

Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional no contexto da internacionalização do direito

International Legal Compliance In The Context Of Internationalization Of Law

Fernando Lopes Ferraz Elias*
Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

1. Introdução

A internacionalização do direito é fruto de uma nova configuração de governança global, em que mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais implicaram transformações no direito. Por meio de um contínuo movimento de irritação mútua, o direito é modificado pelas demais ciências sociais, ao passo em que também as modifica, a partir da racionalidade de cada uma delas. Dessa maneira, por força da especialização do direito internacional, consequência da especialização da sociedade internacional, o sistema jurídico fragmenta-se em subsistemas moldados com diferentes lógicas de funcionamento, inclusive, com instrumentos próprios de efetividade. Outrossim, emerge um direito pós-nacional, marcado por relações transnacionais entre atores infraestatais e privados, com mecanismos próprios de controle normativo.

Sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências sociais, não se consubstancia adequada sistematização externa do direito.

* Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Graduação em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998), Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2002). Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2017). Professor universitário (desde 1999) e Coordenador de Curso (desde 2008) da UNICEUB.

Com isso não se quer dizer que haja uma relação de causalidade entre as mudanças experimentadas pelos sistemas sociais e as transformações sentidas pelo sistema jurídico, ao contrário, cada sistema possui uma dinâmica, uma lógica de funcionamento e uma evolução diferente dos demais, sob pena de se transcender os limites de validade de cada esfera. Por sua própria natureza, uma doutrina interdisciplinar auxilia tanto a desconstrução de uma racionalidade social dominante como a elaboração de uma sólida teoria do direito e da justiça internacional. No mesmo sentido, sem a linguagem do direito não se escrevem as relações internacionais.

As formas de controle do direito internacional do século XXI acompanham seu processo de crescente e contínua especialização. Destarte, a proliferação de subsistemas jurídicos internacionais implica a multiplicação dos mecanismos de efetividade. A um só tempo, os mecanismos tradicionais ganham força e surgem novos mecanismos, que não podem ser compreendidos pelo raciocínio jurídico clássico. Por um lado, padrões globais decursivos de processos de interação internacional e transnacional produzem novos arranjos institucionais internos que reforçam a efetividade das normas, obrigatórias ou não, de subsistemas jurídicos públicos e privados; do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas. Por outro, o direito internacional aplica-se não apenas em virtude desse cenário de maior cogência, em que normas internacionais com força coercitiva ombreiam com as normas internas na determinação do comportamento dos Estados. Muitas vezes, quando os benefícios de um Estado em não cumprir uma norma ou uma decisão de um tribunal internacional excedem os benefícios de cumpri-las, os mecanismos de incentivo, calcados na ideia de reputação e reciprocidade, são mais adequados do que os mecanismos de imposição e controle.

2. O relacionamento entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais diante da nova governança global

A internacionalização do sistema jurídico é consequência das mudanças nas relações entre os principais atores nacionais e internacionais, uma nova configuração de relações de governança. O direito transforma-se consoante às transformações das demais ciências sociais, a economia¹ e a política, por

1 De Kelsen – ao destacar a importância da economia, conquanto não seja soberana, na definição de estru-

exemplo. Essas transformações nos demais sistemas sociais modificam os contornos do sistema jurídico e o incentivam a agir e processar informações de uma nova maneira, distinta das tradicionais respostas oferecidas até então. Todavia, como os sistemas sociais possuem dinâmicas, lógicas de funcionamento e evoluções distintas, não há imposição direta de mudanças entre si. O sistema jurídico metaboliza as transformações dos demais sistemas sociais² e oferece respostas conforme suas próprias demandas e de maneira a preservar a coerência da sua própria lógica. Os demais sistemas sociais vivem o mesmo processo, em um contínuo movimento de irritação mútua³ que induz a suas transformações.⁴

Nesse sentido, há um processo de influência mútua, numa lógica de ampliação do contato entre os sistemas sociais. Economia, política, ciência e direito⁵ possuem discursos comunicativos próprios que não são antagônicos, ao contrário, complementam-se.⁶ Destarte, a sistematização externa do direito não pode ser alcançada sem os métodos explanatórios e empíricos de diferentes ciências humanas, particularmente nesse momento, em

turas institucionais do sistema jurídico internacional, no final da Segunda Guerra Mundial (KELSEN, 2008, p. 16 - 18) – a Teubner, interpreta-se o sistema jurídico como meio inserto nos demais sistemas sociais e suscetível às suas dinâmicas. A título de exemplo, a análise econômica do direito assim o concebe, não obstante as equivocadas críticas de reducionismo, pois toda teoria, por definição, é a redução de uma realidade mais complexa, cujo escopo é o seu estudo (VARELLA, 2013, p. 408, nota 772).

2 Nenhum sistema fica indiferente aos outros, posto que suas próprias ações dependem de seu envolvimento com os demais (LUHMANN, 2006, p. 127).

3 Cada sistema exaspera o outro. Provocado, o sistema responde aos demais de acordo com sua própria lógica. Cada um deles autorreferencia-se, ou seja, utiliza decisões suas anteriores e apresenta um centro (decisório, no caso do direito, os tribunais) e uma periferia. Nesse momento, fala-se em heteropoiese. Outrossim, em cada sistema há subsistemas, que, a exemplo dos sistemas, complementam-se e irritam-se (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2003 - 2004, p. 999 – 1046). Da mesma maneira que os tribunais para o sistema jurídico e as organizações estatais para o sistema político, os bancos ocupam o centro do sistema econômico. Todas as demais operações econômicas pertencem à periferia do sistema (LUHMANN, 2006, p. 237).

4 VARELLA, 2013, p. 25, 84 e 259.

5 Por exemplo, a prática jurídica e a prática econômica criam seus próprios programas destinados às suas próprias atividades, no entanto, produzem irritações mútuas, o que desencadeia uma “dinâmica co-evolucionária”. Princípios econômicos – contrato, propriedade, competição, economia de mercado, sustentabilidade ambiental – transformam-se em e reconstruem-se por meio de princípios jurídicos fundamentais – princípios contratuais, função social da propriedade, limites à competição, direitos fundamentais em corporações, natureza vinculativa da sustentabilidade ambiental, entre outros. Os conceitos nascem separadamente – em termos econômicos, contrato é a transação, em termos jurídicos, um ato consensual obrigatório – porém, desenvolvem-se conjuntamente. Portanto, inexistem sistemas autônomos com linguagens unitárias, ao contrário, os exemplos demonstram o quanto a economia e o direito estão intimamente ligados, por isso, essa comunicação bilíngue demanda constantes esforços de tradução em ambas as direções (TEUBNER, 2012, p. 111 - 113).

6 VARELLA, 2013, p. 41 - 42

que a evolução da vida social impõe ao direito a necessidade de se adaptar às mudanças sociais e torna a doutrina, cada vez mais, nitidamente interdiciplinar e marcada pelo uso da pesquisa econômica e sociológica, o que contribui tanto para a construção de uma teoria científica do direito quanto para a crítica a uma prevalente racionalidade social.⁷

Em tese, o código legal do lícito/ilícito rejeita o código de outros discursos como verdadeiro/falso, moral/imoral, ter/não ter, governo/oposição⁸. Entretanto, há hoje uma pluralidade de racionalidades reivindicando universalidade dentro do sistema jurídico. Como se tornou impossível dentro dos próprios domínios do direito, busca-se a unidade perdida por meios extrajurídicos. Nesse sentido, há uma teoria econômica do direito, uma teoria política do direito e uma teoria moral do direito. A situação parece paradoxal e realmente o é, o paradoxo da *unitas multiplex*, refletido como unidade e diversidade.⁹ O caminho seria o de não declarar nenhuma das racionalidades como o fundamento último do direito e da justiça. A título de exemplo, ao invés de aceitar cegamente o método da universalidade da moral, a questão da identidade da ética, as relações entre meios e fins do pragmatismo, a lógica do custo-benefício da economia e o método de poder da política; o direito deve retirar, de maneira isonômica, elementos desses conceitos com os quais construirá o seu próprio edifício. Portanto, é o caso de tornar jurídicos todos esses discursos, e não o contrário, isto é, o direito deve ser capaz de traduzir linguagens específicas e não ser traduzido por elas, por exemplo, em custos de produção, posições de poder e instrumentos de educação.¹⁰

7 OST, 1994, p. 88 - 89

8 De acordo com Luhmann, a partir da perspectiva dos riscos e perigos para a sociedade, os códigos induzem determinadas decisões. A título de exemplo, o código governo/oposição pondera as repercussões de uma política pública nas eleições políticas, portanto, os riscos que realmente uma política pública considera são os ganhos eleitorais. E assim, sucessivamente, para cada código (LUHMANN, 2006, p. 127, 200 e 219). Na mesma medida, o dinheiro autonomiza e institucionaliza a economia, independente de outras ordens sociais. E, ainda, de forma similar, a verdade torna a ciência autônoma e suas fronteiras são definidas por mecanismos reflexivos epistemológicos (TEUBNER, 2012, p. 18).

9 Contudo, o direito não age como uma instância de coordenação superior capaz de superar as contradições entre diferentes racionalidades sociais. Já fará muito se conseguir assegurar a sua própria autonomia em face de tendências totalizantes e de dominação de um sistema sobre o outro (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2003 - 2004, p. 1045 - 1046).

10 TEUBNER, 1997a, p. 156 - 161, 164 - 167 e 170

A seu turno, a política necessita do direito para estabilizar expectativas e perpetuar a reflexividade do poder, dessa relação surge, em sentido estrito, a “constitucionalização da política”.¹¹ As relações do sistema jurídico com os demais sistemas sociais estão calcadas no valor relativo da ideia de justiça, isto é, sem conteúdo predeterminado ou imposição por parte de alguns Estados.¹² Basicamente, o direito cria e altera expectativas de visões sobre justiça e legitimidade, caso contrário, transforma-se em manifestação política¹³, ao abdicar de parte da sua racionalidade e ao ultrapassar parte dos limites de sua validade.¹⁴

Conquanto não seja possível obrigar o cumprimento das normas internacionais por parte dos órgãos do Estado, isso não quer dizer que esses órgãos possam atuar como se essas normas não existissem. Os conceitos e as estruturas do direito internacional não são algo que os atores internacionais possam optar entre aceitar ou não, haja vista serem a condição para uma possível existência de algo como uma esfera “internacional” capaz tanto de afirmar quanto de contestar o poder político e econômico. É ingênuo pensar um mundo sem direito, uma vez que o mundo internacionalizado também está legalizado em todas as suas estruturas.¹⁵ A questão não é “se” deve ou não haver lei, mas “qual” lei e “a quem ela pertence”. A suposição de que possa haver uma esfera “pura” de não-direito (política, economia, entre outras) é meramente ideológica, considerando que toda

11 TEUBNER, 2012, p. 17

12 Em sentido contrário, Verdross afirma que, conquanto o sentimento de justiça varie consoante as pessoas e os períodos da história, isso não afasta, em hipótese alguma, o seu valor objetivo e absoluto, independente da vontade dos homens. Como não foram os homens que criaram as regras da justiça, eles podem apenas constatar-las. Esses princípios existem numa esfera ideal como as verdades matemáticas que, da mesma forma, são absolutamente independentes do seu conhecimento pelos homens. Portanto, devem-se distinguir claramente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça, simples meio para reconhecê-las (VERDROSS, 1927, p. 283 - 284).

13 A existência da função judicial é política, sua atuação jamais. A aplicação do direito deve caminhar da subjetividade (base política) à objetividade (caso decidido por um tribunal). A lei serve a uma necessidade social, mas não pode ser complacente com ela (KOSKENNIEMI, 2005, p. 30 - 31). Os tribunais internacionais são mecanismos de supervisão do comportamento dos Estados, cujo papel é questionar práticas estatais ilícitas. Se ficarem reféns da pressão política, perdem a sua legitimidade (ALTER, 2008, p. 73).

14 VARELLA, 2013, p. 17, 162 e 362 - 363

15 Kelsen chega a afirmar que o Estado não é um grupo de indivíduos submissos a um poder organizado, mas uma ordem à qual os indivíduos são submissos, ou seja, normas que regulamentam a conduta humana. Consequentemente, o povo compreende o conjunto dos indivíduos para os quais a ordem estatal é válida, isto é, aplicada. O território do Estado não é uma porção bem delimitada da superfície terrestre, mas simplesmente a extensão para a qual vale a ordem estatal (KELSEN, 1926, p. 269 - 272).

esfera de produção de políticas públicas tem a influência da gramática jurídica na construção de sua linguagem. Se a lei internacional não existisse, teria de ser inventada.¹⁶

3. A efetividade normativa no ambiente de maior complexidade do direito internacional

O processo de especialização da sociedade global, responsável por novas formas de intermediação entre o direito e a política, leva a um processo de especialização do direito internacional¹⁷, por sua vez, marcado, entre outros fatores, por diferentes instrumentos de implementação e controle do direito.¹⁸ Diante disso, o direito internacional fragmenta-se e passa a ter diferentes lógicas de funcionamento¹⁹, especializando-se na medida em

16 KOSKENNIEMI, 2005, p. xiii - xiv e 128

17 Crítico dessa realidade, Koskenniemi alerta que debates recentes sobre a governança global e, especialmente, sobre a fragmentação do direito internacional demonstram bem o surgimento e o funcionamento de estruturas enviesadas. Por meio da especialização – isto é, da criação de regimes especiais de conhecimento e experiência em áreas como direito comercial, direitos humanos, direito ambiental, direito penal, direito europeu, e assim por diante – o mundo da prática jurídica segmentou-se em projetos institucionais que servem para públicos especiais com interesses especiais e éticas especiais. A razão de criar tais instituições especializadas é a de afetar os resultados produzidos internacionalmente. Isso sugere que o centro pode ter desabado totalmente e o seu lugar ter sido tomado por uma infinidade de especializações, em que a luta entre as preferências de grupos rivais de especialistas ainda não terminou. Como nessa seara quase nada é aleatório – os juristas da área bem sabem –, direcionar atenções para aquelas instituições é uma forma de encontrar uma audiência mais simpática. Se tais regimes são ambiciosos e contam com o apoio de algum setor poderoso do mundo político, então, podem ter sucesso em mudar o viés geral da lei. As novas preferências geralmente são consolidadas, a partir do argumento de que, devido à “recente evolução” técnica, econômica, política, ou de qualquer outro campo (normalmente ligado a alguma linguagem sociológica sobre “globalização”), novas necessidades ou interesses surgiram e exigem um novo tratamento. O novo regime, portanto, procura responder aos novos desafios, não pela substituição da velha regra, mas apenas pela criação de uma “exceção” a essa regra. Às vezes, porém, a exceção pode ganhar mais terreno até tornar-se a nova regra, o que se tem visto nas áreas de direitos humanos e comércio internacional (KOSKENNIEMI, 2009, p. 09 - 10).

18 Segundo Ost, se o sistema jurídico estiver dissociado do sistema social, é impossível compreender os conceitos de efetividade, relativo à aplicação da lei, e eficácia, pertinente à produção de resultados jurídicos, isto é, se a lei aplicada obtém o resultado desejado. A falta de correspondência com a realidade ameaça a efetividade e, conseqüentemente, a validade formal das normas jurídicas (OST, 1994, p. 115 e 124).

19 A título de exemplo, direitos humanos e direito dos conflitos armados são duas áreas especializadas do direito internacional com estruturas particulares (SCOBIE in EVANS, 2010, p. 67). A doutrina da proporcionalidade empregada em uma difere da outra. A proporcionalidade no direito dos conflitos armados refere-se aos danos colaterais e, portanto, permite ferimentos e até mesmo a morte de civis, o que constitui verdadeiro anátema para os direitos humanos (KREZMER, 2009, p. 26 - 27). Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, se considerado como um valor absoluto, não se concretiza em todos os subsistemas jurídicos, a exemplo do direito humanitário, tampouco em alguns tribunais nacionais. De acordo com diferentes critérios de importância de cada ramo do direito, sistemas normativos podem ser, a um só tempo, centrais e periféricos. Nessa esteira, uma teoria do direito internacional deve abdicar da lógica unitária em prol de formas de interação entre sistemas (VARELLA, 2013, p. 407 e 446).

que a própria sociedade internacional especializa-se. Em outras palavras, a busca por legitimação conduz cada um desses subsistemas do sistema jurídico a desenvolver mecanismos próprios e ampliar a efetividade das suas normas jurídicas. Essa nova realidade engendra distintos conjuntos normativos internacionais com diferentes níveis de efetividade.²⁰ Em que pesem as ainda expressivas dificuldades de consolidação de cada subsistema na comunidade internacional²¹, esse rápido processo de criação de instrumentos operativos próprios, calcado em novas racionalidades, explica o direito internacional como sistema e não mais como um direito primitivo (no sentido estritamente positivista) e pouco efetivo.²²

As organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes passam por um processo de constitucionalização, maior do que um processo de juridicidade, pois se tornam parte de uma ordem constitucional global fragmentada, embora não atinjam a densidade de constituições nacionais. Não se trata da criação, desde o início, de novas constituições, mas sim da profunda transformação de uma pré-ordem constitucional existente. No mar da globalidade, emergem ilhas constitucionais caracterizadas pela coexistência de ordens independentes estatais somadas às estruturas sociais não-estatais autônomas. A ligação entre política e direito observada nas constituições nacionais não se reproduz na sociedade mundial (um estranho fenômeno de “constitucionalização de ordens globais sem um Estado”), em que subsistemas começam a desenvolver as suas próprias normas jurídicas constitucionais para resolver conflitos decorrentes de problemas sociais globais.²³

Da periferia desse sistema e mediante forças centrípetas, é possível falar no surgimento e na propagação de um direito pós-nacional, caracterizado por relações globais (ou transnacionais²⁴), não necessariamente inter(na-

20 Teubner simboliza esse fenômeno pela imagem de uma rede, cujos nós apresentam níveis próprios de efetividade (TEUBNER, 2009, p. 115 - 136).

21 Conquanto possuam lógicas setoriais bastante racionais e pretendam-se autônomos, os vários subsistemas jurídicos ainda demonstram-se insuficientes (KOSKENNIEMI, 2009, p. 10).

22 VARELLA, 2013, p. 14, 21, 133, 257, 259, 263 - 264, 370, 418 e 474 - 475; VARELLA, 2014, p. 55 - 56

23 TEUBNER, 2012, p. 08, 11, 52 - 53 e 55

24 A partir de uma perspectiva liberal, Slaughter identifica um processo contínuo de criação de mecanismos pacíficos de solução de controvérsias por meio de uma rede densa de relações transnacionais entre indivíduos e grupos (SLAUGHTER, 1995, p. 512 - 513).

cionais).²⁵ Essa nova realidade em formação, que decorre de novas formas de interação entre os atores transnacionais e validação de normas jurídicas privadas, consoante o comportamento e a credibilidade desses atores, apenas pode ser concebida sob a ótica da internacionalização do direito.²⁶ A validade desse direito advém do seu próprio conjunto normativo, cujas obrigações produzem expectativas de cumprimento suficientes para assegurar a legitimidade e a efetividade de suas normas.²⁷

Destarte, ocorre uma “individualização de normas gerais”, ou seja, a criação de regras por um grupo extremamente diversificado²⁸ – organizações não-governamentais, empresas multinacionais, sindicatos, igrejas, associações desportivas privadas internacionais – com capacidade de ação política nada desprezível, portanto, em muitos casos, com mais efetividade do que as regras estatais.²⁹ De fato, em contraste com a usual relação hierárquica entre normas públicas e privadas, a validade jurídica dessas “regras organizacionais internas” prescinde da regulamentação estatal.³⁰ Há

25 Não deixa de ser curioso observar como essas ideias eram contundentemente rechaçadas no início do século passado: “É impossível admitir a recepção de direito privado no direito internacional e, por consequência, a limitação dos poderes estatais, pois não se encontra nas relações individuais nada que corresponda às relações interestatais. O direito internacional não se apropriou de regras do direito privado. Pelo fato dos Estados serem soberanos, suas relações devem ser apreciadas segundo leis próprias. Afinal, que direito privado poderia pretender ser o tesouro de onde o direito internacional tenha tirado suas riquezas? O direito privado das partes contratantes. Mas de qual delas? Na maioria das vezes, os direitos privados dos Estados contratantes diferem. A dificuldade aumenta, conforme o número de Estados” (TRIEPEL, 1923, p. 99 - 100).

26 ELIAS, 2014, p. 118

27 TEUBNER, 1997b, p. 4

28 Acrescenta-se a esse heterogêneo grupo de atores não-estatais, as “comunidades epistêmicas transnacionais”, isto é, redes de profissionais com reconhecida competência em uma área específica do conhecimento, que propõem soluções para problemas globais (KOH, 1998, p. 649). Koskeniemi alerta para o embate entre vocabulários especializados concorrentes, cada um equipado com um viés específico. Porque todo vocabulário jurídico é intrinsecamente aberto, tudo se torna uma questão de estratégia interpretativa. Cada vocabulário destaca algumas soluções, alguns atores e alguns interesses. Nenhum deles é “mais verdadeiro” do que os outros. Cada um torna algum aspecto mais visível, enquanto esconde outros aspectos. Todavia, se o vocabulário não é visto como uma questão de escolha da linguagem, que fornece a base para a aplicação de um tipo particular de direito e experiência jurídica, então, corre-se o risco de ser entendido como algo natural e, dessa maneira, tornar-se ideológico. Não há nada de novo nesse processo, a não ser o fato de que os embates são descritos na linguagem “neutra” dos especialistas, o que esconde ou obscurece a natureza contingente das escolhas feitas, o viés estrutural de cada tema: econômico, ambiental, humanitário ou de segurança (KOSKENIEMI, 2009, p. 10 - 12).

29 OST; KERCHOVE, 2002, p. 74 - 75

30 Há hoje um forte debate pertinente ao reconhecimento dessas novas manifestações jurídicas – edificadas por meio de relações heterárquicas e autovalidadas por atores privados – diante dos obstáculos encontrados quanto à natureza de seus sujeitos e normas, à impossibilidade de autovalidação de normas privadas

uma combinação entre normas primárias e secundárias na tutela dos comportamentos corporativos.³¹

Diante disso, o direito internacional do século XXI é composto, também, por um conjunto de normas (comuns a diversos Estados) elaborado, implementado e controlado por atores infraestatais e privados, portanto, que transcende a questão normativa entre Estados, englobando discursos comunicativos transnacionais e normas com mecanismos próprios de efetividade e sanção em caso de descumprimento. Destarte, agora há uma nova complexidade³² no plano internacional, ou seja, um cenário de inúmeros fatores, nenhuma previsibilidade e novos atores, além dos Estados e das Organizações Internacionais, com capacidade de criarem normas, por vezes, mais densas e efetivas³³ do que as normas interestatais.³⁴

Dessa maneira, no contexto pós-moderno, há uma “privatização do direito internacional”, isto é, um quadro com sujeitos em um maior número e nível de interações, marcadamente heterárquicas, e com normas coercitivas de solução de conflitos, próprias de cada sistema. Tratam-se de normas de um direito pós-nacional construídas por entes transnacionais privados, que transcendem a tutela de seus interesses individuais e, assim, passam, ao lado do direito público, a regular os interesses coletivos. A ideia de efetividade é renovada e o conceito de obrigatoriedade substituído pelo de “níveis de obrigatoriedade”.³⁵

Portanto, quer seja pelo aumento da importância e da imperatividade das normas internacionais, quer seja pelo interesse – de curto, médio ou longo prazo – dos próprios Estados e pela construção de identidades en-

ou, ainda, à incapacidade de mecanismos jurídicos particulares vincularem entes estatais. Esse dilema não encontra respostas nos fundamentos do direito internacional esculpido, desde o século XVIII, quer seja pela teoria positivista contemporânea, quer seja pela teoria do direito natural. Somente pode ser resolvido se considerarmos que esses direitos contratuais criam regras primárias convencionadas entre as partes e um sistema de coerção com a aplicação de sanções pelos próprios sujeitos entre si (ELIAS, 2014, p. 118 e 131).

31 TEUBNER, 2012, p. 48 - 49

32 A ideia de complexidade substitui a definição clássica de sistema como conjunto de elementos pela concepção de intercâmbio entre esses elementos (OST, 1994, p. ix).

33 A exemplo da lógica da *lex mercatoria*, em redes de empresas ou arranjos neocorporativos, as relações jurídicas criam novas figuras e formas de responsabilização independentes dos Estados de nacionalidade das empresas envolvidas. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores contrários aos objetivos coletivos ou somente para a melhor realização dos escopos pretendidos (VARELLA, 2013, p. 250 - 251).

34 VARELLA, 2013, p. 133, 225 - 226, 370 e 374; VARELLA, 2014, p. 56

35 ELIAS, 2014, p. 118 e 131

tre si; há uma expansão de um direito interestatal (direito internacional público) ou de um direito comum aos Estados (aproximação mesmo das regras domésticas e privadas), o que amplia a efetividade do sistema jurídico, pois aumenta a previsibilidade desse sistema ao estabilizar expectativas – quando aponta os limites (esperados) dos processos internacionais de negociação política e indica as respostas (esperadas) dos Estados (racionais) –, diminuir os custos de transação e construir espaços de solução de controvérsias, inclusive, com a previsão de medidas de retaliação.³⁶

4. Os mecanismos tradicionais de busca da efetividade das normas internacionais em um cenário de crescente densidade jurídica internacional

Esse conjunto dinâmico e complexo de normas públicas e privadas (contratos), responsável por uma nova identidade do direito internacional, implica arranjos institucionais internos³⁷, a fim de traduzir esses processos jurídicos internacionais em realidades locais e manter o cumprimento das normas internacionais. Consequentemente, produz também uma nova configuração do direito nacional, influenciando a própria forma de compreender o certo e o errado, o lícito e o ilícito. Dessa maneira, os Estados hesitam em adotar medidas que possam ser interpretadas como violadoras do direito internacional. De fato, os gestores domésticos se sentiam mais livres para editar normas violadoras de tratados, quando o direito internacional possuía sanções meramente morais, marcadas por efeitos leves na responsabilização internacional dos Estados. O interesse dos atores estatais e não-estatais numa maior efetividade do direito internacional constrange a ação dos Estados, implicando modificações de políticas públicas, de atos legais, e até mesmo de decisões judiciais internas.³⁸

Nessa esteira, se por um lado, com relevantes níveis de autonomia, os atores aderem voluntariamente às regras de subsistemas jurídicos privados – aqueles marcadamente caracterizados por critérios funcionais, isto

36 KOH, 1996, p. 199 - 203

37 Por meio de atos executivos, leis e decisões judiciais, os Estados incorporam o direito internacional em suas estruturas políticas domésticas (KOH, 1996, p. 204). Cabe aos Estados considerarem obrigatórias as leis e as decisões dos tribunais internacionais no âmbito de seus sistemas jurídicos nacionais (ALTER, 2008, p. 50 - 51).

38 VARELLA, 2013, p. 89, 94, 203 e 257

é, relacionados ao tema –, em outras palavras, se os regimes privados ultrapassam as fronteiras estatais e prescindem do território como padrão de avaliação de efetividade, em síntese, se a existência, a validade e a efetividade do direito privado – do comércio ao meio ambiente, dos esportes à internet, e ainda em tantas outras áreas – não mais dependem dos Estados,³⁹ por outro, mormente por se tratar de normas não-obrigatórias, o direito internacional é remodelado no plano doméstico, posto que a sua implementação depende de características próprias de cada território e pode ser realizada com menor ou maior participação dos Estados, de acordo com o grau de democracia⁴⁰, a capacidade econômica dos nacionais em participar de redes privadas, a relação com as estruturas estatais por meio de intervenções legislativas e judiciárias nas normas privadas e, ainda, os valores culturais.⁴¹

Promover a observância do direito determina a métrica da eficácia de todo tribunal. Entretanto, é importante não perder de vista as características peculiares dos tribunais internacionais e evitar a apressada e equivocada analogia com os tribunais nacionais.⁴² Quanto mais os tribunais internacionais facilitarem o cumprimento das normas internacionais, mais eficaz será o sistema jurídico internacional. Todavia, um Estado pode não querer participar de um processo judicial internacional, muito menos, cumprir uma decisão de um tribunal internacional que não seja do seu interesse. No plano internacional, diferentemente do que ocorre no plano doméstico, não há qualquer estrutura coercitiva capaz de constranger a vontade estatal.⁴³ Os tribunais internacionais diferenciam-se dos tribunais nacionais, principalmente, pela ausência de mecanismos coercitivos.⁴⁴ O primado do direito internacional⁴⁵ depende do império da lei interna, a ponto de insti-

39 TEUBNER, 1997b, p. 765

40 Em contraponto, Koh pondera que a internalização não é mais eficaz em países democráticos, com instituições político-jurídicas mais consolidadas, pois esse processo depende menos do ordenamento jurídico interno em questão e mais da regra pela qual a norma internacional é internalizada, a exemplo da incorporação interna de tratados, que vão do direito do mar à imunidade diplomática, por países não-democráticos (KOH, 1998, p. 674 - 676).

41 VARELLA, 2013, p. 94, 247 e 254

42 GUZMAN, 2008, p. 171 e 234 - 235

43 ALTER, 2008, p. 44

44 VARELLA, 2013, p. 297 e 382

45 Para Koh, há quatro tipos de relações entre as normas estabelecidas e os comportamentos observados: coincidência, conformidade, cumprimento e obediência. A coincidência refere-se a um estado aleatório de

tuições internacionais desenvolverem uma nova forma de responsabilidade estatal: a responsabilidade de implementação doméstica das obrigações internacionais. Os Estados ainda mantêm o monopólio do poder coercitivo e, portanto, possuem maior capacidade de afetar a vida dos seus cidadãos. As estruturas políticas internas dizem respeito à aplicação do direito internacional na medida em que a “internacionalização incorporada”, ou seja, a estratégia de incorporá-lo domesticamente, traduz-se no melhor expediente para regulamentar a eficácia da lei internacional.⁴⁶

A internalização – o que não significa apenas coerção⁴⁷, contudo, presuppõe o status de um compromisso jurídico obrigatório e vinculativo – é a razão pela qual a norma internacional é respeitada. Globalmente, a chave para a obediência ao direito internacional é a participação no “processo jurídico transnacional”⁴⁸ ou “processo vertical”, isto é, um processo dinâmico (“de cima para baixo” e “de baixo para cima”) e normativo em que atores estatais e não-estatais – Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais, empresas multinacionais e indivíduos – interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais, de maneira a incentivar os violadores (e eventuais violadores) a aceitarem as normas internacionais, por sua vez, internalizadas no direito doméstico. Portanto, os elementos-chave desse pensamento são: participar, influenciar e impor, ou seja, busca-se incorporar nacionalmente certas normas internacionais a partir de interações que suscitam interpretações jurídicas. Não se trata de mero cumprimento estatal de norma internacional mediante coação, mas de obediência à norma internacional incorporada ao conjunto de valores do sistema normativo do Estado. Em síntese, a maioria das nações cumpre as regras internacionais que são inter-

coisas, ao passo em que a conformidade diz respeito à conveniência de determinada conduta, enquanto o cumprimento, aos ganhos que se pode tributar da compatibilidade entre um comportamento e certa norma e, finalmente, a obediência decorre de um comportamento induzido por determinada norma incorporada ao próprio sistema interno de valores do agente. Nessa escala, observam-se três mudanças: do externo para o interno, do instrumental para o normativo, do coercitivo para o constitutivo (KOH, 1998, p. 627 - 629).

46 SLAUGHTER, 2000, p. 246 - 248

47 A teoria da internalização de Koh parece, num primeiro momento, reproduzir estruturas de poder e reforçar a aplicação de sanções. Contudo, na verdade, corresponde ao império dos interesses domésticos e não dos interesses dos Estados mais poderosos. Dessa forma, não se encaixa num modelo dentro da teoria da coerção, pois reconhece que a internalização assume formas variadas e sutis (BAHDI, 2001, f. 31 - 33).

48 Teubner ressalta que, diferente de outros subsistemas, o ritmo próprio dos processos jurídico-políticos transnacionais ainda mantém o direito e a política muito dependentes da intercessão estatal (TEUBNER, 2012, p. 42).

nalizadas em virtude de padrões globais oriundos de um processo jurídico transnacional. Portanto, esse processo contínuo de interações e internalizações consubstancia o direito internacional como parte dos interesses e identidades nacionais, o que o torna um fator relevante para as relações internacionais.⁴⁹

No entanto, a eficácia de um regime em evitar o descumprimento de suas normas depende não apenas do seu esforço em internalizá-las. Não basta a promulgação de leis, é necessário estabelecer procedimentos administrativos para garantir a efetividade interna das leis internacionais. Alguns acordos internacionais chegam a conter regras específicas sobre quais medidas devem ser tomadas internamente pelos Estados. A supervisão da conduta de entes públicos e privados é condição *sine qua non* para o cumprimento das obrigações internacionais. É preciso considerar que a conformidade não é estática, os comportamentos estatais podem mudar ao longo do tempo.⁵⁰

Ademais, a partir da década de 1990, houve um crescimento no número de tribunais internacionais com competência delegada pelos Estados para interpretar compromissos internacionais, que vão do comércio aos direitos humanos, incluindo crimes de guerra. Cada vez mais, os Estados preferem tribunais internacionais com capacidade de adjudicação das disputas (65%), com jurisdição compulsória⁵¹ (55%), e poder de revisão dos atos nacionais administrativos (40%) e, até mesmo, legais (de 20 a 30%). Esses números reveladores da vontade estatal crescente de criar e utilizar os tribunais internacionais sugerem que o equilíbrio entre os custos e os benefícios não desagrada a maioria dos Estados.⁵² Portanto, nos últimos vinte anos, observam-se mudanças no Judiciário internacional, tanto a criação de novos tribunais com jurisdição obrigatória e instrumentos próprios e especializados de indução ao cumprimento de suas decisões, quanto a aceitação da jurisdição obrigatória dos tribunais mais antigos e o fortalecimento de mecanismos de implementação das suas

49 KOH, 1996, p. 184, 204 - 205 e 207; KOH, 1998, p. 626 e 644; KOH, 2004, p. 339 e 343

50 WOLFRUM, 1998, p. 29 - 30 e 103

51 Por jurisdição compulsória entende-se aquela em que uma parte não pode simplesmente rejeitar a competência de um tribunal para resolver conflitos (GUZMAN, 2008, p. 175 e 178). Na seara internacional, a jurisdição obrigatória limita a capacidade dos Estados de bloquearem um contencioso, possibilitando um mais útil sistema internacional de adjudicação de controvérsias (ALTER, 2008, p. 38 e 44).

52 ALTER, 2008, p. 61 - 63 e 76

decisões, conquanto ainda bem menos efetivos do que aqueles dos novos tribunais.⁵³

O caráter obrigatório da decisão determina a eficácia de um tribunal internacional. A efetividade de um tribunal internacional é maior quando as decisões são juridicamente vinculantes para os litigantes.⁵⁴ Dar ao um Estado o poder de evitar um tribunal internacional permite que ele escolha as sanções mais brandas, o que, por sua vez, reduz os custos da violação da lei e, portanto, o incentivo para cumpri-la, tornando o tribunal internacional menos eficaz. Em poucas palavras, o impacto da jurisdição obrigatória sobre a eficácia de um tribunal internacional é positivo.⁵⁵

5. Os novos mecanismos de afirmação das normas de um direito internacionalizado

O aumento da efetividade do sistema jurídico internacional e das suas interações com os sistemas jurídicos nacionais apontam para um cenário de maior cogência do direito internacional. Na mesma medida, novos regimes jurídicos privados, com poder de sanção suficiente para superar determinações estatais ou torná-las politicamente insuportáveis, apresentam maior efetividade quanto maiores suas capacidades de sanção. Todavia, além da força coercitiva de atores externos, o direito internacional é, outrossim, imposto pela legitimidade obtida por seus próprios procedimentos, por meio de mecanismos não-violentos internos ou externos. O conceito de sanção torna-se cada vez menos central na definição da norma jurídica internacional.⁵⁶ Dessa maneira, diante de suas várias funções expressivas – de comunicação, de valores, de justificação e de legitimação –, o direito internacional não se reduz à função repressiva, controladora e sancionadora.⁵⁷ De fato, um sistema baseado no impacto gradualmente liberalizante da norma internacional, responsável pela transformação da identidade do agente – de pária a cumpridor do direito internacional –, é mais efetivo do que um sistema calcado em sanções externas.⁵⁸

53 VARELLA, 2013, p. 297 e 389; VARELLA, 2014, p. 55

54 HELFER; SLAUGHTER, 1997, p. 304 e 307

55 GUZMAN, 2008, p. 221 - 222

56 VARELLA, 2013, p. 242 - 243, 255, 365 e 418

57 DELMAS-MARTY, 2003, v. I, p. 235

58 KOH, 1998, p. 629 e 641 - 642

O apoio e a obediência à lei internacional dependem de propriedades que fazem os regimes jurídicos dignos de nossa estima e lealdade. O direito internacional é capaz de afetar o comportamento dos Estados tanto quanto o direito interno, pois também possui mecanismos, inclusive coercitivos, suficientes para que os Estados não o violem, porém, se considerarmos que a relevância da lei reside exclusivamente na ameaça e no exercício da coerção física imposta por instituições burocráticas – tais como uma polícia ou uma milícia –, então, o direito internacional não é tão importante quanto o direito interno. Entretanto, essa ideia limitada de direito internacional prejudica a compreensão de como as suas regras são capazes de afetar os comportamentos estatais, pois concebe, de forma excessivamente estreita, a aplicação da lei em si. Muitas vezes, há uma “coerção exteriorizada”, isto é, o próprio regime garante o cumprimento de suas regras, por meio não da força bruta, ao contrário, por meio da efetiva exclusão desse regime — e isso ocorre em diferentes áreas, dos direitos humanos ao comércio internacional –, ou seja, pelo “isolamento” do Estado transgressor, o que envolve a negação ao violador dos benefícios da cooperação. Portanto, em outras palavras, caso se reconheça a intimidação e a violência por parte de uma força policial como as únicas formas de aplicação da lei, o direito internacional é ineficaz. Contudo, uma imagem mais completa – mais profunda e mais precisa – do direito internacional revela que a coerção exteriorizada é relevante para a tarefa de contabilizar os sucessos da lei internacional.⁵⁹

Segundo Bobbio, “a função promocional do direito” compreende o papel desempenhado pelo direito, entre outros fatores, na multiplicação de “sanções positivas”, ou seja, incentivos e benefícios destinados a recompensarem comportamentos em conformidade à lei, em vez de punições⁶⁰ voltadas a penalizarem condutas ilegais.⁶¹ Uma política estatal de violação do direito internacional é percebida no plano global de modo suficientemente abrasivo para afastar eventuais benefícios decursivos das interações internacionais desse Estado. Num mundo interdependente, nem mesmo os Estados mais impermeáveis à influência externa conseguem sobreviver sem se relacionarem com os demais, tampouco sem respeitarem o direito

59 HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 255 - 261

60 Na gênese do sistema jurídico, uma transgressão tem menos a ver com punir o culpado do que com restaurar a harmonia da ordem (OST, 1994, p. 148 - 149). No mesmo sentido, é possível afirmar que o recurso à violência física não é o principal valor de um sistema jurídico (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 259)

61 BOBBIO, 1977, p. 13 - 22

internacional, se buscam participar de um processo transnacional político e econômico.⁶²

Observa-se, hoje, cada vez mais, a necessidade dos Estados encontrarem soluções para problemas semelhantes, a partir do cumprimento do direito internacional – mesmo que não integrem eventuais tratados⁶³ – ou a partir de discussões internacionais⁶⁴ a respeito de medidas a serem adotadas em casos concretos.⁶⁵ Sobre o “efeito da transposição”, é possível afirmar que a eficácia jurídica de uma lei importada é inversamente proporcional ao ambiente coercitivo de sua implementação.⁶⁶

Calcado na globalização do direito, o empréstimo de soluções jurídicas estrangeiras – regras, instituições, conceitos e estruturas – deita raízes, entre outros motivos, na expectativa de eficácia normativa ou de incentivos políticos, econômicos ou reputacionais.⁶⁷ A expectativa de eficácia normativa é preponderante na determinação de quais leis serão transplantadas, de onde, e para onde. A disseminação transnacional e transfronteiriça de ideias, instituições e estruturas jurídicas devem-se menos aos fatores relacionados ao valor intrínseco ou instrumental do direito e mais aos fatores pertinentes aos valores extrínsecos ao direito, cujo poder explicativo é mais relevante na determinação da migração normativa. Dentre eles, destacam-se: (i) os fatores políticos, culturais, sociais, simbólicos ou de otimização econômica; (ii) a reputação e o desejo de um país de ser recebido, respeitado ou estimado por um grupo de países, o que depende do grau de harmonia entre as suas leis e as do grupo, bem como dos seus esforços para compatibilizá-las.⁶⁸ Os Estados reagem à reputação de cumpridores ou não do direito internacional,⁶⁹ responsável pela adoção de comportamentos semelhantes⁷⁰, bem como de soluções parecidas para problemas transnacio-

62 KOH, 1998, p. 654 e 676

63 Quando os Estados comprometem-se por meio de tratados, muitas vezes, a capacidade da norma internacional de induzir conformidade nacional prescinde da sua internalização (BAHDI, 2001. f. 33 - 34).

64 Quanto mais próximas as ideias estiverem de um consenso, mais influentes internacionalmente elas serão (SCHAUER, 2000, p. 13).

65 VARELLA, 2013, p. 89

66 BERKOWITZ; PISTOR; RICHARD, 2001, p. 02 - 03

67 VALDERRAMA, 2003, p. 263 - 265 e 267 - 268

68 SCHAUER, 2000, p. 01 - 02, 11 e 14

69 KOH, 1996, p. 204

70 Muitos Estados cumprem normas que não gostariam de cumprir com base na reciprocidade, ou seja, no comportamento dos demais Estados (JACKSON, 2000, p. 07).

nais sobre temas centrais que os atingem diretamente, a título de exemplo, direitos humanos, meio ambiente e comércio internacional.⁷¹

Assim sendo, o descumprimento, num contexto de crescente complexidade do direito internacional, ocorre mais por questões que escapam da lógica do direito internacional tradicional. Um Estado pode optar por não cumprir um compromisso caso considere que os benefícios do cumprimento não compensam os custos, em outras palavras, se os benefícios de não cumprir excedem os benefícios de cumprir. Diante dessa situação, os instrumentos de controle são menos eficazes do que os instrumentos de incentivo, estes que, por sua própria natureza, são auto-executáveis, isto é, prescindem de medidas que os Estados, muitas vezes, relutam em tomar. Nessa esteira, é conveniente distinguir os mecanismos de confrontação dos mecanismos de cooperação, todavia, sem concebê-los como excludentes, senão suplementares. A título de exemplo, o acesso a mercados e à tecnologia é um meio para estimular o cumprimento, na mesma medida em que a limitação a esse acesso é um meio para desestimular o descumprimento.⁷²

As sanções jurídicas não são o fator crucial de mudança do comportamento das corporações, ao contrário, são fatores cruciais: a mídia, o conhecimento dos especialistas, o poder político, a pressão social da opinião pública (protestos da sociedade civil, de ONGs a sindicatos) e os incentivos e as sanções econômicas. A pressão econômica exercida por consumidores e investidores sobre as corporações é decisiva. Os mecanismos de reputação têm se destacado entre os mais efetivos. Embora os juristas não gostem de admitir, o direito é um entre outros elementos, não é o principal.⁷³

Os tribunais internacionais apresentam um poder limitado de solução de conflitos internacionais, ou seja, de fazerem os Estados abandonarem seus próprios interesses em prol de um ideal transnacional. Podem ajudar os Estados a resolverem disputas entre si, porém, caso procurem impor suas decisões aos interesses dos Estados, serão cada vez menos utilizados ou simplesmente ignorados. Portanto, ao contrário do que sói imaginar,

71 VARELLA, 2013, p. 257

72 O estudo feito pelo autor foca o direito ambiental internacional, contudo, pode ser aplicado de forma geral ao direito internacional (WOLFRUM, 1998, p. 30 - 32, 101, 146 e 151).

73 TEUBNER, 2012, p. 94 - 96, 103 e 107 - 108

quanto mais independente⁷⁴ for um tribunal internacional, menos eficaz⁷⁵ será na resolução de um litígio. Conceder independência⁷⁶ aos tribunais internacionais antes de se chegar a um consenso político internacional, somente irá enfraquecê-los⁷⁷ e impedi-los de realizar os modestos benefícios de que são capazes.⁷⁸ Até mesmo para preservar o direito internacional e as instituições jurídicas internacionais, é preciso reconhecer os limites dos tribunais internacionais. Sem consenso na sociedade internacional, os tribunais internacionais não são uma opção adequada, tampouco são capazes de resolver os problemas que a diplomacia não pode. O papel dos mecanismos jurídicos internacionais é ajudar os organismos internacionais a atravessarem os campos minados da política internacional, por meio da construção de pontes de legitimidade.⁷⁹

74 Posner e Yoo identificam cinco características definidoras da independência de um tribunal internacional: (i) jurisdição obrigatória; (ii) proscricção a juiz de nacionalidade dos Estados em litígio; (iii) corpo permanente de juizes; (iv) mandatos fixos dos juizes; e (v) possibilidade de intervenção de terceiros (POSNER; YOO, 2005, p. 51).

75 Segundo Guzman, o nível de dependência de um tribunal internacional afeta positivamente o cumprimento e negativamente a eficácia de suas decisões. Para os Estados racionais, quanto mais dependente for o tribunal, menor é o custo da conformidade – porquanto os seus procedimentos tornam-se mais negociáveis e menos adjudicáveis e as partes tornam-se mais influentes e mais capazes de impedir uma decisão, inclusive com medidas compensatórias, que lhes desagrade – e, portanto, mais reduzida é a probabilidade de descumprimento. Todavia, na mesma medida, as sanções impostas pelo tribunal internacional pela violação do direito internacional são reduzidas e, assim, também diminui a eficácia do tribunal. Conseqüentemente, um tribunal internacional dependente maximiza o cumprimento e minimiza a eficácia de suas decisões (GUZMAN, 2008, p. 210 - 212 e 214 - 215).

76 Em resposta, Helfer e Slaughter afirmam que os benefícios excedem os custos dos tribunais internacionais independentes, porquanto aumentam a credibilidade, o valor e o cumprimento dos compromissos internacionais ao criarem ônus materiais e reputacionais para os casos de violação e, assim, incentivarem o cumprimento futuro. Os tribunais internacionais não são tão independentes quanto se imagina, pois enfrentam uma série de limitações imposta pelos próprios Estados, razão pela qual, ao invés de ultrapassarem esses limites, são muito mais propensos a promoverem os interesses de longo prazo desses Estados (teoria da independência restrita). Na realidade, os Estados não têm de decidir entre tribunais internacionais dependentes e independentes, senão totalmente dependentes e parcialmente independentes. De fato, os Estados não renunciam e tampouco transformam os seus interesses nacionais no exato momento em que se comprometem com um tribunal internacional (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 904 - 905 e 956).

77 Em sentido contrário, para Varella, a independência e o tecnicismo jurídico das decisões de um tribunal internacional aumentam a sua efetividade, haja vista que os custos políticos de ignorar uma decisão de um tribunal internacional legítimo são maiores. Em outras palavras, o interesse dos Estados em cumprir uma decisão aumenta na mesma proporção da legitimidade de um tribunal internacional, ou seja, da sua invulnerabilidade às motivações políticas (VARELLA, 2013, p. 389 - 390).

78 POSNER; YOO, 2005, p. 06 - 07 e 27 - 28, 72 - 74

79 ALTER, 2003, p. 796

Nesse sentido, conquanto valiosa, os tribunais internacionais são apenas uma das ferramentas disponíveis à comunidade internacional para facilitar o cumprimento das obrigações e a solução dos conflitos internacionais. As relações internacionais ainda são muito dependentes da diplomacia. Os tribunais internacionais são simplesmente instrumentos para a produção de um tipo específico de informação. A avaliação de como essa informação é produzida e de como os Estados reagirão a ela não confere aos tribunais internacionais o papel de protagonista no sistema jurídico internacional. Um Estado racional somente cumprirá uma decisão de um tribunal internacional quando lhe for mais vantajoso cumpri-la do que descumpri-la. Consequentemente, muitas vezes não basta a ameaça e a imposição efetiva de sanções, é necessário associar à violação os custos reputacionais, ou seja, a percepção de que o Estado violador não honra os compromissos assumidos, o que reduz o interesse de cooperação por parte dos demais Estados, e os custos de reciprocidade, isto é, o risco futuro de que os demais Estados tenham a mesma conduta do violador, quando em posições inversas. Em síntese, a efetividade de um tribunal internacional não pode ser medida exclusivamente pelo caráter obrigatório do cumprimento de suas decisões impostas por meio de instrumentos coercitivos.⁸⁰

De fato, não há uma relação direta entre a efetividade dos tribunais internacionais e os mecanismos de coerção das suas decisões.⁸¹ Por pelo menos duas razões, o poder de sancionar não é fundamental no direito internacional: em primeiro lugar, o cumprimento das decisões dos tribunais internacionais depende da vontade das partes; em segundo lugar, quanto mais coercitivo um mecanismo for, menos provável será o seu uso.⁸² Diante disso, muitas vezes, os tribunais internacionais com jurisdição não-compulsória são mais benéficos à cooperação internacional, facilitando a produção e implementação de políticas comuns.⁸³

Outrossim, o direito das Organizações Internacionais não depende do seu poder de cogência, ou seja, da respectiva sanção internacional por eventual violação, mas da legitimidade de suas normas, isto é, da capacidade de

80 GUZMAN, 2008, p. 171, 189, 198 e 234 - 235

81 VARELLA, 2013, p. 382

82 ALTER, 2008, p. 74

83 BRADLEY; KELLEY, 2008, p. 27

induzir a adoção de soluções comuns pelo convencimento.⁸⁴ De maneira similar, órgãos de solução de conflitos internacionais ostentam legitimidade nitidamente distinta daquela de seus correspondentes nacionais. Redes heterárquicas e hierarquias de reputações substituem hierarquias organizacionais tradicionais dos tribunais, na medida em que a observação “horizontal” recíproca das cortes arbitrais, a exemplo da crescente dominância dos “Três Grandes” da arbitragem internacional – Câmara de Comércio Internacional de Paris, *United States Claim Tribunal* e Centro Internacional para Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial –, compensa a falta de uma hierarquia judiciária “vertical” institucionalizada.⁸⁵

6. Considerações finais

Motivada pela construção de padrões internacionais e de identidades estatais, fruto de interações globais e domésticas e dos interesses dos próprios Estados, vislumbra-se uma nova complexidade internacional, caracterizada pelo aumento da previsibilidade e redução dos custos de transação nas relações internacionais, em que as normas, sejam ou não interestatais, apresentam-se mais densas e efetivas, inclusive com mecanismos coercitivos de aplicação e controle das atividades dos Estados, e os tribunais internacionais reforçam suas capacidades de adjudicação das disputas, com jurisdição compulsória e poder de revisão dos atos domésticos administrativos e legais.

O primado da lei internacional veste-se do império da lei interna, na medida em que as mudanças do direito internacional reproduzem-se nos direitos domésticos, atribuindo um caráter obrigatório e vinculativo aos compromissos jurídicos internacionais, o que corrobora o seu cumprimento, em forma de políticas públicas, atos legais e decisões judiciais internas. Todavia, a efetividade do direito internacional deve-se não somente aos mecanismos repressivos, internos ou externos, de imposição do cumprimento obrigatório de suas normas e das decisões de seus tribunais, senão da legitimidade estabelecida por mecanismos de incentivo à conformidade. Há o risco de que os Estados, em eventual violação do direito internacional, sejam excluídos de regimes jurídicos internacionais e, assim, per-

84 VARELLA, 2013, p. 90 - 91

85 TEUBNER, 1997b, p. 15

cam os benefícios da cooperação internacional, a exemplo da importação de soluções jurídicas estrangeiras para problemas semelhantes, ou ainda, da construção de soluções jurídicas para problemas interestatais ou transnacionais que os atingem diretamente. Valores extrínsecos ao direito – políticos, econômicos ou reputacionais – revelam-se, muitas vezes, os mais importantes na imposição das normas nas relações internacionais.

Portanto, diante dessa nova realidade, em que o direito internacional tornou-se mais especializado, a eficácia da lei internacional deve-se não somente aos elementos coercitivos da norma internacional, senão à legitimidade de seus procedimentos e aos benefícios auferidos pelos Estados, o que conduz, respectivamente, à adoção de soluções comuns pelo convencimento e à conformidade entre os comportamentos estatais e o direito internacional.

Referências

- ALTER, Karen J. Delegating to international courts: self-binding vs. other-binding delegation. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, p. 37 - 76. 2008.
- _____. Resolving or exacerbating disputes? the WTO's new dispute resolution system. *International Affairs*, v. 79, n. 4, p. 783 - 800. 2003.
- BAHDI, R. *Globalization of judgment: transjudicialism, international human rights law and commonwealth courts*. 2001. 170 f. Thesis for degree of LL.M. Graduate Department of Law of the University of Toronto, Toronto.
- BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. *William Davidson Working Paper Number 410*, p. 01 - 29. 2001
- BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milan: Comunita, 1977.
- BRADLEY, Curtis A.; KELLEY, Judith. The concept of international delegation. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 1, p. 01 - 36. 2008.
- DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2003, v. I.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, v. 11, n. 1, p. 116 - 133. 2014.

- FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999 - 1046. 2003 - 2004.
- GUZMAN, Andrew T. International tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 171 - 235. 2008.
- HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, S. J. Outcasting: enforcement in domestic and international law. *The Yale Law Journal*, v. 121, p. 252 - 349. 2011.
- HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 2, p. 273 - 392. 1997.
- _____; _____. Why states create international tribunals: a response to professors Posner and Yoo. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 899 - 956. 2005.
- JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty and economics relations*. New York: Cambridge University Press, 2000. 497 p.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 14, p. 227 - 331, 1926.
- _____. *Peace through law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008. 155 p.
- KOH, Harold Hongju. Jefferson memorial lecture: transnational legal process after september 11th. *Berkeley Journal of International Law*, v. 22, n. 3, p. 337 - 354. 2004.
- _____. The 1998 frankel lecture: bringing international law home. *Houston Law Review*, v. 35, n. 3, p. 623 - 682. 1998.
- _____. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 75, p. 181 - 207. 1996.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University, 2005. 683 p.
- _____. The politics of international law: twenty years later. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 07 - 19, 2009.
- KRETZMER, David. Rethinking application of IHL in non-international armed conflict. *Israel Law Review*, v. 42, n. 1, p. 08 - 45, 2009.
- LUHMANN, N. *Sociologia del riesgo*. Trad. Silvia Pappe Brunhilde Erker,

- Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (Coord.). 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. 294 p.
- OST, François. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994. 192 p.
- _____; KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. 587 p.
- POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 01 - 74. 2005.
- SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. *CID Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2*, p. 01 - 22. 2000.
- SCOBIE, Iain. Wicked heresies or legitimate perspectives? Theory and international law. In: EVANS, Malcolm D. (coord.). *International law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 58 - 92.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A liberal theory of international law. *American Society of International Law Proceedings*, v. 94, p. 240 - 248. 2000.
- _____. International law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, n. 4, p. 503 - 538. 1995.
- TEUBNER, G. Altera pars audiatur: law in the collision of discourses. In: R. Rawlings (ed.) *Law, society and economy*. Oxford: Clarendon, 1997a. p. 149 - 176.
- _____. And if I by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115 - 136. 2009.
- _____. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Trad. Gareth Norbury. Oxford: OUP, 2012. 213 p.
- _____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____. *Global law without a state*. Brookfield: Dartmouth, 1997b. p. 01 - 22.
- _____. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 763 - 787. 1997c.
- TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 1, p. 77 - 121, 1923.
- VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 2, p. 261 - 276. 2003.
- VARELLA, M. D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, v. 19, n. 1, p. 53 - 68. 2014.

- _____. *Internacionalização do direito*. Brasília: UniCEUB, 2013. 500 p.
- VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 16, p. 247 - 323, 1927.
- WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 272, p. 09 - 154, 1998.

Recebido em 04 de setembro de 2015.

Aprovado em 25 de fevereiro de 2018.