conduzam necessariamente à exclusão total do modelo piramidal, a atenção recai no temperamento da hierarquia e na interpenetração de sistemas e pluralidade de pirâmides. Há pirâmides descontínuas, em arquipélagos, coordenadas em redes de interlegalidade (OST; KERCHOVE, 2002 e VERONESE, 2009),<sup>27</sup> fato esse que se revela mais evidente na integração europeia, embora esteja também presente de forma evidente na lógica do Direito regulatório, nas propostas de governança global e nas normas de *soft law*.

A desconstrução da estrutura piramidal pode ser, para fins meramente didáticos, apresentada em três frentes. Inicialmente, o altiplano do ordenamento jurídico passa a ser compartilhado com o Direito Internacional, as normas de *ius cogens*, com o Direito Comunitário e com os Direitos Humanos de uma forma geral. Em segundo lugar, o corpo da pirâmide é objeto de intensa interpretação judicial ao qual, até certo ponto, adiciona conteúdo. Ao lado do Direito produzido legislativamente, desponta um Direito construído pela jurisprudência dos tribunais, razão pela qual as fronteiras entre *common law* e *civil law* tornam-se menos vincadas.<sup>28</sup> Há quem diga que se vive uma jurisprudencialização do Direito, sendo que, não raro, a categoria do legislador negativo é imprecisa ou insuficiente para descrever o papel e a atuação do Judiciário. Por fim, a base da pirâmide – ou seja, os decretos e as regulamentações – cada vez mais resultam de uma administração policêntrica (BINENBOJM, 2006, p. 239 et seq.) na qual há diferentes centros de decisão. Essa autonomia reforçada para tomada de decisões dá novas cores aos regulamentos e decretos para dar execução à lei; e, com isso, altera-se à tradicional lógica kelseniana. Entre os administrativistas, trabalha-se com a “teoria dos ordenamentos setoriais” (ARAGÃO, 2001, p. 11 et seq.), ao estudar as agências reguladoras, que adquirem relativa autonomia em relação ao poder central (OST; KERCHOVE, 2002).

Nesse paradigma da rede, diz-se que haveria uma passagem da regulamentação para regulação por meio de autoridades administrativas independentes que contem com a participação estatal, do mercado e da sociedade civil; bem como uma passagem do governo à governança, ou seja, da condução dos assuntos de forma imposta por uma

autoridade central para formas de coordenação dos grupos e atores sociais numa discussão coletiva. Não se deve, porém, idealizar o modelo da rede, que, por um lado, supera algumas limitações do modelo kelseniano ao incorporar a complexidade; mas, por outro, tem suas próprias limitações, como ao dar a impressão de que a paisagem jurídica é contínua e completa. Por essa razão, o paradigma da nuvem parece mais promissor.

A organização ou separação entre os poderes também resta afetada e tem suas fragilidades e descontinuidades. Ela não pode ser vista nos moldes clássicos, em razão, por exemplo, na União Europeia, de existir um parlamento reduzido e um crescimento das funções típicas do Executivo concentradas nas mãos da Comissão da Comunidade Europeia. Essa dinâmica de hipertrofia do “Executivo”, em detrimento da representação popular das demandas da sociedade, atenta contra a democracia. Estendida à escala mundial, o risco é análogo; e o déficit de legitimidade das organizações internacionais, em especial a ONU, já foi apontado, mesmo em se tratando da aplicação de normas do tipo transnacional que dependam da internalização por parte dos próprios Estados e que eventualmente e progressivamente sejam controladas por sistema de controle jurisdicional, ou quase jurisdicional, das cortes internacionais ou nacionais.

Diante das novas instituições comunitárias e das instituições internacionais em geral, vem à tona a questão da cidadania europeia ou da cidadania mundial, calcada na consciência do destino comum dos atores políticos, sociais e econômicos. Isso não significa que inexista uma descontinuidade irrestrita de valores. Mas entre o relativismo normativo e o universalismo filosófico, pode-se, a partir dessa descontinuidade, preservar a autonomia da ordem jurídica e da soberania política, preocupando-se com a questão da paz como ausência de guerra e com a paz positiva, que reduz desequilíbrios econômicos, financeiros, étnicos e religiosos, bem como com o terrorismo, a corrupção dos grandes traficantes e os riscos da biotecnologia. Esses e outros dilemas comuns suscitam a questão da gestão do risco no plano internacional, evidenciando-se a indissociabilidade entre economia e direitos humanos (SEN, 1999a).

Com a finalidade de expor os reflexos dessa “internacionalização do Direito” de forma mais didática, bem como de descrever a concepção desse sistema jurídico do mundo, é possível propor uma classificação a partir do que se encontra difuso no livro de Mireille Delmas-Marty sobre o tema. Embora a autora não as empregue de forma expressa nesses termos, é possível expor o tema através de duas dicotomias: a) internacionalização ética vs. jurídica; e b) internacionalização interestatal vs. supranacional.

### 3.1 Internacionalização ética e jurídica

A primeira dicotomia contrapõe uma internacionalização relacionada à Ética e ao Direito. Uma internacionalização ética requer o apoio ativo dos Estados, da globalização econômica e de algum universalismo que pressupõe a solidariedade, a luta contra a pobreza, a sociedade de mercado, mas, não raro, resulta em desamparo e crescimento da competição e das desigualdades. Por outro lado, a internacionalização do Direito,

pensada do ponto de vista jurídico, será desenvolvida como “direitos de parte alguma”, que não é uma mera utopia ou talvez seja uma “utopia realista” (RAWLS, 2004, p. 15 et seq.). Trata-se de um modelo que, em escala regional, atrai uma integração regional, como o Mercosul, por exemplo; e em escala mundial, pensa em uma certa privatização das normas e em uma certa autorregulação que se desenvolve por códigos de conduta, ética empresarial, social e ecológica de responsabilidade com o consumidor.

Assim, do ponto de vista normativo, a internacionalização do Direito chama atenção para a superposição dos direitos, por exemplo, na relação entre os direitos fundamentais previstos nas constituições nacionais em sua relação com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1948). A noção de “crimes contra a humanidade”, que se difundiu a partir do julgamento do Tribunal de Nuremberg, também pode ser considerada outro caso de superposição de ordens jurídicas. Um terceiro exemplo interessante de superposição envolve o chamado “patrimônio comum da humanidade”, que se preocupa com o acesso das gerações futuras a bens culturais e naturais. No contexto brasileiro, podemos pensar na sobreposição de normas do título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos fundamentais em relação ao Pacto de São José.

Uma importante polêmica diz respeito a inúmeros casos na jurisprudência brasileira e mudanças de entendimento quanto à possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel. Apresentou-se a questão do conflito entre o artigo 7º do Pacto de São José, que não prevê tal prisão, e o artigo 5º, LXVII, da Constituição brasileira, o qual dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Admite, embora não imponha. A resposta a esse conflito tem relação nítida com a internacionalização do Direito, pois, de um lado, evidencia a multiplicidade de fontes e a necessidade de pensar critérios pelos quais um prevaleceria sobre o outro; e, de outro, a multiplicidade de instâncias de decisão, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana (CIDH).

O STF, até 2007 aproximadamente, julgava possível, de forma reiterada, a prisão civil do depositário infiel, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário no conceito de “soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição” (RE nº 302.624-1/MG, rel.: min. Moreira Alves, DJU de 29/6/2001). Em que pese a visão conservadora da soberania que não incorporava plenamente o compromisso assumido com os direitos humanos como um elemento fundamental, essa foi a jurisprudência dominante durante muito tempo. É verdade que dominante, embora sob as críticas doutrinárias de que o art. 5º, § 2º, do texto original da Constituição de 1988 já conferia um status constitucional aos direitos humanos e, portanto, também ao Pacto de São José (PIOVESAN, 2004, p. 75 et seq.; MELLO, 2002, p. 807).<sup>29</sup>

Diante da Emenda Constitucional nº 45, que introduziu, por meio do art. 5º, 3º, de forma clara a possibilidade de se conferir status constitucional aos tratados de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a reavaliar a sua jurisprudência nesse tema. Se antes havia permissão para realizar a prisão, a dúvida agora era se o

Pacto de São José teria ou não adquirido um status constitucional e, com isso, se a vedação a prisão civil se imporá ou não.

O Supremo Tribunal Federal manteve-se em paradigma tradicional, mesmo adotando uma solução aparentemente progressista (VIEIRA; PAVONE; SILVA, 2008). Entendeu que o Pacto de São José encontra-se num plano inferior ao da Constituição e que permanece no topo de uma pirâmide “kelseniana” imaginária, que só reside na praça dos três poderes em Brasília e não mais no mundo. Outras formas de enxergar o ordenamento jurídico como os vistos acima da “rede” (François Ost) ou da “nuvem” (Mireille Delmas-Marty) foram ignorados. Quem dá a última palavra segundo os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda é a própria corte constitucional. Mesmo assim, o Supremo atribuiu status supralegal a esse tratado, sob o argumento de que não teria passado pelo mesmo quórum de emenda. Com esse status especial, a jurisprudência do Pacto de São José estaria num plano inferior ao da Constituição, mas superior ao da lei ordinária que determinava a prisão civil do devedor fiduciante (art. 66 da Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 911/69).

Resultado: adicionou-se mais uma camada hipotética na pirâmide imaginária do velho Kelsen; e, sem necessidade, afirmou-se mais do mesmo. Veja um caso em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de habeas corpus em favor de responsável pela guarda de 87.500 kg de aço galvanizado. Com a decisão (HC nº 90.172/SP, rel.: min. Gilmar Mendes, DJU de 15/6/2007), ficou revogada prisão decretada pela acusação de depositário infiel desse material. A votação seguiu voto do relator, ministro Gilmar Mendes, que reiterou sua posição contrária àquele tipo de prisão civil, lembrando voto por ele proferido anteriormente:

[...] desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico [...]. A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. (STF, *RE nº 466.343/SP*, rel.: min. Cezar Peluso, DJU de 29/11/2006)

Após decisões reiteradas sobre a matéria, foi editada a Súmula Vinculante nº 25, com a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. O controle de convencionalidade das leis e decretos começou a ser adotado no Brasil de forma difusa. Ou seja, compreendeu-se finalmente a necessidade de que as leis e o ordenamento nacional estejam em harmonia com o Pacto de São José e, por isso, esse pacto tornou-se um parâmetro de validade (MAZZUOLI, 2010). Talvez diante da súmula, pudéssemos pensar num controle de convencionalidade abstrato também, mas esse seria um tema para outro trabalho. Isso não significa que não

existam idas e vindas, avanços e retrocessos, especialmente em se tratando de um tema extremamente complexo que diz respeito à proteção do direito à propriedade por meio da prisão e o respeito aos direitos humanos, que não admite mais uma prisão por dívida.

Vejamos outro caso concreto dessa internacionalização<sup>30</sup> ética e jurídica dos direitos humanos que evidenciou igualmente a questão do controle de convencionalidade das leis: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, na qual o STF analisou se a Lei nº 6.683/79 era compatível com a Constituição de 1988 de um lado, e, de outro, analisou o caso da Guerrilha do Araguaia, em que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana. Na primeira decisão, discutiu-se a compatibilidade dessa lei com a Constituição; e, na segunda, com o Pacto de São José (FERREIRA, S., 2011).

A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, ministro Eros Grau, negando a procedência à ADPF. Ou seja, manteve a validade da Lei de Anistia. A maioria votou nesse sentido, sob os argumentos de que: a) a Lei de Anistia foi aprovada no bojo de um processo do poder constituinte originário que se caracteriza como ilimitado; b) a Lei de Anistia seria anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembleia-Geral em 10/12/1984, vigorando desde 26/6/1987) e à Lei nº 9.455/1997; e c) a impossibilidade de a corte rever a Lei de Anistia, responsabilidade que caberia ao Legislativo. Em março de 2010, foi analisada a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79, que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos e conexos durante a ditadura militar e o período que a antecedeu.

Realizado o julgamento, pelo STF, da ADPF nº 153, entendeu-se que houve o esgotamento dos recursos internos com a decisão do mais alto tribunal do país e, assim, alega-se um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda: a proibição da 4ª instância. A corte entendeu que a ADPF não estava regulamentada para o uso dos representantes das vítimas e seus familiares no momento da interposição da denúncia perante a Comissão. Além disso, esses representantes não estão legitimados para utilizar tal instrumento processual.<sup>31</sup> Em segundo lugar, o objeto da ação não seria a via adequada para reparar as violações alegadas, com o necessário esclarecimento dos fatos, das responsabilidades individuais deles decorrentes e do paradeiro das vítimas desaparecidas. Ressaltou-se igualmente que a jurisprudência já estabeleceu a possibilidade do controle de convencionalidade - isto é, uma análise da compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana, ratificada pelo Brasil - e não a compatibilidade do referido diploma em relação à Constituição brasileira, pois é questão de direito interno.

No mérito, a Corte Interamericana condenou o Brasil, que, através da Lei nº 9.410/95, assumiu sua responsabilidade oficial no desaparecimento forçado dos desaparecidos políticos durante a ditadura militar, bem como criou uma comissão especial para a concessão de indenização as vítimas - por isso, teve reconhecida a sua boa-fé pela Comissão. Assim, a Corte considerou incontroversos os fatos ocorridos na guerrilha, imputando ao Estado brasileiro a responsabilidade pela violação à liberdade, à vida, à integridade e às liberdades pessoais das vítimas. A corte ainda avaliou a compatibilidade da

Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como parte da ação, alegou que a aplicação da lei é contrária às obrigações previstas na convenção e na jurisprudência da corte, ferindo diversos direitos humanos. Os representantes, por sua vez, alegam que a interpretação da lei conferida pelo STF torna-se o maior obstáculo às investigações dos fatos e à punição dos criminosos.<sup>32</sup>

A corte decidiu a favor da obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações dos direitos humanos, consagrados nos art. 8º e 1.1 da Convenção Americana, previstos no Direito Internacional e na jurisprudência de vários sistemas internacionais de proteção de direitos humanos<sup>33</sup>. A corte declarou que o STF deveria ter analisado convencionalidade da Lei de Anistia entre as normas internas e a Convenção Americana, sempre observando sua jurisprudência na interpretação dessa última. O Estado brasileiro deveria ter observado a sua responsabilidade de acatar com suas obrigações internacionais.<sup>34</sup>

Deixando de lado os votos vencidos, os ministros do STF ignoraram toda a discussão sobre justiça de transição e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que veda a autoanistia por meio de um de um controle de convencionalidade. Em primeiro lugar, e forma geral, os ministros não esperaram a decisão da CIDH; também não consideraram a sua jurisprudência sobre os casos de anistia; e, ainda de uma maneira geral, não levaram em conta a necessidade de se interpretar a Lei de Anistia à luz da Convenção Americana, de acordo com a jurisprudência da CIDH. E os que o fizeram alegaram que os casos eram de autoanistia – no que se diferenciava a situação brasileira, que imperava uma anistia. Como bem critica André de Carvalho Ramos, não faz sentido criar uma “Convenção Americana de Direitos Humanos paralela” ou uma “Convenção Americana de Direitos Humanos à brasileira”. A interpretação do Pacto de São José deve ser realizada também à luz da jurisprudência da CIDH, sob pena de esvaziar a sua normatividade (RAMOS, 2011, p. 175-176), ou pior: gerar uma polissincronia ou assincronia em um ambiente regional que se pretende harmonizar.

### 3.2 Internacionalização interestatal e supranacional

A segunda dicotomia trabalhada com uma *internacionalização do Direito a partir das instituições de caráter interestatal e supranacional*, o que corresponde, em alguma medida, a *organizações internacionais de cooperação e de integração*. Nessa linha, a internacionalização do Direito consubstancia precisamente uma acentuada multiplicação de instituições e de juízes, nacionais e internacionais, com competências mais e mais alargadas. Essas instituições podem ser interestatais, que justapõem poderes soberanos num modelo relacional à influência de determinada instituição.

Por outro lado, tais instituições podem ser pensadas a partir de um modelo institucional supraestatal, tal como o que inspirou a criação do Tribunal Penal Internacional (RAMOS, 2011, p. 19). Esse modelo supraestatal revela-se atrativo para os interesses que pretendem (des)regulamentar os direitos econômicos, especialmente para pensar modelos de integração econômica que podem ir desde a consulta mútua (Associação das

Nações do Sudeste Asiático, Asean); a cooperação econômica em certas zonas (Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico, Apec); uma área de livre comércio (Acordo de Livre Comércio do Norte, Nafta); ou uma união aduaneira (Mercado Comum do Sul, Mercosul).

O recente caso, no Mercosul, da importação de pneus usados do Uruguai para o Brasil ilustra bem essa questão da multiplicação de normas nacionais: normas do Mercosul, laudos arbitrais, laudos do Tribunal Permanente de Revisão, e decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup> (MOSQUEIRA, 2010).

Na ADPF nº 101, o Supremo Tribunal Federal discutiu se portarias e decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados agrediam aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, respectivamente os arts. 196 e 225 da Constituição. Inúmeras decisões judiciais questionavam as portarias de órgãos do Poder Executivo, como o Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex), órgão ligado ao Ministério do Desenvolvimento e Indústria e Comércio, ou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Tais órgãos expressamente vedam a importação de bens de consumo usados, como os pneus, objeto da presente arguição. A polêmica é antiga e, para compreendê-la melhor e buscar soluções, foi marcada uma audiência pública em 25/6/2009.

No mérito, a relatora, min. Carmen Lúcia, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pela inconstitucionalidade. Alegando que a importação dos pneus remanufaturados não agride o meio ambiente, posicionaram-se empresas que venceram demandas judiciais em diferentes instâncias autorizando a importação daqueles. Outro argumento-base foi o de que haveria afronta aos princípios do livre-comércio e da isonomia entre os países integrantes da Organização Mundial do Comércio (OMC), em função da manutenção da importação de pneus usados provenientes dos países que compõem o Mercosul: se uma parcela do Judiciário brasileiro concedia a importação para certas empresas, a despeito da vigência de normas postas, estaria o país entrando em profunda contradição ao proibir as importações dos pneus usados, em sua maioria advindos da União Europeia. Os arguidos aduziram, também, que fere o princípio da legalidade o veto à importação de pneus usados, pois a referida vedação só poderia derivar do legislador ordinário, e não de órgãos da Administração Federal.

A relatora rejeitou o argumento dos interessados de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa ponderando princípios, pois não é crível atribuir peso ou valor jurídico maior que os preceitos concernentes ao direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>36</sup> No mais, há de se levar em conta o aumento do passivo ambiental, dada a dificuldade de decomposição dos elementos componentes do pneu, e os riscos para a saúde humana relacionados aos resíduos.

O STF convocou uma audiência pública com representantes ligados aos dois interesses divergentes. Do lado do setor empresarial: Pneuback, Tal Remoldagem, BS Colway, Pneus Hauer, Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (ABIP), Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus (ABR), etc. - alguns deles fizeram sustentação oral na condição de *amici curiae*. Personalidades políticas, como os

ex-deputados e ministros de meio ambiente Carlos Minc e Marina Silva, e instituições como a Conectas Direitos Humanos e a Justiça Global fizeram-se presentes para contrabalancear as empresas diretamente interessadas na manutenção das importações com base em decisões judiciais esparsas.

Por oito votos a um, vencido o min. Marco Aurélio, o STF proibiu a importação de pneus usados, inclusive os oriundos dos países-membros do Mercosul. Havia uma ressalva à liberação da importação apenas de pneus usados do Mercosul, em função da decisão do Tribunal Arbitral do Mercosul condenando o Brasil a modificar a sua legislação para aceitar importações de pneus usados, principalmente do Uruguai, em respeito aos tratados regionais de integração econômica. Em 1º/12/2003, foi editada a Portaria Secex nº 17, que consolidou as normas em vigor sobre a matéria e manteve a proibição de importação de pneus recauchutados e usados, à exceção dos oriundos dos países que integram o Mercosul. Entretanto, cabe reiterar que os ministros declararam inconstitucional todo tipo de importação de pneus usados.

A min. relatora deu razão à reivindicação do arguente (Advocacia-Geral da União), de que a Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos estaria sendo afrontada, haja vista que se reconhece, em seu preâmbulo, que “a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e/ou potencial de perigo, [...] [bem como] *qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou a eliminação de resíduos perigosos estrangeiros* e outros resíduos no seu território” (BRASIL, 1992, grifo nosso).<sup>37</sup> Em síntese, o STF decidiu que:

- a) a adoção da medida proibitiva à importação de pneus usados é a única medida hábil a conferir uma mínima proteção ao direito ao meio ambiente e à saúde pública, logrando êxito no crivo da proporcionalidade;
- b) a argumentação de violação ao princípio da igualdade mostra-se falaciosa, pois, além de o Brasil ter sido compelido judicialmente a permitir a importação apenas de pneus remoldados dos países do Mercosul, seria plenamente justificável conferir tratamento distinto a esses países. Afinal, o Mercosul seria uma União Aduaneira; e, por razões lógicas de equidade e de política internacional, certas exigências poderiam ser mitigadas, considerando-se, sobretudo, o reduzido impacto ambiental que tais importações representam (menos de um quinto, em comparação com os importados, permitidos judicialmente, da União Europeia). Mesmo assim, foram também declaradas inconstitucionais as importações advindas de países do Mercosul, para se evitar o que o min. Ricardo Lewandowski chamou de “triangulação” ou “bypass”;
- c) as resoluções do Conama, principalmente, e as portarias do Decex e da Secex são posteriores à Convenção da Basileia, de modo que apenas cuidaram de regulamentar uma matéria à luz do que já dispunha nosso ordenamento positivo e do que trazia como novidade a Convenção da Basileia. Acontece que juízes ainda estão desacostumados a encarar convenções, tratados, pactos e acordos legais internacionais das quais o Brasil é

signatário como fonte normativa do nosso ordenamento jurídico. A propósito, é mesmo natural que matéria de índole exclusivamente técnica, como a definição de resíduos potencialmente poluidores seja atribuída a órgão técnico de função regulamentar;

d) o Judiciário não tem capacidade institucional para invalidar decisões de órgãos especializados como o Conama, o Secex e o Decex. Viu-se uma profusão de sentenças judiciais afastando a legalidade das disposições da Administração Pública, invadindo espaço que não lhe é apto a divagar sem a colaboração de *experts* na matéria, tanto assim que os ministros do STF fizeram uso da opinião de vários especialistas em audiência pública, para tentar uma decisão multifacetária e dialógica;

e) a dignidade da pessoa humana é parâmetro para lidar com o conflito de direitos fundamentais relativos ao interesse público. Se certa política é a concretização de uma meta coletiva, mas implica a violação da dignidade humana de uma única pessoa, tal política deve ser preterida. É o mínimo que se exige de uma interpretação comprometida com o Estado Democrático de Direito.

Enfim, a audiência pública da ADPF nº 101, em que dois interesses antagônicos referidos apresentaram seus argumentos, reforçou o fator de legitimação social das decisões do STF, viabilizando, em consonância com o princípio democrático, a abertura<sup>38</sup> do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas em consonância com a leitura de um “direito comum”. Mesmo assim, poderia ter sido mais cuidadosa a interferência do Supremo Tribunal Federal em tema que envolve complexas questões técnicas (meio ambiente e a importação de pneus) e políticas (importação e exportação de certas mercadorias no âmbito do Mercosul).

Note-se que todo esse processo de multiplicação de fontes e agências de decisão perturba as concepções tradicionais de ordem jurídica mundial e a própria ordem jurídica, porque há de fato uma descontinuidade da ordem jurídica, uma descontinuidade dos valores; e essas “descontinuidades” afetam a organização entre os poderes, nos moldes clássicos do Estado ou até mesmo das organizações internacionais. A mera proibição da importação e a prevalência da importação dos pneus ignora a normatividade do princípio da livre iniciativa, o art. 4º, parágrafo único, da Constituição e, entre outros o Tratado de Assunção. A mera permissão de importação, por outro lado, peca por não proteger devidamente a Declaração do Rio de 1992, que trata do princípio do desenvolvimento sustentável, e os dispositivos ambientais da Constituição de 1988.

Essa atribuição de prevalência simplória feita pelo STF e pelo TPR ignora que a complexidade que a questão possui, com a necessidade de que seja pensada de forma internacionalizada, e não simplesmente deixando o problema para o Uruguai. Nem um universalismo principiológico ingênuo nem um relativismo cínico resolverão tal problema. Trata-se de uma questão ambiental que mereceria uma política comunitária do Mercosul comprometida em gerir esse passivo ambiental, cuja eficácia poderia legitimar a importação sem comprometer o meio ambiente. Mas o diálogo e cooperação entre os Estados e entre os órgãos do Mercosul é difícil, apesar de necessária: em um contexto em que

as relações econômicas e sociais ultrapassam as fronteiras nacionais, torna-se preciso internacionalizar o Direito e as instâncias de decisão para dar respostas satisfatórias.

Daí a necessidade de compreender o Direito para além da visão tradicional, a começar pela descontinuidade da ordem jurídica. É preciso enfatizar o monismo jurídico como um modelo completamente utópico - tal como pensado nos moldes kelsenianos, que concebe a ordem jurídica como uma só, recolhendo normas internas e internacionais, estabelecendo um sistema escalonado em que há uma hierarquia e subordinação da norma hierarquicamente superior em relação às demais. Seja o monismo com primazia do direito interno e da Constituição, seja o com primazia do Direito Internacional, fato é que existe uma descontinuidade entre as normas jurídicas que torna o monismo ainda que moderado e sua lógica hierárquica insuficiente para compreender e lidar com a realidade. Tanto é assim que ora se opera com uma lógica da complementaridade ora com o princípio da subsidiaridade da ordem internacional em relação à nacional, como por exemplo, nos tratados europeus.

### Apontamentos finais

Em desfecho, é possível apresentar uma proposta que considera o fenômeno da internacionalização do Direito não como uma mera transferência de competências do plano interno para o internacional, mas em três dimensões: a) *internacionalização metodológica*: emprego da comparação jurídica ou do Direito Internacional privado para harmonizar ou uniformizar o Direito, bem como para criticá-lo; b) *internacionalização político-institucional*: multiplicidade de instituições que intervêm ou decidem sobre temas jurídicos, seja por meio de uma internacionalização do poder constituinte e a criação de blocos econômicos regionais supranacionais, seja por um decisões de juízes nacionais com efeitos extraterritoriais; c) *internacionalização das fontes do Direito*: mudança no modo de conceber o ordenamento jurídico e interpretar as suas regras, saindo de uma concepção hierarquizada da pirâmide para uma visão dinâmica da nuvem, porosa às influências variadas, como as do Direito Internacional, Comunitário e Comparado.

Com isso, como entende Mireille Delmas-Marty, passa-se de uma estrutura simples (fechada e estável) do ordenamento jurídico para um de estrutura complexa (aberta, instável e polimorfa), que relaciona de múltiplas formas o Direito interno e o Direito internacional, seja na atividade legislativa do Estado ou na atividade de intervenção direta na economia pelo Executivo, seja na atividade de regulação da economia.

Em primeiro lugar, recorrer ao Direito comparado será importante para que, por meio do conhecimento de outras experiências, possamos entender melhor o que é esse novo instituto da análise de impacto regulatório que está sendo aclimatado, como tem sido utilizado e as críticas feitas a ele. Entender o outro é, em alguma medida, compreender melhor e, assim, entender em que medida a aclimação feita do instituto pelo Brasil é a mais adequada para promover a esperada qualidade da regulação para o desenvolvimento nacional.

Em segundo lugar, destaca-se a multiplicidade de instâncias para tomada de decisão e de normas regendo certas práticas, não raro, sobrepostas ou conflitantes, especialmente em temas econômicos de especial relevo - como é o caso da regulação da infraestrutura, como se teve a oportunidade de observar no desenvolvimento deste trabalho. Logo, o diálogo entre as múltiplas fontes normativas e as diversas instituições contribuirá decisivamente para a qualidade do direito (e da regulação).

Em terceiro lugar, a compreensão de que a regulação carrega impactos na própria maneira de conceber o direito, seja do ponto de vista teórico e normativo seja do ponto de vista do impacto na realidade e de uma realidade que recebe influências de múltiplas fontes, é relevante. Ver o Direito aberto, instável e complexo é importante para analisarmos a regulação como algo adequado à realidade nacional brasileira, sem nos atermos a análises meramente provincianas.

Perceba-se, por fim, que outra vantagem de trabalhar nesse paradigma é compreender a existência de uma relação indissociável e extremamente complexa entre economia e direitos humanos, cujo exemplo mais evidente reside no direito ao desenvolvimento, que propõe uma pauta para o mercado orientada justamente para a concretização da ética dos direitos humanos. Relação essa que muitas vezes não pode ser equacionada dentro de uma lógica ortodoxa, como é enxergado do direito tradicionalmente.

## INTERNATIONALIZATION LAW: CRITICAL REFLECTIONS ON THEIR THEORETICAL FOUNDATIONS

**ABSTRACT:** This text discusses critically the phenomenon of "internationalization of Law", under Mireille Delmas-Marty's view. The challenges of this project to build a "truly common Law" or "global Law" are presented, as well as the species of internationalization of Law - for example, ethical, juridic, international and supranational. The main concern of this project is that its efforts are not used to turn Law as a tool for a hegemonic imposition of certain economy or culture.

**KEYWORDS:** Internationalization of Law. Mireille Delmas-Marty. Legal comparison.

### Referências

ARAGÃO, Alexandre. Agências reguladoras independentes e separação dos poderes - uma contribuição à teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 786, 2001, p. 5-25.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição no contexto da internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. In: VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de (Org.). *Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI*. Rio de Janeiro: Faperj, 2011. p. 300-315.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro, 1998.

DAVID, René. Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit. In: *Buts et methodes du droit compare*. Padova: Cedam, 1973.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris: Collège de France/Fayard, 2003a.

\_\_\_\_\_. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

\_\_\_\_\_. The imaginative forces of Law. *Chinese Journal of International Law*. Oxford University, n. 2, 2003c. p. 623-627. Disponível em: <<http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/2/2/623.full.pdf+html>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Le relatif et L'universel*. Paris: Seuil, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

\_\_\_\_\_. *Critique de l'intégration normative*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Le pluralism ordonné*. Paris: Seuil, 2006b.

\_\_\_\_\_. *Un ordre juridique en formation? Un pluralisme ordonné*. Tome II. Des Forces imaginantes du Droit. Paris: Seuil, 2006c.

\_\_\_\_\_. *Le refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.

\_\_\_\_\_. 10 x 10. *International Constitutional Law*. New York, v. 8, n. 3, jul. 2010, p. 445-452.

\_\_\_\_\_. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: 2011.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. A paz perpétua no pensamento kantiano e os fundamentos de um Tribunal Penal Internacional Permanente. *Revista de Ciências Jurídicas da Universidade Veiga de Almeida*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 127-138, 2002.

FERREIRA, Siddharta Legale. Democracia direta vs. representativa: uma dicotomia inconciliável com algumas reinvenções. *Direito Público*. Porto Alegre, n. 18, p. 115-130, 2007.

\_\_\_\_\_. A Constituição reinventada pelas crises: do Neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. *Direito Público*. Porto Alegre, v. 32, p. 158-174, 2010.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. *A concorrência das tradições jurídicas*: perspectivas e propectivas a partir do caso do bijuridismo canadense. Curitiba: Juruá, 2011.

GONTIJO, Andre Pires. *Entre o tempo e o espaço*: convergências e divergências entre estudos jurídicos comparativos e o método comparativo no aperfeiçoamento do direito. *Anais do Conpedi*. Florianópolis, 2009. p. 4.687-4.717. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1321.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1321.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos e as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional: o estudo dos precedentes STA-AgRg 118/RJ e STA-AgRg171/PR. In: VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.46-53.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *El Estado constitucional*. México: Unam, 2003.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Ed. 70, 2009.

KELSEN, Hans. *The Law of United Nations*: a critical analysis of its fundamental problems. London: The London Institute of World Affairs, 1951.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Forense 2011.

LOBÃO, Ronaldo. *Cosmologias políticas do neocolonialismo*: como uma política pública pode se transformar em uma política do ressentimento. Niterói: EdUFF, 2010.

\_\_\_\_\_. O tempo vertiginoso: impossível de se capturar na lei? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 22, p. 171-189, 2008. <disponível em <http://www.jfrj.jus.br/revistasjrj>> Acesso em: 5 jun. 2012.

MACEDO, Marco Antônio Ferreira. A positivação da Justiça na CF/88 e o contratualismo constitucional rawlsiano como chave de justificação. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÓRRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. V. 1.

MOSQUEIRA, Pedro. Augusto de Almeida. Comentário à ADPF 101: o caso dos pneus remoldados. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*. Niterói, n. 7, 2010. Disponível em: <[http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm\\_rdm\\_ano3\\_ed7.pdf](http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_rdm_ano3_ed7.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Viena e Programa de Ação, 1993. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

\_\_\_\_\_; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-louis, 2002.

PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. *International Legal Theory*. University of Baltimore, v. 11, p. 58-70, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

POPPER, Karl Raimund. De nuvens e relógios. In: *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1976. p. 192-196.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (Org.). *Crimes da Ditadura militar*. São Paulo: RT, 2011. p.175-176.

RAWLS, John. *Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos. *Revista NEJ*. Itajaí, v. 15, n. 3, 2010. Disponível em: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 16 maio 2012.

SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEN, Amartya. Democracy as universal value. *Journal of Democracy*. Baltimore, Johns Hopkins University, v. 3, n. 3, 1999a. p. 3-17. Disponível em: <<http://homes.ieu.edu.tr/~ibagdadi/INT230/Amartya%20Sen%20-%20Democracy%20as%20a%20Universal%20Value.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2012.

\_\_\_\_\_. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle*. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/Artigos/Christine\\_rev72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Christine_rev72.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Um pouco de Direito Constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741.

SWEET, Alec Stone; JUD, Mathews. Proportionality balancing in global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, n. 47, 2008. p. 73-165.

TOFFOLI, José Antônio Dias; RODRIGUES JR., Luiz Otavio. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias. In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 5-25. Estudo introdutório para a edição brasileira.

VAL, Eduardo Manuel. O clamor de resistência na praça Tahrir e a nova revolução árabe. *RETS*, 2012a. Disponível em: <<http://www.rets.org.br/?q=node/918>>. Acesso em: 5 maio 2012.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas à luz do novo multilateralismo latino-americano*. 2012b. Mimeo.

VERONESE, Alexandre. *Revisitando o conceito de direito em rede: Uma crítica sociológica à teoria normativista do direito*. 2009. Mimeo.

VIEIRA, José Ribas; PAVONE, Leonardo Siciliano; SILVA, Tiago Francisco. O universo dos direitos humanos: marco teórico, aplicação pela Corte Interamericana de direitos humanos e pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*. Niterói, n. 3, 2008. Disponível em: <[http://www.uff.br/rdm-revistas/rdm\\_ano1\\_ed3.pdf](http://www.uff.br/rdm-revistas/rdm_ano1_ed3.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2012.

## Notas

<sup>1</sup> Sobre a trajetória e as dez obras que mais influenciaram a autora, segundo ela mesmo, Delmas-Marty (2010, p. 445-452).

<sup>2</sup> Não desejamos entrar em detalhes na diferença feita pela autora entre globalização, empregada em geral para economia, e mundialização, empregada para o panorama social e político por parecer um preciosismo dos autores franceses. A opção para diferenciar os sentidos desses fenômenos na redação aqui empregada decorrerá de uma interpretação lógica e sistemática e não por um mero emprego de certos vocábulos (DELMAS-MARTY, 2003a, p. 8). Entre nós, há quem opte por essa terminologia, cf. Bolzan de Moraes et al. (2011, p. 299 et seq).

<sup>3</sup> Sobre o tema e aclimatando a teoria ao Brasil, Saldanha e Subtil (2010, p. 346 et seq.).

<sup>4</sup> São quatro livros que compõem a coleção “Forças Imaginativas do Direito”: *Universal e Relativo; Pluralismo ordenado; A Refundação dos Poderes; e Para uma Comunidade de Valores*.

<sup>5</sup> Para mais detalhes sobre as Conferências e relatórios da ONU que tratam sobre o direito ao desenvolvimento, cf. Cançado Trindade (1999, p. 262 et seq).

<sup>6</sup> Veja-se também a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

<sup>7</sup> Exemplos dessa visão tradicional podem ser encontrados, por exemplo, em John Austin, na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Uma crítica à noção do direito como conjunto de normas garantidos por sanções, enfatizando que o Direito Internacional pode ser considerado direito ainda que não exista um monopólio do uso legítimo da força tal qual o direito interno por meio da sua famosa “regra de reconhecimento” pode ser encontrada em Hart (2009).

<sup>8</sup> Nesse ponto, sugerimos ao leitor a remissão aos diversos projetos para reforma das nações unidas que podem ser consultados no site da organização, com especial atenção para o tema do direito a veto e a categoria de membros permanentes do Conselho de Segurança, cf. Val (2012b).

<sup>9</sup> Defendendo que os estados representariam os povos e que criticamos acima, Kelsen (1951, p. 3 et seq.).

<sup>10</sup> Defendendo a incompatibilidade desse sistema com o próprio art. 2º da Carta da ONU, bem como que com o fim da bipolaridade tal sistema possui uma “evidente impropriedade estrutural”, Seintenfus (2003, p. 127).

- <sup>11</sup> Propondo a refundação das vontades que conte com a participação de todos os atores privados, econômicos e cívicos numa rede de governança mundial, Delmas-Marty (2007, p.128).
- <sup>12</sup> Em aparente sentido contrário, comentando o caso da Primavera Árabe, a partir, especialmente, da Praça Tahrir, Val (2012a): “Não se trata de uma luta pelos valores democráticos clássicos de ocidente, mas de uma revolução que clama desde a Praça de Tahrir, a exercer o legítimo direito a resistir o poder constituído que exorbitou os limites da dignidade humana, a se liberar na procura de uma gestão do estado mais eficiente e destinada ao bem comum”. É claro que não existe um conceito homogêneo de democracia e até por isso a leitura de Amartya Sen parece consistente, mas, sem pretender rediscutir esse interessante tema, Siddharta Legale Ferreira (2007).
- <sup>13</sup> “Ao vermos a profusão de normas que embaralha a nossa imagem da ordem jurídica, sentimos a necessidade de um direito comum, em todos os sentidos do termo. Um direito acessível a todos que não seria imposto de cima como verdade revelada, pertencente apenas aos intérpretes oficiais, mas consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva; comum igualmente a diferentes setores do direito para assegurar a coerência de cada sistema, apesar da especialização crescente das regras; comum; enfim, a diferentes Estados dentro da perspectiva de uma harmonização que não lhes imponha renunciar a sua identidade cultural e jurídica” (DELMAS-MARTY, 2004b, p. ix).
- <sup>14</sup> Para um estudo mais profundo sobre o tempo como instituição gerida socialmente, importante para a hermenêutica do Direito por superar a visão jurídica tradicional do tempo como um dado físico ou psíquico, Ost (2005). Entre nós, para uma abordagem sociológica do tempo, Lobão (2008).
- <sup>15</sup> Cf. Lobão (2010, p. 155 et seq.) Para uma abordagem jurídica, preocupada com a relação entre o tempo e a democracia, Bolzan de Moraes (1998).
- <sup>16</sup> Não desejamos aprofundar a reflexão sobre Kelsen, tendo em vista que há um profundo debate no Brasil sobre o tema. Optou-se por enfatizar as críticas da autora francesa ao modo de Kelsen conceber a relação entre a ordem interna e internacional - tema ainda não suficientemente debatido. Sobre a concepção monista do autor, Kelsen (2006, p. 355-387; 2000, p. 467-557). Para uma visão geral do debate no Brasil, Toffoli e Rodrigues Jr. (2011, p. XI et seq.).
- <sup>17</sup> Esse pluralismo trabalhado pela autora nas relações internacionais incorpora contribuições de diversos autores. Parece tanto decorrer do fato do pluralismo de interesses que existem em sociedade democráticas e nas sociedades em geral (John Rawls) quanto do pluralismo intersubjetivo de interesses ancorados em valores pela internacionalização comunicativa dessas demandas em razão de uma ética do discurso voltada para o entendimento (Jürgen Habermas). A visão de Delmas-Marty não exclui, ainda, uma diversidade de identidades étnicas, sociais e econômicas pela multiplicidade de bens sociais nas esferas da justiça ou da necessidade de uma justiça distributiva (Michael Walzer). Conhecemos essa literatura, mas não desejamos aprofundar. Uma visão geral do pluralismo nesses três autores pode ser encontrada em Cittadino (2009, p. 77-96). Por ora, devemos dizer que Mireille Delmas-Marty (2006b) se insere na matriz kantiana mais próxima ao pluralismo de Rawls e Habermas, embora tente incorporar respostas às críticas comunitaristas que chamam atenção para questões de identidade.
- <sup>18</sup> Mireille Delmas-Marty, para construir esse modelo das “nuvens” para o direito, se inspirou na Conferência na Universidade de Washington, em 21/4/1965 apresentada por Karl Raimund Popper (1976, p. 194): “Minhas nuvens pretendem representar sistemas físicos que, como gases, são altamente regulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis. Admitirei que temos à nossa frente um esquema ou arranjo em que uma nuvem muito perturbada ou desordenada é colocada à esquerda. Na outra extremidade de nosso arranjo, à direita, podemos colocar um relógio de pêndulo, muito digno de confiança, um relógio de precisão, com intento de representar sistemas físicos que são regulares, ordeiros e de comportamento altamente previsível”.
- <sup>19</sup> O espaço de Schengen decorre de um acordo para livre circulação de pessoas na Europa entre os países signatários, membros ou não da União Europeia.
- <sup>20</sup> Cf. Delmas-Marty (2003b). Muitas ideias desse livro são trabalhadas de forma bastante semelhante no prefácio de Delmas-Marty (2004a, p. 7-24).
- <sup>21</sup> Existem diversos estudos sobre a comparação jurídica e o direito comparado importantes que não desconhecemos, mas optamos por abordar essa noção dentro do marco teórico adotado. Para outras visões, cf. René David (1973, p. 91 et seq.) ; Leontin-Jean Constantinesco (1998) e José Afonso da Silva (2009).

- <sup>22</sup> Não se ignora a existência de outras funções possíveis para a comparação jurídica, tais como auxiliar na investigação da circulação do pensamento jurídico, facilitar o transplante ou aclimação de certos institutos jurídicos e instituições. Porém, como dito está se trabalhando a comparação em relação à internacionalização do direito como descrita por Mireille Delmas-Marty (2006a, p. 227 et seq.).
- <sup>23</sup> Para um contraste entre aspectos semelhantes e diferentes entre a comparação no pensamento de Mireille Delmas-Marty e Peter Häberle, cf. Gontijo (2009). Não desejamos explorar aqui o pensamento de Peter Häberle (2007, p. 11-12 e 70-71). Veja-se também Christine Silva (2011). Já dialogamos com o tema (FERREIRA, S., 2010, p. 158-174). Sobre a comparação jurídica como 5º método de interpretação constitucional, ao lado dos métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico, elaborados por Savigny, cf. Häberle (2003, p. 162 et seq.). Para um breve comentário, cf. Coelho (1997).
- <sup>24</sup> Os juristas comparatistas, segundo Delmas-marty, também possuem “força imaginativa do direito”, porque, após buscarem com curiosidade a diversidade dos sistemas jurídicos, são capazes de encontrar algo peculiar ou universalizável (2003c, p. 624 et seq.).
- <sup>25</sup> Para uma reflexão a partir da mudança do conceito das classificações da teoria da constituição propriamente dita num contexto de constitucionalismo internacionalizado, ferreira, Siddharta Ferreira (2010, p. 168).
- <sup>26</sup> François Ost e Michel Van de Kerchove (2002, p. 19 et seq.) identificam uma série de paradigmas em rol não exaustivo nesse sentido, por exemplo, o império do direito que enxerga o direito como integridade (Ronald Dworkin), o direito camaleônico (Boaventura de Sousa Santos), a imagem da Hidra de várias cabeças para descrever o direito (G. Teubner), além da imagem do rizoma jurídico, como se fosse uma raiz que se prolifera nos subterrâneos e ressurgue aleatoriamente de Mireille Delmas-Marty.
- <sup>27</sup> Para uma reflexão mais profunda sobre os aspectos sociológicos dessa sociedade em rede, e não apenas de um direito em rede, Castells (2010).
- <sup>28</sup> Um exemplo interessante a respeito é o caso do bijuridismo em Quebec no Canadá. Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf. Gaudreault-Desbiens (2011, p. 81-141).
- <sup>29</sup> O STF, no Habeas Corpus nº 73.044-2/SP (rel.: min. Mauricio Correa, DJU 20/9/1996), chegava a equiparar a alienação fiduciária em garantia e permitir a prisão.
- <sup>30</sup> Vale a pena enfatizar que a própria Mireille Delmas-Marty (2007, p 49 et seq.) aborda a internacionalização dos juízes nacionais, ao lado de uma jurisdicionalização do direito internacional. Destaca a concorrência entre juízes nacionais e internacionais, exemplificando com as jurisprudências da Suprema Corte argentina e da Corte Interamericana, que anulam leis de autoanistia contrárias aos direitos humanos da época da ditadura, notadamente no caso Julio Simón y otros. No entanto, optamos por trabalhar com um caso mais atual e próximo da realidade brasileira.
- <sup>31</sup> Os legitimados para a interposição da ADPF são os mesmos legitimados para propor a ADI (ação direta de inconstitucionalidade) - art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99 c/c art. 103, CF88. Assim, os únicos legitimados para interpor as ações são os determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais.
- <sup>32</sup> Outros obstáculos, além da Lei de Anistia, seriam a prescrição dos crimes, a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado e a intervenção da jurisdição militar.
- <sup>33</sup> Como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. A corte também citou a jurisprudência de cortes constitucionais que declararam que a anistia violaria a obrigação internacional do Estado de investigar e sancionar as violações contra direitos humanos: O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia; o Tribunal Especial para Serra Leoa, ao considerar que as leis de anistia desse país não são aplicáveis a graves crimes internacionais; a Corte Suprema argentina, no caso Simón; a Corte Suprema do Chile, nos julgamentos do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval e no caso Lecaros Carrasco; o Tribunal Constitucional do Peru, no caso Santiago Martín Rivas; a Suprema Corte do Uruguai, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado; e a Corte Constitucional da Colômbia.
- <sup>34</sup> A Corte Interamericana, partir inclusive do que dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, afirmou que os Estados não podem, por razões de ordem interna,

descumprir obrigações internacionais. Lembre-se que a mencionada convenção entregou em vigor no Brasil, recentemente, pelo Decreto nº 7.030/2009.

<sup>35</sup> Para uma análise crítica dos casos referentes à importação de pneus usados, destacando justamente essa dinâmica da fertilização cruzada entre os níveis nacional e internacional para tomada de decisões no âmbito do STF, cf. Gontijo (2010, p. 46 et seq.).

<sup>36</sup> O argumento faz realmente sentido. Não se deve interpretar os princípios constitucionais de forma fundamentalista e sim com base em uma ponderação entre os direitos fundamentais. Sobre o tema confira-se o original, excelente e crítico artigo dos professores Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2007).

<sup>37</sup> Em 16/6/1992, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 32, pelo qual se aprovou o texto da Convenção da Basileia; e, em 15/10/1992, o Brasil depositou sua carta de adesão, que passou a vigorar em 30/12/1992.

<sup>38</sup> Sobre as audiências públicas como um forma de implementar uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle (1997, p. 46-48).