

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E BENS PÚBLICOS MUNDIAIS¹

INTERNATIONALIZATION OF THE LAW AND WORLD PUBLIC GOODS

INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y BIENES PÚBLICOS MUNDIALES

Jânia Maria Lopes Saldanha²

José Luis Bolzan de Moraes³

Gustavo Oliveira Vieira⁴

"Chacun en à sa part, et tous l'ont tout entier!
Victor Hugo. *Les feuilles d'automne*, 1831

RESUMO

O artigo trata de uma comunidade mundial de valores, a qual partiria de "bens públicos mundiais" e que teria como base os direitos humanos. Aborda também a pluralidade de ordens e sistemas jurídicos e suas interações. A matriz teórica do artigo é Mireille Delmas-Marty. Os autores utilizam-se, ainda, no artigo, de obra patrocinada pelo PNUD.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidade mundial de valores. Bens públicos mundiais. Internacionalização do Direito.

ABSTRACT

The article deals with a world community of values, which is based on "world public goods" and on human rights. It also addresses the plurality of orders and legal systems, and the interaction between them. The theoretical background of the article is based on Mireille Delmas-Marty. The authors also use, in the article, work sponsored by the UNDP.

KEYWORDS: World community of values. World public goods. Internationalization of Law.

RESUMEN

Este artículo trata de una comunidad mundial de valores, la cual partiría de "bienes públicos mundiales" y que tendría como base los Derechos Humanos. Aborda también la pluralidad de órdenes y sistemas jurídicos y sus interacciones. La matriz teórica del artículo es Mireille Delmas-Marty. Los autores utilizan además en el artículo la obra patrocinada por el PNUD.

PALABRAS CLAVE: Comunidad mundial de valores. Bienes públicos mundiales. Internacionalización del Derecho.

- 1 Este texto deriva das pesquisas conjuntas realizadas em dois grupos de pesquisa: Teoria Crítica do Processo e Internacionalização do Direito e Estado e Constituição.
- 2 Doutora em Direito pela UNISINOS; Professora do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS – São Leopoldo, RS, Brasil – e do Curso de Direito da UFSM – Santa Maria, RS, Brasil.
- 3 Doutor em Direito do Estado (UFSC/Université de Montpellier I). Professor do PPGD/Unisinos – São Leopoldo, RS, Brasil.
- 4 Doutorando em Direito pelo PPG em Direito da UNISINOS. Professor de Direito Internacional do Curso de Relações Internacional da UFPEL – Pelotas, RS, Brasil.

INTRODUÇÃO

A morte de "Bin Laden", respeitada sua tragicidade e não esquecida sua antijuridicidade nos pós 11 de setembro, é a grande metáfora dos tempos contemporâneos, uma vez representar o paradoxo do medo que domina as relações globais da atualidade. Medo do outro – visto invariavelmente como inimigo e suspeito – e medo das catástrofes – indomináveis e, amiúde, ainda imprevisíveis. As políticas estatais e internacionais impostas em nome da segurança – individual e coletiva – dos direitos humanos, também respondem grandemente pela violação desses mesmos direitos.

Fixar a visão nessa perspectiva é, entretanto, olhar apenas para a parte sem ver o todo de um fenômeno absolutamente complexo. Assim, se o Século XX legou a conquista da previsão de direitos humanos em textos nacionais e internacionais, resta que sua proteção muito longe está de ser algo cumprida. Ao contrário, as violações reiteradas evidenciam o nível de barbárie que a humanidade produz e ainda, infelizmente, experimenta. É então preciso civilizar os humanos e buscar reduzir a tensão implacável entre segurança e liberdade, entre desenvolvimento econômico e respeito à dignidade humana. No conjunto, a pergunta a ser lançada é se tal tensão instiga ou freia o surgimento de uma comunidade mundial de valores, desenhada por um destino comum, cuja base seja a dignidade humana. E cabe perguntar, ainda: quais as circunstâncias que se apresentam contemporaneamente e quais as condições para a realização de tal projeto?

Como então falar de uma comunidade mundial de valores ante a intolerância e a violência do tempo presente? E de que maneira compor tal comunidade frente ao amplo mosaico de tradições e culturas? Parece ser necessário refletir sobre a necessidade de superação do debate entre o nacional e o internacional se a pretensão for encontrar a resposta aos questionamentos formulados. Entretanto, talvez muito menos importante seja superar essa aparente tensão e mais seja encontrar nos processos transformadores da realidade possíveis respostas para as perguntas. Ultrapassar a concepção de comunidade internacional associada aos interesses hegemônicos da cultura ocidental para dar lugar à outra, a de uma comunidade humana mundial, é uma necessidade para romper com o medo do "outro" e reconhecer nas interdependências planetárias um aceno para a construção de uma comunidade de destino, embora todos os riscos planetários.

No presente texto, o que se pretende é desenhar algumas ideias acerca da possibilidade de construir-se uma comunidade mundial de valores tomando-se como ponto de partida os bens públicos mundiais, na condição de um novo paradigma de convivência humana e em cuja base estão os direitos humanos, analisados desde a perspectiva cosmopolita (Parte 1).

Muitos atores participam desse cenário plural que é a contemporaneidade, sejam nacionais, regionais, transnacionais e internacionais, públicos, privados e semipúblicos. Um deles pode ser considerado protagonista porquanto invariavelmente chamado a reescrever as grandes questões da humanidade deste Século XXI: a jurisdição, estatal ou não e que atua limitada por regras processuais. A fecundidade de sua atuação pode ser vista pelo aumento, sempre crescente, dos chamados que lhe são lançados, fundados na crença de serem os juízes um dos principais atores desse "mundo comum".

Nesse quadro, o seu próprio conceito muda em face da atuação cada vez mais alargada a formar a denominada internacionalização dos juízes. E ao mesmo tempo, o que se vê é o direito internacional receber o influxo das jurisdições, movimento que compõe o fenômeno da jurisdicionalização do direito internacional. Mais precisamente ainda, importa refletir, considerando esse período de transição por que passa a humanidade, sobre a capacidade da Justiça e a efetividade de suas decisões para concretizar os direitos humanos com vistas à emergência de uma comunidade mundial de valores, tomando-os como "elos" entre a pluralidade de ordens e sistemas jurídicos em interação constante (Parte 2).

Para tanto, a matriz teórica base utilizada será a obra de Mireille Delmas-Marty, autora que tem empreendido profícuos estudos sobre o processo de internacionalização do direito e a possibilidade de construção de uma comunidade mundial de valores, em cujo contexto os bens públicos são um vetor importante de análise. Para dar conta da noção de bens públicos mundiais, os autores utilizam-se da obra organizada por IngeKaul, Isabelle Grunberg e Marc Stern, fruto de uma publicação mais ampla patrocinada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

BENS PÚBLICOS MUNDIAIS: OS DILEMAS PARA CONSTRUIR-SE UM NOVO PARADIGMA

A humanidade vê-se desafiada a construir um novo paradigma jurídico-político de convivência para além das fronteiras nacionais, sobretudo diante do desfazimento/transformação dos modelos modernos e da incapacidade, muitas vezes sentidas, deste projeto civilizatório funcionar como instrumento de garantia contra as barbáries da história. A humanidade parece viver um drama entre o crescimento exponencial de instrumentos político-jurídicos e sua fraqueza para evitar as tragédias humanitárias experimentadas, mergulhada, perplexa em um ambiente de desfazimentos de seus espaços e instrumentos tradicionais.

Por isso, a emergência de pensar alternativas. Trata-se, neste caminho, de refletir sobre a possibilidade de dotar determinados direitos e bens de um novo caráter: o de "bens públicos mundiais". Para tanto, mister reconhecer a existência de uma nova ordem que rege as relações globais e que se distingue das ordens nacionais e da ordem internacional. Com ela pretende-se fazer a síntese que o debate sobre - e o embate entre - o nacional e o internacional tem dificultado. Parece ser possível atribuir tal papel à ordem cosmopolita (1.1.) que aqui é abordada para o efeito de traçar um percurso que chegue aos bens públicos mundiais (1.2.), adotados como possibilidades para pavimentação de novos caminhos, transcendendo os limites tradicionais dos espaços político-institucionais modernos, que, como tais, desempenham um duplo papel: o de espaço de construção e reconhecimento das estruturas assecuratórias e, ao mesmo tempo, de ambiente de desconfiança em relação ao outro - o diferente, o estrangeiro, o "inimigo".

A COMPOSIÇÃO DE UMA NOVA ORDEM: O TRACEJAR DO COSMOPOLITISMO

Victor Hugo⁵, no poema iluminado *L'Amour d'une Mère*, sintetiza o amor da mãe pelos filhos com a expressão "cada um possui sua parte e todos têm um todo". Tomando emprestada a expressão, a utilização da expressão "bens públicos mundiais" pode ser inserida no contexto das reflexões sobre o surgimento de um ramo novo do direito, o direito cosmopolítico⁶ e remete à indagação sobre a possibilidade de construir-se uma comunidade internacional de destino, na qual todos teriam direito, por inteiro, a alguns bens que podem ser considerados "comuns da humanidade".

Do tempo de Diógenes, o Cínico do mundo romano, ao tempo de Kant em 1795, pode-se dizer que a compreensão do mundo na perspectiva cosmopolita não é um invento da modernidade. O primeiro parece que, rejeitando a pólis, perguntado de onde era, respondeu ser "do cosmos", inaugural manifestação em favor de um ideal internacionalista ou, quiçá, cosmopolita, como bem lembra Moles⁷. E o segundo, no terceiro artigo definitivo da obra *À Paz Perpétua*⁸, um manifesto contra os processos colonizadores europeus, em nome do direito de visita, afirmou ser o direito cosmopolita o que garantiria a "hospitalidade universal".

Do mundo romano ao início do mundo moderno a humanidade conheceu auge e declínio. Da modernidade ao tempo contemporâneo os passos da história não foram diferentes. Contudo, o modo e a extensão do desenvolvimento das relações econômicas e dos avanços dos meios de produção tecnológica, de informação e de transporte, nunca antes foram assim experimentados pelas sociedades humanas, como o são nos tempos atuais. Da mesma maneira, a política se tornou global e os Estados-Nação, originariamente organizados num sistema de simples coexistência, de justaposição de soberanias e conformados para dar conta da ordem interna, de um lado e, de outro, afirmarem-se na cena internacional, dois fenômenos balizadores da Paz de Westfália de 1648 não estavam e não estão institucionalizados para a emergência de um mundo que produz

5 Em francês: *Chacun en à sa part, et tous l'ont tout entier! Lesfeuilles d'automne*, 1831. A metáfora foi realizada por Mireille Delmas-Marty. (Delmas-Marty, 2010a, p. 209).

6 VENTURA, D. **Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede**: esboço de conjugação entre estatualismo e cosmopolitismo. In: STRECK, L. BOLZAN DE MORAIS, J. L. (Orgs.). *Constituição, sitemassociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 223-240.

7 MOLES, J. L. *Cosmopolitismo cínico*. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile. BRANHAM, R. Bracht. **Os cínicos. O movimento cínico na Antiguidade e o seu legado**. São Paulo: Loyola, 2007. p. 121-136.

8 KANT, I. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1975, tradução de 1989. p. 43-44.

interdependências assimétricas⁹ entre os países desenvolvidos e os em vias de desenvolvimento, muito embora estes “lugares” já não estejam bem definidos e não sejam definitivos.

Isso se traduz no reconhecimento em favor de uma comunidade de Estados comprometidos em termos cosmopolitas e não ao isolacionismo cultural, econômico e político. Põe-se, portanto, o desafio de construir-se uma postura comprometida com a consciência cosmopolita até mesmo como condição de possibilidade para encontrar-se uma resposta possível – e adequada – à tensão entre o sentido universal dos direitos humanos – universalismo –, as condições locais para sua efetivação – multiculturalismo –¹⁰ e os interesses do capitalismo.

Neste contexto, a utilidade em usar-se a expressão *comunidade* está em diferenciá-la de *sociedade*, para além de um debate meramente semântico. É falar de uma comunidade interestatal e interhumana¹¹ e é dizer de um sistema multisolidário encaixado¹² que põe a nu o reconhecimento “da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita”¹³ com vistas ao fortalecimento da democracia global, com todos os desafios que essa ideia possa carregar.

A questão que se apresenta atualmente é não apenas reconhecer ser a ordem mundial dominada pelos interesses econômicos dos países desenvolvidos e dos múltiplos atores privados que dominam as relações mundiais de finanças e de comércio, como reafirma a teoria realista do poder¹⁴, mas também afirmar ser urgente refletir-se sobre o significado de democracia no contexto da cambiante combinação entre o local, o nacional, o regional e o global.

Nesse diapasão, David Held¹⁵ na perspectiva de seu “cosmopolitismo democrático”¹⁶, diz que o mesmo se afirma com base (a) na colaboração permanente entre autoridades múltiplas – Estados, organizações e corporações internacionais – que; (b) respeitem normas e princípios constitucionais similares. De um lado, impõe-se reforçar as relações entre ordens múltiplas entrelaçadas¹⁷ e, de outro, reduzir os *deficits* de *accountability* e as reiteradas violações aos direitos humanos. Essas duas particularidades irrenunciáveis consistem na defesa de uma política de democratização global – quiçá formadora de uma república mundial – que não dispense os Estados, mas opere de forma complementar e subsidiária, conformando o “cosmopolitismo graduado” de que trata Otfried Höffe¹⁸.

Por outro lado, embora se reafirme que o Estado-Nação esteja incapacitado para fazer frente às redes mundiais e que tem perdido, paulatinamente, sua capacidade de reagir aos interesses dos atores privados internacionais, Appiah¹⁹ defende o “cosmopolitismo patriótico”, segundo o qual para ser cidadão do mundo não há que se renunciar às identidades locais, sempre fontes irrenunciáveis de riqueza cultural, política, de tradição e vitalidade.

Desse modo, na perspectiva da existência de bens públicos mundiais, o que se tem como ponto de partida é a metáfora da “cidade ideal” que, no fio do tempo, mundializa-se e que lança o desafio de democratizar o sistema internacional, cuja primeira providência será a de rever os métodos de cooperação internacional ainda hoje estabelecidos sob bases, senão frustrantes, assaz tímidas.

No limite, é diante da *sociedade do medo* contemporânea que há um aumento progressivo da reivindicação pela construção e pela concretização de uma *comunidade de destino* com vistas à consolidação dos direitos humanos. Trata-se de verdadeiro desafio, porque a própria concepção do que seja uma comunidade de destino é plural, podendo representar uma comunidade de violência

9 CAMPUZANNO, A. J. 2003. La globalización ilustrada. **Ciudadania, derechos humanos y constitucionalismo**.

10 HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: LitteraMundi, 2001. p. 150.

11 DELMAS-MARTY, M. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris:Seuil, 2010b. p. 242.

12 DELMAS-MARTY, M. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. 2010b. p. 242.

13 HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. 2001. p.73.

14 OST, F. KERCHOVE, M. V. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 166.

15 HELD, D. **La democracia y la orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997. p.169.

16 TEIXEIRA, A. V. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.p. 205.

17 NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 113-132.

18 HÖFFE, O. **Derecho intercultural**. Barcelona: Gedisa, 2000.p. 246-248.

19 APPIAH, K. A. **Cosmopolitismo**. La ética em um mundo de extraños. Madri: Katz, 2007.

multifacetada, uma comunidade de cooperação e um destino comum de miséria e sofrimento²⁰. De um lado uma composição global fundada na razão à moda hegeliana. De outro, um jogo de estratégias de poder que abre as portas ao estado de exceção permanente que se erigiu pós 11 de setembro de 2001 como paradigma de governo cujo modelo exponencial é o *USA Patriot Act*²¹. Em nenhum dos casos, porém, é possível curso construtivo da inexorável comunidade humana de destino que expressa cisões e “ataduras existenciais que transcendem fronteiras nacionais, éticas, religiosas e políticas”²².

Nesse sentido, um dos pontos mais nevrálgicos para a construção dessa comunidade de destino é superar o medo do outro, hoje representado por toda forma de exclusão e de rejeição, por exemplo, do imigrante. A distância para construí-la é, senão abissal para muitos, ao menos *naïff* para outros, diante das representações sociais atuais profundamente comprometidas com a versão hegemônica do neoliberalismo²³, desregulamentador e globalizado – forjado a partir de uma, agora negada, *globalização feliz*²⁴, em que o “futuro radiante” foi sucedido pelo ativismo gerencial, aquém do político, pela pujança da tecnologia, da mídia, da economia, do consumo e de toda a sorte de patologias individuais, como refere Lipovetzky²⁵.

De todo modo, no debate sobre a construção de uma comunidade humana de destino é importante colocar em pauta, segundo Delmas-Marty, a ideia mesma de “bem comum”. De fato, existem razões importantes para ampliar o olhar para horizontes mais abertos nos quais repousa a própria possibilidade de reconstruir-se a concepção do que seja “espaço público”. Essa reconstrução é proposta por Nancy Fraser²⁶, para quem uma concepção adaptada de espaço público deve exigir, em primeiro lugar, que sejam eliminadas as desigualdades sociais. Assim a discussão de uma possível – e alcançável – sinergia entre os direitos do homem e os bens públicos mundiais, como refere Delmas-Marty²⁷, expressa, parcialmente, essa busca da redução das desigualdades que persistem no campo dos direitos humanos.

Um avanço possível para a construção de uma teoria dos bens públicos mundiais pode ser encontrada nas questões ligadas ao direito à saúde²⁸ na condição de um direito social de primeira magnitude envolvido em infundáveis *deficits* prestacionais pelos e nos Estados democráticos, como também caracterizado por uma dimensão espacial que transgride as fronteiras nacionais, tendo-se tornado um problema global.

O DIFÍCIL DESAFIO DE QUALIFICAR “BENS PÚBLICOS MUNDIAIS”: OS DIREITOS SOCIAIS COMO LABORATÓRIO

Se há ainda desacerto teórico sobre o que sejam bens públicos em âmbito interno, resta ainda mais desafiador construir uma teoria sobre bens públicos mundiais (1.2.1). Uma teoria que continue a ligar a noção de bem público rigorosamente aos espaços nacionais não permite que sejam estendidos do domínio nacional ao internacional. Se a pretensão está ligada à construção de uma comunidade mundial de valores e de direito em escala planetária, presente está o risco da hegemonia dos Estados mais fortes sobre os mais fracos, como também o do esfacelamento da diversidade cultural e das tradições, o que evidencia a intransponibilidade de pensar-se um novo *locus* para a sua “instalação”.

20 BECK, U. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005.p. 8-14

21 AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14.

22 BECK, U. **Más justicia mediante más europa**. El País, 03.09.2011, Tribuna.

23 Daí a crítica negativa de Zolo, Danilo ao cosmopolitismo na medida em que por meio dele as relações de opressão econômica poderiam ser reforçadas e a processo de globalização da economia internacional não levaria necessariamente a um processo de integração social planetária. (ZOLO, 2008, p. 172-173).

24 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

25 LIPOVETZKY, G. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.p. 55-57)

26 FRASER, N. 2011. **Qu’est-ce que la justice sociale?** Reconnaissance et distribution. Paris: La Découverte/Poche, 2011.p. 143

27 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 283.

28 Os autores assumem o recorte feito neste momento pela escolha de apenas um dos tantos direitos sociais que poderiam dar ensejo à compreensão do que sejam bens públicos mundiais.

Embora essas tendências conflituais, é inegável que, em alguns campos, tanto no plano global quanto dos Estados, há reivindicações de melhoria das condições de vida que garantam nesta direção, como ocorre com as questões ligadas ao direito à saúde (1.2.2), considerado, inclusive sob o ponto de vista moral como um bem coletivo, uma soma de bens individuais, a reivindicar políticas de justiça distributiva²⁹.

DELINEAR UM NOVO PARADIGMA: UMA CONTRIBUIÇÃO À CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE “BEM PÚBLICO MUNDIAL”

A qualificação jurídica de “bens públicos mundiais” resta um pouco delicada. Parte-se da dificuldade em combinar a contradição entre o universalismo dos direitos humanos estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e o relativismo da humanização que necessariamente deve levar em conta os particularismos e as diferenças culturais. Porém, como refere Delmas-Marty³⁰, uma dinâmica interativa dos direitos do homem pode ajudar a resolver essa contradição caso se tenha uma visão alargada dos mesmos para neles englobar os “bens públicos mundiais”.

A expressão “bens públicos mundiais” (DELMAS-MARTY, 2010a, p. 207) tem origem na linguagem adotada pelo PNUD e pelo Banco Mundial no início do milênio em curso, inicialmente com origem econômica³¹, mas que resultou de profundos trabalhos e pesquisas realizados ao longo da última década do Século XX com vistas a transformar o conceito de desenvolvimento em algo mais comprometido com a ideia mesma de qualidade de vida³². Relaciona-se à busca de uma resposta à globalização pela via de uma solidariedade transnacional e transtemporal, cuja “melhor” gestão depende do fornecimento³³ – e consideração – desses bens públicos mundiais.

A ideia de que possa existir uma solidariedade transnacional, desconectada do peso da soberania, não é recente³⁴, uma vez Hugo Grotius ter a ela feito referência quando tratou das questões ligadas ao alto-mar. Contudo, a herança nociva, pessoal – individual e coletiva – e material, deixada pelas duas grandes guerras do Século XX, somadas às derivas ecológicas produzidas no mesmo período, deflagraram novos anseios. A imbricação recíproca entre esses dois universos – resultados das guerras e violações ecológicas – fez com que um inexpressivo embaixador de Malta – Arvid Pardo – lançasse em 1967 o conceito de “patrimônio comum da humanidade”^{35,36}. Esse diplomata toma de empréstimo a figura do “trust” da *Common Law* para situar o Estado em relação aos recursos naturais e aos interesses futuros da humanidade, na posição de um “trustee” no qual a sociedade deposita confiança de que irá gerir qualificadamente os interesses que são de todos. Esse fenômeno poderia ser compreendido como uma “nova lei de três Estados” apta a indicar três diferentes concepções de direito internacional³⁷: a) coexistência de Estados soberanos; b) concerto da ONU para a identidade de interesses da comunidade internacional e; c) solidariedade entre os povos.

Com efeito, um sistema de participação efetiva da sociedade poderia impor limites ao risco de que o discurso sobre os bens públicos mundiais em verdade, esconda interesses meramente econômicos dos Estados ou de grupos cujos espaços e estratégias de atuação em muito suplantaram as fronteiras nacionais. Nesse sentido, Morin destaca a importância da construção de “uma civilização mundial” ou

29 DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**. Le relatif et l’universel. Paris: Seuil, 2004a.p. 122

30 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** Paris: Seuil, 2010a. p. 206

31 STIGLITZ, J. E. **Knowledge as global public good**, Work Bank, 1999.

32 Cujo pressuposto é o desenvolvimento das capacidades humanas. (SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. 2000, p. 32) (HONNETH, 2003, p. 269-280).

33 KAUL, I; CONCEIÇÃO, P; LE GOULVEN, K et MENDOZA, R U. **Pourquoi les biens publics mondiaux sont-ils si importants aujourd’hui?** Disponível em: <http://www.undp.org/globalpublicgoods/globalization/pdfs/french1.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2011.

34 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a. p. 207.

35 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a. p. 207.

36 A referência do diplomata deu-se a propósito da problemática ligada às águas profundas (CONSTANTIN, 2011) (SANTOS, 2006, p. 74).

37 A referência é de Delmas-Marty, Mireille e a autoria da expressão é de Marie-Dupuy, Pierre, 2004. (DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**. Le relatif et l’universel, 2004a).

de uma "sociedade civil mundial"³⁸, por meio da participação popular, o que pressuporia uma "comoção mental", uma tomada de consciência para lutar e controlar ações concretas. Uma observação, no entanto, faz-se necessária. Embora o "patrimônio comum da humanidade" tenha restado inscrito em diversos textos normativos internacionais³⁹ sua aceitação não se fez sem resistência, tanto que restou ausente do texto da Convenção do Rio de Janeiro sobre meio ambiente de 1992.

A persistente desigualdade entre as relações norte-sul do planeta repercutiu na aceitação da existência de um "patrimônio comum da humanidade", conceito considerado inadequado porque consistiria em abertura de acesso aos recursos naturais dos países desenvolvidos em detrimento dos países em desenvolvimento que, evidentemente, sempre apresentam dificuldades em exercer sua soberania⁴⁰. Por outro lado, há que se considerar que as diferenças econômicas existentes entre eles definem o nível de acesso às riquezas naturais e aos avanços tecnológicos. Nesse contexto, a expressão "bens públicos mundiais" convidaria a construir uma nova etapa, embora repouse sobre o mesmo princípio da solidariedade transnacional⁴¹. À incerteza de acesso ao "patrimônio comum" delegada aos Estados em desenvolvimento, ter-se-ia um alargamento do rol de atores responsáveis pela garantia desses "bens comuns" para além dos Estados, tais como as instituições internacionais e os atores privados, do que derivaria a tentativa de conciliar a territorialização, característica da modernidade, com as aspirações coletivas mundiais voltadas à efetivação dos direitos humanos.

Contudo, falar de bens públicos mundiais perpassa a superação da visão que reduz os direitos fundamentais aos direitos do homem⁴² para tecer uma concepção mais larga que coloca o universalismo numa tripla evolução: biológica (hominização) ética (humanização) e tecnológica (globalização)⁴³. Desse modo, se os direitos do homem estão presos entre uma hominização unificadora e uma humanização relativista, são os bens públicos mundiais que poderão reduzir as tensões entre hominização e humanização e contribuir para a emergência de valores universalizáveis para cuja construção o paradigma da tradução deverá exercer um papel fundamental na condição de um "instrumento político" a serviço da ética⁴⁴.

Nessa perspectiva, a compreensão do que sejam "bens públicos mundiais" não é tarefa fácil. Conforme lembra François Constantin⁴⁵, deve-se rejeitar qualquer ruptura entre o interno e o internacional para tomar em conta não somente as similitudes mas, antes, as continuidades entre o local e o global. Como esta concepção deriva do reconhecimento da pluralidade que domina a cena mundial, não se pode pretender encontrar possíveis saídas no "pluralismo de fusão" – que comporta o risco da hegemonia –, tampouco no "pluralismo de separação" – que manteria os Estados autônomos, uma ilusão em tempos de globalização – e sim no "pluralismo ordenado", algo como um espaço ordenado, uma "possível" resposta à complexidade jurídica do mundo⁴⁶.

O desafio tem início com a ambiguidade da palavra "bem"⁴⁷, uma vez poder designar um valor ético – bem e mal – como também um "produto" com valor mercadológico, ou seja, algo indisponível, não discriminável, submetido à "gestão coletiva dos povos e à conservação com vistas às gerações

38 MORIN, E. **A minha esquerda**. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 252.

39 Visando ao patrimônio mundial e natural ("Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural", mais conhecida por "Convenção do Patrimônio Mundial"1972); com relação a Lua e outros corpos celestes (Acordo que Regula as Atividades dos Estados na Lua e em outros Corpos Celestes ou Acordo da Lua, 1979); sobre o mar e os oceanos (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, 1982); sobre o genoma humano (Declaração universal do genoma humano e direitos humanos, 1997) e, finalmente, sobre a diversidade cultural (Convenção sobre a proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, 2005) (DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a).

40 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 281-332.

41 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 281-303

42 No sentido de alargar a concepção para "direitos da humanidade", ou seja, para incluir a natureza e os animais. (Delmas-Marty, 2010a, p. 257-280).

43 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 203

44 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 380

45 CONSTANTIN, F. **Les biens publics mondiaux**, Dr. Jekyll et Mr Hyde. Disponível em: <http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/archivessei/biensmondtxxt/constantin.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2011.

46 DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit (II): Le Pluralisme Ordonné**. Paris. Seuil, 2004b, 282 p.

47 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 281

futuras⁴⁸ que desborda dos limites de uma escolha definitiva para compor-se na forma de um processo de "seleção permanente"⁴⁹.

Mas é com relação à palavra "público" que surgem as maiores dificuldades, ante a dúvida de saber-se qual público está em questão, uma vez ser objeto de distintas compreensões a depender do ramo do direito tomado em conta. No Brasil a expressão pode ter um duplo sentido⁵⁰, ora entrelaçada à noção de Estado "a quem é conferido um poder de dominação geral", ora pode ser vista como "um conjunto de bens destinados à coletividade". Mas também pode ser entendido por bem público todo aquele que se opõe ao privado, constituindo-se em bens de uso comum do povo ou de uso especial, como expresso pela doutrina administrativista tradicional⁵¹. Porém, a associação de bem público a Estado dificulta a simples transposição para a escala mundial, ante a ausência de um "Estado Mundial". Melhor seria, segundo Delmas-Marty⁵², associá-lo a poder mundial e não a Estado.

A problemática é bem analisada por Beck⁵³ ao propor uma democratização global em que os Estados ainda seriam preservados. Uma ordem mundial, sem Estados, segundo ele, esbarraria em alguns vetos. Logo, em vez de dissolvê-los, uma possível república mundial deveria reconhecer sua importância. Dessa maneira, o Estado mundial assumiria a forma de uma liga de Estados ou Estados confederados. O segundo veto construtivo vai dizer que essa ordem mundial não será construída com uma força-relâmpago, e sim pela atuação a) dos Estados; b) das organizações internacionais; c) pela república mundial como liga mundial de Estados. Aqui estaria presente o princípio da subsidiariedade. Tomando por base essa perspectiva evolutiva, pode-se reconhecer a dificuldade em continuar a associar a noção de "bem público" somente ao Estado nacional.

Diferentes não são as dificuldades para definir o qualificativo "mundial", pois, como visto anteriormente, não significa necessariamente repercutir em escala planetária. Ao contrário, podem referir-se apenas a um espaço regional. De todo modo, é relevante considerar-se que podem ser reconhecidos por bens "mundiais" os que se referem à natureza, como, por exemplo, o clima, a camada de ozônio, as reservas de água e os que são tratados nas esferas nacionais, mas que são mundializados em vista da necessidade de cooperação internacional, assim como a saúde, tendo em vista as epidemias e o acesso - limitado - aos medicamentos, por exemplo. Contudo, é possível pensar-se que tal cooperação pode ter como ponto de partida níveis subnacionais, na forma de redes que comporiam "pontes analíticas" entre a escala global, ainda em construção, e o local. Enfim, que tenham relevância para constituir "formas sociais globais", como defende SaaskiaSassen⁵⁴.

Por isso, essa compreensão permite verificar que a especificidade do que sejam "bens públicos" em âmbito nacional não pode, todavia, impedir que se trace uma definição teórica capaz de reconhecer, no plano internacional, obrigações coletivas em torno de bens mundiais com vista a delinear projetos comuns. Discernidas tais nuances, essas observações conduzem a outro caminho inexorável, qual seja, a de que os bens públicos mundiais dariam uma contribuição para a formação de valores universalizáveis, daí o papel do Direito para hierarquizar valores e responsabilizar seus transgressores, pois esses últimos impediriam a construção de um direito comum da humanidade.

Na prática, podem-se visualizar processos jurídicos que envolvem a qualificação de bens públicos mundiais e que expressam aquela sinergia. Um deles, conforme Delmas-Marty⁵⁵, refere-se às "capacidades humanas", termo empregado por Amartya Sen⁵⁶. Nesse aspecto, os exemplos vão da educação à saúde. Parece ser essa última aquela que melhor expressa esse cruzamento dos bens públicos mundiais com os direitos humanos. Assim, pode ser tratada de uma tripla perspectiva, a saber: a) saúde como um direito do homem; b) a saúde pública como um direito da humanidade

48 PUREZA, J. M. **Globalização e direito internacional**: Da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 36, 1993.p. 9-26.

49 SANTOS, B. de S. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 74.

50 CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1235.

51 DI PIETRO, M. S. Z. 2010. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 671.

52 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?** 2010a, p. 282.

53 BECK, U. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005b. p. 343-345.

54 SASSEN, S. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 16-17.

55 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a. p. 283.

56 SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 32.

e; c) o acesso aos medicamentos relacionado ao mercado⁵⁷. É o que segue.

OS DIREITOS SOCIAIS COMO LABORATÓRIO: A PLAUSIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE SER ELEVADO À CONDIÇÃO DE BEM PÚBLICO MUNDIAL

A saúde é inscrita como um direito humano de segunda geração/dimensão e faz parte de um grupo de direitos relativamente jovens que alargou consideravelmente o campo dos direitos humanos, cuja presença é forte no âmbito do que Cass Sustein denominou de "revolução dos direitos"⁵⁸, aqui englobados os direitos sociais de modo amplo e todos os que se relacionam às aspirações de inclusão e redução da pobreza. É inegável, pois, que os direitos de segunda geração constituem na atualidade um importante motor que movimenta as reformas institucionais - internas e externas - necessárias para que sejam satisfeitas as obrigações ainda muito imperfeitas para a sua concretização. E o que se põe à mesa é o que os Estados e as instituições internacionais podem fazer para impedir as violações de tais direitos de base, dentre eles a saúde.

Entretanto, reconhecer na saúde um "bem mundial" não é algo sereno, pois as doenças são tratadas de modo diferente de um lugar a outro e as políticas sanitárias são reiteradamente opostas às liberdades individuais em nome dos "interesses de saúde pública" e dos interesses econômicos impostos pelos países desenvolvidos aos em desenvolvimento, bem como aqueles em se encontram abaixo dessa classificação.

Sem pretender fazer a opção pelo individualismo - cujo lugar paradigmático deve ser criticado -, é preciso considerar que a ideia mesma de que o direito à saúde pertence a cada pessoa e que pode ser oposto ao Estado não acompanhou a evolução do Estado Liberal do Século XIX. A bem da verdade, é preciso não esquecer que os direitos sociais desenvolveram-se no Século XX. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece o direito a todos de terem assegurado um nível de vida para resguardar a saúde. Entretanto, em escala mundial, a concretização dessa promessa está muito longe de ser cumprida, uma vez ser ínfimo o percentual de pessoas com acesso aos serviços de saúde - seja para tratamento, prevenção ou melhoria da qualidade de vida - nos países em desenvolvimento e entre aqueles considerados os mais pobres do planeta⁵⁹.

Como se sabe, o que separa os países desenvolvidos dos países em desenvolvimento não é uma simples diferença de meios financeiros, mas, antes, a diferença de acesso e aquisição de conhecimento⁶⁰. Por exemplo, no campo da produção de medicamentos e do acesso a eles, a última diferença pode ser comprovada por meio das leis de propriedade intelectual que demonstram o quão mais fácil ou mais difícil é reduzir aquelas desigualdades⁶¹. Mesmo em escala nacional, podem-se constatar os desequilíbrios das políticas de saúde e da distribuição de medicamentos de acordo com o movimento pendular dos interesses econômicos.

Do contexto nacional ao internacional, lembra Delmas-Marty, as políticas de saúde restam divididas entre o direito à saúde como um direito humano e a saúde pública como um bem hoje relevante aos interesses do mercado. Para confrontar tal realidade, que coloca os Estados cada vez mais na dependência do desenvolvimento tecnológico e de pesquisas - embora sejam, muitas vezes, os fornecedores da matéria prima - o que se reflete nos preços dos medicamentos, a saúde é um bem que deve ser inserido no rol dos bens públicos mundiais para que outro tratamento jurídico seja dado, sobretudo, às questões ligadas às patentes de medicamentos.

Porém, há que ser reconhecido o *deficit*, ainda atual, para a efetivação e proteção desse direito, o que seguramente está diretamente relacionado às previsões legislativas tardias que passaram a estabelecer tal proteção, tanto em nível interno, quanto no conjunto dos marcos normativos

57 SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, 2000, p. 284.

58 SUSTEIN, Cass. **After the rights revolution**; Reconceiving the Regulatory State. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

59 Mireille lembra que o índice chega a apenas 8% nos países em desenvolvimento que representam em torno de 75% da população global (DELMAS-MARTY, 2010a, p. 286).

60 Que tem início com a redução significativa dos índices de analfabetismo e com o aumento do acesso à educação. Veja-se informação do PNUD nesse sentido. Disponível em: http://www.pnud.org.br/odm/objetivo_2/.

61 STIGLITZ, J. E. **Um autre monde**. Contre le fanatisme du marché. Paris: Fayard, 2006. p. 212.

internacionais. Por essa razão, também tardiamente os mecanismos de controle foram postos em prática, seja em nível nacional, regional e internacional.

Oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) foram assinados por 189 países. Sarah Zaidi⁶² destaca a dissociação lamentável entre tais Objetivos e os direitos humanos, eis que os primeiros centraram-se em metas operacionais, indicadores e parâmetros de referência com o objetivo de mostrar aos investidores estrangeiros do G8 a eficácia da ajuda externa na redução da pobreza. O ODM6 refere-se à luta contra a AIDS, malária e outras doenças infecciosas importantes. Embora 4.000.000 de pessoas recebam atualmente tratamento em relação às 400.000 em 2000, resta saber se as questões de discriminação, participação, remédio efetivo e informação têm sido atendidas. Além disso, importa também saber se os mecanismos de responsabilização são efetivos. Esse quadro demonstra o quão longe ainda está a consideração do direito à saúde como um "bem público mundial", o que é evidenciado pela escolha das metas operacionais distantes dos direitos humanos. No que diz respeito à responsabilização, em nível nacional, as pessoas têm recorrido ao Poder Judiciário dos Estados para ter acesso à saúde e aos medicamentos, reserva deixada à margem nacional de apreciação.

Assim, pode ser reconhecido o direito à saúde como um direito humano oposto aos Estados, mas de nítidos contornos transnacionais. Veja-se que vários textos, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o preveem tanto em nível mundial quanto regional. No primeiro, como se nota do Pacto sobre direitos civis e políticos de 1966 da Convenção sobre a proteção da mulher de 1979 e das Crianças de 1989. No segundo, como se lê na Carta Social Europeia de 1961, na Carta Africana de 1981 e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nesta última no Capítulo IV relativo à solidariedade.

Além disso, o Comitê do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, no ano de 2008, reconheceu no direito à saúde a disponibilidade, a acessibilidade, a aceitabilidade e a qualidade das instalações. E nesse mesmo ano a ONU a reconheceu como bem público mundial.

Buscar o reconhecimento e a efetivação do direito à saúde e considerá-la um bem público mundial que comporia um restrito quadro de direitos universalizáveis faz parte de um fenômeno relativamente novo: o da internacionalização do direito e o da questão do "comum", mote para a renovação do formalismo e do grande desafio para os juristas.

A visão estática do Direito é revolucionada pelo acelerado processo de internacionalização do direito, que não deve ser visto como uma categoria, e sim como um "movimento" tem muito a dizer sobre o papel do processo e do sistema de Justiça para a efetivação dos direitos humanos e para a construção da teoria dos bens públicos mundiais. Entretanto, os direitos humanos não devem ser considerados como conceitos fundadores, pois restariam aprisionados nos particularismos de cada tradição jurídica, carregando, assim, um perfil estático. Devem ser vistos, sim, como processos transformadores⁶³ dos sistemas e das ordens jurídicas, quando então tomarão a feição de algo verdadeiramente dinâmico que poderá transformar o formalismo jurídico. Essa é a sabedoria buscada junto às jurisdições multiníveis - nacional, regional, transnacional e internacional - e do jogo de referências cruzadas em matéria de direitos humanos.

O PROCESSO "CONSTITUINDO" A AÇÃO DO JUÍZES: DIÁLOGOS TRANSNACIONAIS E UMA NOVA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS COM VISTAS À CONSTRUÇÃO DOS BENS PÚBLICOS MUNDIAIS

A representação tradicional do ato judicial consiste em "dizer o direito", em "aplicar o direito", por excelência, em limitar/submeter a atividade dos juízes ao Direito. É preciso registrar, entretanto, que nas democracias contemporâneas ocorre uma guinada de sentido no que diz respeito à compreensão de jurisdição. Em virtude das influências teóricas dos pensadores do Século XIX, que construíram as primeiras bases dogmáticas do direito processual, a jurisdição, como um dos pilares estruturantes dessa disciplina, foi colocada ao centro do sistema jurídico.

62 Objetivo 6 do Desenvolvimento do Milênio e o Direito à saúde: Contraditórios ou complementares? **SUR – Revista Internacional de direitos humanos**. V. 7. N. 12. Jun. 2010, p. 129-151.

63 DELMAS-MARTY, M. Avant-Propos. In: DUBOUT, E. TOUZÉ, S. **Les droits fondamentaux**: Charnieres entre ordres et systemes juridiques, 2009, p. 7.

Tal centralidade, no Século XX, deu vazão ao surgimento do fenômeno do ativismo judiciário que, malgrado a inoperância dos demais poderes do Estado, passou a representar toda a sorte de discricionariedades e subjetivismos⁶⁴. O inevitável fracasso dessa experiência fez-se sentir nas últimas décadas do referido século quando da consolidação das democracias contemporâneas, quando então o Poder Judiciário deixou de ocupar aquele lugar central para cedê-lo ao processo como "constitutivo" da jurisdição e como *locus* onde se garantem direitos de participação para a construção legítima da decisão. Esperar que a solução para os males da sociedade esteja na "bondade dos juízes", como refere Marcelo Cattoni de Oliveira⁶⁵ é, no mínimo, ingênuo, uma vez não ser ele o único ator da cena judiciária.

De sorte que no plano da internacionalização do Direito frutifica a experiência do diálogo judiciário a ilustrar ser o processo o que permite a constituição dessa possibilidade que agasalha a finalidade de fomentar a consolidação e alguns bens comuns universalizáveis. Sendo assim, nessa parte do trabalho destaca-se o papel do processo viabilizador e limitador daquele diálogo. Nesse campo, dois fenômenos aparecem: o da internacionalização dos juízes e o da jurisdicionalização do direito internacional (2.1).

Se o fulcro deste ensaio é pensar na possibilidade de que seja desenvolvida uma teoria dos bens públicos mundiais, de um lado e de outro, analisar o papel que o processo e os sistemas de Justiça desempenham para isso, vale considerar, de igual modo, o lugar que aqui ocupam os direitos humanos e perguntar se eles podem funcionar como elos para a construção de uma aproximação entre diferentes ordens jurídicas em busca da consolidação daqueles bens (2.2.).

EXERCER A ARTE DO DIÁLOGO PARA CONSTRUIR UMA COMUNIDADE MUNDIAL DE VALORES: A "FERTILIZAÇÃO RECÍPROCA" NA ENCRUZILHADA ENTRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS JUÍZES NACIONAIS E A JURISDICIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Cumpra perguntar, à partida, qual é o papel dos juízes e do processo para a construção de uma teoria, da cultura, dos limites e das possibilidades dos bens públicos mundiais. Duas manifestações podem derivar desse papel aqui invocado: a primeira estaria ligada à realidade de ser inegável o caráter político das decisões dos juízes, uma vez decidirem verdadeiras questões da sociedade e não simples diferendos entre particulares. Político, como aludem Ost e Von Kerchove⁶⁶, por dizerem respeito às questões da "cidade" e não no sentido de partidos. Radica nessa visão a segunda manifestação ancorada na compreensão de justiça como "razão pública" tal como posto por Owen Fiss, como também a exigência de que as decisões respeitem o direito como integridade dando respostas adequadas à Constituição e às convenções, orientadas por razões de princípio e não por razões de política, tal como é a exigência neoconstitucional contemporânea⁶⁷. Esta concepção permite identificar um duplo fenômeno contemporâneo sobre a atuação dos juízes por meio do processo que contribui para a construção dos bens públicos mundiais. Um ligado à sua internacionalização (2.1.1). Outro ligado à jurisdicionalização do direito internacional (2.1.2).

EXERCER A ARTE DO DIÁLOGO E DIALOGAR COM ARTE: A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS JUÍZES PARA EFETIVAR OS BENS PÚBLICOS MUNDIAIS

Se em âmbito interno, como se sabe, a efetivação dos direitos humanos, individuais e sociais ainda é uma dificuldade, a situação se passa de modo ainda mais difícil no plano global, ante a

64 AVELÃS NUNES, Antônio. SCAFF, Fernando. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

65 CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Contribuições para uma teoria discursiva da Constituição e do processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, H. et al. **Processo e Constituição**. Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZp, 2011. p. 87-107)

66 OST, F. KERCHOVE, M. V. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit, 2002, p. 99.

67 DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 35-63.

ausência de previsão de responsabilização ou a falta de força executória dos marcos normativos e das decisões dos tribunais que tratam da matéria. Qualquer tentativa de estabelecimento de bens públicos mundiais não pode abdicar de reivindicar um quadro normativo capaz de responsabilizar os atores por sua efetivação e por sua violação.

Mas o que se vê, em algumas áreas específicas, como a da saúde, é justamente essa fragilidade, seja por ausência de instituições com competências definidas, seja pela pluralidade delas a indicar dispersão de poder que gera a inefetividade.

Em razão disso, conforme destaca Delmas-Marty⁶⁸, o que se constata é um "grande chamado aos juízes", porque os indivíduos sentem-se incompreendidos e "abandonados pelos políticos" e, amiúde, pela política – aqui o Poder Executivo, ante a escassez e os limites de um Estado Social alicerçado em bases capitalistas⁶⁹ – senão a ausência – de políticas públicas eficazes. O reconhecimento desse papel aos juízes é feito por muitos teóricos do direito, podendo-se falar de "governos de juízes"⁷⁰, que transforma o poder judiciário no "mais universalizável dos três poderes descritos por Montesquieu"⁷¹.

Mas o que ilustra claramente esse aumento de poderes é justamente o fato de estarem os juízes encarregados de decidir litígios de caráter coletivo e não mais apenas individual, como também pelo fato de serem desafiados a lançar mão de argumentos não mais fundados apenas no direito nacional, mas, antes, advindos de marcos normativos regionais e internacionais e de jurisprudência produzida por seus pares estrangeiros de outros tribunais nacionais ou não aos quais não estão vinculados, tampouco submetidos hierarquicamente.

No quadro atual, pode-se apontar que a internacionalização dos juízes nacionais ocorre por meio de atividade tridimensional exercida por eles na contemporaneidade. A primeira dimensão é relativa ao exercício do que se pode denominar de "competência extraterritorial"⁷², a sugerir uma competência universal em matéria de violação dos direitos humanos, como se deu com o caso Pinochet⁷³. Em nome de que princípio democrático poderão os juízes procurar suas razões em outras fontes que não nas palavras de seu legislador? Com efeito, essa é uma lancinante pergunta democrática formulada por Allard e Garapon⁷⁴ e que a segunda dimensão pretende responder com base no que se pode denominar de "emancipação dos juízes" pelo aumento, crescente, da inclusão nas razões de decidir, de texto de direito internacional.

Os juízes, com isso, liberam-se de aplicar apenas o direito interno, pois além do dever de controlar a constitucionalidade, como demonstra o direito comparado, possuem o dever de controlar a convencionalidade⁷⁵, ou seja, de aplicar no plano da jurisdição interna os tratados e as convenções firmados pelos Estados a que estão vinculados. Se isso é perfeitamente aceitável e, quiçá, necessário, é preciso reconhecer que não afasta os riscos, com a substituição de um direito constitucional, produto, bem ou mal, de um *poder constituinte*, por um direito internacional resultante dos arranjos políticos nacionais, malgrado, a necessária e adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos nas perspectivas aqui sugeridas.

Em matéria de respeito à convencionalidade de tratados e convenções de direitos humanos, isso é particularmente importante na medida em que muitos Estados atribuem força de norma constitucional aos mesmos. Ademais, por previsão constitucional, cabe aos juízes nacionais não só realizar o controle da convencionalidade, mas resguardar princípios que fazem parte do *ius commune*

68 DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit (III)**. La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007, p. 41.

69 BOLZAN DE MORAIS, J. L. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Coleção Estado e Constituição n. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

70 OST, F.; VON KERCHOVE, M. V. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. 2002, p. 98.

71 GARAPON, A.; ALLARD, J. **Os juízes na mundialização**. Lisboa: Piaget, 2006.

72 Essa expressão quanto as que se seguem – emancipação e emulação – são de Mireille Delmas-Marty (DELMAS-MARTY, 2007, p. 45-50).

73 GARAPON, A. **Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner**. Paris: Odile Jacob, 2002, p. 54-58.

74 GARAPON, A.; ALLARD, J. **Os juízes na mundialização**. 2006. p. 12.

75 OST, F.; KERCHOVE, M. V. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. 2002. p. 101.

e que gravitam na esfera das relações internacionais na condição de conquistas civilizatórias que os Estados democráticos devem respeitar. Na verdade, trata-se aqui de reconhecer neste *iuscommuneum* sentido de tradição, composta por um modo de pensar e um modo de vida que, ao contrário do pensamento de MacIntyre^{76,77}, não representa o relativismo de uma dada tradição mas, antes, o esforço de construir valores comuns.

A terceira dimensão concerne ao fenômeno da "emulação dos juizes" provocada pelas jurisdições dos tribunais internacionais, sobretudo dos tribunais de direitos humanos em relação aos juizes nacionais que, como nunca anteriormente, mostram-se permeáveis às influências estrangeiras⁷⁸. Desse modo, as referências à jurisprudência dos tribunais estrangeiros, nacionais ou não nacionais, pertencem a uma prática que se consolida significativamente na atualidade, que é a do diálogo interjurisdicional, verdadeiro reconhecimento de aprendizado recíproco entre pares, especialmente em matéria de direitos humanos, como aconteceu no famoso caso Perruche⁷⁹, ocasião em que a jurisdição francesa foi buscar na jurisprudência americana argumentos que justificassem sua posição.

Desse modo, o que pode ser percebido é uma grande porosidade e permeabilidade entre sistemas jurídicos que toma a forma desse cruzamento de referências com juizes externos⁸⁰, mas também compõe uma vasta rede de comunicação transjurisdicional formada por meio do diálogo de juizes de diferentes origens e instâncias a delimitar o que Burgogue-Larsen denomina de "diplomacia judiciária"⁸¹. O efeito da emancipação e da emulação fomenta a construção de uma base teórica e de referenciais concretos acerca dos bens públicos mundiais que tem a pretensão de transcender as fronteiras nacionais, ante a circularidade que pode orientar as decisões dos juizes nacionais. Todavia, ante a imprecisão que ainda domina esse âmbito, resta reforçada a margem nacional de apreciação.

Em verdade, a consolidação da tradição do diálogo entre juizes a par de reconhecer uma jurisprudência constitucional global⁸² também desenha uma jurisprudência convencional global e, com isso, forma um contexto de tradição com a integridade de princípios globais em matéria de direitos humanos, na qual os bens públicos mundiais podem ser inseridos. Favorável à ideia de que a mundialização contribui para estabilizar as relações entre os homens no plano cosmopolítico, para além do Estado Nacional e do direito internacional, Delmas-Marty⁸³ reconhece no diálogo entre os juizes uma dialética entre o mais geral e o particular. Ness, o global tomaria concretude e a dialética serviria para dar conta de uma ameaça de dupla face: a) do risco da ordem hegemônica e; b) da desordem impotente.

Para quem conhece a sistemática dos tribunais internacionais/regionais, não é nenhuma novidade dizer que o conteúdo de suas decisões não tem caráter vinculativo. Porém, à base da fertilização cruzada está um tipo de autoridade persuasiva que deriva muito menos da força do processo e muito mais do direito material envolvido. Assim, a subordinação estreita dos juizes ao direito não está dispensada quando se tratar de aplicação do direito convencional⁸⁴ e do *juscommune*, quando o caso concreto assim o exigir. Por isso, o recurso à jurisprudência estrangeira em matéria de direitos do homem pode significar a assunção em favor de marcos normativos internacionais de direitos humanos que fazem parte da tradição construída pela comunidade inter-humana.

Na perspectiva da internacionalização dos juizes Delmas-Marty⁸⁵, indiretamente critica a pretensão a um modelo binário. Um modelo nacional puro, que rejeite peremptoriamente o "estrangeiro",

76 Uma crítica à obra de MacIntyre no sentido exposto no texto pode ser vista em: Fiss, Owen, 2007.

77 MACINTYRE, A. **Depois da virtude**. Bauru: São Paulo, 2001, p. 422-427

78 O caso paradigmático dessa prática, realizada sob muitas derivas, é o de Lawrence *versus* Texas, em cujo julgamento a Corte Suprema americana aplicou jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, com voto discordante do juiz Scalia para quem é, no mínimo, perigoso o recurso às decisões de outros tribunais. Veja-se análise em Garapon, Antoine e Alard, Julie, 2006.

79 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a. p. 251-252.

80 DUBOUT, E.; TOUZE, S. La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques. In: DUBOUT, E.; TOUZE, S. **Les droits fondamentaux**: Charnieres entre ordres et systèmes juridiques. Paris: Pedone, 2010. p. 13

81 DUBOUT, E.; TOUZE, S. **La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques**, 2010, p. 18.

82 SLAUGHTER, A. M. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 66.

83 DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit**. Le relatif et l'universel. 2004a, p. 414.

84 No âmbito latino-americano, registra-se a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Almonacid-Arellano contra Chile. Veja-se: Cantor, Ernesto Rey, 2008, p.49.

85 DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit (III)**. La refondation des pouvoirs. 2007, p.50.

do ponto de vista das relações internacionais, pode resultar numa justiça de vencedores. O outro, o internacional puro, que reconheça a competência universal, pode estimular o *forum shopping*. Sugere, assim, um "modelo nacional integrado", uma harmonização progressiva das regras, mas que supõem um controle internacional. As exigências de racionalidade de tal sistema devem estar afinadas com a percepção de que, embora importante a atuação da jurisdição, dela não se pode esperar tudo, porque a mundialização da justiça não significa necessariamente construção de uma ordem cosmopolita. Quando muito poderá colaborar para a sua construção. Em matéria de bens públicos mundiais, essa é uma saída interessante, porque reconhece e respeita as diversidades nacionais, sem abrir mão de patamares mínimos legislativos e de políticas sociais com vistas à sua implementação, como ocorre com relação à saúde.

A JURISDICIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: BALIZAS PARA A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DE BENS PÚBLICOS MUNDIAIS

A jurisdicionalização do direito internacional passou a ocorrer na medida em que os textos normativos internacionais protetivos dos direitos humanos reivindicaram um controle também internacional de violações praticadas por Estados ou indivíduos, como no caso dos genocídios, tendo os indivíduos sido dotados de legitimidade individual em tempos recentes.

Um dos problemas postos neste campo é o da multiplicação das jurisdições, o que afeta a própria noção – ainda frágil – de jurisdição internacional. A par de padecer, ainda, da falta de império, o regime jurídico das várias jurisdições varia no espaço (regional, mundial) e no tempo (permanente, temporário). Do mesmo modo não há acerto quanto às regras procedimentais, seja no que diz respeito à competência e aos legitimados para o acesso. A saída para não sucumbir a esse cenário "aparentemente" anárquico não está em repetir o direito interno, e sim em combinar os diversos modelos, nacional, regional, supranacional e internacional, ou seja, que seja um modelo "alternacional", quiçá cosmopolita.

Solidamente ancorada em bases nacionais, a imagem do processo e da jurisdição sofre o impacto dessa pluralidade de tribunais. Entretanto, Alard e Garapon não reconhecem como factível a existência de uma ordem judicial global até porque, na sua ótica, sequer seria desejável. A imagem de uma organização judiciária global hierarquizada é substituída pela de uma "sociedade de tribunais"⁸⁶, resultado de intercâmbios a formar um "elo social" sem que haja uma pirâmide de normas ou uma ordem normativa fechada e determinada. Esse desenho remete muito mais à ideia de rede, rizoma, hydra com várias cabeças, rapsódia, *patchwork*, camaleão, segundo a concepção de inúmeros autores⁸⁷ e muito menos à estrutura piramidal densa e perfeitamente delimitada de uma determinada tradição jurídica.

Acontece que a multiplicação de órgãos jurisdicionais com competência para as questões universalizáveis produz o fenômeno das "hierarquias descontinuadas"⁸⁸. Quer dizer, o problema não está em haver hierarquia entre as diferentes Cortes jurisdicionais e sim está justamente no fato de que são autônomas e paralelas. Veja-se o embate sobre o cumprimento das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil no caso da ADPF 153 que tratou da alegação em inconstitucionalidade da Lei de Anistia e o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Araguaia", à primeira vista incompatíveis⁸⁹.

A segunda problemática que se põe no que diz respeito ao fenômeno da jurisdicionalização do direito internacional relaciona-se ao processo de autonomização das organizações internacionais. Isso se pode observar na atuação da Corte de Justiça das Comunidades Europeias que por meio de sua jurisprudência criou um bloco de princípios de direito comunitário, como também pode ser visto da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual consolidou um

86 GARAPON, A.; ALLARD, J. **Os juízes na mundialização**. 2006, p. 32.

87 OST, F.; KERCHOVE, M. V. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. 2002, p. 19.

88 DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004c. p. 8-97.

89 SALDANHA, J.; BRUM, M. M., MELLO, R. **A assincronia do direito e o caso Araguaia**: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 153 e do julgamento do caso Gomes Lund e outros versus Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No prelo. Escrito em 2011.

bloco de princípios que orientam suas decisões e fortalecem o sistema interamericano de solução de conflitos, especialmente em matéria de responsabilidade internacional dos Estados por crimes praticados ao tempo das ditaduras militares na América Latina⁹⁰. Essa autonomização marca e modifica profundamente os direitos nacionais e incita o surgimento de interações entre os diferentes conjuntos de jurisdições, bem como produz um permanente processo de harmonização em que os direitos humanos funcionam como elo para articular a coerência interpretativa no contexto do pluralismo jurídico.

REPENSAR OS DIREITOS HUMANOS: ELOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA APROXIMAÇÃO ENTRE DIFERENTES ORDENS JURÍDICAS EM BUSCA DA CONSOLIDAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS MUNDIAIS

Em definitivo, os direitos humanos podem ser considerados balizas aptas a dar guarida à construção de um “direito comum mundial”, como refere Mireille Delmas-Marty. Pode-se verificar que na atualidade compõem um quadro que pode consistir num pluralismo ordenado, uma convergência, uma fonte de diálogo e de cooperação, de harmonização, embora não se possam descurar todas as dificuldades que o tema envolve.

Somada a essa leitura e com a finalidade de aprofundar o debate, é importante deslocar a discussão sobre a posição dos direitos humanos na hierarquia de normas, ou seja, se supra-legislativa, constitucional, convencional, supranacional, entre outros, para centrá-la mais especificamente no “lugar” que os direitos humanos ocupam no âmbito dos sistemas e das ordens jurídicas, tomando-se como ponto de partida que os mesmos invertem a lógica do positivismo jurídico e demarcam a reentrada do “justo” e da “moral” no mundo do direito⁹¹ por meio dos princípios, situação que sabidamente se encontra no centro do debate relativo à fundamentação das decisões judiciais. Outrossim, os direitos humanos destacam, fundamentalmente, o significado do processo e da atuação dos juízes, responsáveis por sua efetivação.

Pode-se afirmar, assim, que no contexto das interações mundializadas os direitos humanos podem se erigir como “o direito das relações entre direitos”, exercendo a função de um “elo” entre os diferentes sistemas e ordens jurídicas⁹². Nesse ponto é que ganha destaque o processo e a jurisdição na medida em que por meio da emancipação e da emulação dos juízes tal função – de elo – dos direitos humanos pode ser efetivada pela defesa incondicional de sua efetividade nas democracias contemporâneas, a demonstrar um mínimo essencial e ético que, conforme foi verificado, pode contribuir para a arquitetura dos bens públicos mundiais.

Desse modo, os direitos humanos podem funcionar como vetores de comunicação (a) e como fatores de articulação (b) entre aqueles sistemas e ordens⁹³.

Quanto à primeira posição – vetores de comunicação (a) – importa refletir em que medida e por qual razão os direitos humanos podem ser o canal de comunicação entre os distintos sistemas e ordens jurídicas. Primeiro, por necessidade (a1) e, segundo, por natureza (a2). Por necessidade (a1) e porque atendem à busca de segurança jurídica posta pelas instituições nacionais e não nacionais, ante a proliferação de sistemas e órgãos de proteção aos direitos humanos. A ordem do dia é, portanto, orientar suas práticas pela convergência por meio de uma comunicação, sobretudo, transjurisdicional, a acentuar o papel dos juízes e a fomentar o diálogo jurisdicional, como visto anteriormente. Por natureza (a2) em razão de seu papel fundador, uma espécie de “código genético”⁹⁴ em que os principais genes são partilhados entre variados sistemas e ordens

90 BURGORGUE-LARSEN, L. Les cours europeenne et interamericaine des droits de l’homme et le “systeme onusien”. In: DUBOUT, E. TOUZE, S. **La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques**. DUBOUT, E. TOUZE, S. Les droits fondamentaux: Charnieres entre ordres et systemes juridiques. Paris: Pedone, 2010, p. 102.

91 RICOEUR, P. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução por Alain Fraçois. São Paulo: UNICAMP Editora, 2008, p. 63-69.

92 DUBOUT, E.; TOUZE, S. In ? DUBOUT e TOUZE. **La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques**. 2010. p. 16

93 DUBOUT, E.; TOUZE, S. In : DUBOUT e TOUZE. **La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques**. 2010. p. 17-22

94 DUBOUT, E.; TOUZE, S. In : DUBOUT e TOUZE. **La fonction des droits fondamentaux dans les**

jurídicas e são erigidos como “valores”, como é o caso, por exemplo, de direitos humanos de primeira geração, como a dignidade, bem assim os direitos humanos de segunda e terceira gerações como a saúde, aqui posta em análise.

A linguagem contemporânea dá conta de que tal código genético conforma o que pode ser denominado, inclusive, por “bloco de constitucionalidade”⁹⁵ ou algo que promova a identidade constitucional entre muitos Estados, ainda que possa ser dito da maior facilidade de implementar os direitos de primeira geração – direitos humanos fortes – e das dificuldades de implementação dos direitos humanos de segunda e terceira geração – ditos direitos humanos fracos – justamente porque, nessa ótica, esses últimos derivam substancialmente do maior ou menor grau de institucionalização⁹⁶, ainda que sejam eles os que mais se conformam com a aspiração de serem elevados à condição de bens públicos mundiais em face de seu perfil coletivo. Por outro lado, somado ao seu papel fundador, não há de ser esquecida sua propensão à universalidade, conquanto se deve defender sua incessante abertura à renovação para escapar ao risco, nem sempre evitado, de hegemonia cultural, jurídica e política.

Além de servirem de fatores de comunicação, os direitos humanos podem consistir em fatores de articulação (b) entre sistemas e ordens jurídicas em função da localização espacial das relações que se engendram entre eles (b1), como também em face da sua interpenetração entre os diferentes sistemas e ordens jurídicas (b2).

No que diz respeito à variável da localização espacial (b1), coloca-se o problema das relações entre sistemas jurídicos internacionais distintos e, especialmente, a autonomia de certos sistemas relativamente a outros como se dá com os sistemas regionais e o sistema internacional da ONU. Trata-se de reconhecer, como lembra Marcelo Neves⁹⁷, que as diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos apresentam distintas concepções sobre os direitos humanos. Por isso, segundo o autor, é importante reconhecer que o “transconstitucionalismo” pluridimensional dos direitos humanos corta transversalmente essas ordens jurídicas criando cooperações e atritos. A reflexão deve corresponder, deste ponto de vista, às relações horizontais entre sistemas não hierárquicos. Parece ser possível afirmar, ante esta “coabitação jurídica”⁹⁸, que uma certa permeabilidade jurídica entre esses distintos sistemas terá nos direitos humanos um significativo elo. O fenômeno da emancipação e da emulação dos juízes pode ser visto como uma condição importante para a efetivação do diálogo em favor da universalização de alguns direitos e da sua elevação ao *status* de bens públicos mundiais, como o referido direito à saúde. Todavia, destaque-se que não basta seu reconhecimento judicial. De fato, se os sistemas de Justiça contribuem para o nascimento de uma comunidade mundial de valores, ainda resta em aberto o problema da execução das decisões e da imposição de responsabilidades na perspectiva, inclusive, das gerações futuras.

Com efeito, mesmo que, por vezes, não haja referência expressa à jurisprudência em matéria de direitos humanos a decisões de outras instâncias jurisdicionais – como se visualiza na prática da Corte Internacional de Justiça – é certo que a busca pela “humanização do direito internacional”⁹⁹ em geral, dota as relações entre os distintos sistemas de um conteúdo substancial no que diz respeito à hermenêutica de um mesmo direito humano, com vista à realização de “valores e metas comuns superiores.”^{100, 101}

Por outro lado, a coabitação jurídica pode ser caracterizada por um “alinhamento recíproco ou unilateral”¹⁰² entre determinados sistemas jurídicos de origem internacional, o que conduz, ainda que parcialmente, a uma “harmonização normativa concertada”. Isso ocorre, por exemplo, no que diz respeito às garantias processuais aplicadas no âmbito dos processos que tramitam perante os

rapports entre ordres et systemes juridiques. 2010. p. 20.

95 Sobre bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina veja-se: Saldanha, J. M. L., In: CALLEGARI, A. L.; STRECK, L.; ROCHA, L. S. (Org.), 2010, p. 123-144.

96 NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 255-256.

97 NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 256.

98 NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 24.

99 CANÇADO TRINDADE, A.A. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.96.

100 Essa percepção pode ser avistada em Saldanha, Jânia Maria Lopes e Bolzan de Moraes, José Luis, 2010.

101 CANÇADO TRINDADE, A.A. **A humanização do direito internacional**, 2006.

102 DUBOUT, E.; TOUZE, S. In : DUBOUT ; TOUZE. **La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques.** 2010. p. 27.

tribunais penais internacionais e aquelas previstas em instrumentos convencionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia para Salvaguarda e Proteção desses mesmos direitos, contribuindo, desse modo, para a construção de um processo internacional. Ora, do mesmo modo é possível vislumbrar tal alinhamento relativamente a outros direitos que são direitos da humanidade em qualquer lugar, expressão arrojada do “irredutível humano”¹⁰³. Com isso, o que se vê no cenário das relações mundializadas é o crescente e inexorável fenômeno das interações entre distintos sistemas e ordens jurídicas a colocar em pauta a potencialidade de os direitos humanos alavancarem o processo de construção de identidades comuns entre aqueles sistemas e aquelas ordens.

Duas ordens são significativas e imbricadas. A primeira sobre a consolidação dos bens públicos mundiais e a segunda sobre o papel do processo e da jurisdição para esse fim. A mudança paradigmática certamente decorrerá da consideração dos direitos humanos como “elos” entre as distintas culturas e entre os plurais sistemas normativos e judiciários, condição para que se supere o fenômeno da assincronia¹⁰⁴, que tem colocado a efetivação dos direitos humanos em patamares mais reduzidos do que os direitos do comércio. Por isso tomou-se como referência privilegiada para a análise aqui empreendida o direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece estar ainda longe – senão repousar no campo da utopia – a possibilidade de cada homem poder dizer, como Cícero, ser de todos os lugares, então “ser do Cosmos”. É que os padrões de vinculação dos indivíduos a um dado espaço ou a uma dada cultura ainda demarcam direitos e impõem deveres. A intensa mobilidade humana que o Século XX propiciou e o Século XXI está a vivenciar sob a “síndrome do medo do outro”, sugere que a premissa kantiana da hospitalidade universal, base importante da perspectiva cosmopolita de mundo, ainda se mostra como frágil esboço, confrontada por atitudes de exclusão e negação do outro.

Tais dificuldades, entretanto, não impedem, antes provocam, o chamado à construção de uma comunidade humana de valores que resultaria da confluência entre a afirmação dos direitos humanos e as suas reiteradas e variadas violações, de um lado e, de outro, do perguntar sobre os caminhos de compreensão e superação dos direitos humanos enquanto vinculados à noção de espaço numa dada realidade histórica e sua necessária elaboração multicultural. Derradeiramente, Mireille Delmas-Marty¹⁰⁵, neste sentido, afirma serem os valores as luzes a iluminar tal caminho em busca de esclarecimento. Primeiro, de um modo modesto, a dizer, existirem valores que em vez de serem universais, são universalizáveis. Segundo, de um modo pragmático, porque a ação humana em favor desses valores deve ser planetária tendo em vista o caos derivado não só das relações de força, mas também da pluralidade de sistemas e ordens jurídicas.

Ora, em um mundo cada vez mais interdependente, a admissão de que seja possível construir uma teoria dos bens públicos mundiais permite a ultrapassagem do debate nacional/internacional acerca dos direitos humanos, para inseri-los na perspectiva cosmopolita de mundo e reconhecer no cosmopolitismo – com suas várias denominações e críticas – a condição de possibilidade para desembaçar o cenário de confronto entre universalistas e relativistas em favor do “irredutível humano.” A assunção dos bens públicos mundiais deriva da superação das tradicionais teorias que distinguem os direitos fundamentais – então previstos em marcos normativos dos Estados – dos direitos humanos – mais largos porque previstos em textos normativos internacionais ou mesmo além deles – para elevá-los à condição de princípios do direito humanitário que refletem “as considerações elementares da humanidade”¹⁰⁶, à força de conduzir a comunidade internacional a reconhecer-se como uma comunidade humana mundial.

Direitos humanos frágeis ainda da perspectiva da existência de marcos normativos e de políticas públicas estatais, como também do concerto internacional, os direitos humanos sociais, como o direito

103 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a, p.258.

104 SALDANHA, J.; BRUM, M. M.; MELLO, R. **A assincronia do direito e o caso Araguaia**: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 153 e do julgamento do caso Gomes Lund e outros versus Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No prelo. Escrito em 2011.

105 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a, p. 377.

106 DELMAS-MARTY, M. **Vers uma communauté de valeurs?**, 2010a, p. 13.

à saúde, destacado neste texto, favorecem a compreensão acerca da possibilidade de construir-se uma teoria e uma prática dos bens públicos mundiais porque a par de poderem ser opostos aos Estados, também impõem reivindicação de políticas globais que regulem, exemplificadamente, as questões ligadas às patentes de medicamentos e o acesso a eles, ainda que seja necessário lembrar, mais uma vez, que a problemática do direito à saúde não se esgota neste âmbito. A efetivação desse direito, como é sabido, consiste antes no desenvolvimento de políticas públicas que visem dotar a comunidade inter-humana de qualidade de vida, condição para o desenvolvimento das capacidades humanas e de vida digna.

Diante das constantes interações entre múltiplas ordens e sistemas jurídicos, fez-se um recorte necessário para demonstrar que no vasto número de atores, fatores e processos que atuam nesses conjuntos jurídicos, o processo e as jurisdições – nacionais ou não – desempenham um papel significativo para a consolidação e a efetivação dos bens públicos mundiais. Sem abdicar do *acquis* constitucional em matéria de conquista e proteção dos direitos humanos que, na atualidade, recebe a denominação de “bloco de constitucionalidade”, o diálogo entre os juízes das mais variadas ordens, na matéria, não é só inovador quanto resulta da exigência do trabalho de tradução. Resta que tal trabalho não é uma simples escolha e sim é imposto pelas diferenças de tradição jurídica e cultural - que as interações jurídicas fazem desvelar - a que são chamados a realizar por meio da emancipação e da emulação, mas cujas notas comuns são, não mais os direitos humanos, e sim os direitos da humanidade na perspectiva cosmopolita.

Quer se trate de processo e de jurisdição nacional ou não, o que se pretendeu foi demonstrar que, a par de ser limitada a atuação dos juízes frente ao largo espectro de atores que incrementam as relações mundializadas, são importante canal de promoção e efetivação de um novo humanismo, mais plural e aberto. Com efeito, como escapar do risco da hegemonia ou do fundamentalismo que radica em certas culturas quando se está a tratar de direitos humanos? Baldada a recorrência da pergunta, parece estar a resposta associada à visão dos direitos humanos como “elos” entre as diversas ordens e sistemas jurídicos, como também entre as variadas culturas.

Trata-se de uma nova perspectiva de análise que poderá auxiliar o jurista a desenvolver um novo olhar, não congelado no passado distante, tampouco preso ao presente ou dependente da incerteza do futuro, e sim consciente de que a humanidade vive um processo dinâmico e transformador em que a dignidade humana assume um novo papel e é dotada de novo conteúdo. Novo papel, porque há um verdadeiro “direito à dignidade” a fundamentar certos interditos, como a tortura, a garantir certos direitos, como os humanos e a sugerir a sua universalização, como é o caso da instituição dos bens públicos mundiais. Novo conteúdo ante sua inderrogabilidade, em qualquer circunstância. Assim, como nota final, há que se dizer do papel do processo e dos juízes para manter a integridade e a coerência do conjunto normativo – nacional ou não – protetivo dos direitos humanos, a significar verdadeiro trabalho voltado a fornecer respostas adequadas aos valores que fundamentam a comunidade mundial, cujo ponto de partida – e de chegada – é a dignidade humana, sem que sejam transformados – tampouco se transformem – em super-heróis da bondade, pastores de benesses ou líderes de novas seitas, mas apenas parte de um todo comprometido com a construção de um destino comum para a humanidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética em um mundo de extraños. Madri: Katz, 2007.

AVELÃS NUNES, Antônio. SCAFF, Fernando. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BECK, Ulrich. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005.

BECK, Ulrich. **Más justicia mediante más europa**. El País, 03.09.2011, Tribuna.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Coleção Estado e Constituição n. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les cours europeenne et interamericaine des droits de l'homme et le "systeme onusien". In: DUBOUT, E. ; TOUZE, S. La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques. DUBOUT, E. TOUZE, S. **Les droits fondamentaux**: Charnieres entre ordres et systemes juridiques. Paris: Pedone, 2010.

CAMPUZANNO, Alfonso de Julius. 2003. La globalización ilustrada. **Ciudadania, derechos humanos y constitucionalismo**.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A. Contribuições para uma teoria discursiva da Constituição e do processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, H. et al. **Processo e Constituição**. Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZp, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte : Forum, 2009.

CONSTANTIN, François. **Les biens publics mondiaux**, Dr. Jekyll et Mr Hyde. Disponível em: <http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/archivessei/biensmondtx/constantin.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2011.

DELMAS-MARTY, M. Avant-Propos. In: DUBOUT, E. TOUZÉ, S. **Les droits fondamentaux**: Charnieres entre ordres et systemes juridiques, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel**. Paris: Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, M. Les forces imaginantes du droit (II): **Le Pluralisme Ordonné**. Paris. Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, M. Les forces imaginantes du droit (III). **La refondation des pouvoirs**. Paris: Seuil, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris:Seuil, 2010.

DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2010. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DUBOUT, E.; TOUZE, S. La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques. In: DUBOUT, E.; TOUZE, S. **Les droits fondamentaux**: Charnieres entre ordres et systemes juridiques. Paris: Pedone, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

FRASER, Nancy. **Qu'est-ce que la justice sociale?** Reconnaissance et distribution. Paris: La Découverte/Poche, 2011.

GARAPON, Antoine. **Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner**. Paris: Odile Jacob, 2002.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**. Lisboa: Piaget, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

HELD, David. **La democracia y la orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Barcelona: Gedisa, 2000.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1975, tradução de 1989.

KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro ; LE GOULVEN, K et MENDOZA, R U. **Pourquoi les biens publics mondiaux sont-ils si importants aujourd'hui?** Disponível em: <http://www.undp.org/globalpublicgoods/globalization/pdfs/french1.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2011.

LIPOVETZKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACINTYRE, A. **Depois da virtude**. Bauru: São Paulo, 2001.

MOLES, John L. Cosmopolitismo cínico. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile. BRANHAM, R. Bracht. **Os cínicos**. O movimento cínico na Antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2007.

MORIN, Edgar. **A minha esquerda**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OST, François ; KERCHOVE, Michel Van de . **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

PUREZA, José Manuel. **Globalização e direito internacional**: Da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 36, 1993.

RICOEUR, Paul . **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução por Alain Fraçois. São Paulo: UNICAMP Editora, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes; MELLO, Rafaela da Cruz. **A assincronia do direito e o caso Araguaia**: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 153 e do julgamento do caso Gomes Lund e outros versus Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No prelo. Escrito em 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Agramática do tempo**, São Paulo: Cortez, 2006.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SLAUGHTER, A. M. **A new worl order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. **Knowledge as global public good**, Work Bank, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. **Um autre monde**. Contre le fanatisme du marché. Paris: Fayard, 2006.

SUSTEIN, Cass. **After the rights revolution**; Reconceiving the Regularly State. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

VENTURA, Deisy. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, L. BOLZAN DE MORAIS, J. L. (Orgs.). **Constituição, sitemassociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.