



PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM

Maria Edelvacy Pinto Marinho¹

RESUMO

O estudo sobre a formação de um direito comum tem se revelado como a busca pelo equilíbrio entre os aspectos econômicos e humanitário do processo de integração normativa. O presente se trata de uma abordagem que foge do binômio unificação/separação para adotar uma análise em que a aceitação de certo pluralismo é uma condição para a elaboração de um direito comum efetivo.

Palavras chaves

Internacionalização dos direitos. Direitos humanos. Direito do comércio internacional. Pluralismo.

RESUME

L'étude sur la formation d'un droit commun se montre comme la recherche de l'équilibre entre les aspects économique et humanitaire du processus d'intégration normative. L'article s'agit-il d'une approche que échape binôme unification/séparation pour adopter une analyse dont l'acceptation d'un certain pluralisme est une condition de la construct droit commun effectif.

Mots-clés

Intenationalisation des droits. Droit de l'homme e droit du commerce international. Pluralisme

I. INTRODUÇÃO

A formação de um direito efetivamente comum no âmbito internacional passa pela aceitação do pluralismo. De forma geral, o pluralismo é inerente ao direito² : Diversidade de interesses, diversidades de normas, de sujeitos, de objetos. Entretanto a noção de pluralismo vai além dessa conotação matemática de pluralidade, assumindo também uma conotação qualitativa³. A relevância dessa noção de pluralismo para a formação de um direito comum tem se tornado cada vez mais relevante no processo de internacionalização do direito,

¹ Advogada, consultora, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1- Panthéon Sorbonne.

² SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et viceversa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in **Droit et pluralisme**, p. 76-77 : M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in **Droit et pluralisme**, Lauréline FONTAINE, Bruxelles : Bruyant, 2006, p. 375

³ MATHIEU-IZORCHE, M.-L. "Pluralisme et unité", in **Droit et pluralisme**, op.cit.

principalmente após a aceleração do processo de globalização, tido como vetor do pluralismo no direito internacional. Aceitar o pluralismo como elemento constitutivo do direito comum implica adequar o pluralismo à razão jurídica, ou seja, ordená-lo. O artigo proposto visa analisar primeiramente os efeitos do processo de globalização no direito, para em seguida abordar como a aceitação do pluralismo pode ser a via para a formação de um direito comum.

II. FORMAÇÃO DO DIREITO COMUM : ENTRE O DIREITO DA MUNDIALIZAÇÃO E A MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

Vasta literatura tem analisado os efeitos da globalização no direito⁴: seja em razão da acentuação do processo de integração comercial a partir da década de 80, seja pela emergência de problemas de vocação universal que só podem ser solucionados pela coordenação dos Estados⁵. A globalização atua como catalisador para o processo de harmonização normativa e impõe um novo paradigma que afeta não somente o conteúdo, a forma e as modalidades de regulação jurídica, mas também obriga a repensarmos o direito.⁶

O processo de integração normativa concebido entre pós-guerra até o final da guerra fria difere do processo atual não só pelo aumento do número de países que hoje fazem parte do sistema multilateral de negociações, como também pela abrangência dos assuntos e pelo grau de integração das normas que são negociados. A globalização fez ressurgir no direito internacional ideologias compartilhadas e princípios comuns, sejam estes de ordem econômica ou de ordem humanitária.

Do ponto de vista econômico, a dualidade entre capitalismo e socialismo foi substituída pela prevalência do modelo capitalista liberal⁷. Essa fase da globalização que se vivencia atualmente é fruto das crenças

“ na superioridade dos mecanismos de mercado,[...]; nos benefícios da concorrência que obrigaria um esforço permanente em competitividade, em inovação e modernização, ; nos efeitos positivos da abertura das fronteiras e do desenvolvimento das trocas,

⁴ Sobre essa relação ver mais sobre: . CHEVALLIER, J “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles :Bruyant, 2001 ;LAIDI, Z Mondialisation et droit, **Recueil Dalloz**, 2007, p. 2712 ; FRISON-ROCHE, M.-A «Le droit de deux mondialisations», **Archives de Philosophie du Droit**, Paris ; Dalloz, 2003 ; JOUANNET E., «Universalisme du droit international et impérialisme: le vrai faux paradoxe du droit international?» in **L'impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis**, Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ Fabris (org), , Paris : Société de législation comparé, 2007.

⁵ Sobre a necessidade de coordenação dos Estados para resolução de problemas comuns ver : CASTELLS, M., **La société en réseaux: L'ère de l'information**, Oxford: Fayard, 1999

⁶ CHEVALLIER, J. “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruyant : Bruxelles, 2001, p.37- 38.

⁷ E importante distinguir que o Modelo Chinês assim como outros não se adequaria nem como modelo capitalista nem socialista, não havendo de fato unidade em torno do capitalismo.

que seriam um elemento essencial do dinamismo e da eficácia ; na obsolência de um protetorado do Estado, fator de rigidez e de esclerose, e doravante defasadas pela interpenetração cada vez maior das economias. »⁸

O “direito da mundialização”⁹ é a tradução dessas crenças econômicas para o ordenamento jurídico. Sua elaboração conta com uma forte presença de atores privados, principalmente empresas que contribuem com soluções para redução dos custos de transação no comércio internacional e na criação de normas baseada na eficiência e rentabilidade. Os Estados, por sua vez; garantem por meio de acordos a obrigatoriedade das normas geradas segundo esses princípios.

Outro efeito do processo de globalização sobre o direito consiste na idéia de que “pertencemos a um mesmo mundo”¹⁰. Esse sentimento de integração pode ser visto tanto na defesa dos direitos do homem quanto na proteção do meio ambiente de onde se podem extrair alguns princípios comuns que identificariam que bens deveriam ser de proteção mundial. A gestão desses “bens públicos mundiais”¹¹ só poderia ocorrer em um cenário de coordenação. A esse processo tem-se chamado de mundialização do direito.¹²

A “mundialização do direito” é caracterizada pela formação de princípios comuns, fruto da aproximação dos sistemas jurídicos em torno de valores comuns, sendo um direito com vocação universal¹³. O direito do homem é o núcleo e finalidade maior desse “direito comum”, mas o fenômeno da mundialização do direito pode ser percebido em outros campos jurídicos, como o direito do meio ambiente, por exemplo. O que torna esse direito comum é um conjunto de princípios diretores que guiam a interpretação das normas em diferentes ordenamentos jurídicos, e é justamente essa capacidade de ser aplicado de forma transversal que o torna universal.¹⁴

Apesar de diferentes esses dois processos são interdependentes¹⁵, ocorrendo de forma paralela : “ enquanto o direito da mundialização enraíza-se sobre um pedestal de valores comuns, a incorporação dos seus princípios nos direitos internos favorece a sua aproximação; esta dinâmica alimenta a tese da consolidação progressiva, “sob a dupla pressão da economia e dos direitos humanos”, de um direito comum” que integra as duas dimensões”¹⁶

⁸ CHEVALLIER, J. “Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles : Bruyant, 2001, p. 52

⁹ MORAND, C.-A “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert Morand, Bruxelles : Bruyant2001, p.85

¹⁰ Z.LAIDI, Mondialisation et droit, Recueil Dalloz, 2007, p. 2712

¹¹ RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, **Gouvernance mondiale**, La documentation française, Paris, 2002, p. 58-62.

¹² RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, op.cit.

¹³ MORAND, C.-A “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations”, in **Le droit saisi par la mondialisation**, op.cit., p. 92-96.

¹⁴ MORAND, C.-A op.cit.

¹⁵ CHEVALLIER J., op.cit., p.39, 51.

¹⁶ CHEVALLIER, J. op. cit ; p 59

O paralelismo e a interdependência desses movimentos de internacionalização do direito podem resultar em um cenário de indeterminação, incoerência e instabilidade¹⁷ pela ausência de hierarquia entre as normas, pela diversidade de organizações internacionais que tratam de um mesmo tema por ângulos diferentes e pelas diferentes velocidades com que esses processos de internacionalização ocorrem no nível bilateral, regional e mundial.

III. EFEITOS DOS PROCESSOS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

A noção de pluralismo no direito não é homogênea. A depender do referencial pode-se adotar uma noção estrita ou mais ampla. A noção restrita define pluralismo no direito como sinônimo de pluralidade de fontes. Nesse sentido o « pluralismo jurídico », seria « a afirmação segundo a qual o direito não é produzido exclusivamente pelo Estado, mas também por outras fontes, não estatal».¹⁸ A relação entre pluralismo e direito residiria portanto em dois tipos de ligação : a primeira concretizaria o « o objetivo é fazer de modo que as fontes do direito sejam o produto de uma pluralidade de valores ou de interesses distintos »¹⁹, a segunda seria o resultado da admissão da “ diversidade das fontes do direito, ou mais exatamente os modos de expressão do direito através de diferentes apoios ”²⁰ A noção de pluralismo seria, dessa forma, limitada às fontes normativas : não mais se referindo à « os destinatários do direito, mas o seu modo de produção»²¹

Quando utilizado em sentido amplo o pluralismo traduz a diversidade no processo de internacionalização do direito : a diversidade de atores que participam no processo de criação e aplicação da norma²²; a pluralidade de

¹⁷ DELMAS-MARTY, M *Le pluralisme ordonné*, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 28.

¹⁸ COHENDET, M.-A., op.cit. , p. 387

¹⁹ COHENDET, M.-A op.cit. p. 387

²⁰ COHENDET M.-A, “Synthèse et conclusion”, in *Droit et pluralisme*, Lauréline Fontaine, Bruxelles : Bruyant, 2006, p. 387

²¹ COHENDET, M.-A.op.cit. p. 387

²² Certamente, o processo de globalização trouxe ao processo de negociação do direito internacional a participação de mais atores, contudo, essa pluralidade de atores não implica necessariamente em um processo de integração normativa pluralista. O reconhecimento do pluralismo no processo de internacionalização do direito implica na rejeição de um espaço normativo formado pela imposição de um Estado com vocação hegemônica sobre os demais. Contudo, deve se reconhecer que a mundialização pode ser um terreno para a imposição de modelos hegemônicos. JOUANNET, E. “Universalisme du droit international et impérialisme: le vrai faux paradoxe du droit international?” in *L’impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, op.cit. p. 31) Essa visão crítica do processo de integração normativa é útil para se verificar o que de fato é resultado do pluralismo do que é resultado do exercício do poder hegemônico de certos países. Há que se lembrar também que uma vez que a norma negociada entra em vigor ela passa a fazer parte de um amplo conjunto normativo. Os objetivos que primeiramente levaram a criação de um espaço normativo cujo conteúdo foi baseado pelo modelo desejado por um país hegemônico não serão necessariamente as bases que guiarão o desenvolvimento desse espaço normativo. Em contato com outros princípios do direito e como outros espaços normativos a norma « imperial » pode ser interpretada de modo que se reconheça espaços para as diferenças.

velocidades de integração entre diferentes Estados sobre uma mesma norma e em um mesmo espaço normativo ; a diversidade de espaços normativos que se entrecruzam (no nível nacional, bilateral, regional multilateral mundial, ou seja, o processo de integração se desenvolve segundo uma « geografia variável »²³) ; a diversidade de graus e sentidos de integração normativa que ocorrem de forma simultânea (segundo os graus de integração- cooperação, harmonização, unificação e segundo os movimentos ascendentes/descendentes : ou seja, o processo de integração se desenvolve segundo uma geometria variável²⁴). Entende-se, portanto, por pluralismo a “ a existência simultânea uma mesma ordem jurídica de regras de direito diferentes que são aplicáveis à situações idênticas”²⁵ Nessa perspectiva, o estudo da relação entre o direito e o pluralismo não se limita a compatibilidade de fontes, ele comporta a análise das interação dessas fontes, o processo de criação de uma norma comum, as técnicas jurídicas para essa integração, os mecanismos de controle capazes de tornar as variações decorrentes da aplicação da norma previsíveis. A essa relação entre direito e pluralismo Mireille Delmas-Marty denomina de “pluralisme ordonné”.²⁶

a. Ordenar o pluralismo?

A noção de “pluralisme ordonné” remete a idéia de coordenação ao invés de subordinação, sendo compatível com o atual cenário de crescimento da interdependência dos Estados. A depender do grau de integração, os Estados podem promover a formação de um espaço normativo comum pela coordenação par entrecroisement²⁷, pela harmonização por aproximação²⁸ ou pela unificação via processo de hibridação de normas nacionais. Enquanto a unificação busca tornar as normas nacionais idênticas, e conformes, o processo de harmonização par rapprochement visa apenas torna-las compatíveis. O processo de hibridação por exigir certo grau de identidade entre os institutos jurídicos é de difícil de aplicação no atual estágio do processo de integração normativa da maioria dos campos do direito.

Dessa forma, reconhecer o pluralismo como condição a formação de um direito comum, implica na adoção objetivos limitados de integração: não se almeja assim a conformidade normativa, apenas a compatibilidade entre os espaços normativos. Nessa perspectiva, « (...) o pluralismo é apenas a seqüência lógica da história do direito internacional caso se admita que este movimento significa não somente admitir as diferenças, mas também conciliá-las, ou mesmo ordená-las sem “estar esmagá-la”²⁹.

²³ C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., “De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable”, in *Critique de l’intégration normative: L’apport du droit comparé à l’harmonisation des droits*, Mireille DELMAS-MARTY,(org), Paris : PUF, 2004, p. 35.

²⁴ C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., op.cit , p. 35.

²⁵ Arnaud, AJ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993.

²⁶ DELMAS-MARTY, M *Le pluralisme ordonné*, Paris : Editions du Seuil, 2006,

²⁷ DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, op.cit.

²⁸ C. MIALOT et P. DIMA EHONGO, « De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable » op. cit. p.27

²⁹ SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu’il n’y paraît », in *Droit et pluralisme*, op.cit., p. 78.

Diante da ausência de um Estado supra-nacional, a hierarquia formal pela qual a ordem jurídica se baseia não assimila o pluralismo existente nos processos contemporâneos de internacionalização do direito.³⁰ Porém “ordonner le multiple” no plano internacional não significa criar uma ordem jurídica no sentido clássico. A noção de ordem que subjaz ao conceito de “pluralisme ordonné” indica a formação de um espaço normativo comum que apesar de reconhecer certo pluralismo define referenciais para o controle de compatibilidade das diferenças. Esses espaços normativos, por seu caráter heterogêneo, “ todos não podem ser analisados em relação à sistemas, suficientemente autônomos e específicos; estes não mais não constituem ordens jurídicas, dotadas de uma validade própria”. Caso se quisesse designá-lo por denominação comum, no máximo tratar-se-ia de esferas de competências, ou espaços normativos à geografia e de geometria variáveis.”³¹ Para ordenar o pluralismo é necessário primeiramente determinar seu papel no espaço normativo através de « conceitos reguladores », para em seguida se definir mecanismos de évaluation et contrôle que tornem as variações da aplicação desse direito compatíveis

b. Conceitos reguladores.

Os conceitos reguladores são “ noções que estão subjacentes aos diferentes modos de distribuição de competências e que tem por função servir de eixos de referência, com o objetivo de arranjar ou de corrigir a interpretação das regras de competência em cada situação específica”.³² Esse conceito foi desenvolvido por Denys Simon à partir da análise do sistema jurídico comunitário³³ e utilizado por Mireille Delmas-Marty como um ponto de referência para a análise do processo de integração do direito em uma perspectiva mundial. Os conceitos reguladores funcionam como um mecanismo jurídico que permitiria os ajustes e reajustes necessários entre os níveis normativos mundial, regional ou nacional. Os princípios da subsidiaridade, assim como a noção de equivalência funcional são exemplos de conceitos reguladores entre espaços normativos³⁴.

No plano nacional, o princípio da subsidiaridade garante a ordem pela hierarquia, tendo a constituição do Estado como norma suprema. No processo de integração vertical (nacional-internacional e vice versa) ele permitiria “ uma forma de articulação hierarquizada entre as competências nacionais e supranacionais”³⁵. Uma vez ratificado o tratado, os Estados assumem o compromisso de criar normas que sejam compatíveis com seus dispositivos. Porém, diante da omissão ou da generalidade da norma internacional, os Estados criariam ou adaptariam as normas segundo

³⁰ SOREL, J.-M. op.cit., p. 77

³¹ DELMAS-MARTY, M. “Plurijuridisme et mondialisation: vers un pluralisme ordonné”, in Le plurijuridisme, J.-L. BERGEL (org), Presses universitaires d’Aix- Marseille, 2003. P367-368

³² SIMON, D. **Le système juridique communautaire**, 3e éd., Paris : PUF, 2001, p. 146-147

³³ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*, op.cit. p. 147-154.

³⁴ DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, Paris, op.cit., p. 268-272.

³⁵ MATHIEU-IZORCHE, M-L « Pluralisme et unité », in **Droit et pluralisme**, op.cit. p. 111-112.

suas necessidades desde que o resultado não contrariasse os objetivos assumidos no tratado³⁶.

O princípio da proporcionalidade introduz a idéia de gradação no processo de ajustes entre os espaços normativos. Ele permite que os órgãos de controle da transposição das obrigações dos tratados de apreciar a “intensidade da ação”³⁷ e de controlar a compatibilidade de normas nacionais no que concerne os objetivos do tratado.

Admitindo o interesse do Estado de permanecer membro do tratado, o princípio da subsidiariedade atuaria como um “conceito regulador” que permite delimitar o espaço reservado ao pluralismo, inserindo pela via de uma hierarquia « souple » uma idéia de ordem na relação Estado-Comunidade de Estados. Esses espaços funcionariam como uma espécie de margem de apreciação que Estados utilizariam durante o processo de transposição e transposição do tratado no plano nacional. Ao mesmo tempo em que concede a “liberdade” para legislar, o princípio da subsidiariedade limita essa liberdade a espaços determinados.

A norma é dotada de certa imprecisão que garante sua aplicação à situações, sujeitos e objetos diferentes. A margem de interpretação seria aquela que disporia o juiz para adequar a norma ao caso concreto, seria uma margem destinada ao usuário intermediário da norma.³⁸ A margem de apreciação se destina ao usuário final. No caso do direito internacional, o emissor da norma seria representado por um conjunto de Estados e o destinatário final seria o próprio Estado. A extensão da margem de apreciação determinaria a liberdade que disporia o Estado no momento da transposição da norma no ordenamento jurídico interno. Trata-se de fato “de um direito à diferença”.³⁹

Essa noção de margem de apreciação tem sido desenvolvida pelo Tribunal Europeu de direitos Humanos (CEDH) a partir da aplicação da Convenção Europeia de Direitos humanos.⁴⁰ O tribunal tem entendido que certos dispositivos da Convenção poderiam ser interpretados de modo diferente pelos Estados-partes de modo a se adequar com os valores culturais e históricos de cada um dos Estados⁴¹.

Essa doutrina formada em torno de uma margem nacional de apreciação ganha um interesse especial na análise da construção de um direito comum. A

³⁶ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*, op.cit., p. 152-153

³⁷ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris : PUF, 2001, p. 153-154.

³⁸ DELMAS-MARTY, M. e IZORCHE, M-L op. Cit. p. 774.

³⁹ MIALOT, C. e DIMA EHONGO, P. “De l’intégration normative à géométrie et à géographie variable”, in *Critique de l’intégration normative: L’apport du droit comparé à l’harmonisation des droits*, op.cit., p. 34-35.

⁴⁰ Caroline Picheral e Alain-Didier Olinga analisam do uso da doutrina na margem de apreciação pelo Tribunal Europeu de direitos humanos no artigo « La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l’homme ». *Revue Trimestrial de Droit de l’homme*, 1995, n. 24.

⁴¹ Caroline Picheral e Alain-Didier, op.cit.

depende do uso de margens nacionais de apreciação pode-se determinar os objetivos do processo de integração : unificação ou harmonização. Na unificação, as normas são dotadas de um espaço bastante reduzido para a modificação do destinatário final, pois busca-se com esse processo se garantir a conformidade das normas nacionais às internacionais. No processo de harmonização o objetivo é mais modesto : tornar as normas compatíveis, admitindo-se a existências de margens de apreciação do receptor da norma na fase de sua transposição para o ordenamento jurídico interno. Nesse caso « a compatibilidade repousa sobre uma exigência de proximidade, ou seja, a exigência de práticas suficientemente próximas para serem julgadas compatíveis” .⁴²

A aplicação das margens de apreciação exige a adoção de uma lógica de gradação, modificando a lógica binária de entre conforme e não conforme ou idêntico ou não. A lógica gradativa consiste em determinar o grau de proximidade da norma com o objetivo que se pretendia alcançar com a sua negociação, de modo a se determinar seu grau de compatibilidade.⁴³

A noção de margem nacional de apreciação é um mecanismo que permite a aceitação do pluralismo nos espaços normativos, porém não introduz, por si só, a natureza de ordem, própria dos espaços jurídicos. Para tanto, é necessário a adoção de princípios e referenciais comuns que permitam analisar o uso dessas margens de modo a garantir que as diferenças resultantes dos processos de transposição continuem compatíveis. Há portanto uma “transferência” de poder de decisão para a esfera nacional e para os juizes que controlarão na esfera internacional a compatibilidade dos dispositivos transpostos. Como consequência, o reconhecimento das margens de apreciação deve ser complementado com a criação de órgãos de controle de modo que se possa « ordenar o múltiplo ».

Assim os conceitos reguladores são « eixos de referência » que tornam possível a articulação entre espaços normativos e entre normas de diferentes níveis. Eles são utilizados para tal fim por meio das técnicas de regulação ⁴⁴.

c. Técnicas para ordenar o pluralismo.

A idéia de ordem deve ser resultante da combinação dos diferentes espaços normativos e das diferentes velocidades com que o processo de integração normativa se desenvolve. Ordenar o pluralismo demanda a utilização de técnicas de controle e avaliação, de modo a sincronizar essas velocidades e controlar as variações resultantes do uso das margens de apreciação pelos Estados.

ii. Sincronização pluralista

⁴² DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L « Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste » ; *R.I.D.C.*, 2000, n. 4, p. 761.

⁴³ DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L *op.cit* p. 761.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, *op.cit.*, p.484

A arte de « combinar ritmos deferentes em uma harmonia comum »⁴⁵ demanda a criação de « instrumentos jurídicos que permitiriam frear ou acelerar as evoluções »⁴⁶ do processo de integração normativa. A relação entre espaços normativos e velocidades de integração pode ser caracterizada pela assincronia (diferentes espaços, diferentes velocidades) ou pela policronia (um espaço, varias velocidades)⁴⁷.

A assincronia pode ser observada pelas diferenças de velocidades do processo de integração entre as normas de cunho comercial e humanitário. Se vistas separadamente, as normas de direitos humanos negociadas na ONU e as normas de direito comercial negociadas na OMC se desenvolvem a velocidades diferentes. Entretanto, quando articulados, esses direitos promovem de forma indireta a sincornização de seus processos de integração. É comum que tratados comerciais tragam dispositivos que de alguma forma contribuam para o reconhecimento de outros direitos de origem humanitaria como as exceções previstas ao comercio em caso de ofensa ao meio ambiente ou a saúde. Mesmo que de forma indireta, a aceitação de tais exceções no plano internacional traz conseqüências no plano interno quando passam a integrar o ordenamento juridico nacional. Outros exemplos de assincronia podem ser percebido pela velocidade com que o processo de integração se desenvolve em diferentes níveis : nacional, bilateral e multilateral. Diante de bloqueios na negociação multilateral, os Estados interessados na elevação do nível de integração normativa passam a fazer uso com maior frequencia de acordos bilaterais e regionais para atingir esse objetivo.

Quando às diferenças de velocidades ocorrem em um mesmo espaço normativo, elas são admitidas como meio de adequar o processo de integração às capacidades de cada Estado, evitando assim o bloqueio das negociações. Um dos modos para ordenar o pluralismo é estabelecer periodos diferenciados para a entrada em vigor de um tratado ou de alguns dispositivos desse tratado segundo as dificuldades e capacidades dos Estados-membros para colocar em prática as obrigações assumidas internacionalmente. Parte-se do principio de que o processo de integração pode ocorre a velocidades diferenciadas sem que com isso se formem sub-espacos normativos que tornariam o direito internacional ainda mais fragmentado.

É o caso do principio da « responsabilidades comuns mas diferenciadas » da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, e os dispositivos existentes nos tratados que asseguram periodos diferenciados de transposição das obrigações dos tratados segundo o nível de desenvolvimento economico dos países como ocorre com o TRIPS(Acordo sobre aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio), administrado pela OMC. Essas soluções evitariam a escolha discricionária de cada Estado quanto

⁴⁵ DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, op.cit., p.484

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Ibidem

às obrigações que assumiram no tratado, representado um tipo de compromisso « à la carte ». Dessa forma se garantiria um compromisso comum dos Estados com os objetivos do tratados, mesmo que estes sejam cumpridos em prazos diferenciados. Mais uma vez a lógica do « pluralismo ordonné » se utiliza da noção de gradação para tornar as diferenças compatíveis.

ii. Mecanismos de avaliação e controle.

Uma vez estabelecido o espaço e os limites para o pluralismo na construção de um direito comum resta para a formação de um “pluralisme ordonné” definir mecanismos de avaliação e controle que reduzam “o risco do arbitrário»⁴⁸.

Um dos mecanismos para se avaliar a compatibilidade das margens de apreciação consiste na verificação da equivalência entre as funções que os dispositivos transpostos em cada Estado se propõe a atender.⁴⁹ A aplicação da noção de “equivalence fonctionnelle” permitiria a análise da eficácia e da legitimidade da utilização das margens de apreciação pelos Estados. Assim, os resultados atendidos com a medida nacional podem servir como elemento de comparação, mas não podem ser o único o indicador para a apreciação da “equivalencia funcional”. Os meios para se atingir os resultados buscados com o dispositivo negociado no tratado devem ser legítimos: devem ter sido elaborados pela autoridade competente e devem ter sido aplicados de modo a não infringir outros compromissos já assumidos pelo Estado, como os tratados versando sobre os direitos humanos, tratados ambientais, etc.⁵⁰ Através da noção de equivalência funcional é possível avaliar a variabilidade das margens de apreciação, possibilitando a criação de referenciais para seu controle.

A variabilidade da margem poderia também ser dimensionada a partir de avaliações mutuas dos Estados em relação a transposição dos tratados no âmbito nacional. Seria um meio que permitiria posteriormente, caso se constatasse discrepâncias, a realização de um controle por um órgão competente.

Deve-se reconhecer que esses critérios de avaliação são úteis na promoção da coerência de um espaço normativo desde que haja um órgão de controle cuja legitimidade para o exercício dessa função seja reconhecida pelos Estados-partes. Uma vez reconhecida a legitimidade, a questão se volta para os métodos que cada “tribunal” disporia para tornar suas decisões efetivas. Por se submeterem de forma voluntaria a jurisdição internacional, a submissão dos Estados às decisões se explica pelo interesse deste de permanecer como parte do tratado. Trata-se portanto, de uma decisão política. Por meio de fundamentos jurídicos, o controle exercido pelas jurisdições internacionais busca coordenar, de certa forma, as decisões políticas sobre um assunto já regulado via tratado.

⁴⁸ DELMAS-MARTY M., **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 267.

⁴⁹ Essa idéia de *equivalence fonctionnelle* foi trazida de forma mais evidente pela convenção da OCDE sobre Corrupção. DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné**, op.cit, p. 270-271.

⁵⁰ DELMAS-MARTY M., **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 267.

Essa fragilidade do controle exercido por órgãos de controles de organizações internacionais se soma ao fenômeno da multiplicação das jurisdições internacionais de modo a reforçar a idéia de desordem do direito internacional. Em razão da inexistência de hierarquia entre jurisdições internacionais pode surgir um problema de coerência entre as decisões tomadas por diferentes órgãos em respeito a um mesmo objeto. A coerência entre os espaços normativos começa a ser efetuada via “diálogo dos juizes” que utilizam argumentos elaborados por outras cortes e compromissos assumidos por outros Acordos para decidir.⁵¹ Entretanto deve se reconhecer que esse método de interpretação cruzada ainda é imperfeito quanto ao objetivo de coerência.⁵² Seria uma fase intermediária que permitia a formação de uma comunidade de juizes, mas não uma comunidade de valores que poderia servir como elemento hierarquizante.⁵³

Esse cenário de atual “desordem” estimula a reflexão sobre as vias do processo de integração do direito e sobre a possibilidade de se desenvolver um espaço normativo “ordenado”, a partir de uma “hierarchy assoupli” pelas margens de apreciação. Nesse caso, o objetivo de “ordem” se restringe ao estabelecimento de um limiar de compatibilidade entre espaços normativos e o reconhecimento de um órgão de controle. Essa visão modesta de ordem se coloca como solução entre a “unidade utópica”⁵⁴ de um direito único, ordenando segundo uma hierarquia formal de fontes e de jurisdição e a “autonomia ilusória” do pluralismo de separação. De fato, os caminhos para a formação dessa ordem ainda estão em discussão e ainda longe de serem aplicados.

Esse desafio de pensar o processo de internacionalização do direito pela perspectiva do “pluralisme ordonné” conduz a análise desse processo segundo os processos de interações dos espaços normativos, os níveis de integração e as velocidades com que as transformações negociadas internacionalmente são aplicadas.

IV. CONCLUSÃO

O Binômio universalismo/imperialismo sempre esteve presente nas discussões sobre a formação de um direito comum. O Objetivo do presente artigo foi discutir uma perspectiva mais modesta na qual a formação de um direito comum poderia ser realizada de maneira a aceitar certas diferenças. A formação desse direito comum seria fruto de dois processos simultâneos de integração: a mundialização do direito e o direito da mundialização. Embora se possa ter a impressão de que o processo de globalização econômica dita a maneira segundo a qual a internacionalização do direito desenvolve-se, uma análise mais exaustiva do fenômeno indica que o processo de internacionalização do direito responde não somente a um pedido de integração econômico, mas

⁵¹ DELMAS-MARTY, M. op.cit. p. J-M. SOREL, op. cit, p. 92

⁵² DELMAS-MARTY, M **Pluralisme ordonné**, op.cit. p. 64-65.

⁵³ DELMAS-MARTY, M. **Pluralisme ordonné**, op.cit., p. 53.

⁵⁴ DELMAS-MARTY, M **Le pluralisme ordonné**, Paris : Editions du Seuil, 2006, p. 13

igualmente uma necessidade crescente de traduzir por normas a existência de uma divisão de sentidos entre os povos.

V. BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, A] **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.** Paris : LGDJ, 1993.

C. PICHERAL, OLINGA, O. D. « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l'homme ». **Revue Trimestrial de Droit de l'homme**, 1995, n. 24.

C.MIALOT et P. DIMA EHONGO., «De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable», in **Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits**, Mireille DELMAS-MARTY(org), Paris : PUF, 2004.

CASTELLS, M., **La société en réseaux: L'ère de l'information.** Oxford: Fayard, 1999.

CHEVALLIER, J. «Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation», in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert MORAND (org), Bruxelles : Bruyant, 2001.

COHENDET M.-A, «Synthèse et conclusion», in **Droit et pluralisme**, Lauréline Fontaine (org), Bruxelles : Bruyant, 2006.

DELMAS-MARTY, M. **Le pluralisme ordonné.** Paris : Editions du Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, M. «Plurijuridisme et mondialisation: vers un pluralisme ordonné», in **Le plurijuridisme**, J.-L. BERGEL (org), Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2003.

DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M-L « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » ; R.I.D.C, 2000, n. 4/

FRISON-ROCHE., M.-A «Le droit de deux mondialisations», **Archives de Philosophie du Droit.** Paris ; Dalloz, 2003.

JOUANNET, E. «Universalisme du droit international et impérialisme: le vrai faux paradoxe du droit international?» in **L'impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis**, Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ Fabris (org), , Paris : Société de législation comparé, 2007.

MORAND., C.-A «Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations», in **Le droit saisi par la mondialisation**, Charles-Albert Morand, Bruxelles : Bruyant, 2001.

RAPPORT CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, **Gouvernance mondiale**, La documentation française, Paris, 2002

SIMON, D. **Le système juridique communautaire** 3^e éd., Paris : PUF, 2001.

SOREL, J-M « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in **Droit et pluralisme**, Lauréline Fontaine (org), Bruxelles : Bruyant, 2006.

Z.LAIDI, Mondialisation et droit. **Recueil Dalloz**, 2007, p. 2712