UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL NO CENÁRIO DE UMA NOVA ORDEM MUNDIAL: uma crítica a partir de uma *teoria forte* em face da realidade das relações internacionais contemporâneas

MAURY ROBERTO VIVIANI

Itajaí-SC
2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL NO CENÁRIO DE UMA NOVA ORDEM MUNDIAL: uma crítica a partir de uma *teoria forte* em face da realidade das relações internacionais contemporâneas

MAURY ROBERTO VIVIANI

Tese submetida à Universidade do Vale do Itajaí para obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica (Convênio de dupla titulação com o Curso de Doutorado em Direito Público da *Università degli Studi di Perugia* – Itália)

Orientador: Professor Doutor ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI
Coorientadora: Professora Doutora LUCIANA PESOLE

Itajaí-SC
2014

AGRADECIMENTOS

A consecução de um trabalho científico, embora tarefa solitária, deve-se a circunstâncias, a estímulos e a preciosos auxílios que nos são generosamente proporcionados, de maneira que transcende a nossa mera individualidade. Por tal razão, consigno minha gratidão a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o percurso dessa singela caminhada.

Para o desenvolvimento e a organização da pesquisa foram essenciais tanto a atenção pessoal como os ensinamentos de alta qualidade acadêmica dispensados pelo Orientador da Tese, o Professor Doutor André Lipp Pinto Basto Lupi, ao qual deixo registrado o meu agradecimento e a minha admiração.

Expresso também minha gratidão à Coorientadora da Tese, Professora Doutora Luciana Pesole, que gentilmente me recebeu na Universidade de Perugia (Itália) e posteriormente, mesmo à distância, concedeu precioso auxílio para a realização do trabalho. Da mesma forma, ao Professor Doutor Mário João Ferreira Monte, Presidente da Escola de Direito e orientador do estágio na Universidade do Minho (Portugal), pela acolhida naquela prestigiada instituição de ensino.

Agradeço ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali, por sua inestimável compreensão e colaboração, bem como ao corpo de professores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali. Agradeço igualmente ao Ministério Público de Santa Catarina, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, bem como à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, esta última pela concessão de bolsa de investigação no exterior, e aos colegas, professores e funcionários da Universidade do Vale do Itajaí, da Universidade do Minho – Portugal e da Universidade de Perugia – Itália.

Por fim, agradeço a minha esposa, Professora MSc. Andrietta Kretz Viviani, não só por suas contribuições na perspectiva acadêmica, mas principalmente pelo carinho e pela afetuosa compreensão.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, janeiro de 2014

Maury Roberto Viviani
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

SUBSTITUIR

ROL DE CATEGORIAS E DE SEUS CONCEITOS OPERACIONAIS

Como é próprio dos estudos acadêmicos, mormente naqueles que envolvem aspectos jurídicos, sociológicos e filosóficos, as palavras e expressões utilizadas na apresentação das ideias podem apresentar múltiplos sentidos.

Com essa premissa, entende-se oportuno apresentar, antes mesmo de se adentrar nos argumentos textuais, algumas das palavras e expressões estratégicas utilizadas para o desenvolvimento desta Tese, para as quais se propõe, preliminarmente, os correspondentes significados. Contudo, outras categorias também importantes serão tratadas no decorrer do trabalho. Essa preocupação justifica-se para aprimorar a comunicação para a qual o texto se destina.

Não se pode deixar de enfatizar, entretanto, que os conceitos operacionais compartilhados não podem ser compreendidos de forma absoluta. Ao contrário, como forma de estabelecer um acordo semântico, apenas sugerem significações aceitáveis objetivando organizar uma exposição racional dos argumentos da abordagem.

Sob tais considerações, segue, então, o rol de categorias e de seus respectivos significados:

Atores Internacionais: entes ou grupos partícipes efetivos no cenário do sistema e das relações internacionais, distinguindo-se os atores estatais e os atores não estatais. Embora os Estados figurem como os principais atores, coexistem com expressões políticas como as organizações internacionais, as organizações não governamentais, as corporações multinacionais e transnacionais, as empresas, as organizações sociais, os indivíduos, etc.

Comunidade Internacional: conjunto de atores no âmbito internacional, compreendendo Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, corporações transnacionais, bem como os indivíduos. Muito embora não se visualize um vínculo ideal ou puro, e nem a possibilidade atual de se atribuir realisticamente uma identidade cosmopolita entre os membros, vislumbra-se

o desenvolvimento das relações plurilaterais em torno de determinados valores que permitem ser compartilhados para o fim de aperfeiçoar uma “Comunidade Internacional”.

Constitucionalismo: no sentido moderno e interligado ao Estado, o Constitucionalismo pode ser entendido como a limitação do poder estatal e supremacia da lei (Estado de Direito, *Rule of the Law*, *Rechtsstaat*), que representa, conforme Canotilho, "uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos" e que, numa acepção histórico-descritiva, corresponde às transformações de ordem política, social e cultural que determinaram uma ruptura ao poder político tradicional, portanto, "a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” [1]

Constituição: 1) no sentido normativo e de maneira generalizada, pode ser compreendida como um complexo de normas fundamentais que regulam a organização e a atividade governamental, bem como a relação entre o poder estatal e o povo, em determinado Estado. Tradicionalmente, representa a culminação dos movimentos dos séculos XVIII e XIX em que se estabeleceram as limitações ao poder estatal e os direitos fundamentais aos cidadãos; 2) num sentido que não se circunscreve aos limites estatais e de forma estendida pode se utilizado para descrever “[...] um sistema em que os diferentes regimes constitucionais nacionais, regionais e funcionais (setoriais) formam os alicerces da comunidade internacional (‘comunidade política internacional’), que é sustentada por um sistema de valores comuns a todas as comunidades e incorporado em uma variedade de estruturas jurídicas para a sua execução. Esta visão de um modelo constitucional internacional é inspirada pela intensificação na mudança na tomada de decisões públicas do Estado nacional em direção aos atores internacionais de caráter regional e funcional (setorial), e seu impacto de erosão em relação ao conceito de uma total ou exclusiva ordem constitucional em que as funções constitucionais são agrupadas no Estado-nação por um único documento jurídico. Assume uma ordem jurídica internacional cada vez mais integrada em que o exercício do controle sobre o processo de tomada de decisão política só seria possível em um sistema onde as ordens nacionais e

[1] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51-52.

pós-nacional (ou seja, regional e funcional) se complementem no que equivale a uma *Verfassungskonglomerat*". [2]

Constitucionalismo Global: "Construído sobre este consenso transnacional, emprego o termo 'constitucionalismo global (ou internacional)' para caracterizar uma linha de pensamento (uma visão ou uma perspectiva) e uma agenda política que pretende a aplicação dos princípios constitucionais, como o estado de direito, controles e equilíbrios (checks and balances), a proteção dos direitos humanos e a democracia no âmbito jurídico internacional para melhorar a efetividade e a equidade do ordenamento jurídico internacional".[3]

Constitucionalização Global: "refere-se ao continuado embora não linear processo de emergência gradual e de criação deliberada de elementos constitucionais na ordem jurídica internacional por atores políticos e judiciais, complementados por um discurso acadêmico em que esses elementos são identificados e desenvolvidos." [4]

Direito Estatal: "Direito é o elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a

---

[2] Livre tradução. No original: "[…] a system in which the different national, regional and funtional (sectoral) constitutional regimes form the building blocks of the international community ('international polity') that is underpinned by a core value system common to all communities and embedded in a variety of legal structures for its enforcement. This vision of an international constitutional model is inspired by the intensification in the shift of public decision-making away from the nation State towards international actors of a regional and functional (sectoral) nature, and its eroding impact on the concept of a total or exclusive constitutional order where constitutional functions are bundled in the nation State by a single legal document. It assumes an increasingly integrated international legal order in which the exercise of control over the political decision-making process would only be possible in a system where national and post-national (i.e. regional and functional) orders complemented each other in what amounts to a Verfassungskonglomerat". (DE WET, Erika. The International Constitutional Order. **International and Comparative Law Quarterly**, 2006. p. 53).

[3] Livre tradução. No original: *"Construido sobre este consenso transnacional, empleo el término 'constitucionalismo global (o internacional)' para caracterizar una línea de pensamiento (una visión o una perspectiva) y una agenda política que pretende la aplicación de los principios constitucionales, como el estado de derecho, controles y equilibrios (checks and balances), la protección de los derechos humanos y la democracia en la ámbito jurídico internacional para mejorar la efectividad y la equidad del ordenamiento jurídico internacional". In:* PETERS, Anne. Constitucionalismo Compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 214.

[4] Livre tradução. No original: "Global constitutionalization refers to the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed". (PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 397.

organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça." [5]

Direito Internacional (Público): "é o conjunto de regras e princípios que regula a sociedade internacional. A sociedade internacional é composta por Estados, Organizações Internacionais e, mais recentemente, aceita-se em diferentes níveis a participação de entes com algumas características estatais, a exemplo de movimentos de libertação, sistemas regionais de integração, além de outros atores, como indivíduos, empresas, organizações não governamentais. No entanto, ainda hoje o elemento central da sociedade internacional são os Estados." [6]

Direitos Humanos: direitos que as pessoas possuem como qualidade inerente ao fato de serem humanas, atualmente positivados em tratados, declarações e atos de caráter global e regional, como nas respectivas estruturações institucionais, e que por suas características possuem destinação e pretensão universal, ainda que relativizadas.

Estado Moderno: Modelo histórico de organização política e jurídica de uma sociedade, que surge a partir da Paz de Westfália (1648), com as qualidades características de soberania e de exercício de poder político por intermédio de um aparato administrativo sobre o povo de determinado território, com o fim do Bem Comum.[7]

Fragmentação do Direito Internacional: a emergência e consolidação de regimes especiais e sub-disciplinas, tais como os âmbitos dos direitos humanos, do direito ambiental, do direito comercial, do direito humanitário, dentre outros, cada área tratando suas próprias especificidades como *standards* universais. Tal situação pode ocasionar conflitos normativos e jurisdicionais.

---

[5] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.p. 68.

[6] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 6.

[7] Essa definição corresponde a um dos tipos possíveis de Estado, nascido na Europa e difundido, como modelo, para o restante do mundo. Ver, a propósito, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** (Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais). Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 44-66.

Globalização: “1. (...) intensificação das relações sociais e da interdependência globais. A globalização refere-se ao fato de que vivemos cada vez mais em um ‘mundo único’, onde nossas ações têm consequências para os outros e os problemas do mundo têm consequência para nós. A globalização está hoje afetando as vidas das pessoas em todos os países, ricos e pobres, alterando não apenas sistemas globais, mas a vida cotidiana. 2. A globalização é frequentemente retratada como um fenômeno econômico, mas essa visão é muito simplificada. Ela é produzida pela conjunção de fatores políticos, econômicos, culturais e sociais; progride, sobretudo, graças aos avanços da informação e nas tecnologias da comunicação que intensificam a velocidade e o alcance da interação entre as pessoas ao redor do mundo.” [8]

Idealismo: “toda e qualquer doutrina (por vezes, simplesmente, a toda e qualquer atitude) segundo a qual o mais fundamental e aquilo pelo qual se supõe que as ações humanas devem ser conduzidas são os ideais – realizáveis ou não, mas quase sempre imaginados como realizáveis”.[9]

Modernidade: “refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.” [...] “Em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o estado-nação e a produção capitalista sistemática.” [...] “As tendências globalizantes da modernidade são simultaneamente extensionais e intensionais – elas vinculam os indivíduos a sistemas de grande escala como parte da dialética complexa de mudança nos pólos local e global.” [10]

Ordem Mundial: “um sistema de governança global que institucionaliza a cooperação e suficientemente contenha os conflitos de tal forma que as nações e

---

[8] GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology. p. 79.

[9] MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 344.

[10] GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Título original: The Consequences of Modernity. p. 11, 173, 175-176.

seus povos possam alcançar uma maior paz e prosperidade, melhorar a gestão da terra e atingir padrões mínimos de dignidade humana." [11]

Pensamento Possibilista: embora sob objeto de análise diferente do que se emprega neste estudo, alude-se ao pensamento possibilista conforme desenvolvido por Häberle.[12] Afastando o sentido de "pensamento alternativo", Häberle utiliza o conceito filosófico possibilista, ou o que denomina de "pensamento possibilista", para significar um sentido "aberto a qualquer outra palheta de possibilidades". Ou seja, trata-se de reflexão de ampliados horizontes a novas realidades. Mais precisamente, "[...] esse tipo de forma de pensamento ou de reflexão possibilista parte da base de potencialidade intrínseca enquanto à questionabilidade de qualquer argumento, quer dizer, da busca de qualquer possível resquício que permita ampliar as próprias possibilidades inerentes ao mesmo, à luz do que poderia chamar-se o lema por antonomasia, que resumido seria: que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser?".[13]

Realidade: "Indica o modo de ser das coisas existentes fora da mente Humana ou independentemente dela". Dada a sua complexa expressão filosófica, busca-se a significação dessa categoria com base em seus eventuais opostos. Assim, o seu oposto é "idealidade, que indica o modo de ser daquilo que está na mente e não pode ser ou ainda não foi incorporado ou atualizado nas coisas". [...] "Em oposição à *possibilidade*, *potencialidade* e às vezes também a *necessidade*, essa palavra

---

[11] Livre tradução. No original: "… *a system of global governance that institutionalizes cooperation and sufficiently contains conflict such that all nations and their peoples may achieve greater peace and prosperity, improve their stewardship of the earth, and reach minimum standards of human dignity*". In: SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 15).

[12] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Estudo preliminar e tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. Título Original: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfasungstheorie der offenen Gesellschaft. p. 62-65.

[13] Conforme HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Estudo preliminar e tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. Título Original: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfasungstheorie der offenen Gesellschaft. p. 63. Livre tradução. No original: *"[…] este tipo de forma de pensamiento o de reflexión posibilista parte de la base de la potencialidad intrínseca en cuanto a la cuestionabilidad de cualquier argumento, es decir, de la búsqueda de cualquier posible resquicio que permita ampliar las propias posibilidades inherentes al mismo, a la luz de lo que podría llamarse el lema por antonomasia, que resumido sería: qué outra cosa podría también ser en lugar de lo que es o que parece ser?*".

significa atualidade, efetividade ou aquilo que se atualizou ou efetivou e possui existência de fato." [14]

Realismo: conforme sentido desenvolvido por Donnelly, na tradição das Relações Internacionais, a premissa do realismo baseia-se fundamentalmente na ideia de anarquia internacional, caracterizada pela ausência de um governo internacional, bem como numa visão negativa da natureza humana, a qual seria centrada na motivação egoística. Assim, os Estados devem se ater às questões da segurança das relações internacionais em vez de considerações sobre a moralidade da política externa.[15]

Sistema Estatal: conforme Jackson e Sorensen, o Sistema Estatal é constituído por "relações entre agrupamentos humanos organizados politicamente, que em territórios distintos, não estão subordinados a nenhum poder ou autoridade superior e desfrutam e exercem um certo grau de independência com relação aos outros".[16]

Sistema Internacional: "rede de relações que existe primariamente, se não de modo exclusivo, entre os Estados que reconhecem certos princípios comuns e modos comuns de agir". [17]

Soberania: Conforme Jackson, "... é uma idéia de autoridade incorporada naquelas organizações delimitadas territorialmente a que nos referimos como 'estados' ou 'nações', e expressada em suas diversas relações e atividades, tanto internas como externas".[18] De maneira assemelhada, Matteucci interpreta que o conceito político-jurídico de Soberania, em sentido lato, "indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, consequentemente, a diferença entre esta e as demais

---

[14] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 831 e 833.

[15] DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 4. ed. Boulder (Colorado): Westview Press, 2013. Pos. 6627 de 6886 (Kindle Book).

[16] JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às Relações Internacionais**. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: Introduction to International Relations (Theories and approaches). p. 21.

[17] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 5.

[18] Livre tradução. No original: *"Sovereignty is an idea of authority embodied in those bordered territorial organizations we refer to as states or nations and expressed in their various relations and activities, both domestic and foreing".* (JACKSON, Robert. **Sovereignty**: evolution of an idea. Cambridge (UK): Polity Press, 2007 (reprinted in 2010, 2011). p. ix).

associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está intimamente ligado ao de poder político: de fato, a Soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito [...]".[19]

Sociedade Mundial: Conforme a análise de Neves, "...a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas. A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir o conceito de sociedade mundial com a noção controversa de 'globalização'. [...] Antes cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial".[20]

"Teoria Forte": utiliza-se o termo "teoria" na acepção de um conjunto de conhecimentos que permitem vislumbrar certa organização a respeito de fatos, concepções ou fenômenos. O adjetivo "forte" denota uma significação satisfatoriamente consistente.

---

[19] Nos seus comentarios ao verbete "Soberania", Matteucci assevera que "são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicite ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes". In: MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete "Soberania") In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1179-1188.

[20] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 26-27.

SUMÁRIO

RESUMO.....17

RIASSUNTO.....19

ABSTRACT.....21

INTRODUÇÃO.....23

SEÇÃO 1

PARA ALÉM DO ESTADO E DA SOBERANIA NO CENÁRIO DE UMA NOVA ORDEM GLOBAL: DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONEXÃO CONSTITUCIONAL COMO RUPTURA DO PARADIGMA WESTFALIANO.....38

1.1 UMA DELIMITAÇÃO DO MARCO SIMBÓLICO DO ESTADO MODERNO E O RECONHECIMENTO DE SEU CARÁTER DE SOCIEDADE POLÍTICA DINÂMICA E CAMBIÁVEL.....39

1.2 PODER POLÍTICO ESTATAL E A NOÇÃO DE SOBERANIA NO CENÁRIO TRANSFRONTEIRIÇO DA GLOBALIZAÇÃO: RESSIGNIFICAÇÃO DE UM CONCEITO EM TRANSIÇÃO.....54

1.2.1 A Soberania como conceito e atributo da realidade da sociedade de Estados.....55

1.2.2 Os desafios aos contornos conceituais da Soberania estatal.....62

1.3 O COMPLEXO PROCESSO DE INTENSIFICAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL: A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO DA REALIDADE SOCIAL.....68

1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EROSÃO ESTATAL E A DESCONEXÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS SUGESTIVOS DE UM MODELO DE SOCIEDADE POLÍTICA EM CRISE.....77

1.4.1 Percepções da descentralização da capacidade normativa estatal diante da erosão de um modelo.....77

1.4.2 O problema da desconexão entre as Constituições e a esfera estatal.....81

SEÇÃO 2

A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E SEUS DESAFIOS NO ATUAL CENÁRIO DA COMPLEXIDADE.....89

2.1 UMA SÍNTESE DE REFERENCIAIS DESTACADOS QUANTO AO PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO INTERNACIONAL.....91

2.1.1 Da emergência do Jus Gentium na Era Moderna ao Tratado de Paz de Versalhes.....94

2.1.2 Do advento da Segunda Guerra Mundial ao Direito Internacional Contemporâneo.....100

2.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DO DIREITO INTERNACIONAL.....105

2.3 A PRODUÇÃO NORMATIVA SOB O PONTO DE VISTA DE SUAS ANALOGIAS COM O DIREITO DOMÉSTICO.....110

2.4 O COMPORTAMENTO PERANTE AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL: AS *SOFT NORMS*, AS OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* E O *JUS COGENS* COMO DIFERENTES GRAUS DE NORMATIVIDADE.....113

2.5 A EXPANSÃO DOS INTERESSES E A COMPLEXIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO: A PLURALIDADE (DE ATORES E DE FONTES) E AS INTERAÇÕES (NACIONAL, REGIONAL, INTERNACIONAL).....121

2.6 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS PROBLEMAS DA UNIDADE E DA FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....133

2.7 VISLUMBRES DO SISTEMA INTERNACIONAL NO ALVORECER DO SÉCULO XXI: O PONTO DE OBSERVAÇÃO.....143

SEÇÃO 3

DELINEAMENTOS EM BUSCA DE UMA FUNDAMENTAÇÃO POSSIBILISTA PARA O CONSTITUTIONALISMO GLOBAL.....149

3.1 DELIMITAÇÕES DE SIGNIFICADOS E DE UMA CATEGORIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO GLOBAL.....152

3.2 UM ESBOÇO DE ALTERNATIVAS E TENDÊNCIAS TEÓRICAS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ÂMBITO ULTRAESTATAL.....160

3.2.1 Delineamentos da Governança para além da esfera estatal.....161

3.2.2 O projeto do Direito Administrativo Global.....165

3.2.3 Constitucionalização sem Estado: as Constituições Civis como resposta à globalização policêntrica.....168

3.2.4 A proposta do Transconstitucionalismo como racionalidade transversal e entrelaçamento de ordens normativas diversas.....172

3.2.5 A constitucionalização da União Europeia e o "Constitucionalismo Multinível".....174

3.2.6 Constitucionalização no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC.....178

3.2.7 O Constitucionalismo Compensatório em face do fenômeno da Globalização.....181

3.2.8 Identificação de outras importantes concepções: Alfred Verdross e a doutrina (escola) da Comunidade Internacional, a New Haven School e a abordagem construtivista.....183

3.3 O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO DA INTERDEPENDÊNCIA E DA COOPERAÇÃO.....185

3.4 AS INEVITÁVEIS ANALOGIAS COM AS CARACTERÍSTICAS DO CONSTITUCIONALISMO DOMÉSTICO.....190

3.5 RELAÇÕES DE APROXIMAÇÃO E DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DISCURSOS DO CONSTITUCIONALISMO ESTATAL E DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL.....197

3.6 OS ELEMENTOS DE SUSTENTAÇÃO DE UMA “TEORIA FORTE” PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: EXPLICAÇÃO QUANTO À OPÇÃO DA DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA.....200

SEÇÃO 4

A CONFIGURAÇÃO DE UMA "TEORIA FORTE" DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: A BUSCA DE VALORES COMUNS COM BASE NOS DIREITOS HUMANOS, O PROBLEMA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVO-HIERÁRQUICOS E A CONCEPÇÃO DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS COMO UMA CONSTITUIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL.....205

4.1 A EMERGÊNCIA DE UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL E A BUSCA DE SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....206

4.1.1 A Paz Perpétua: o Projeto Kantiano de uma “República Mundial”.....206

4.1.2 A contribuição doutrinária de Alfred Verdross.....213

4.1.3 Argumentos aproximativos da concepção de uma Comunidade Internacional: rumo a uma comunidade de valores.....221

4.2 SIGNIFICAÇÃO E NOÇÕES APROXIMATIVAS QUANTO AOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS.....227

4.2.1 Delimitação dos Significados: a “força simbólica" dos direitos humanos.....227

4.2.2 O problema da fundamentação para os Direitos Humanos e o seu condicionamento histórico.....233

4.3 A EXPANSÃO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A GRADUAL EVOLUÇÃO DE UM SISTEMA DE VALORES...235

4.4 É RELATIVA A IDEIA QUANTO À UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS?: VISLUMBRES DE CONVERGÊNCIAS PARA UM DIREITO COMUM.....242

4.5 A CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS COMO UMA CONSTITUIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: UMA CONCEPÇÃO CONTROVERTIDA.....253

SEÇÃO 5

CRÍTICA QUANTO À CONCEPÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO GLOBAL: OBJEÇÕES EM FACE DA REALIDADE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS CONTEMPORÂNEAS.....261

5.1 DESCRIÇÕES SUGESTIVAS DE TENDÊNCIAS QUE OBSTACULIZAM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA ALÉM DO ESTADO.....262

5.2 DESAFIOS PARA UMA GOVERNANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: HAVERÁ ESPAÇO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DESSA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL? 270

5.3 INDICATIVOS DOS CAMINHOS A PERCORRER E DE SEUS CONTRAPONTOS EM FACE DO PLURALISMO.....282

CONCLUSÕES.....296

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....311

RESUMO

O **tema** desta Tese consiste numa crítica sobre a possibilidade do desenvolvimento do Constitucionalismo em nível global no contexto de uma nova ordem mundial. Como delimitação metodológica, a análise parte de duas concepções complementares: a) a ideia de um conjunto normativo-hierárquico com base em valores comuns para Comunidade Internacional especialmente proporcionados pelos Direitos Humanos; b) a proposta de uma Constituição para a Comunidade Internacional com base na Carta das Nações Unidas. Apreciadas no seu conjunto, propõe que tais ideações configuram uma "teoria forte" do Constitucionalismo Global. O **objetivo** consiste em analisar a hipótese de que, na delimitação proposta de uma "teoria forte", o Constitucionalismo Global não encontraria suficientes elementos de sustentação diante da realidade das relações internacionais contemporâneas. O problema central é decomposto em outros pontos de análise, divididos numa **estrutura** de cinco Seções. Inicialmente, examina a ideia de que o processo de intensificação da Globalização produziria uma série de modificações nos paradigmas tradicionais interligados ao Estado, caracterizadas pela diminuição da autonomia estatal, pelo processo de descentralização ante a concorrência com outras fontes normativas, e pelas interações e influências do ambiente doméstico em relação ao ambiente internacional/global que gerariam uma desconexão do aparato vinculado ao constitucionalismo estatal. Em complementação, examina o processo evolutivo do Direito Internacional para melhor compreender os desafios que se apresentam no alvorecer do século XXI. A abordagem observa um cenário de complexidade, caracterizado pela internacionalização e interação dos Direitos, pela proliferação de outras fontes normativas, pela multiplicação de instâncias decisórias, pela presença de novos e múltiplos atores e pela fragmentação do Direito Internacional. A terceira Seção aborda a concepção do Constitucionalismo Global como uma das perspectivas de organização político-jurídica que se projetam para além dos limites do Estado. Sob o viés filosófico possibilista, identifica e descreve tendências doutrinárias para organizar os alicerces que sustentariam a proposta da constitucionalização do Direito Internacional. A quarta Seção analisa a perspectiva da “teoria forte” a partir dos elementos estabelecidos *a priori* como delimitação metodológica. A quinta Seção avalia criticamente a concepção do

Constitucionalismo Global, identificando os principais obstáculos para a sua sustentação. Em **conclusão**, verifica que a hipótese foi confirmada, pois diante da realidade das relações internacionais o Constitucionalismo Global, sob enfoque circunscrito ao que se convenciona denominar de uma “teoria forte”, não encontra suficientes elementos de sustentação. Caberia então compreender o Constitucionalismo Global como uma promessa ainda a se realizar.

Palavras-chave: Constitucionalismo Global. Direito Internacional. Constituição. Globalização. Comunidade Internacional.

RIASSUNTO

Il **tema** di questa Tesi consiste in una critica circa la possibilità di uno sviluppo del Costituzionalismo a livello globale all'interno di un nuovo ordine mondiale. In termini metodologici, l'analisi parte da due concezioni complementari: a) l'idea di un insieme gerarchico normativo in base a dei valori comuni alla Comunità Internazionale forniti sopratutto dai Diritti Umani; b) la proposta di una Costituzione per la Comunità Internazionale in base alla Carta delle Nazioni unite. Considerate nel suo complesso, propone che tali ideazioni configurano una "teoria forte" del Costituzionalismo Globale. **L'obiettivo** consiste nell'esaminare l'ipotesi che, anche sotto la prospettiva di una "teoria forte", il Costituzionalismo Globale non troverebbe elementi di supporto sufficienti di fronte alla realtà delle relazioni internazionali contemporanee. Il problema centrale è scomposto in altri punti di analisi, divisi in una **struttura** in cinque Sezioni. Inizialmente, esamina l'idea che il processo di intensificazione della Globalizzazione produrrebbe una serie di cambiamenti nei paradigmi tradizionali legati allo Stato, caratterizzati da una diminuzione dell'autonomia statale, dal processo di decentramento di fronte alla concorrenza con altre fonti normative, e dalle interazioni e influenze dell'ambiente domestico in relazione all'ambiente Internazionale/globale, che creerebbero una disconnessione dell'apparato legato al costituzionalismo statale. In aggiunta, esamina il processo evolutivo del Diritto Internazionale per comprendere meglio le sfide che si presentano all'alba del XXI secolo. L'approccio osserva uno scenario di complessità caratterizzato dall'internalizzazione e interazione dei Diritti, dalla proliferazione di altre fonti normative, dal moltiplicarsi delle istanze decisionali, dalla presenza di nuovi e molteplici attori e dalla frammentazione del Diritto Internazionale. La terza Sezione riguarda la concezione del Costituzionalismo Globale come una tra le prospettive di organizzazione politico-giuridica che si proietta oltre i limiti dello Stato. Da un punto di vista filosofico possibilista, individua e descrive tendenze dottrinarie per organizzare i pilastri che sosterrebbero la proposta della costituzionalizzazione del Diritto Internazionale. La quarta Sezione analizza la prospettiva della "teoria forte" partendo dagli elementi stabiliti a priori come delimitazione metodologica. La quinta Sezione valuta criticamente la concezione del Costituzionalismo Globale, individuando i principali ostacoli al suo sostegno. In **conclusione**, si verifica che l'ipotesi è stata

confermata, dato che di fronte alla realtà delle relazioni internazionali il Costituzionalismo Globale, anche se trattato in termini di una “teoria forte”, non trova elementi di supporto sufficienti che lo sostengano. Occorrerebbe, quindi, comprendere il Costituzionalismo Globale come promessa ancora da realizzare.

Parole Chiave: Costituzionalismo Globale. Diritto Internazionale. Costituzione. Globalizzazione. Comunità Internaizionale.

ABSTRACT

The **theme** of this Thesis is to give a critique of the possibility of the development of Constitutionalism at global level, in the context of a new world order. As a methodological delimitation, the analysis is based on two complementary concepts: a) the idea of a normative-hierarchical construct based on common values for the International Community, especially those provided by Human Rights; and b) the proposal of a Constitution for the International Community based on the Charter of the United Nations. Considered together, it proposed that these ideations constitute a "strong theory" of Global Constitutionalism. The **objective** is to examine the hypothesis that, even from a perspective of "strong theory", Global Constitutionalism, there are insufficient supporting elements, faced with the reality of contemporary international relations. The central problem is broken down into other points for analysis, divided into a **structure** with five Sections. Initially, it examines the idea that the process of intensification of Globalization produces a series of changes in the traditional paradigms linked to the State, characterized by a decrease in state autonomy, a process of decentralization in the face of competition with other regulatory factors, and interactions and influences of the domestic environment in relation to the international/global environment that generate a disconnection of the apparatus linked to state constitutionalism. Alongside this, it examines the evolutionary process of International Law, seeking to gain a better understanding of the challenges that are presented at the dawn of the 21st century. The approach observes a scenario of complexity, characterized by internationalization and interaction of Rights, the proliferation of other normative sources, the multiplication of decision-making instances, the presence of new and multiple actors, and the fragmentation of International Law. The third Section addresses the concept of Global Constitutionalism as one of the perspectives of the political-legal organization that go beyond the limits of the State. From a philosophical perspective, it identifies and describes doctrinal tendencies, to organize the bases that would support the proposal of constitutionalization of International Law. The fourth Section analyzes the perspective of the "strong theory" based on the elements established *a priori* as methodological boundaries. The fifth Section

critically evaluates the concept of Global Constitutionalism, identifying the main obstacles for its support. In **conclusion,** the hypothesis was confirmed, since before the reality of international relations, Global Constitutionalism, even from a focus of a “strong theory”, does not find elements to support it. It is therefore appropriate to understand Global Constitutionalism as a promise that has yet to be fulfilled.

Keywords: Global Constitutionalism. International Law. Constitution. Globalization. International Community.

INTRODUÇÃO

O tema desta Tese consiste numa reflexão sobre a possibilidade de se conceber o desenvolvimento do Constitucionalismo em nível Global. Compreendendo-se que a expressão "Constitucionalismo Global"[21] pode apresentar um complexo espectro semântico e com o intuito de tentar se evitar as nuances típicas dos jogos de linguagem que possam tornar o processo de significação mais dificultoso, desde já se consigna a definição, adotada provisoriamente de Peters, no seguinte sentido: o Constitucionalismo Global consiste numa agenda, tanto acadêmica como jurídico-política, em que se identifica e defende a aplicação de princípios tipicamente de matriz constitucional na esfera jurídica internacional, objetivando ampliar ou melhorar a efetividade e a justiça da ordem jurídica internacional.[22]

O problema nuclear que impulsiona esta pesquisa consiste em analisar se a perspectiva do Constitucionalismo Global encontra suficientes elementos de sustentação em face da realidade das relações internacionais contemporâneas.

---

[21] Utiliza-se, para fins deste estudo, a expressão "Constitucionalismo Global" como sinônimo da expressão "Constitucionalismo Internacional". Entretanto, prefere-se a primeira em razão de possuir maior abrangência interpretativa, indicando a abertura para outras possibilidades que não aquelas vinculadas unicamente à ideia de relação entre Estados. Contudo, o fenômeno da constitucionalização da esfera além dos limites estatais poderia ser tratado por outra designação, pois as variações de sentidos e os contextos na literatura especializada são diversos. Anota-se, assim, a utilização, dentre outras, das seguintes expressões: "world constitutionalism" in (MacDONALD, R. St John; JOHNSTON, D.M. (eds). **Towards World Constitutionalism**: Issues in the Legal Ordering of the World Community. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005; "international constitutionalism" in KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G. **Constitutionalization of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2009; "global constitutionalism" in PETERS, A. Global Constitutionalism in a Nutshell. In: DICKE, K. (ed). **Weltinnenrecht:** Líber amicorum Jost Delbrück. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 535-550; "multi-level constitutionalism" in PERNICE, I. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation. In: DUPUY, P.-M. (ed). **Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat.** Kehl: Engel, 2006. p. 973-1006; "post-national constitutionalism" in WALKER, N. Post-national Constitutionalism and the Problem of Translation. In: WEILER, J.; WIND, M. (eds). **European Constitutionalism beyond the State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003; "compensatory constitutionalism" in PETERS, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures (2006) 19 **Leiden Journal of International Law**. p. 579-610.

[22] PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 397.

Estabelecida essa finalidade da pesquisa e com o intuito de justificar e delimitar a proposta deste estudo a fim de permitir uma melhor situação quanto ao contexto da análise, algumas breves considerações de caráter introdutório merecem destaque, conforme adiante se expressa.

Inicialmente, cabe ressaltar que se a noção de Constituição e de suas categorias correlatas podem ter um apelo significativamente relacionado aos domínios circunscritos às fronteiras estatais, essa consideração não implica necessariamente que somente em tal esfera possam se realizar, até pela própria amplitude interpretativa que o termo comporta. Mais especificamente, a concepção de se transferir e utilizar aportes constitucionais no âmbito internacional/global e que, consequentemente, ultrapassaria os tradicionais limites do Direito estatal, constitui-se num tema cuja relevância não se apresenta necessariamente como novidade nos debates acadêmicos, especialmente a partir da significativa importância que representaram e ainda servem como referência os estudos desenvolvidos por Alfred Verdross (1890-1980), que o qualificam como um dos precursores da abordagem constitucionalista do Direito Internacional, notadamente com a publicação, em 1926, da obra *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (The Constitution of the International Legal Community)*.[23]

Contudo, mesmo que a importância dos estudos precursores sobre o tema possa ser evidente, o desenvolvimento histórico bem como a amplitude e a complexidade do Direito Internacional revelam outros aspectos e perspectivas que

[23] A propósito da evolução do conceito de constituição internacional de Verdross, ver Kleinlein (KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of Internacional Constitutionalism? In: **Goettingen Journal of International Law.** V. 4, n. 2: 2012. p. 385-416). Na verdade, apesar do título, o conceito é tratado somente na introdução da obra, embora em livros e artigos posteriores a concepção foi desenvolvida e refinada. No início dos estudos de Verdross, conforme observa Kleinlein, a noção de constituição para o cenário internacional era destinada a compreensão do Direito Internacional como um sistema jurídico. Posteriormente, evoluiu para ser considerada análoga às constituições estatais. Pela influência Kelseniana (Verdross foi aluno de Hans Kelsen), a constituição internacional serviria como a "norma fundamental" (*Grundnorm*) do sistema jurídico internacional, ou seja, o ápice hierárquico que condicionaria às demais normas, de forma que daria unidade ao sistema (doméstico e internacional). Nota-se, aliás, que a evolução do pensamento de Verdross corresponde a seu longo percurso como autor, desde a época do Império Austro-Húngaro, passando pelo período compreendido entre a I e II Guerras Mundiais até o último artigo, publicado, postumamente, em 1983 (o primeiro artigo foi publicado em 1914).

modificam as análises anteriores, embora não se possa prescindi-las. É justamente nesse sentido que se pretende a justificação da presente abordagem, compreendendo-se como fator essencial da análise o fato de que a realidade contemporânea exige uma reavaliação das tradicionais categorias implicadas na noção de Estado, de Constituição e de Direito. Mais explicitamente, entende-se que a renovação da abordagem, a atualidade do tema e sua importância relacionam-se a alguns fenômenos que servem de premissas do estudo:

a) a intensificação da sociedade mundial e do consequente processo de Globalização,[24] cujos efeitos implicam em deficiências ou incapacidades do ente soberano estatal para certos temas que escapam aos limites de suas fronteiras, os quais reclamariam tratamento de governança na esfera pública global/internacional;

b) o processo de ampliação e a complexidade do Direito Internacional no ambiente contemporâneo.

Compreende-se, com base nesse contexto, que os efeitos das transformações sociais, econômicas, culturais e jurídicas que se operam na atualidade ocasionariam rupturas com os paradigmas estabelecidos e não mais encontrariam consonância com o modelo de organização social surgido com a modernidade, mas que hoje se apresentaria como insuficiente ou não satisfatório.

Alguns outros fenômenos podem ser destacados para sugerir a percepção, ainda que por suposição, do Constitucionalismo Global: a existência de normas jurídicas internacionais de efeito *erga omnes* e normas imperativas (*jus cogens*), com característica normativo-hierárquica de valores comuns globais; as decisões com cumprimento obrigatório, como no caso da Organização Mundial do Comércio (OMC); a formação de Tribunais Penais Internacionais; a consideração e a internacionalização dos Direitos Humanos, em especial a partir de 1945 e o advento das Nações Unidas (ONU); as decisões vinculativas do Conselho de

[24] Para Neves, não há se confundir o conceito de “sociedade mundial” com a noção controvertida de “globalização”, não só pelo caráter ideológico que dela emana, mas pela forte carga prescritiva. Assim, refere-se à “globalização” como produto de uma “intensificação da sociedade mundial". In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 27.

Segurança das Nações Unidas; o art. 103[25] da Carta das Nações Unidas, que dispõe que prevalecerão as obrigações assumidas na Carta em caso de conflito entre outras obrigações assumidas por Membros das Nações Unidas em acordos internacionais; os momentos com característica constitutiva de uma nova realidade internacional, como o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) ou o fim da Guerra-Fria (1989). Ao mencionar esses fenômenos, Giegerich não deixa de observar que eles indicariam que o Direito Internacional Público deixou de regular apenas as relações bilaterais entre Estados para uma "ordem jurídica de cooperação multilateral de interesses da humanidade".[26]

Outros aspectos também poderiam ser aventados na tentativa de justificar a ideia de uma ordem internacional constitucionalizada, como o problema da Soberania e do papel dos Estados no mundo contemporâneo, o crescimento do número de atores não estatais na esfera pública internacional, a necessidade de cooperação transnacional e os desafios de alguns valores pretendidos como universais. Além disso, caberiam indagações a respeito das instituições internacionais no que concerne à democracia, ao processo de elaboração de normas, competências, etc. De outro lado, anota-se também as preocupações com o unilateralismo de determinados Estados e mesmo a fragmentação da ordem jurídica internacional, inclusive quanto às divergências de decisões na jurisprudência de tribunais especializados ou regionais.

Weller, entretanto, ao passo que identifica os fenômenos acima expostos, assevera que as tendências desintegradoras seriam contrabalançadas pelo desenvolvimento do sistema internacional que se opera desde o ano 1945, como a consolidação de valores fundamentais internacionais, o abrandamento do consentimento rigoroso na criação de normas jurídicas internacionais com ambição universal, a diversidade de atores internacionais e a gestão do

---

[25] Livre tradução: “Em caso de conflito entre as obrigações de Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e suas obrigações diante de outros acordos internacionais, as primeiras prevalecerão”. Charte des Nations Unis, art. 103: "En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront".

[26] GIEGERICH, Thomas. The Is and the Ought of Internacional Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a "Well-Considered Constitucionalization of International Law"? *In*: **German Law Journal**, v.10, 2009. p. 32.

cumprimento às obrigações jurídicas internacionais. Nesse sentido, aponta o crescente número de acadêmicos que têm sustentado que estaríamos nos direcionando para um sistema constitucional internacional com base em valores comuns, na *rule of law* internacional e em mecanismos para aplicação da lei.[27]

Por outra perspectiva, parece necessário enfatizar que, ao se propor uma reflexão a propósito da progressiva constitucionalização do Direito Internacional, poder-se-ia supor a existência de eventuais acenos de crítica ou até mesmo reações contra tal acepção, fundadas especialmente no argumento de que, dessa maneira, estaria-se a colocar na berlinda os Estados nacionais, em especial no que diz respeito à Soberania estatal e às conquistas democráticas e sociais de cunho constitucional, mesmo aquelas que se encontram em processo inicial tanto quanto as já consolidadas, frutos de um longo e custoso desenvolvimento histórico.

Aliás, essas dissonâncias, opostas às ideias que de alguma forma flertam com o internacionalismo ou com o cosmopolitismo, poderiam recuar a busca de seu ponto inaugural no emblemático brado de Rousseau, expressado nas suas *Considerações sobre o Governo da Polônia*, o qual, sensível quanto às transformações e à realidade europeia já a sua época, afirmava que não mais existiam as nacionalidades, mas apenas Europeus, com os mesmos gostos, paixões e costumes, maliciosos, egoístas e vendáveis, ambicionando apenas o luxo e ouro. “[...] Que lhes importa a qual senhor obedecer, de qual Estado seguir as leis? Conquanto que encontrem dinheiro para roubar e mulheres para corromper, eles estão por toda a parte e se sentem em casa em qualquer país.” [28]

---

[27] Extrai-se do original: "Taken together, it is argued by a steadily increasing number of legal scholars that we are heading towards an international constitutional system based on common core values, the international rule of law and mechanisms for law enforcement (albeit largely decentralized ones)". Conforme WELLER, Marc. The Struggle for an International Constitutional Order. In: ARMSTRONG, David (Edit.). **Routledge Handbook of International Law.** London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. (Kindle Edition – Kindle E-book). p. 180. É necessário enfatizar, no entanto, que Weller (p. 180-183) faz uma distinção entre “Constitucionalismo Internacional”, num sentido mais idealista e voltado para uma mudança social global, e ˜Direito Constitucional Internacional”, cuja abordagem seria mais pragmatica e baseada na observação empírica.

[28] Segue o trecho mencionado, com livre tradução: "Agora já não existem franceses, alemães, espanhóis, nem também ingleses, mesmo que assim se diga; há apenas Europeus. Todos têm os mesmos gostos, as mesmas paixões, os mesmos costumes, porque nenhum recebeu a linha formativa nacional por uma instituição em especial. Todos nas mesmas circunstâncias farão as

Aludindo a essa contundente verbalização, Vega Garcia, sob seu ponto de vista, enfatiza a necessária volta a Rousseau que, como afirma, se ao seu tempo soube se posicionar, "não se pode dizer o mesmo do Direito Constitucional de nossos dias." [29]

De fato, é pertinente e compreensível a crítica de Vega Garcia ao mencionar a contradição existente ante o alargamento econômico e social pelo desenvolvimento tecnológico e cibernético, pela universalização do mercado e do consumo, pelos fluxos migratórios e pelas idênticas maneiras de viver, e a redução ou aniquilamento do espaço político. Ao tempo que o Estado continuaria como referencial, diz Vega Garcia, a globalização, particularmente na esfera econômica, produziria paradoxalmente a degeneração progressiva do Estado e da Sociedade Civil. Nessa perspectiva crítica, aduz o referido autor que a visão simplificada de uma irreversível globalização econômica tenderia ao apelo de uma revigoração da "utopia kantiana de um *foedus pacificum* e de um Direito cosmopolita", mas a visão de buscar recompor em escala global os espaços jurídicos e políticos prejudicados na esfera estatal encontraria uma incompatibilidade "entre os critérios definidores e que dão sentido à vida

---

mesmas coisas; todos se dirão desinteressados e serão maliciosos; todos falarão do bem-estar coletivo e não pensarão senão em si mesmos; todos elogiarão a moderação e aspirarão a ser ricos como Crésus; não têm ambição senão pelo luxo, não têm paixão senão aquela pelo ouro. Certos de poder ter tudo que lhes tente, todos se venderão ao primeiro lance. Que lhes importa a qual senhor obedecer, de qual Estado seguir as leis? Conquanto que encontrem dinheiro para roubar e mulheres para corromper, eles estão por toda a parte e se sentem em casa em qualquer país." No original*: "Il n'y a plus aujourd'hui de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on en dise; il n'y a que des Européens. Tous ont les mêmes goûts, les mêmes passions, les mêmes moeurs, parce qu'aucun n'a reçu de formes nationales par une institution particulière. Tous dans les mêmes circonstances feront les mêmes choses; tous se diront désintéressés et seront fripons; tous parieront du bien public et ne penseront qu'à eux-mêmes; tous vanteront la médiocrité et voudront être des Crésus; ils n'ont d'ambition que pour le luxe, ils n'ont de passion que celle de l'or. Sûrs d'avoir avec lui tout ce qui lês tente, tous se vendront au premier qui voudra les payer. Que leur importe à quel maître ils obéissent, de quel État ils suivent les lois? pourvu qu'ils trouvent de l'argent à voler et des femmes à corrompre, ils sont partout dans leur pays".* In: ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa reformation projetée**. Oeuvres complètes de J. J. Rousseau : avec les notes de tous les commentateurs. T.6. Paris: Dalibon, 1826. Documento eletrônico obtido na Bibliotèque Numérique Gallica. (Bibliotèque Nacional de France). p. 241.

[29] VEGA GARCIA, Pedro de. Mundialização e direito constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. Tradução de Agassiz Almeida Filho. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 525.

econômica (a lógica do cálculo e da ganância) e os que definem a organização política e estatal (a lógica política e valorativa)". [30]

Grimm, por seu prisma, sustenta que as conquistas do Constitucionalismo e de seus elementos nucleares (democracia, governo limitado, Estado de Direito) seriam vinculadas ao reconhecimento de suas próprias condições constitutivas - as distinções de limites entre público e privado, e entre o interno e o externo. Diante disso, como resultado da indefinição desses limites, o Estado se encontraria erodido e, assim, o Constitucionalismo também deveria ser percebido como em declínio. A internacionalização abriria uma lacuna entre o exercício do poder público e os seus modos de legitimação que o constitucionalismo não seria capaz de suprir. Para Grimm, contudo, o Constitucionalismo não poderia ser reconstruído no âmbito internacional.[31]

É indubitável, não se pode deixar de reconhecer, que as objeções críticas circunscritas ao objeto central da presente investigação merecem ser bem recebidas e avaliadas, principalmente porque são imprescindíveis para um exame mais acurado concernente à hipótese e aos objetivos a serem abordadas no decorrer do desenvolvimento do trabalho, mas são justamente os argumentos que essas críticas deixam aflorar que estimulam o exercício de reflexões que possam buscar não soluções, mas alternativas que possam ser adequadas aos desafios que a realidade contemporânea impõe.

Sem embargo, para se explorar o raciocínio quanto aos aspectos que formam o delineamento desta investigação, estabelece-se como ordem primeira a convicção de que o direito, bem como a busca das soluções em sentido geral, deve corresponder coerentemente à realidade de cada época, e o momento contemporâneo parece lançar desafios que nos obrigam a refletir se a ideia de humanidade, pensada em torno da convivência fraternal e da dignidade, poderia se realizar somente nos compartimentos das delimitações territoriais e

---

[30] VEGA GARCIA, Pedro de. Mundialização e direito constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. Tradução de Agassiz Almeida Filho. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 477-483.

[31] GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilighy of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 3-22.

geopolíticas, ou se mereceria uma consideração mais ampliada, em que a ruptura de paradigmas descortinaria novas formas de organização social e política condizentes com a evolução civilizatória ainda tão incipiente.

Por outro lado, é importante consignar, anunciado desde já, que a construção dos argumentos e os rumos desta Tese:

a) não se ajustam às acepções que advogam a ideia de um “Estado mundial”, seja por se entender como ideia irrealista, seja pelos riscos que tal proposta representa ao pluralismo e à autonomia dos indivíduos;

b) não desconsideram a essencialidade do papel dos Estados que, embora com seu perfil modificado em relação à configuração tradicional, atuam com os demais atores do cenário da ordem global;

c) não privilegiam qualquer alternativa que eventualmente possa afetar a ideia de convivência com respeito ao pluralismo e à liberdade, considerando que estas são categorias que se harmonizam com os mais elevados valores da humanidade.

A motivação para enfrentar a temática proposta tem consonância com o estímulo de buscar melhor compreensão quanto aos desafios em que o sistema internacional e a sociedade mundial estão inseridos no limiar do século XXI, notadamente pelos reflexos e incertezas que a intensificação da globalização está a produzir nos paradigmas jurídicos típicos do Estado, no processo de internacionalização do Direito e na complexidade do Direito Internacional.

Objetivando delimitar com mais aprumo a análise e a abrangência do tema, opta-se por percorrer os caminhos deste estudo a partir do estabelecimento, *a priori*, da perspectiva a qual aqui se convenciona denominar de "teoria forte”[32] do Constitucionalismo Global. Para o efeito de permitir a exploração do raciocínio a ser empreendido, propõe-se que essa "teoria forte" do Constitucionalismo Global seja sustentada e formulada a partir de duas concepções, cujo exame será tratado em forma de complementaridade:

[32] Para o fim enunciado, utiliza-se o termo “teoria” que corresponde à expressão de um conjunto de conhecimentos que permitem vislumbrar certa ordem a respeito de fatos, concepções ou fenômenos. O adjetivo “forte” denota uma significação satisfatoriamente consistente.

A primeira delas corresponde à ideia de um conjunto normativo-hierárquico de valores comuns para Comunidade Internacional, especialmente proporcionados pelos Direitos Humanos. Essas normas de caráter jurídico funcionariam de forma equivalente a normas constitucionais globais, portanto, hierarquicamente superiores às demais normas, inclusive com relação aos ordenamentos jurídicos nacionais. O enfoque nos Direitos Humanos como valor e orientação para normas de caráter hierárquico encontra guarida na observação de Pérez Luño, que bem demonstra sua significação para o âmbito da Sociedade Global:

> En la esfera jurídica, la globalización ha potenciado que se difunda la exigencia humanista y cosmopolita de situar los valores y derechos de la persona por encima de la coyuntura de las fronteras nacionales. La erosión de la soberanía de los Estados en la era de la globalización ha favorecido la defensa del valor de la universalidad de los derechos humanos, que ha tenido, las más de las veces, una de sus quiebras y límites más implacables en el ejercicio de la soberanía estatal (Carrillo Salcedo, 1995 id., 2004).[33]

Nesse contexto, um dos aspectos relevantes de se escolher como um dos assentamentos da "teoria forte" do Constitucionalismo Global o arcabouço dos Direitos Humanos é também porque, como assevera Pérez Luño, o meio pelo qual determinados valores penetram e governam a conduta humana é o direito; "*siempre que ese derecho se halle fundamentado por criterios de legitimidad que hoy se concretan en el parámetro de los derechos humanos"*.[34] De todo modo, não se desconhece o problema quanto à universalização dos Direitos Humanos, que será enfrentado no desenvolvimento do estudo.

A segunda trata-se da concepção de uma Constituição para a Comunidade Internacional com base na Carta das Nações Unidas, entendendo-se que essa perspectiva reúne suficiente clareza e tratamento acadêmico para se

---

[33] Livre tradução: "Na esfera jurídica, a globalização tem reforçado que se difunda a exigência humanista e cosmopolita de situar os valores e os direitos da pessoa acima da conjuntura das fronteiras estatais. A erosão da soberania e dos Estados na era da globalização tem favorecido a defesa do valor da universalidade dos direitos humanos, que têm tido, em diversas vezes, um de seus fracassos e limites mais implacáveis no exercício da soberania estatal". In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 246-247.

[34] PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 250.

constituir num dos pontos de análise de uma "teoria forte" do Constitucionalismo Global, principalmente se for compreendida sob dois importantes aspectos:

a) porque a Organização das Nações Unidas corresponde a um destacado e aperfeiçoado *locus* no âmbito das Organizações Internacionais, especialmente por representar um marco estabelecido na segunda metade do século XX que acumula esperanças de uma nova ordem mundial para a Comunidade Internacional;

b) porque as reflexões acadêmicas que envolvem essa concepção favorecem o seu exame, especialmente pelos relevantes estudos que lhe dão aporte, como os de Fassbender[35] e Dupuy[36]. A Carta das Nações, no sentido dessa concepção, serviria como um corpo normativo fundamental, proporcionando unidade jurídica no campo internacional, com características tais que lhe qualificariam como uma Constituição Global.

Apreciadas no seu conjunto, entende-se que tais ideações que configuram essa perspectiva forte do Constitucionalismo Global, nos moldes como está sendo proposta para os fins metodológicos deste estudo, permitem uma otimização do exame para a elaboração, ao final, do esboço de uma crítica reflexiva a respeito do tema.

Assim, acreditando que as considerações até aqui traçadas atinentes à problematização, à delimitação, à justificação e à motivação da pesquisa permitem uma visualização significativa do contexto em que o estudo será abordado, passa-se a seguir à explicitação dos demais requisitos metodológicos.

No que concerne ao objetivo institucional, atende-se ao requisito de se elaborar fundamentação teórica e produzir Tese destinada à conclusão de doutoramento, cuja temática insere-se no perfil da linha de pesquisa “Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade”, da área de concentração “Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito”, no Curso de

---

[35] FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as the Constitution of the International Community. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009.

[36] DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 1-33.

Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

O objetivo geral consiste em analisar e compreender os limites e possibilidades da concepção do Constitucionalismo Global no contexto de uma nova ordem mundial.

O objetivo científico consiste em avaliar a confirmação da seguinte hipótese: na delimitação do que se convenciona denominar de "teoria forte" da concepção, o Constitucionalismo Global não encontra suficientes elementos de sustentação diante da realidade das relações internacionais contemporâneas.

Para o desenvolvimento e a orientação do argumento principal desta Tese, a hipótese acima expressada poderá ser melhor avaliada se decomposta em outros pontos de análise, de caráter intermediário e instrumental, de maneira a permitir uma ideia mais adequada à compreensão do conjunto de problemas envolvidos. Para esse fim, o desenvolvimento da abordagem pauta-se pelos seguintes objetivos específicos:

a) descrever e discutir a ideia de que o processo de intensificação da Globalização produziria uma série de modificações nos paradigmas tradicionais interligados ao modelo do Estado moderno, caracterizadas pela diminuição da autonomia estatal, pelo processo de descentralização ante a concorrência com outras fontes normativas, e pelas interações e influências do ambiente doméstico em relação ao ambiente internacional/global que gerariam uma desconexão do aparato vinculado ao constitucionalismo estatal;

b) examinar o processo evolutivo do Direito Internacional para melhor compreender os desafios que se apresentam no limiar do século XXI, tendo em vista que os novos contornos dessa disciplina projetam-se para além das relações estritas entre os Estados, caracterizando-se pela internacionalização e interação dos Direitos, pela proliferação de outras fontes normativas, pela multiplicação de instâncias decisórias e pela presença de novos e múltiplos atores;

c) identificar e descrever as principais propostas teóricas que fundamentariam, sob o viés possibilista, a concepção do Constitucionalismo Global;

d) analisar o conteúdo de uma “teoria forte” do Constitucionalismo Global, a qual teria por base previamente estabelecida: a) a ideia de um conjunto de normas fundamentais hierarquicamente superiores e com características constitucionais, com base nos Direitos Humanos; b) a perspectiva de que a Carta das Nações Unidas poderia ser concebida como uma Constituição Global para a Comunidade Internacional;

e) avaliar e criticar a concepção do Constitucionalismo Global, a partir da sua “teoria forte”, identificando os principais obstáculos para a sua sustentação.

Para o enfrentamento da hipótese e dos objetivos estabelecidos para esta Tese, o trabalho será exposto em cinco Seções, que podem ser sintetizadas conforme segue:

A Seção 1, constituindo-se no pano de fundo em que se desenvolve a narrativa desta Tese, serve de premissa para a renovação e atualização da abordagem referente ao problema do Constitucionalismo Global. Consiste na descrição de importantes efeitos ocasionados pela intensificação da Globalização, especialmente no que diz respeito à noção de Soberania e demais atributos relacionados à estrutura estatal que se aperfeiçoaram com base no modelo erigido a partir da Paz de Westfália. Objetiva-se demonstrar que o ambiente contemporâneo influenciaria e modificaria os tradicionais paradigmas relacionados à organização política e jurídica do ente estatal, importando vislumbrar um processo de diminuição da autonomia e de descentralização normativa.

Por outro lado, as interações e as influências recíprocas entre as esferas doméstica e internacional/global, bem como a incapacidade da autoridade estatal em lidar com temas que não se limitam as suas fronteiras, acabariam por ocasionar uma desconexão entre Constituição e Estado. Nesse contexto, os argumentos dessa Seção sugerem a reflexão sobre formas alternativas para o enfrentamento da nova realidade, que não mais se harmonizaria com a tradicional noção de Estado sob o modelo Westfaliano. A percepção desenvolvida pode sugerir e induzir a discussão a propósito de outras formas de organização social para além dos limites circunscritos à Soberania estatal, servindo então como

premissa de justificação temática para o debate sobre os limites e possibilidades da ideia de um Constitucionalismo Global;

Tais argumentos são complementados pelas considerações quanto aos desafios que se apresentariam no âmbito do Direito Internacional. Nesse sentido, a Seção 2 propõe-se a examinar o aspecto que, acompanhando as mudanças que se intensificam no limiar do século XXI, o Direito Internacional se encontraria em expansão, cuja complexidade seria aumentada pela presença de novos atores que passaram a integrar o Sistema Internacional, que anteriormente era voltado somente aos Estados, pela internacionalização dos direitos, especialmente pelas influências recíprocas dos sistemas nacionais e outros sistemas, pela proliferação de fontes normativas, bem como pela abrangência de temas específicos, tais como, dentre outros, o problema ambiental, o terrorismo, a proteção do sistema financeiro internacional, o combate à criminalidade internacional, as novas tecnologias, e, especialmente, os Direitos Humanos.

A evolução do Direito Internacional, de uma origem voltada à coexistência entre Estados, para a ideia de cooperação parece evidenciar que o estreitamento das interações entre os povos, culturas e sociedades determinaria a necessidade de se formar uma comunidade jurídica a compartilhar temas e interesses inerentes aos Direitos Humanos e à própria condição humana, que transcenderiam à tradicional noção limitada à soberania territorial e à jurisdição exclusiva dos Estados. Busca-se, então, ordenar alguns aspectos pontuais do processo evolutivo do Direito Internacional para que se possa ter uma percepção mais clara a respeito das exigências e dos desafios que se apresentariam na contemporaneidade para que se possa avaliar os limites e as possibilidades do processo de constitucionalização para além das fronteiras estatais.

A Seção 3 aborda a concepção do Constitucionalismo Global e do correspondente processo de constitucionalização nessa esfera como uma das possíveis perspectivas de organização político-jurídica que se projetam para além dos limites circunscritos ao Estado. Nesse sentido, desenvolve-se a identificação e a descrição de elementos de base que possam servir como apoio à delimitação temática do estudo. Portanto, ao se articular e revisar um conjunto de considerações concernentes a algumas das tendências doutrinárias sobre o

Constitucionalismo Global, pretende-se organizar seus alicerces essenciais a partir do viés do pensamento possibilista, de maneira a se poder avaliar posteriormente até que ponto essa concepção pode ser sustentada sob o pressuposto metodológico formulado como uma perspectiva mais expressivamente marcante do Constitucionalismo Global.

A Seção 4 destina-se a explorar e analisar a perspectiva do que se denominou para fins deste estudo como “teoria forte” do Constitucionalismo Global, operacionalizada pela articulação de duas concepções que se complementariam: por um lado, a concepção de uma Comunidade Internacional baseada em normas fundamentais hierarquicamente superiores e equivalentes a normas constitucionais, estruturadas a partir dos direitos humanos e, por outro lado, a concepção que considera a Carta da Organização das Nações Unidas como uma Constituição Global da Comunidade Internacional.

A Seção 5 corresponde a um apanhado crítico com base nos aspectos levantados a partir da perspectiva da “teoria forte”, cuja abordagem, em consonância com a hipótese proposta, concentra-se na apreciação dos principais obstáculos que prejudicariam a sustentação da concepção do Constitucionalismo Global, considerando-se a realidade das relações internacionais contemporâneas.

O estudo encerra-se com uma síntese pessoal em que se interpreta a narrativa e os argumentos disseminados ao longo do trabalho, pela qual se almeja contribuir, dessa maneira, apresentando pontos conclusivos destacados sobre os argumentos e as reflexões relacionadas ao tema e, especialmente, verificar em que medida a hipótese norteadora da pesquisa poderá obter confirmação.

Para a consecução desta Tese utiliza-se o método indutivo, tanto na fase da coleta e do tratamento dos dados bibliográficos recolhidos, quanto no relato da pesquisa, com auxílio das técnicas do referente e do fichamento.[37]

Em consideração aos parâmetros formais adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, as categorias

[37] Sobre métodos, técnicas e ferramentas de pesquisa, ver PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

nucleares estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no glossário inicial bem como desenvolvidas ao longo do texto. As demais categorias serão tratadas no decorrer do trabalho. Não se pode deixar de enfatizar, entretanto, que os respectivos conceitos operacionais não podem ser compreendidos de forma absoluta. Ao contrário, apenas sugerem significações aceitáveis para a exposição racional dos argumentos da abordagem.

A apresentação formal corresponde preponderantemente ao padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, embora se ajuste também ao que especifica o Ato Organizacional n. 009/CPCJ/2012 e demais orientações metodológicas estabelecidas pela UNIVALI.

As citações, paráfrases e comentários elaborados a partir de livros e artigos estrangeiros são de livre tradução do doutorando, de forma que não dispensa, e é recomendável, a consulta e a confrontação com os textos originais, devidamente mencionados nas notas de rodapé e nas Referências Bibliográficas constantes no final da Tese.

SEÇÃO 1

PARA ALÉM DO ESTADO E DA SOBERANIA NO CENÁRIO DE UMA NOVA ORDEM GLOBAL: DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONEXÃO CONSTITUCIONAL COMO RUPTURA DO PARADIGMA *WESTFALIANO*

Como modelo de sociedade política cujas feições aperfeiçoaram-se historicamente de forma a unificar as antes fragmentadas estruturas de poder político, o Estado moderno firma-se com base no princípio da Soberania, no exercício de autoridade e da produção do Direito centralizada como organização do corpo social em determinado espaço territorial. Com base nessa caracterização, a regulação social passa então a ser determinada por um conjunto normativo positivado pelo Estado como atributo próprio de sua existência soberana.

Entretanto, o paradigma de organização político-jurídica originado em torno da modernidade, com todo o seu conjunto de aspectos resultantes da história europeia que se desenvolveram a partir do Renascimento, cujos reflexos atingem a vida social em geral, inclusive no que se relaciona aos campos jurídico e político, vem sofrendo uma significativa mudança em face da realidade que se expressa pela intensificação da sociedade mundial em diversos setores da convivência humana.

De fato, o aparato estatal e os conceitos tradicionais interligados às ideias de Soberania, de legitimidade e do próprio Direito Internacional se tornam confusos em razão do impulso em que se desenvolve a globalização, de maneira que, muito embora ainda prepondere a noção formal de Soberania, no aspecto substantivo pode-se vislumbrar um processo de diminuição da autonomia estatal e um processo de descentralização decorrente da concorrência com outras fontes de produção normativa.

A realidade de um mundo em transformação, em que os modelos tradicionais parecem não mais corresponder aos desafios que se apresentam, exige não só que se repensem os conceitos, discursos e as práticas usualmente adotadas como também sugerem a reflexão quanto às eventuais alternativas ou adaptações aos paradigmas já em vias de esgotamento.

Esta Seção destina-se, pois, a examinar esse processo que atinge a realidade estatal no mundo globalizado, compreendendo-se que tal cenário serve como motivo indutor da discussão a propósito de outras formas de organização social para além das fronteiras delimitadas do Estado. Nessa ótica, as considerações que se apresentam a seguir servem como premissa de justificação temática para o debate sobre os limites e possibilidades de outras formas de organização político-jurídico que transcendam aos limites estatais.

1.1 UMA DELIMITAÇÃO DO MARCO SIMBÓLICO DO ESTADO MODERNO E O RECONHECIMENTO DE SEU CARÁTER DE SOCIEDADE POLÍTICA DINÂMICA E CAMBIÁVEL

A configuração do Estado e de todo o seu aparato estrutural como uma realidade essencial da vida social moderna, especialmente porque a população mundial se agrupa e se organiza politicamente num sistema estatal de territórios soberanos delimitados, pode trazer a sensação e a falsa impressão de que sua presença e a forma de sua institucionalização são perenes, imutáveis. No entanto, trata-se de sociedade política revestida de historicidade que, por ser um dos modos de organização social, com suas vantagens ou desvantagens, caracteriza-se pelo dinamismo e pelas mudanças inerentes aos padrões da vida social correspondentes às necessidades ou às realidades de cada época.

No contexto dessa ideia de mutabilidade da vida, não se pode descartar a ideia de que “no futuro, talvez o mundo não esteja estruturado de acordo com o sistema estatal”,[38] embora não há como se afirmar com segurança

[38] Sobre essa ideia de transitoriedade: JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às Relações Internacionais**. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: Introduction to International Relations (Theories and

de que maneira se organizará a sociedade nos tempos vindouros sem incorrer-se em um raciocínio parcial e vazio, conforme adverte Hegel.[39] Aliás, desvendar as tendências ou os rumos do desenvolvimento social como exercício de previsão, como já observou Hobsbawm, embora até certo ponto seja possível, não deixa de ser uma tarefa arriscada inclusive para os historiadores. Contudo, "as pessoas não podem evitar a tentativa de antever o futuro mediante alguma forma de leitura do passado".[40]

Mas ao se reconhecer essa caracterização existencial histórico-dinâmica da instituição estatal, sem embargo das incertezas do porvir, entende-se pertinente tecer, sinteticamente, algumas considerações para delimitar o ponto de partida, ou seja, o estabelecimento paradigmático do Estado Moderno, e arriscar algumas percepções sobre os câmbios que se operam em torno dessa categoria. Mais propriamente, relembrar e assentar os elementos que delineiam a organização estatal moderna, de matriz europeia, mas que foi assimilada posteriormente em todo o globo com as variações de acordo com cada particularidade para, em momento seguinte, compartilhar a percepção de que esse é um modelo em movimento e se encontra em processo de transformação no panorama contemporâneo.

Na busca de compreensão dessa dinâmica própria da esfera político-social, parece sempre instigante refletir sobre a trajetória em que se desenvolveu o árduo processo de organização e ocupação humana na superfície habitável do planeta. Desde os agrupamentos primitivos, passando pelo enfrentamento das dificuldades corriqueiras com a criação e desenvolvimento de instrumentos e habilidades técnicas e, posteriormente, com a agricultura, o homem foi de certa forma se estabelecendo em determinados espaços territoriais. No curso dos

---

approaches). p. 29.

[39] Hegel situa a filosofia na compreensão do presente e do real. Assevera, pois, que "porque é precisamente o fundamento do racional, a filosofia é a inteligência do presente e do real, não a construção de um além que só Deus sabe onde se encontra ou que, antes, todos nós sabemos onde está – no erro, nos raciocínios parciais e vazios". HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título Original: Grundlinien der Philosophie der Rechts. p. xxxv.

[40] HOBSBAWM, Eric. **Sobre História**. Tradução de Cid Knipel. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Título original: On History. p. 50-51. Especificamente sobre esse aspecto levantado por Hobsbawn, ver Capítulo 4 da obra, intitulado "A história e a previsão do futuro".

acontecimentos da história, os vínculos e as relações se intensificaram com a adoção de crenças, das religiões, do estabelecimento de costumes e normas grupais, produzindo-se diversos tipos de organizações sociais, como a família, a cidade, as empresas, e, uma das mais complexas das instituições, o Estado.

Todavia, considerando-se os diversos conceitos ou concepções que possam ser aplicadas ao Estado, o problema de sua origem não encontra consenso, bem como os motivos de seu surgimento. Dessa maneira, podem ser compreendidos tanto pela *necessidade natural*, ou seja, no fato de que os homens vivem necessariamente em sociedade e esta, por sua vez, precisa do Estado, ou pelo *desejo de dominação*, caracterizado pelo desejo de permanência da dominação de alguns homens sobre outros, institucionalizando seu domínio, e ainda por *motivos econômicos*, em que o domínio de outros homens pela força encontra motivo na obtenção de riqueza e de privilégios. Talvez, cada um dos pontos de vista possa ter alguma medida de razão.[41]

Com efeito, sob diferentes e especializados pontos de análise, pode-se buscar a explicação de modelos sobre a formação dos Estados por meio de teorias que se referem tanto aos processos históricos como aos aspectos sociológicos, bem como as que se valem de condicionalismos ou necessidades históricas de organização social.

A propósito, os modelos teóricos relacionados por Zippelius permitem uma noção geral quanto à ampla gama de perspectivas que comportam a análise da formação dos Estados, conforme apontadas a seguir, resumidamente: a) Teoria Patriarcal: por esta teoria, as associações de domínio tiveram sua origem em famílias ou associações de famílias em que seus chefes tinham papel importante. Como exemplo desse modelo, pode-se ter a antiga Roma, cuja divisão de dez gentes (gens) formaria uma cúria e dez cúrias uma tribo, associando-se as três tribos em povo romano. Em algumas ocasiões a liderança pode surgir de uma habilidade especial, mas essa teoria patriarcal, no entanto, gerou um erro de justificação do poder do Estado quando em determinados momentos a liderança de um homem extraordinário e com carisma passa a seus

[41] Quanto aos motivos do surgimento do Estado, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52-54.

descendentes. b) Teoria Genético-contratual: esta teoria representa um modelo contratual de domínio político. O referido autor traz como exemplos históricos desses domínios através de contratos a aliança de David com as tribos de Israel (2º Livro de Samuel, 5, 3), bem como os acordos entre eleitores e o eleito, em monarquias eletivas. Zippelius menciona também como exemplo contratual histórico os convênios de plantação dos puritanos que emigraram para a América no século XVII, e ainda o "Agreement of the People, de 1647. Aduz também que a teoria medieval do direito de resistência tem como base o fundamento contratual do domínio real. Por essa teoria, segundo o autor, pode haver "a conjunção do modelo de formação de domínio com a legitimação", inclusive com o direito de resistência. c) Teoria Patrimonial: "o poder de domínio deve assentar na propriedade do soberano sobre o território do Estado.", teoria utilizada para fundamentar o domínio durante do feudalismo. Adverte Zippelius, entretanto, que "Historicamente, dá-se hoje como assente que domínio e soberania territoriais não surgiram pela única via das "posições de proprietário", mas sim por uma multiplicidade de condições, e que o "Estado patrimonial" puro é mais um fenômeno marginal que um modelo de evolução. d) Teorias do Poder: aqui, as teorias jusnaturalistas se contrapõem as teorias empírico-descritivas. Nas teorias jusnaturalistas, "convertem a posição fáctica do mais forte num 'direito' do mais forte, ou seja, convertem o facto em critério de justeza". [42]

Sem embargo desse intrincado conjunto de abordagens teóricas relacionadas à natureza formativa da organização estatal, pode-se trasferir a análise para outro enfoque. Nesse aspecto, num primeiro momento e admitindo-se, para fins da linha de raciocínio que se quer imprimir, que o tempo presente relaciona-se com o passado, compreende-se que o caráter da sociedade política estatal contemporânea guarda alguma ligação com o desenvolvimento de ideias e práticas que remontam à antiguidade, desde as mais remotas e simples formas de organização social e que se processaram ao longo da história da humanidade, afinal, o Estado é um fenômeno histórico de associação humana, e não um produto da natureza.

---

[42] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Tradução de Karin Praefke – Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 139-148.

É comum encontrar referências aos distintos períodos históricos aos quais se atribui a decorrência do desenvolvimento e da formação do Estado. Nessa linha, por exemplo, encontra-se a tipologia das formas históricas, como tratada por Miranda – o qual acolhe a linha proposta por Jellinek -, que relaciona o Estado atual aos tipos fundamentais anteriores -, de forma que recorre ao exame pretérito das peculiaridades e características da evolução dos tipos que denomina como Estado oriental, Estado grego, Estado romano, o pretenso Estado medieval, até o processo de criação do denominado Estado moderno, de matriz europeia.[43] Todavia, refoge a delimitação pretendida o exame aprofundado das nuances de cada modelo de sociedade política anterior.

Entretanto, não se desconhece a quase advertência de Heller no sentido de que o recuo da abordagem para as organizações políticas anteriores à atualidade não é necessário para a compreensão do Estado atual, pois "a consciência histórica de que o Estado, como nome e como realidade, é algo, do ponto de vista histórico, absolutamente peculiar e que, nessa sua moderna individualidade, não pode ser trasladado aos tempos passados". Ademais, exige-se cautela para a busca de compreensão dos tempos remotos, para não se deixar levar por concepções falsas do passado.[44]

Por outro lado, é curioso que a utilização generalizada do termo *Estado* é relacionada a partir do surgimento da obra "O Príncipe", de Niccolò Maquiavelli, cujo exórdio traz consignada a já conhecida afirmação de que "Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram ou são repúblicas ou principados".[45] Assim, conforme Bobbio, com o tempo o termo "Estado" vai substituindo as expressões *polis, civitas* ou *res publica*, embora não

---

[43] Analisando a tipologia e o desenvolvimento histórico do Estado, Jorge Miranda enfatiza que "Quer como ideia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa forma acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando". In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** (Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais). Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 49-64.

[44] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Metre Jou, 1968. Título Original: Staatslehre. p. 157-158.

[45] "*Tutti gli stati, tutti e' dominii che hanno avuto e hanno império sopra gli uomini, sono stati e sono o republiche o principati*". MACHIAVELLI, Niccolò. **Il Principe**. 13. ed. Milão: Feltrinelli, 2007. [Con uno scritto di G.W.F. Hegel. Cura di Ugo Dotti]. p. 75.

há se confundir o período em que o termo começou a ganhar uso com o momento de início dessa organização político-social de pessoas estabelecidas num determinado território. [46]

Dessa maneira, é pertinente que o primeiro aspecto a se examinar diga respeito ao momento em que a sociedade organizou-se de tal maneira que passou a ser caracterizada e reconhecida como Estado no sentido moderno. Sem embargo de eventuais polêmicas sobre os limites demarcatórios entre os sistemas políticos pré-estatais e as formações inaugurais do denominado Estado moderno, pode-se estabelecer o entendimento no sentido de que os antigos impérios do Egito e da Mesopotâmia, as tribos, as cidades-Estado gregas, a República e o Império Romanos, o sistema feudal e os reinos medievais, embora dotados de governo ou chefia, não se revestiam das qualidades típicas da estatalidade moderna, sem desconsiderar a possibilidade de ser vislumbradas como formas embrionárias. [47]

A *polis* grega, talvez a primeira referência mais lembrada, se comparada às sociedades políticas modernas é limitada em relação à população e ao território, e não se constituía, conforme argumenta Morris, como Estado moderno.[48] Por um lado, não se expandia e não incorporava novos territórios e outros grupos e, por outro, carecia de autossuficiência, pois a *polis* integrava uma sociedade cultural mais ampla, a Hélade, com uma linguagem e uma religião comum. Esse conjunto de *poleis*, entretanto, também não pode ser comparado às confederações modernas, porque não possuíam unidade política. Ademais, não havia, ao contrário de Roma, a noção de lei secular proveniente de organização política. Mas é inegável, entretanto, a contribuição e o avanço que significou a *polis* grega, na qual se originaram as sementes do Estado moderno, representadas principalmente por duas categorias essenciais: democracia e

---

[46] Ver, a propósito: BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: Stato, Governo, Società: per una teoria generale della política. p. 65-66.

[47] A propósito de uma abordagem sob esse ponto de vista, com análise a respeito das comunidades políticas anteriores ao Estado, ver: VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: The Rise and Decline of the State.

[48] MORRIS, Christopher W. **Um ensaio sobre o Estado moderno.** Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. Título original: An Essay on the Modern State. p. 53-54.

política, além do pensamento articulado pelos importantes textos da filosofia política, cujas referências mais destacadas sempre incluem especialmente as obras de Platão e de Aristóteles. [49]

Também na concepção pré-estatal, pode-se vislumbrar na antiga Roma, primeiro na República e depois na fase Imperial, características que de certa forma se aplicam modernamente, como diversas nuances peculiares e alguns importantes institutos jurídicos. No entanto, distingue-se do Estado moderno na deficiência quanto à integração de outros povos ao Império, cujo poder não era assimilado a não ser por imposição militar. Num outro prisma, ao contrário da *polis* grega, teve capacidade de expansão, embora não havia a unidade que caracteriza os Estados modernos, fato que, por consequência, difere destes no que concerne à administração interna e às relações externas.[50]

O Império Romano, que em seu auge abrangia uma vasta extensão territorial compreendendo grande parte da Europa, do norte da África e do Oriente Médio, teve seu ocaso no século V, momento a partir do qual sucede o período da cristandade medieval (aproximadamente e 500 a 1500), a católica, com o papado estabelecido em Roma, e a ortodoxa, estabelecida em Constantinopla. [51] Na esteira das múltiplas interpretações dos estudiosos do tema, Strayer, na sua obra sobre as origens medievais do Estado moderno que já se tornou um *clássico*, localiza entre 1000 e 1300 o período em que começam a surgir os elementos essenciais que vêm posteriormente formar as características diferenciadoras dessa espécie de sociedade política. [52]

---

[49] HALL, Stuart. The state in question. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 2.

[50] MORRIS, Christopher W. **Um ensaio sobre o Estado moderno.** Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. Título original: An Essay on the Modern State. p. 55-56.

[51] Embora a referência nuclear, para seguir a delimitação temática proposta, seja circunscrita ao contexto histórico europeu, cujo modelo repercutiu a partir da modernidade em quase todas as sociedades políticas do planeta, cabe mencionar a existência de outros impérios característicos importantes, como o da China, da Pérsia, da Índia, e o Islã.

[52] STRAYER, Joseph. **On the Medieval Origins of the Modern State.** Prefácio de Charles Tilly e Willian Chester Jordan. Princeton: Princeton University Press, 2005. (Primeira Edição em 1970). p. 33.

Em decorrência da transformação que se operou a partir do crepúsculo do Império Romano e situando-se a Idade Média no contexto europeu, podem ser diferenciados dois períodos peculiares: a fase das invasões, em que vigorava a intranquilidade e a insegurança geral, e a posterior fase da reconstrução. Desenvolveu-se um período de fragmentação do poder político, numa complexa coexistência de autoridades de reis, imperadores, nobres, bispos e papas, em que as hierarquias não eram suficientemente determináveis. O estabelecimento do sistema feudal foi delineado nos vínculos contratuais e nas relações pessoais entre soberanos e vassalos. Melhor explicando, diante das tensões internas em razão das diferentes fontes de poder e autoridade, na monarquia feudal não existia a soberania, mas apenas a suserania. Por outro lado, a principal autoridade que rivalizava com a aristocracia era a Igreja.[53]

A ideia de uma ordem política impessoal e soberana, como bem observa Held, não poderia vingar enquanto os direitos políticos, obrigações e deveres eram associados aos direitos de propriedade e de tradição religiosa. De fato, a transformação da noção política medieval foi custosa: contendas entre monarcas e barões sobre a autoridade política, conflitos religiosos, as pretensões universais do catolicismo, as lutas contra a tributação excessiva, o desenvolvimento do comércio, as ideias renovadoras da Renascença, e a consolidação das monarquias nacionais. [54]

Conforme Heller, é justamente a transformação das poliarquias imprecisas até aquele momento existentes em unidades de poder, com instrumentos de mando (militares, burocráticos e econômicos) concentrados em uma ação política, origina “aquêle monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de maneira característica o Estado da Idade Moderna do Território medieval”.[55] Nesse sentido, as qualidades que passaram a integrar a concepção

---

[53] HALL, Stuart. The state in question. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 6.

[54] HELD, David. Central perspectives on the modern state. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 29-30.

[55] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Metre Jou, 1968. Título Original: Staatslehre. p. 162.

de Estado no sentido moderno não ocorriam no sistema medieval europeu, embora naquele período se possa localizar a matriz mais próxima de sua origem.[56] Na mesma esteira de pensamento, Norbert Elias relaciona à culminância da desintegração do modelo feudal no Ocidente a ocorrência de uma "dinâmica de entrelaçamento social que tendeu a integrar unidades cada vez maiores". Da integração de novos e maiores domínios decorreu o desenvolvimento do "centro monopolista de uma organização estatal", cuja dinâmica do entrelaçamento dos movimentos da época pode ser caracterizada como um "contexto da qual muitas das regiões e grupos que competiam livremente gradualmente se aglutinaram numa sociedade mais ou menos unificada e equilibrada, de uma ordem mais alta de magnitude".[57]

Se a *polis* grega, o império chinês antigo ou o império romano , ou outra formação política anterior podem ser considerados por alguns como Estados, o Estado moderno com as qualidades que lhe são intrínsecas não deriva diretamente daquelas sociedades. As propriedades diferenciadoras do Estado moderno com as sociedades políticas anteriores consistem justamente na configuração de uma unidade política que seja persistente no tempo e delimitada espacialmente, que possua instituições impessoais e permanentes, e que exista uma aceitação geral e lealdade mínima dos súditos em relação a uma autoridade que tenha a incumbência das decisões finais.[58]

No dizer de Van Creveld, que desenvolve sua análise sob a perspectiva de que governo e Estado não se identificam, o Estado “é uma das formas que, historicamente, a organização do governo assume e que, em consequência disso, não precisa ser considerada mais eterna e auto-evidente do que as anteriores”, enfatizando como esse novo modelo de organização política está associado ao

---

[56] Para uma aproximação a respeito da relação do período medieval para a formação do Estado moderno, ver: STRAYER, Joseph. **On the Medieval Origins of the Modern State.** Prefácio de Charles Tilly e Willian Chester Jordan. Princeton: Princeton University Press, 2005. (Primeira Edição em 1970).

[57] Conforme ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**: formação do Estado e Civilização. Tradução de Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2. v. Título original: Über den Prozess der Zivilisation. p. 263.

[58] STRAYER, Joseph. **On the Medieval Origins of the Modern State.** Prefácio de Charles Tilly e Willian Chester Jordan. Princeton: Princeton University Press, 2005. (Primeira Edição em 1970). p. 9-10.

declínio do mundo medieval e às consequentes guerras civis e religiosas, destinado então a impor a lei e a ordem sobre grupos e indivíduos. Em síntese apropriada e bem delineada, assim expressa o referido autor:

> O primeiro lugar a ter esse tipo de governo foi a Europa ocidental, onde começou a desenvolver-se por volta do ano 1300 e onde aconteceram mudanças decisivas entre a morte de Carlos V, em 1558, e o tratado de Vesfália, noventa nos depois. *Grosso modo*, e omitindo as muitas diferenças que separavam vários países, ocorreu o seguinte. Depois de lutar contra o universalismo e derrotá-lo, de um lado, o particularismo, de outro, um pequeno número de monarcas "absolutistas" consolidou os domínios territoriais e concentrou o poder político nas próprias mãos. Simultaneamente, para administrar os aspectos tanto civis quanto militares desse poder, resolveram montar uma burocracia impessoal, bem como uma infraestrutura de impostos e informação necessária ao seu sustento. Instalada a burocracia, sua própria natureza – o fato de que as leis em que consiste não poderiam ser arbitrariamente transgredidas sem risco de colapso – logo fez com que começasse a desviar o poder das mãos dos governantes para as suas, replicando, assim, o próprio governo.[59]

O contexto caracterizado pela fragmentação do poder político, então compartilhado entre senhores feudais, Igreja, cidades, etc., em que os territórios e reinos eram ocupados por poderes descontínuos e limitados ou subordinados entre si, teve importantes e mais evidentes transformações a partir do século XVI em decorrência dos novos ares trazidos pelo Renascimento, como destacam Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner.[60] Inicialmente, cabe lembrar as mudanças que ocorreram no âmbito dos aspectos históricos e econômicos em razão do desenvolvimento das cidades, do comércio e as práticas decorrentes das descobertas no período medieval. Destacada amplitude transformadora também decorrem da descoberta do "novo mundo" e as revoluções na ciência (Copérnico, Kepler e Galileu), que modificaram a "imagem" do mundo e, gradualmente, as antigas concepções e superstições medievais substituídas por uma nova realidade para ser explorada e conquistada. Concomitantemente, o interesse pelo homem e pelas "especulações ético-políticas", despertados pelos humanistas com a renovação do interesse pela antiguidade greco-romana. Por outro lado, o

---

[59] VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: The Rise and Decline of the State. p. 595-596.

[60] Conforme CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das Idéias Políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Título original: Histoire des Idées Politiques. p. 37.

protestantismo e as contestações religiosas desafiam a tradição de poder da Igreja de Roma - Jan Hus (1369-1415), na Boêmia, e John Wycliff (1328-1384) na Inglaterra, e os movimentos que rediscutiam a concepção do cristianismo primitivo. Tais conflitos trouxeram "às práticas e às reflexões políticas problemas que essas vão tentar resolver por meio de invenções que estão na origem da modernidade: entre as mais marcantes, a do Estado como soberania".[61]

No entanto, mesmo sendo evidentes as diferenças das diversas formas que as sociedades políticas adotam ao longo do tempo, Fioravanti observa um fio condutor, que para desvendá-lo busca auxílio, em primeiro lugar, na noção de "governo"; mais precisamente, anota que a ocorrência de uma "consistente e difusa transformação do governo dos territórios da Europa, no início do desenvolvimento do Estado moderno, quando se estabelecem: a) um senhor que exerça com alguma consistência os poderes de imperium (impor justiça, cobrar tributos, e chamar às armas em determinado território); b) uma assembleia representativa (*Landtage*, *Parliamentes*, *Cortes*, *Stati generali*, etc.), que por um lado impõe limites ao poder senhorial, mantendo certos privilégios e os ordenamentos estamentais, e por outro, colabora com o governo; c) a existência de normas, embora de predominância consuetudinárias, mas que começam a ser redigidas para assinalar um "autêntico contrato entre o senhor e as forças presentes no território" (contratos de dominação)". Dessa forma, a origem do Estado moderno europeu se identifica "como governo de um território, que atua de maneira cada vez mais disciplinada e regrada, com a intenção de reunir as forças operativas sobre esse território, de reconduzi-las a uma prospectiva comum". É evidente, como afirma Fioravanti, que não há se confundir esse Estado que surge na primeira fase da era moderna com as formas posteriores, dos Estados nacionais e dos Estados de Direito.[62]

Entre o decorrer do século XIV e o século XVI, segue-se a essa ruptura com o feudalismo uma nova forma de sociedade política exteriorizada inicialmente

---

[61] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das Idéias Políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Título original: Histoire des Idées Politiques. p. 37.

[62] FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. *In*: FIORAVANTI, Maurizio(Ed.). **El Estado Moderno en Europa**: instituciones y derecho. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004. Título original: Lo Stato Moderno in Europa. P. 14-15.

pelas monarquias da França, Espanha e Inglaterra, com caráter absolutista, evidenciando-se com um modelo político que serviu como uma ponte de transição ao Estado constitucional de matriz “burguesa”.[63]

Referindo-se à observação de Skinner[64] a propósito do início da preocupação e do pensamento que tomaram rumo a partir do século XVII sobre a natureza do Estado moderno e os problemas relacionados ao poder e à obediência, principalmente com Hobbes, Hall discorre sobre alguns dos elementos conceituais essenciais que caracterizam essa forma política, como a noção de poder e obediência, a relação hierárquica em face da sociedade, cujo poder pode ser exercido com o uso da força para fazer cumprir, como soberano, às suas leis (a noção Webberiana do monopólio do uso legítimo da força), configurando-se a legitimidade como primordial para o exercício da autoridade. Se a legitimidade pode se dar em razão da tradição, costume, da legalidade, ou mesmo em momentos extremos com excepcional uso do poder, nos Estados democrático-liberais ocorre por intermédio de representação popular, na busca de consentimento e de procedimentos formais eleitorais para o exercício do poder.[65]

Parece relevante acrescentar que, ao tratar do Estado moderno como uma “associação política”, Weber prefere defini-lo “não pelo conteúdo daquilo que faz”, mas sim pelo “meio específico que lhe é próprio”, ou seja, a coação física. Dessa maneira: entende que o

> O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de *dominação* de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e por que fazem isto, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos e justificativos internos e os meios externos nos quais se apoia a dominação.[66]

---

[63] HALL, Stuart. The state in question. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 7-8.

[64] SKINNER, Quentin. **The Foundations of Modern Political Thought**. Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. p. 349.

[65] HALL, Stuart. The state in question. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 14-17.

[66] WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. v.2. 4. ed.

Para Weber, as bases legítimas da dominação que funcionam como justificação interna são a autoridade pela dominação “tradicional”, pela dominação “carismática” e pela dominação em virtude da “legalidade”. Ademais, é necessária a presença de bens materiais externos para essa para essa relação de coação (organização e funcionários para a administração), de forma que “Uma associação política, em que os meios administrativos materiais se encontram integral ou parcialmente no poder próprio do quadro administrativo dependente, é uma associação organizada ‘estatalmente’.” [67]

Conforme resume Morris, os aspectos característicos que dão forma a essa nova organização política são os seguintes: *a continuidade no tempo* (territorialidade) *e no espaço*, inclusive perdurando independentemente das modificações dos governos; *a transcendência,* ou seja, distingue-se o Estado como organização política de governados, governantes, agentes e demais instituições; a *organização política* diferenciada das demais, em que o controle legal e administrativo é direto e territorial e abrange sociedade; *a autoridade*, soberanamente exercida como monopólio do uso da força legítima em seu território; e, por fim, *o compromisso de fidelidade*, significando a lealdade dos membros e habitantes, que ao mesmo tempo lhe são submetidos e obrigados a cumprir suas leis.[68]

Como fruto de concepções liberais e das revoluções burguesas do século XVIII, evolui-se para o Estado constitucional, que em sua essência caracteriza-se pela limitação do poder, pela supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of the law, Rechtsstaat*) e pela garantia de direitos fundamentais, bem como outras particularidades que marcam o Estado moderno, destacando-se a ideia de impessoalidade e de separação das esferas pública e privada, bem como a sua

---

Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie. p. 526.

[67] A propósito, ver: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. v.2. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie. p. 525-528.

[68] MORRIS, Christopher W. **Um ensaio sobre o Estado moderno.** Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. Título original: An Essay on the Modern State. p. 76-77.

estruturação em um complexo e forte aparato burocrático atuando nos mais diversos campos de atividades.

Em síntese, a organização estatal contemporânea decorre de um longo processo de organização política, não linear, que se aperfeiçoa mais fortemente na modernidade, especialmente entre os séculos XV a XVII, constituído com fundamentos com características diferenciadas das experiências anteriores, cujo momento simbolicamente marcante corresponde aos Tratados de Paz de Westfália (1648),[69] e que posteriormente espargiu-se para o restante do planeta. Conforme sintetiza Tilly, nos últimos quinhentos anos, esse sistema difunde-se a Estados não europeus, cujo desenvolvimento, com "A criação, primeiro de uma Liga das Nações, depois da Organização das Nações Unidas, simplesmente ratificou e racionalizou a organização de todos os povos da Terra em um único sistema de Estados".[70]

É importante ressaltar, no entanto, que no âmbito de um sistema estatal global a vida nos Estados deve observar uma escala de valores que compreendem a liberdade, a segurança, a justiça e o bem-comum da população. De todo modo, ao se indicar os elementos característicos comuns dessa espécie de sociedade política, não se desconhece que cada unidade estatal (País) desenvolveu-se com suas particularidades histórico-culturais.

---

[69] A Paz de Westfália caracteriza-se por uma série de tratados assinados nas cidades alemãs de Münster e Osnabrück, em 1648, por meio dos quais foi encerrada a Guerra dos Trinta Anos e também se reconheceu oficialmente as Províncias Unidas e a Confederação Suíça. O Tratado Hispano-Holandês, que pôs fim à Guerra dos Oitenta Anos, foi assinado no dia 30 de janeiro de 1648 (em Münster). O tratado assinado em 24 de outubro de 1648, em Osnabrück, entre o Sacro Imperador Romano-Germânico, os demais príncipes alemães, França e Suécia, pôs fim ao conflito entre dessa duas últimas potências e o Sacro Império. Como resultado, a França ficou com a Alsácia e a Lorena, e a Suécia obteve parte de territórios alemães. A Holanda e Suiça foram reconhecidas e o Sacro Império Romano se tornou apenas ficção. Delineiam-se então os Estados-nação com os elementos característicos que lhe são atribuídos: Povo, Território, Poder (Soberania).

[70] Transcreve-se o seguinte trecho do original: *"During the last five hundred years, then, three striking things have occurred. First, almost all of Europe has formed into national states with well-defined boundaries and mutual relations. Second, the European system has spread to virtually the entire world. Third, other states, acting in concert, have exerted a growing influence over the organization and territory of new states. The three changes link closely, since Europe's leading states actively spread the system by colonization, conquest, and penetration of non-European states. The creation first of a League of Nations, then of a United Nations, simply ratified and rationalized the organization of all the earth's people into a single state system"*. Conforme TILLY, Charles. **Coercion, Capital and European States**: AD 990-1992. Cambridge (MA) e Oxford (UK): Blackwell, 1990. p. 181.

Portanto, na variada gama de Estados, por diversos motivos, mas principalmente em razão de fatores interligados à economia global, existem aqueles que se sobressaem como sociedades políticas fortes e dominantes, e outros, que não alinhados ao desenvolvimento, subsistem em escalas de pobreza. Tais desigualdades, por óbvio, constituem problema de vital importância para serem superados, como objetivo de caráter imperativo para o desenvolvimento dos valores mais caros à existência e à dignidade humana.

Ao se enfatizar o desenvolvimento histórico-dinâmico das sociedades políticas, compartilha-se da perspectiva de Norbert Elias para quem os fenômenos históricos, o comportamento humano e mesmo as instituições sociais deveriam ser compreendidos e estudados respeitando o seu caráter de "movimento e processo", de maneira a se evitar tratar "os movimentos históricos como algo estacionário e sem evolução", mas também não incorrer nas armadilhas do "relativismo histórico", que se por um lado tem um viés da história como um fenômeno em constante mudança, de outro lado não chega à ordem subjacente a esta transformação e às leis que governam a formação de estruturas históricas".[71]

Nesse quadro em que se revê, mesmo que de forma abreviada, as feições reveladoras de que o desenvolvimento das formas de sociedades políticas é produto histórico com um longo percurso, em que cada época apresenta suas próprias necessidades, peculiaridades e realidades, é que se retorna à afirmação inicial: a de que o marco simbólico representado pelo Estado moderno pode ser reconhecido, como as demais formas políticas que o antecederam, pelo seu caráter dinâmico e cambiável a se ajustar às transformações da realidade social.

Essa contextualização leva, pois, a provocar uma reflexão quanto ao momento contemporâneo: o intenso processo de globalização pode caracterizar um novo período, em que o marco estatal da modernidade ganha novas feições? Em que medida pode-se admitir que se opera uma mudança de paradigmas no

---

[71] Conforme ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2. v. Título original: Über den Prozess der Zivilisation, v. 1. p. 17.

que concerne à organização política estatal? Se as respostas a tais indagações podem se apresentar confusas ou insatisfatórias, alguns indicadores da complexa realidade globalizada sugerem que se operam no modelo político da modernidade importantes câmbios que se mostram desafiadores à análise não só do presente, mas principalmente do futuro que já se descortina. Um desses câmbios pode ser percebido quanto ao poder estatal em correlação a uma das ideias emblemáticas que circunscrevem a compreensão do modelo do Estado moderno, que é o problema da Soberania, conforme a seguir se examinará.

1.2 PODER POLÍTICO ESTATAL E A NOÇÃO DE SOBERANIA NO CENÁRIO TRANSFRONTEIRIÇO DA GLOBALIZAÇÃO: RESSIGNIFICAÇÃO DE UM CONCEITO EM TRANSIÇÃO

Ao se prosseguir na senda temática proposta para este estudo, circunscrita pelo objetivo de verificação quanto à sustentação da ideia de constitucionalização na esfera global, surge uma preocupação que se configura com um problema crucial a se enfrentar: o da tensão entre os interesses domésticos dos Estados, circunscritos à Soberania interna, com os temas de abrangência transfronteiriça. Dessa maneira, parece necessário examinar, num primeiro plano, os aspectos que envolvem o problema da compreensão quanto à ideia de Soberania dos Estados tendo em vista o processo intensificado e tão debatido quanto à Globalização.

Até que ponto permanece íntegro, se é que alguma vez o foi, o conceito tradicional de Soberania? Estará aberto a se modificar no tempo e no espaço? Pode-se admitir que a Soberania foi transferida para outros níveis, além do Estado? As contribuições acadêmicas parecem não evitar a confusão reinante na busca das respostas apropriadas, mas não se pode deixar de perceber que o quadro contemporâneo é revelador de que a diferenciação territorial dos Estados soberanos tem sido desafiada por uma complexa diferenciação funcional em

áreas específicas e distintas, como os direitos humanos, o meio ambiente, o terrorismo, dentre outras.[72]

Um breve apanhado da evolução conceitual e de algumas nuances que envolvem o tema podem auxiliar na reflexão.

1.2.1 A Soberania como conceito e atributo da realidade da sociedade de Estados

A ideia quanto à categoria Soberania é complexa e sua noção acompanha os aspectos teóricos e práticos de como o Poder Político é compreendido e teorizado ao longo do processo histórico. Portanto, o conceito, de certa forma, se adapta e evolui de acordo com os modelos de sociedades políticas e do exercício do poder. Trata-se de categoria intimamente ligada ao exercício do poder político[73] e pode ser entendida de maneira geral como o poder de mando de última instância numa sociedade política. Na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do século XVI, justamente com o da configuração do Estado, relacionada à plenitude do poder estatal como sujeito

---

[72] A propósito, ver Bartelson, no artigo em que analisa as seguintes contribuições acadêmicas sobre o tema: BEAULAC (BEAULAC. Stéphane. **The Power of Language in the Making of International Law:** The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004), ILGEN (ILGEN, Thomas L. (ed.). **Reconfigured Sovereignty:** Multi-Layered Governance in the Global Age. Aldershot: Ashgate, 2003) e WALKER, Neil (ed.). [2003b] **Sovereignty in Transition**. Oxford: Hart, 2003. Para Bartelson, o desacordo entre as diversas concepções reside essencialmente no estatuto ontológico implicitamente atribuído aos conceitos dos referidos autores, concluindo, entretanto, que a ênfase sobre o significado mudança de soberania torna os problemas normativos intrinsecamente difíceis de resolver, e que lidar com esse impasse será um grande desafio para a teoria legal e política nos anos que virão. In: BARTELSON, Jens. The Concept of Sovereignty Revisited. In: **The European Journal of International Law,** vol. 17, n. 2, 2006.

[73] De fato, Soberania e Poder se apresentam como conceitos indissociáveis. Nesse sentido, contudo, é importante consignar que além da ótica quantitativa de poder proposta por Bertrand Russel, a seguinte afirmação propositiva de Pasold merece ser lembrada: ”poder entendido como a produção dos resultados pretendidos é legítimo quando os meios utilizados e os efeitos obtidos pelo detentor do poder correspondem aos valores dos que lhe conferiram o poder. Sustenta Pasold que, na perspectiva dessa dimensão não apenas quantitativa, mas valorativa, “compreende uma faculdade que se respalda em mecanismos reguladores da conduta humana, concilia capacidade de mando com disposição de adesão, e, principalmente, sustenta-se na correspondência de valores entre detentor e ‘súditos’, e, comprometido com o ideal democrático. In: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo.** 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 54 e 57.

único e exclusivo da política.[74] Constitui, pois, pressuposto de especial alicerce do Estado moderno, o qual somente pode ser compreendido a partir desta categoria. É importante salientar, no entanto, que o exercício de autoridade política não se confunde com o Estado como categoria moderna, tendo em vista que desde a antiguidade pode aquela categoria ser identificada nas sociedades organizadas. Nesse sentido, convém lembrar a anotação de Caetano ao se referir que "*poder político* e *soberania* não são a mesma coisa. A soberania é uma forma de poder político, correspondendo à sua plenitude: *é um poder político supremo e independente.*" [75]

Embora já fosse uma ideia percebida como significação do poder de vontade no direito romano (*majestas*, como qualidade inerente do *Populus Romanus*) e, posteriormente, com feição metafísica e religiosa com o Cristianismo, na Idade Média tratava-se de conceito politicamente fraco, como observa Moncada, pois o poder político era compartilhado por vários entes, em que, além da cristandade como "continuadora da unidade romana e a sobrevivência de muitos elementos do mundo feudal, não permitiam que tal conceito assumisse então todo o vigor que assumiria mais tarde".[76] A Soberania estatal é, portanto, uma atributo da autoridade típico da era moderna, diferenciando-se dos modelos de autoridade desenvolvidos anteriormente.

Configurando-se como elemento nuclear no sistema de Estados, a Soberania se realiza em duas dimensões: na concepção interna, como expressão da autoridade última legitimada a se sobrepor sobre a população de determinado território, de forma a se configurar como a expressão de governança do domínio, e na concepção externa, mas limitada e flexibilizada em razão dos relacionamentos com os demais Estados e organizações internacionais ou supranacionais. No entanto, embora distintas, são dimensões que se relacionam.

---

[74] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1179.

[75] CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 132.

[76] MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. 1. Parte Histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. (reimpressão da segunda edição de 1955). p. 120.

Antes mesmo da teorização quanto à dimensão interna, a Soberania foi especulada no âmbito do Direito Internacional por teólogos da tradição espanhola, notadamente Francisco de Vitoria e Francisco Suarez, de forma que se poderia cogitar, conforme argumenta Ferrajoli, que na sua vertente filosófico-jurídica a Soberania tem sua origem pré-moderna formada na esteira da concepção jusnaturalista.[77]

Como elemento inerente ao Estado Moderno, de maneira a se constituir como o poder supremo em relação às outras vontades (*potestas; majestas*), a construção do conceito de Soberania é atribuída mais propriamente a Jean Bodin (1529-1596) com a publicação da obra *Les six livres de la republique,* em 1576 (com outras edições realizadas até 1593, e diversas traduções, inclusive uma em latim em 1586), enfatizando sua característica de constituir o poder absoluto e permanente de uma República em um determinado contexto (*La puissance absolue et perpetuelle d'une République*).[78] Nesse sentido, a titularidade do poder implicava sua indivisibilidade.

Avaliando-se a situação de sua época, pode-se compreender o esforço de Bodin para o fortalecimento da monarquia francesa para impor a ordem pública, de forma a garantir a paz em razão das guerras religiosas da época ou de invasores, como com relação ao Papado. Vale ressaltar, como exemplo, que o massacre dos protestantes na França, conhecido como a "Noite de São Bartolomeu", ocorreu em agosto de 1572, portanto, pouco antes da publicação da obra de Bodin. De fato, o contexto em que vivia era de intranquilidade ante a coexistência das guerras religiosas e a consequente crise política instaurada na França do século XVI. Dessa forma, era necessário, para fazer frente a tal situação, a existência de um poder centralizado e novas concepções jurídicas para esse desiderato, muito embora, para Moncada, "A soberania que ele procurava definir estava longe de ser mera expressão de força ou de um conceito

---

[77] Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e de Márcio Lauria Filho. Revisão de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título Original: La Sovranità nel Mondo Moderno. p. 2/5-14.

[78] BODIN, Jean. **Los seis libros de La República**. Seleção, tradução e estudo preliminar por Pedro Bravo Gala. Apresentação e estudo preliminar por Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2010 (Reimpressão). Título original: Les Six Livres de La République (1576). Embora não seja a versão original, entende-se que tal edição é suficiente para os limites deste estudo.

de pura raiz naturalista, como era o *potère* ou a *virtú* para Machiavelli". Conforme Moncada, ao passo que Machiavelli partia do "*stato*" para o direito, Bodin, ao contrário, envolvido na "ótica filosófica da Idade Média", inclusive para a construção de sua ideia de Soberania, partia do Direito (Direito Natural) para o Estado.[79]

Para Zippelius, a proposição de Bodin concebeu a Soberania como característica essencial do poder do Estado e formulou o poder soberano em termos jurídicos, como ponto absoluto na faculdade de legislar sobre os súditos sem o consentimento destes. Essa soberania deveria ser independente interna e externamente delimitada apenas por mandamentos divinos, leis naturais e determinados princípios gerais de direito. Defendeu a indivisibilidade da soberania. "Assim, Bodin acaba por inclinar-se para uma solução rigorosa: 'A característica mais eminente do Estado, o direito de soberania, apenas pode existir, em rigor, numa monarquia; porque ninguém, além de uma única pessoa, pode ser soberano no Estado' (Bodin, VI 4)." [80]

Por outro lado, é interessante a avaliação particularizada de Moncada quando menciona que, muito embora Bodin possa revelar-se como um precursor da monarquia absoluta do século XVII com sua concepção de Soberania, depois de Rousseau, quando o povo se substituiria aos reis como titular dessa soberania, também serviu, pelo menos nesse aspecto estrito, à Revolução.[81]

Outra vertente teórica fundamental a tratar da Soberania e do Poder Político é representada por Hobbes (*De Cive*[82]*; Leviatã*[83]). Ao passo que Bodin identifica a essência da Soberania no poder de fazer e anular leis, Hobbes privilegia o momento da execução das leis, como monopólio da força ou coerção

---

[79] MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. 1. Parte Histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. (reimpressão da segunda edição de 1955). p. 119 e 121.

[80] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Tradução de Karin Praefke – Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 75-77.

[81] MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. 1. Parte Histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. (reimpressão da segunda edição de 1955). p. 127.

[82] HOBBES, Thomas. **Do Cidadão.** Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fonters, 1998. Título Original: Philosofical Rudiments Concerning Government and Society.

[83] HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza das Silva. Org. por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

física, fundada num contrato social em detrimento de um estado da natureza. Se em Aristóteles o homem é um animal naturalmente político e destinado a viver em sociedade, [84] para Hobbes o homem, quando se encontra no Estado da Natureza, é movido pela competição, desconfiança e pela glória, numa permanente guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*).[85] Em decorrência dessa situação e como esforço da razão humana, o contrato social representaria um pacto de submissão ao poder soberano, em que há transferência de todos os direitos, com exceção do direito à vida, para preservar a segurança e garantir a paz. Contudo, esse Poder Soberano fica com o povo, e o governante apenas desfruta-o temporariamente.[86] Mas por apresentar a perspectiva de Hobbes ecos absolutistas, caberia até se cogitar que o poder soberano não teria limites jurídicos ou éticos. Na coerência lógica da construção hobbesiana, considerando que suas ordens não possuem a dependência com a realização de uma vontade, mas decorrem de uma "racionalidade técnica conforme as necessidades circunstanciais, são instrumentos necessários para que seja alcançado o máximo objetivo político, a paz social exigida para a utilidade de cada um dos indivíduos."[87]

Se a concepção de Hobbes não é otimista quanto ao homem vivendo no Estado da Natureza, Rousseau, ao contrário, parte da premissa de que "o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros", ou seja, a vida na realidade estatal encontraria oposição no que concerne aos atributos da liberdade e da igualdade. No Livro II (Capítulos I e II) de sua obra "O Contrato Social (*Du Contrat Social* – 1762)", ao se referir à Soberania, diz que por ser um exercício da vontade geral, é inalienável e indivisível, ou seja, pode-se compreender que Rousseau identifica a Soberania como expressão direta da vontade geral em

---

[84] ARISTOTELES. **A Política.** Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 13.

[85] HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza das Silva. Org. por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes: 2003. p. 106-111.

[86] HOBBES, Thomas. **Do Cidadão.** Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fonters, 1998. Título Original: Philosofical Rudiments Concerning Government and Society. p. 129-132.

[87] Conforme MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete "Soberania"). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1183.

substituição à soberania de um monarca, portanto, corresponde ao sentido de racionalidade substancial, em que a vontade de todos não pode ser confrontada por interesses particulares.[88]

Das construções teóricas, os aspectos da Soberania vão se tornando cada vez mais presentes na realidade estatal, como na formação do parlamentarismo constitucional inglês, com a limitação do poder real (é ilustrativa a tradição do *King in Parliament*). Por outro lado, também na história constitucional dos Estados Unidos a categoria ganhou especial relevo, já constando expressamente na Declaração da Independência e nos Artigos da Confederação de 1781 (Art. 1º: "cada estado permanece com soberania, liberdade e independência" (*each state retains sovereignty, freedom and independence*), bem como na Ordenança do Nordeste de 13 de julho de 1787, embora não apareça expressamente na Constituição estadunidense.[89]

Para Hegel, "o caráter fundamental do Estado político é a unidade substancial como idealidade dos seus momentos." Os poderes e funções do Estado se relacionam com a legitimidade que é determinada pela ideia do todo, e não podem constituir uma propriedade privada. "Nem para si nem na vontade particular dos indivíduos têm os diferentes poderes e funções do Estado existência independente e fixa: a sua raiz profunda está na unidade do Estado como 'eu' simples deles." [90]

Noutra vertente teórica e coerente ao conjunto de suas ideias e concepções, com referência ao poder do Estado Kelsen enfatiza que "nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resulta a unidade do território e a do povo." [...] "Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos." [91] Por outro lado, é conhecida a contraposição de Carl Schmitt em face

---

[88] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social.** Paris: Flammarion, 2001. p. 65-68.

[89] Conforme OSLÉ, Rafael Domingo. **Qué es el Derecho Global?** 5. ed. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Politica (CEDEP), 2009. p. 124-125.

[90] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título Original: Grundlinien der Philosophie der Rechts. p. 252.

[91] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título Original: General Theory of Law and State. p. 364-365.

da concepção normativa kelseniana.[92] Em uma análise específica sobre a contraposição das concepções de Schmitt e de Kelsen a respeito da relação entre direito e poder no âmbito estatal, Koskenniemi argumenta que para Schmitt "o Direito é secundário à decisão factual" de forma que a "soberania é uma questão de fato-descrição e o direito conseqüência normativa do mesmo". Ou melhor, "a ideia jurídica não pode traduzir-se em ação social automaticamente, independente de decisão". Por isso, "em última instância, tudo depende da decisão factual, não de normas abstratas". Por outro lado, argumenta Koskenniemi, para Kelsen, "o Direito é normativo e a "soberania" meramente um atalho descritivo para os direitos, liberdades e competências que a lei atribui ao Estado".[93] Tratam-se de duas posições antagônicas cuja solução permanece a desafiar as reflexões a respeito do direito e do poder.

De fato, o conceito de Soberania, ligada ao Estado moderno, teve uma lenta e gradual progressão e compreende-se que se trata de categoria desde o início atrelada ao processo de formação dessa espécie de sociedade política, a começar pelo esforço dos monarcas em face dos nobres feudais, dos feudos autônomos, e da luta contra os demais entes que expressavam autoridade, como a Igreja. Assim, foi da necessidade de apaziguar a intranquilidade da época conflituosa do medievo quanto ao exercício do poder, que se apresentava de maneira fragmentada e compartilhada, é que nasceu a concepção de um poder unitário absoluto e soberano. Para Hobbes, a soberania se refletiria no monarca; para Rousseau, no povo, e com o espírito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão emanada dos acontecimentos conformadores da Revolução Francesa, na nação.[94]

Mais especificamente, conforme Faria, o desenvolvimento doutrinário e conceitual no que se refere à Soberania pode se relacionar aos "esforços de racionalização jurídica desse poder absoluto", objetivando, basicamente,

---

[92] SCHMITT, Carl. **Political Theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Tradução para o inglês de Georg Schwab. Prefácio de Tracy B. Strong. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

[93] Conforme KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia**: the structure os international legal argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 226-227.

[94] MORRIS, Christopher W. **Um ensaio sobre o Estado moderno.** Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. Título original: An Essay on the Modern State. p. 253-254.

transformar a força bruta em domínio e o poder de fato em poder jurídico, além de estruturar normativamente o processo político para “propiciar a conjugação de estabilidade com mudança e legalidade com legitimidade”. [95]

De todo modo, pode-se entender que as relações de poder estão interligadas aos modelos de sociedades políticas, de forma que não parece despropositado admitir que a noção de Soberania, que se aperfeiçoou atrelada ao surgimento do Estado moderno, também se modifica ao longo do processo histórico. Embora possa corresponder à ideia de sua configuração nos séculos XVI e XVII, não se trata de concepção imutável, pois se reformula em relação às demandas e exigências de cada período histórico.[96] E é nesse sentido que o conceito passa por um desgaste, ou melhor, por uma necessária revisão.

1.2.2 Os desafios aos contornos conceituais da Soberania estatal

Mas desvendar a natureza dessa categoria não é de simples ou satisfatória compreensão, inclusive podendo-se levar ao raciocínio no sentido de que tanto a Soberania como a capacidade estatal de exercer o controle efetivo estariam em processo de erosão. Num outro aspecto, poder-se-ia argumentar que o próprio reconhecimento mútuo no âmbito do sistema internacional mantém o fundamento da Soberania, ou ainda, que a dimensão da autoridade estatal tem inclusive se avolumando ao longo do tempo. Sob outro prisma ainda, pode-se defender a ideia de que outros campos normativos, como os direitos humanos e seu caráter universal, constituem ruptura com o paradigma anterior, ou, ainda, que a universalização de valores apenas faz o jogo dos poderosos. Para uma recontextualização e reinterpretação do termo, no campo da política, Bartelson sugere, conforme relata na introdução de sua obra “A Genealogy of Sovereignty”, uma mudança metodológica, aduzindo que "a Soberania e a sua realidade são

---

[95] FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20.

[96] Nesse sentido: JACKSON, Robert. **Sovereignty**: evolution of an idea. Cambridge (UK): Polity Press, 2007 (reprinted in 2010, 2011). p. 1-2. A propósito, ver também: PHILPOTT, Daniel. **Revolutions in Sovereignty**: how ideas shaped modern international relations. Princeton: Princeton University Press, 2001.

conceitos historicamente abertos, contingentes e instáveis". Ao afastar-se do contextualismo histórico relacionado ao pensamento político, entende que a Soberania "é mais uma questão encoberta pela descontinuidade epistêmica que de uma batalha incessante de opiniões abertas em contextos sucessivos". Destoando das convicções do historiador conceitual, Bartelson insiste que a abordagem histórica da Soberania não deve ser tomada isoladamente, "mas em termos de suas múltiplas relações com outros conceitos dentro de grandes totalidades discursivas".[97]

É justamente tomando por base essa confusão de significações que Krasner sustenta que, além da influência limitada das regras do sistema de Estados soberanos, das dificuldades para a resolução de conflitos e das assimetrias entre os diversos atores internacionais, o problema reside no fato de que a categoria Soberania tem sido utilizada de quatro maneiras diferentes: a *soberania jurídica internacional*, a *soberania Westfaliana*, a *soberania doméstica* e a *soberania interdependente*. [98]

Com regras e lógicas distintas, a *soberania jurídica internacional* é a concernente ao mútuo reconhecimento entre entes estatais territoriais independentes, enquanto que a *soberania Westfaliana* exclui qualquer outro ator externo da estrutura de autoridade de determinado território. Ambas não dizem respeito ao controle, mas sim envolvem o problema da autoridade e da legitimidade. Já a *soberania doméstica* diz respeito ao exercício do controle e da autoridade política internamente ao território estatal, enquanto que a *soberania interdependente* refere-se ao domínio da autoridade publica estatal em regular temas como o fluxo de informação, ideias, bens, pessoas e capital através dos limites territoriais, ou seja, a regulação do movimento através de suas fronteiras. Com tais lógicas, a soberania doméstica situa-se tanto no campo da autoridade

---

[97] Conforme BARTELSON, Jens. **A Genealogy of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. (Cambridge studies in International Relations: 39). p. 2.

[98] KRASNER, Stephen D. **Power, the State, and Sovereignty**: essays on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. p. 178-179. Trata-se de capítulo denominado “Sovereignty and its discontents” já publicado anteriormente em KRASNER, Stephen D. **Soveregnty**: organized hypocrisy. Princeton: Princeton University Press, 1999. Utiliza-se aqui, portanto, a última versão.

como do controle, enquanto que a soberania interdependente refere-se ao aspecto do controle, e não da autoridade.[99]

Após discorrer sobre essas quatro maneiras de utilização da categoria "soberania", Krasner atribui à *soberania jurídica internacional* e à *soberania Westfaliana* o rótulo de "hipocrisia organizada", no sentido de que, diante da ausência de instituições autorizadas e a existência de assimetrias de poder, os governantes podem seguir uma lógica de consequências e rejeitar uma lógica de adequação, o que pode gerar violação, inclusive, de princípios. Para a *soberania Wesfaliana*, tais violações se dariam por meio de convenções ou contratos, em que voluntariamente o governante aceita a diminuição da autonomia da comunidade política no intuito galgar uma situação melhor, ou se dariam na forma de coerção ou imposição, ou seja, pela ocorrência de intervenção. Neste caso, a coerção representa uma sanção em relação à política ou instituições nacionais. Quanto à imposição, pode indicar desde uma posição mais fraca, até uma submissão ante a utilização de força militar.[100]

Conforme Krasner, no caso da *soberania jurídica internacional*, as violações se originariam de contratos ou convenções, como, por exemplo, quando governos passam a reconhecer entidades que não possuíam autonomia jurídica (nem autonomia territorial, como no caso dos Cavaleiros de Malta). Ainda, as violações também ocorreriam no caso de recusa de reconhecimento de outros governos, bem como de reconhecimento de governos que não tenham demonstrado autoridade de controle de seu território. Não se pode negar, como argumenta Krasner, que as regras fundamentais da *soberania jurídica internacional* são altamente fortalecidas pela própria dinâmica em que se envolvem os Estados, bem como é possível reconhecer uma série de facilidades e benefícios para o relacionamento dos entes que compõem o sistema estatal. No entanto, os governos utilizam práticas institucionais desviantes para adequarem

[99] KRASNER, Stephen D. **Power, the State, and Sovereignty**: essays on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. p. 179-180.

[100] KRASNER, Stephen D. **Power, the State, and Sovereignty**: essays on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. p. 208.209.

diversas situações a seus objetivos políticos.[101] Pelo que se pode avaliar, o complexo arcabouço que forma o sistema de Estados Soberanos não segue uma lógica simétrica, além de não ser pautado por um estabelecimento hierárquico de autoridades, de modo que é passível, e por variadas vezes, a que preponderem os interesses internos ou particulares de cada Estado ou governo, razão pela qual Krasner enfatiza que as lógicas de consequência e adequação podem ser dissociadas.

No entanto, o enfoque até aqui desenvolvido pode ser examinado também por outra perspectiva, qual seja, a de se buscar um *telos*, ou melhor, uma finalidade traduzida em valores, pois é necessário lembrar que alguns indicativos parecem provocadores no que concerne ao dogma de ser ilimitada a noção de Soberania. Nesse sentido, por exemplo, a expressão da vontade popular, inclusive de resistência, fundada nos direitos fundamentais e nas demais conquistas constitucionais, nas necessidades básicas, na segurança, além dos próprios imperativos de justiça.

Mais estritamente, e considerando a já anunciada delimitação temática deste estudo, caberia indagar se o sentido da Soberania até aqui mencionado não teria, nesta quadra da história, outra limitação ou influência concernentes aos rumos que o Direito Internacional e a Comunidade Internacional são desafiados a tomar no limiar deste século, principalmente quando se confronta a Soberania estatal com os Direitos Humanos? É nessa linha de raciocínio que Peters propõe um novo olhar, em que a Soberania deva ser justificada como valor normativo voltado à humanidade, perspectiva pela qual estabelece a referida autora algumas conclusões, conforme segue: [102]

---

[101] Alguns desvios são apontados por Krasner, como o caso da comunidade britânica "Commonwealth", em que seu alto comissariado, ao invés de embaixadores, representa uma alternativa à soberania jurídica internacional. Exemplifica, também, no caso de encontros de países industrializados, quando participam não só as autoridades representativas tradicionais das soberanias jurídicas, mas também se incluem os comissários da União Europeia. Por último, menciona a situação de Taiwan, que perdeu sua soberania nos anos 70, embora diversos países, incluído os Estados Unidos, articulam alternativas para atribuir reconhecimento equivalente. In: KRASNER, Stephen D. **Power, the State, and Sovereignty**: essays on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. p.208-209.

[102] Trata-se de síntese extraída da obra: PETERS, Anne [2009b]. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, 2009. p. 543–544.

Inicialmente, cabe mencionar, conforme defende Peters, que a tradicional relação entre Estado e cidadão inverte-se, de forma que os direitos fundamentais dos cidadãos ficam em primeiro plano, pois o antigo conceito de Soberania foi transformado pelo conceito mais recente dos Direitos Humanos, de maneira que essa noção conduz nossa percepção em relação à natureza da ordem política. O entendimento que Peters quer atribuir é de que a humanidade (*humanity*) é que constitui a fonte e a finalidade ou razão da soberania estatal e que, como é que da incumbência do Estado proteger e garantir os direitos humanos (e demais interesses das pessoas, como, por exemplo, a segurança), ficariam eliminadas quaisquer incompatibilidades entre Soberania e Direitos Humanos.

Por outro lado, há que se admitir que, diante da conflituosidade que parece ser inerente e natural à vida em Sociedade, os Direitos Humanos possuem, consequentemente, limitações intrínsecas. Dessa maneira, caberiam ao Estado duas tarefas essenciais: primeiramente, diante de suas características fundamentais, proporcionar garantias para a realização dos Direitos Humanos; por outro lado, considerando as distonias decorrentes da dinâmica natural da vida social, operacionalizar os limites a esse fato relacionados, contudo, sem descuidar da função de assegurar as necessidades, tanto de caráter individual como coletivo.

Outra perspectiva que convém ressaltar diz respeito ao problema da soberania, a ser compreendida não apenas como um conceito ligado ao poder, mas que também se possa avaliar os aspectos de legitimidade, no sentido de que não é o primeiro princípio do direito internacional, e que tanto deve como pode ser justificada, atendendo à tarefa de proteção dos direitos humanos bem como à *accountability*.[103] De fato, embora essa afirmação possa parecer óbvia, é necessário ressaltar, diante das inversões de valores tão evidentes na vida contemporânea, que a humanidade e por sua vez os direitos humanos não são de privilégio único ao âmbito interno dos Estados, conforme ressalta Peters. Ao

---

[103] Trata-se de expressão que apresenta dificuldade de tradução à língua portuguesa. *Accountability* pode ser utilizada como “controle”, ˜responsabilidade”, “transparência”, “prestação de contas”, “justificativa para determinado projeto ou ação”, etc.

contrário, tanto a Soberania externa como a Soberania interna são igualmente condicionadas, de tal forma que aos Estados não caberia recusar a preocupação transfronteiriça quanto aos assuntos que envolvem a humanidade alegando ou justificando em nome da sua Soberania interna.

Portanto, conforme Peters, ao se atribuir um sentido de humanização ao conceito de Soberania também estaria implicada uma reavaliação quanto à intervenção humanitária em Estados em que exista lesão às aos direitos e necessidades humanas, desde que observados os requisitos de causa certa, finalidade adequada e a proporcionalidade que determinem a intervenção. Nos casos em que caberia, de acordo com tais requisitos, a intervenção, entende inclusive que o veto se constituiria como abusivo. De fato, trata-se de mudar a lógica de compreensão, ou seja, não se cuida do direito dos Estados, mas do direito das pessoas.

De todo modo, se no âmbito doutrinário ainda não se mostra suficiente o ponto de vista dos Direitos Humanos como limitação da Soberania, é possível expressar a esperança de que tal movimento ganhe amplitude para que o Direito Internacional venha a se tornar um sistema que não dispense a atenção também aos indivíduos. Portanto, além das normas protetivas relativas a Direitos Humanos, ressalta-se que as tendências que defendem as intervenções humanitárias são realidades que desafiam a exclusividade da Soberania estatal.

Outros aspectos podem também ser mencionados como desafiadores da noção compartimentalizada da Soberania, em que os assuntos e a ideia de independência de um Estado sejam absolutas, impenetráveis. De fato, os mercados globais são de tal maneira intensificados que as fronteiras e as economias nacionais são afetadas e influenciadas pelas interações de toda ordem. Da mesma forma, a expansão das comunicações, o terrorismo e as correlatas medidas de sua contenção, o comércio e as finanças internacionais, o tráfico de drogas, a preocupação ambiental e outros assuntos que avançam para além dos horizontes territorializados induzem ao questionamento quanto aos limites da ideia de Soberania estatal. Por outro lado, conforme lembram Jackson e Sorensen, o controle da segurança interna não é mais exclusivo da jurisdição doméstica dos entes estatais. Exemplificando, apontam que nos Estados Unidos,

as despesas com forças privadas de segurança superam a das forças policiais públicas. Num sentido inverso, Estados fracos não conseguem impor uma ordem interna homogênea e, em alguns territórios não controlados, grupos dissidentes acabam exercendo essa função.[104]

A complexidade dos aspectos que envolvem a ideia de Soberania e o exercício da autoridade no âmbito dos Estados ganha contorno mais desafiador ainda quando se considera outro elemento importante para ser examinado: quer-se referir, nesse sentido, ao cenário contemporâneo do intensificado processo de Globalização, conforme as linhas que seguem pretendem esboçar.

1.3 O COMPLEXO PROCESSO DE INTENSIFICAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL: A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO DA REALIDADE SOCIAL

Em consonância com o objeto e os fins pretendidos neste estudo, consigna-se o entendimento de que a temática do Constitucionalismo Global relaciona-se significativamente com os efeitos da intensificação da Globalização, inclusive compreendendo que esta perspectiva, por tratar de um fenômeno de preocupação contemporânea, não só justifica, mas também renova e atualiza a análise temática.

O debate sobre a Globalização apresenta uma gama de perspectivas e posicionamentos que denotam o seu caráter heterogêneo e revelam, além da sua complexidade, as dificuldades de se compartilhar um sentido comum para o fenômeno, que não está isento das compreensões diversas que a expressão admite, bem como as ambiguidades e as contendas ideológicas, fato comum nos estudos das áreas sociais.[105] De fato, as diversas acepções que o termo

---

[104] JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às Relações Internacionais**. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: Introduction to International Relations (Theories and approaches). p. 377.

[105] As diversidades de entendimentos admitem concepções como: a) ação com reflexos distantes; b) compreensão espaço-temporal, principalmente pela comunicação eletrônica; c) interdependência e entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais, razão pela qual os fatos de um país interferem em outros; d) erosão das fronteiras e limites, de forma a "encolher" o mundo nos aspectos geográficos e socioeconômicos; e) dentre outros conceitos, integração global, reordenação de relações de poder, intensificação das relações interregionais,

Globalização pode engendrar permitem que essa categoria possa ser compreendida e estudada a partir de diversas óticas, seja como característica de um determinado período histórico, ou como hegemonia dos valores liberais, ou ainda como fenômeno social, cultural e econômico.

Se a história da humanidade registra um caleidoscópio de interações e deslocamentos pela superfície do Planeta, desde os grandes impérios da antiguidade, como na expansão e deslocamentos no Império Romano, passando ainda pelo período das navegações e descobertas por Espanha e Portugal no século XV, na abertura de relações com a China, nas dominações e colonizações provocadas pelos europeus no continente africano e na Ásia, enfim, por todas as movimentações, intercâmbios e confrontos de ideias, valores, pessoas, culturas e bens, é a partir da quadra final do século passado, justamente no momento histórico em que o fenômeno intensificou-se de forma ampliada, que a expressão Globalização vem a ser utilizada mais frequentemente e passa a angariar, com sua característica multidimensional, destacada significação, criticas e interesse, e, em variadas vezes, representa quase um clichê.

Referindo-se aos efeitos da Globalização como “achatamento” do mundo, uma perspectiva ilustrativa do desenvolvimento do cenário é proposta por Friedman, pela qual identifica historicamente três grandes eras: a primeira, que denominada de Globalização 1.0, transcorreu a partir do ano de 1492, com Colombo inaugurando o comércio entre o Novo e o Velho Mundo, até por volta de 1800, em que o mundo foi reduzido de grande para médio (globalização de países); a segunda, denominada de Globalização 2.0, de 1800 a 2000, em que o mundo diminuiu de médio para pequeno, impulsionada pela força dinâmica das empresas multinacionais (globalização de empresas). Nessa segunda era, primeiramente a integração foi alimentada pela queda dos custos de transporte e, posteriormente, pela queda dos custos de comunicação. Quanto à terceira era, a da Globalização 3.0, tem a identificação de seu início em torno do ano 2000, período em que o mundo encolhe de pequeno para minúsculo, cuja força dinâmica corresponde à capacidade dos indivíduos e pequenos grupos

---

etc. (HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 11).

colaborarem e concorrerem no âmbito global. Este fenômeno Friedman denomina de “plataforma do mundo plano”, que, em síntese, é produto da convergência entre o computador pessoal, o cabo de fibra ótica e o aumento dos softwares de fluxo de trabalho. A Globalização 3.0 difere das demais principalmente por dois aspectos: a) do quanto está encolhendo o mundo do poder com que está munindo o indivíduo e b) diz respeito a toda diversidade humana.[106]

A percepção do desenvolvimento do cenário atual também é tratada por Habermas, ao mencionar os “ritmos amplos” que marcam o século XX, exemplificando: a) a explosão demográfica (a população mundial registrada em 1950 será quintuplicada até 2030, em que se estima que o planeta conte com cerca de dez bilhões de pessoas); b) a mudança estrutural do trabalho, pelo desenvolvimento de técnicas e métodos de aumento de produtividade. Se o trabalho caracterizou-se, por um longo período da história humana, no setor agrário, com a revolução industrial (século XVIII) começa o deslocamento para o setor secundário, da indústria e dos bens de consumo. Posteriormente, o predomínio é do setor terciário (comércio, transporte, serviços). Ocorre, entretanto, que as sociedades pós-industriais “são caracterizadas por um setor quaternário de trabalho baseado no saber – como as indústrias *high-tech* ou os serviços de saúde, os bancos ou a administração pública” (informação e educação); c) outro aspecto marcante é o progresso científico e tecnológico, no campo dos transportes de bens e pessoas, e na transmissão, armazenamento e elaboração de informações,[107] com reflexo inclusive na percepção de espaço e tempo.[108]

Não se trata, é claro, de um desenvolvimento que atingiu seu estágio de estabilização. Essa intensificação das relações de troca, de comunicação, e de

---

[106] FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano:** o mundo globalizado no século XXI. Tradução de Cristiana Serra (*et alii*). 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Título original: The World is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century. p. 19-22.

[107] Conforme anota Giddens, “a Internet é uma das mais importantes colaboradoras dos atuais processos de globalização, além de ser uma das principais manifestações de tais processos”. GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology. p. 383.

[108] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 53-58.

trânsito, e as demais interações sociais para além das fronteiras nacionais, também expressadas como a expansão massificada das telecomunicações, turismo, cultura, com reflexos no ecossistema e nas relações das organizações governamentais e não governamentais, conforme assinala Habermas, correspondem ao conceito de Globalização como um processo, e não como algo acabado.[109]

Muito embora o processo de globalização proporcione inúmeros benefícios, também traz consigo consequências danosas. A propósito, convém lembrar o trabalho desenvolvido por Beck ao evidenciar o contexto de uma "sociedade de risco", que não se prende mais aos limites da sociedade industrial clássica. Nesse sentido, conforme Beck, os riscos ocasionados não se confundem com os riscos empresariais e profissionais típicos do século XIX e da primeira metade do século XX. Pelo contrário, o alcance das ameaças é em nível global, e não mais específicos de um grupo ou classe determinada. Ademais, os riscos estão presentes tanto nos aspectos ambientais e da saúde, como também ocasionam mudanças na estruturação das famílias, nas relações de emprego, inclusive com a flexibilização de direitos trabalhistas e com a produção de desemprego. O próprio desenvolvimento científico se mostra contraditório, eis que se converteu em causa, instrumento e fonte de solução de riscos.[110]

Beck expressa que nessa sociedade de riscos, caracterizada pela superação da tradição e do domínio da natureza em que, ao tempo que cria ameaças, promete resolvê-las, os riscos se converteram no motor da *autopolitização* da sociedade industrial moderna, sendo que com esta sociedade variam o conceito, a localização e os meios da "política".[111]

---

[109] Também é utilizado para se tratar da "expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais". Habermas, evidenciando sua novidade em termos qualitativos, destaca a importância da globalização na sua dimensão econômica. Conforme HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 84.

[110] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

[111] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 303.

Com uma abordagem também negativa dos seus efeitos, Touraine refere-se não apenas ao aspecto adstrito à "mundialização" da produção e dos intercâmbios, "mas sobretudo como uma forma extrema de capitalismo, como separação completa entre a economia e outras instituições, particularmente sociais e políticas, que não podem mais controlá-la".[112]

Embora os reflexos da globalização encontrem-se generalizados em setores diversos da atividade humana, cuja interdependência resultante atinge desde indivíduos a países, regiões, empresas transnacionais, organismos internacionais, organizações públicas e privadas, grupos e movimentos sociais, não se pode deixar de registrar o interesse no que concerne ao particular aspecto da economia. Os mercados tornaram-se massificados e transnacionalizados, sendo que o fluxo de capitais e a internacionalização do sistema financeiro, que ocasionam também os grandes conglomerados econômicos, afetam a estrutura estatal tradicional do Estado-Nação, cuja noção é imbricada na ideia de Soberania. Ademais, conforme assevera Faria, "Na era da transnacionalização dos mercados de insumos, produtos, capitais, finanças e consumo, como se vê, as vidas familiar, social, política e cultural são essencialmente constituídas sob a égide de "organizações complexas", em que o consenso sobre valores, sobre o justo e injusto, fica prejudicado, pois cada qual se ajusta às regras da organização na qual está inserido.[113]

Como já se afirmou, entretanto, não há um consenso quanto a seu sentido que facilite uma conceituação do que realmente significa a Globalização. Giddens fala da possibilidade de ser observada de diversas formas e por escolas de pensamento distintas.[114] Ademais, as concepções ideológicas, de visão de mundo, sem dúvida influem na percepção do fenômeno, até mesmo para negá-lo, embora se adote neste estudo o entendimento de que a globalização,

---

[112] TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui. p. 239.

[113] FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 172-173.

[114] GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology. p. 66-68.

independentemente da postura que se queira tomar a respeito, é um dado da realidade.

Sem embargo, enfatizando a diversidade de interpretações, confusões e nuances que os estudos sobre a categoria Globalização têm originado, e a inexistência de um sentido comum, Held e McGrew, para fins de ordenar o campo de investigação, dividem os debates em dois grupos, como construções de um tipo ideal, que distintamente se contrapõem: o dos globalistas, que "consideram que a globalização contemporânea é um acontecimento histórico real e significativo", e o dos céticos, para os quais se trata de "uma construção primordialmente ideológica ou mítica de valor explicativo marginal".[115]

Para os céticos, as dificuldades de um conceito revelam-se em razão das desigualdades e conflitos que podem ser ocasionados pela Globalização, além do problema de se estabelecer o que realmente significa o "global". Ademais, desconsideram o valor descritivo do conceito, de forma que, em vez de "globalização", preferem as expressões "internacionalização" ou "regionalização", ou seja, valorizando a concepção da importância dos limites territoriais, da produção, da geração da riqueza e de poder dos Estados nacionais na ordem mundial.[116]

Quanto à desigualdade, se mobilidade e velocidade, de pessoas, bens e informação, aparecem como marcas características do mundo contemporâneo, Bauman entende que "em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la", eis que emancipa apenas certos seres humanos.[117]

Conforme a síntese elaborada por Held e MacGrew, os céticos atribuem a existência de caráter ideológico à Globalização, que serviria para justificar e

---

[115] HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 9.

[116] HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 14-15.

[117] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences. p.25.

legitimar o projeto neoliberal (livre mercado global, expansão do capitalismo anglo-americano) em que os governos conduzem aos cidadãos a se ajustarem ao mercado global. Comumente, a abordagem dos céticos estaria vinculada à concepção marxista, para a qual o capitalismo tem uma lógica expansionista de exploração de novos mercados, ou ainda, como uma nova versão do imperialismo ocidental, ou vinculada à concepção do realismo, para a qual a ordem internacional é resultante do poderio econômico e militar de determinadas nações, em especial a norte-americana.[118]

Contrariamente ao grupo dos céticos, a concepção de uma feição ideológica e a pecha de imperialismo ocidental não é aceita pelos globalistas, que inclusive rejeitam a ideia de Globalização ligada exclusivamente ao aspecto econômico, preferindo tratá-la como expressão multidimensional (diversas redes de poder, como a econômica, a tecnológica, a política, cultural, etc.). Os globalistas procuram distinguir as redes e sistemas globais (escalas interegional ou intercontinentais) de outras escalas de organização social (escala local ou nacional), sendo que as inter-relações entre as escalas diferentes não têm uma relação hierárquica ou de oposição.[119]

Conforme Held e McGrew, a concepção globalista, por outro prisma, para melhor depurar a conceituação da Globalização, “recorre às formas sócio-históricas de análise", de forma a situá-la nas tendências do desenvolvimento histórico mundial, observando-se e comparando-se os seus padrões ao longo do tempo nas diversas áreas de atividade. Não se trata, nessa análise, de admitir um pensamento determinista ou de uma lógica preordenada rumo a uma civilização ou sociedade global. Na verdade, trata-se de compreender a Globalização como "confluência de forças e incorpora tensões dinâmicas". São as diversas forças que geram, concomitantemente, exclusão e inclusão, integração e fragmentação, cooperação e conflito. Portanto, trata-se de uma concepção aberta.[120] Held e

---

[118] HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 14-15.

[119] HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 18-19.

[120] HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera

McGrew chamam atenção, em especial, quanto ao destaque da concepção globalista quanto à ideia de reordenação da vida social e da ordem mundial.

De fato, modificando-se as delimitações espaciais e temporais, surgem novas perspectivas de organização social transnacional. Da mesma forma, dessa reconfiguração originam-se efeitos sócio-econômicos e políticos, inclusive com relação aos Estados nacionais que, inseridos no espaço global, sofrem influências que implicam, inclusive, modificações nas relações de poder.

Não se pode negar, é verdade, que as consequências do fenômeno revelam que não atende à significativa parcela da população mundial que vive nos limites da pobreza, e até mesmo apresenta-se como um cenário desafiador para se atingir um satisfatório equilíbrio da economia global. Aliás, em significativa medida a Globalização pode significar desemprego, instabilidade e pobreza. Na mesma esteira de observação, são evidentes os riscos e os danos na esfera do meio ambiente. Mas não se pode desconsiderar, conforme argumenta Stiglitz, os benefícios trazidos pela intensificação das relações globais, a exemplo da abertura do comércio e da ampliação do acesso ao mercado e à tecnologia verificáveis na região asiática. Ademais, divisam-se melhorias na saúde, na qualidade de vida, na circulação de ideias, no acesso de diversos países ao mercado global e ao crescimento econômico e nos esforços da sociedade civil global na "luta por mais democacia e maior justiça social".[121]

Para Stiglitz, o problema não diz respeito à Globalização em si, mas sim pela maneira como tem sido gerenciada, especialmente no que diz respeito às instituições econômicas internacionais, como o Fundo Monetário Internacional - FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio - OMC, não só por eventuais alinhamentos a determinados países mais industrializados, mas por uma visão particularizada com relação à economia e à sociedade. Se não há volta no que se refere à Globalização, há que se aperfeiçoar as instituições públicas internacionais, especialmente no que diz respeito à governança e à transparência. Sem dúvida, principalmente nos domínios da Globalização econômica, é

Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate. p. 19-21.

[121] STIGLITZ, Joseph E. **Globalization and Its Discontents**. New York/London: W.W. Norton & Company Ltd., 2002. p. 214; 247-248.

pertinente o argumento de Stiglitz quanto à necessidade de uma agenda de reformas que envolvam o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o próprio sistema financeiro global, mas que correspondam a uma "globalização com uma face mais humana".[122]

De todo modo, embora a literatura que trata dessa problematização seja extensa e o tema apresente diversos pontos de vista, quer-se enfatizar a compreensão no sentido de que a intensificação da Globalização e seus efeitos, tanto os negativos como os positivos, são um dado da realidade que, ao passo que têm provocado expressivas perplexidades e transformações quanto aos paradigmas tradicionais, permite que se produzam reflexões, críticas e ações para melhor compreender e analisar os desafios da sociedade contemporânea. Algumas percepções decorrentes da intensificação das relações e interações globais, em todos os diversos níveis de ocorrência, podem de fato sugerir a necessidade de se pensar para além dos paradigmas estabelecidos.

Como assevera Delmas-Marty, a paisagem jurídica encontra-se transformada, permitindo a ocorrência de diversas disfunções e desafios, com destaque para a globalização de crimes (os mais diversos tráficos produzidos pela criminalidade organizada, o terrorismo, etc.), a globalização dos riscos diante da tecnologia (indústrias, biotecnologia, comunicações, etc.) e a globalização das exclusões ante os reflexos da economia mundial. As transformações implicadas em torno da Globalização refletem no enfraquecimento dos basilares princípios ligados às noções estatais da soberania e da territorialidade. De outro lado, além de ultrapassar os sistemas de direito nacional, esse contexto não encontra suficiente tratamento pelas instituições globais.[123]

Em razão da constatação que os principais desafios são globais, Delmas-Marty conclui que o enfrentamento deve se dar pelos sistemas de direitos nacionais, especialmente em face das relações entre autores públicos, operadores econômicos privados e sociedade civil. Contudo, fragmentos “de um direito de vocação universal não se destinam a substituir os direitos nacionais,

---

[122] A propósito, STIGLITZ, Joseph E. **Globalization and Its Discontents**. New York/London: W.W. Norton & Company Ltd., 2002. p. 222 e seguintes.

[123] Conforme DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes du Droit**: le relative et l’universel. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 36-43.

mas a se combinar com eles, de modo complementar e interativo. Eles são, portanto, já percebidos como uma provocação, resultando um conflito de frentes inversas".[124] Está aí, portanto, um referencial importante para a reflexão ligada ao tema desta abordagem.

1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EROSÃO ESTATAL E A DESCONEXÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS SUGESTIVOS DE UM MODELO DE SOCIEDADE POLÍTICA EM CRISE

1.4.1 Percepções da descentralização da capacidade normativa estatal diante da erosão de um modelo

O arcabouço estatal que se aperfeiçoou a partir da modernidade parece ter chegado a um momento em que se esgotam, ou pelo menos se modificam, algumas de suas categorias paradigmáticas, situação esta que pode ser sentida na própria identidade simbólica e coletiva dos cidadãos que vivem no âmbito territorial desta forma de sociedade política, talvez como decorrência de mais um período marcante das transformações que simbolizam a história humana.

Como já se expôs acima, a expansão do fenômeno da globalização costuma ou permite ser relacionada à erosão dos elementos inerentes aos atributos estatais de forma que, pelo menos, gera a expectativa e uma atitude reflexiva quanto ao significado e alcance do conceito tradicional de Estado-nação e de seus atributos, em especial da Soberania e da própria noção de Constituição. Organismos transnacionais e supranacionais estruturam-se, o poder estatal parece ter sido descolado na sua centralidade ou unidade e as

[124] Livre tradução. Extrai-se do texto original: "*Em somme, si les systèmes de droit nationaux semblent plus que jamais nécessaires comme relais entre acteurs publics, opérateurs économiques privés et société civile. Aussi les fragments d'un doit à vocation déjà universelle ne sont-ils pas destinés à se substituer aux droits nationaux, mais à se combiner avec eux, de façon complémentaire et interactive. Ils sont pourtant déjá ressentis comme une provocation, engendrant un conflit à fronts renversés*". Conforme DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes du Droit**: le relative et l'universel. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 43.

consequências podem ser percebidas sensivelmente, conforme o pensamento de Faria, na estrutura e na ideia tradicional do Estado-nação no que concerne aos princípios da Soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais e do *judicial review.*[125]

Algumas constatações exploradas por Matteucci,[126] no entanto, podem sugerir certa modificação na compreensão do poder estatal e num relativo eclipse da Soberania, tanto no aspecto teórico como no aspecto prático, conforme seguem:

a) por um lado, a crise da Soberania pode ser relacionada à predominância das teorias constitucionalistas; por outro lado, com a crise do Estado moderno, que não é mais centro único e autônomo de poder. As sociedades democráticas se tornaram pluralistas e o Estado deixa de ser o único ator tanto da política como no cenário internacional;

b) é nítida a interdependência intensificada entre os Estados nas relações internacionais, eis que decorre de um processo em que a sociedade mundial se intensifica no ambiente globalizado; a interdependência ocorre sob diversos matizes (econômico, jurídico, ideológico, etc.), de modo que se atenuam os limites fronteiriços;

c) o surgimento de arranjos supranacionais que influem e limitam a soberania interna e externa dos Estados-membros, como o caso da União Europeia;

d) as empresas multinacionais e o mercado mundial possuem controles e instâncias de decisão que ultrapassam os limites típicos do Estado, de forma

---

[125] Mais contundentemente, na análise de Faria, " Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada é que tem sido crescentemente posto em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo*".* Conforme FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

[126] Extrai-se a síntese dessas constatações dos comentários ao verbete "Soberania", elaborados por Nicola Matteucci (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1187).

que operam num ambiente próprio e que originam a demanda de formas de governança;

e) com o Estado liberal e posteriormente com o Estado democrático "desapareceram a neutralização do conflito e a despolitização da sociedade, operadas pelo Estado absoluto.";

f) com a sociedade industrial as empresas e sindicatos adquiriram mais poderes que, por atingirem amplos segmentos da comunidade, ganham características públicas;

g) as administrações autônomas locais e empresas públicas possuem poder de decisão sobre seus gastos que "tornam frequentemente ilusório o direito que o soberano tem de emitir moeda."

h) Em conclusão: o poder estatal não desaparece. "Desaparece apenas uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania."

As constatações acima aventadas podem ser ampliadas com a análise de outro fenômeno importante decorrente do processo intensificado da globalização: a desterritorialização que, conforme a análise de Ianni,[127] opera por intermédio de estruturas deslocalizadas de poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, que "estão presentes em muitos lugares, nações, continentes, parecendo flutuar por sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos e classes, movimentos sociais e partidos políticos", com efeitos em todos os aspectos da vida social, inclusive com o enfraquecimento de fronteiras, raízes, centros decisórios enfim, das noções referencias tradicionais.

Trata-se de um processo de erosão dos vínculos entre as populações, a economia e os territórios, cuja intensificação das interações globalizantes interfere diretamente no entendimento tradicional a respeito do Estado.[128] Numa outra vertente, pode-se constatar que a globalização afeta a segurança jurídica e

[127] IANNI, Otavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 95.

[128] Conforme relatório de Frederic E. Wakemann Jr., presidente do Social Science Research Council, Annual Report 1987-1988. Nova York, p. 19-20. (In: IANNI, Otavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 95).

a efetividade do Estado administrativo, a soberania, a identidade coletiva e a legitimidade democrática do Estado nacional,[129] sendo importante considerar, também que nessa fragmentação e perda de autonomia política o poder estatal sofre uma diminuição, que de certa forma abre *vazios de legitimação.* [130]

Com a percepção dos efeitos demolidores da globalização sobre a capacidade de decisão dos governos estatais, Bauman expressa o sentimento de que "A separação entre economia e política e a proteção da primeira contra a intervenção regulatória da segunda, o que resulta na perda de poder da política como um agente efetivo, auguram muito mais que uma simples mudança na distribuição do poder social." [131]

Um sentido também negativo do fenômeno é percebido por Castells que, arriscando algumas tendências para o futuro, diz que o século XXI será caracterizado pelo aumento acentuado da Infovia global (difusão e tecnologias de comunicações e informações) e pela expansão da economia global, prevendo reações drásticas dos excluídos da humanidade (conexão perversa do capitalismo e redes criminosas, a exclusão dos excluídos e afirmações fundamentalistas).[132] Num tom quase profético, expressa que

> Os Estados-nação sobreviverão, mas não sua soberania. Eles se unirão em redes multilaterais com geometria variável de compromissos, responsabilidades, alianças e subordinações."..." O Estado não desaparece, porém. É apenas redimensionado na Era da Informação. Prolifera sob a forma de governos locais e regionais que se espalham pelo mundo com seus projetos, formam eleitorados e negociam com governos nacionais, empresas multinacionais e órgãos internacionais."..." E as pessoas estão (e estarão) cada vez mais distantes dos corredores do poder e afastadas das instituições falidas da sociedade civil. Elas serão individualizadas em termos de trabalho e de vida e construirão seu significado com base na própria experiência e,

---

[129] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 87-102.

[130] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 91.

[131] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences. p. 10 e 76.

[132] CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 3. p. 430-432.

> se tiverem sorte, reconstruirão a família, sua rocha neste oceano bravio de fluxos desconhecidos e redes incontroladas. Quando forem submetidas a ameaças coletivas, construirão refúgios comunais de onde profetas poderão proclamar a vinda de novos deuses.[133]

Em decorrência da constatação dessa realidade trazida pela intensificação da sociedade mundial, parece que a preocupação e os desafios devam residir, além de outros aspectos essenciais, na busca de alternativas para as questões e decisões que estão fora da esfera territorial do Estado-nação, bem como na avaliação de qual papel é reservado aos cidadãos, razão última da existência do Estado. De todo modo, embora compreendendo as variadas manifestações com avaliações negativas e até catastróficas com relação a esses fenômenos que se produzem de forma ampliada e veloz nesta quadra histórica, adota-se neste estudo o posicionamento pessoal esperançoso na humanidade e nos destinos de seu futuro. Afinal, a história sempre foi plena de dificuldades a serem superadas.

1.4.2 O problema da desconexão entre as Constituições e a esfera estatal

O Constitucionalismo no sentido moderno, que tem seu nascimento a partir de uma fase histórica liberal dos movimentos que ocorreram na Inglaterra (culminando com a Revolução Gloriosa de 1688-1689), Estados Unidos (1776) e França (1789) e que adquiriu paulatinamente o caráter social e democrático, completado pouco mais de duzentos anos parece ter chegado num momento culminante, pelo menos se for considerado na feição que o interliga ao modelo territorial estatal. Tal afirmação parte de alguns pressupostos: primeiro, que embora não se possa bem definir o que quer dizer a crise pelo que passa o denominado modelo estatal Westfaliano, algumas percepções, conforme acima relatadas, demonstram que diversas mudanças nos paradigmas tradicionalmente aceitos estão se operando. Assim, considerando a existência de fragmentação e de certa erosão no poder estatal, por consequência os efeitos são com a mesma

---

[133] CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 3. p. 432-435.

intensidade sentidos em relação às conquistas do Constitucionalismo, pois são estreitamente vinculadas à estatalidade.

O que se compreende como conquistas do Constitucionalismo tem estreita ligação com dois aspectos que o caracterizam: sob o aspecto substantivo, uma constituição deve basear-se em valores como a democracia, a separação de poderes, o estabelecimento de valores fundamentais e a *rule of law*. Sob o viés funcional, são características constitucionais a supremacia normativa com relação a qualquer outro ato governamental ou legislação que seja incompatível; um conjunto normativo que não se funda numa verdade pré-estabelecida, mas sim pela decisão de um poder constituinte legitimado no povo; e a regulação do exercício do poder público, inclusive com as necessárias limitações.

Se as pré-condições da existência constitucional desaparecem ou se enfraquecem, o modelo constitucional também sofre os consequentes efeitos. Com tal pressuposto, Grimm examina dois aspectos inerentes ao Estado: os confusos e imprecisos limites entre o interno e o externo bem como os limites entre o público e o privado. Conforme Grimm, no que concerne às demarcações entre o público e o privado, são âmbitos que se confundem em razão das funções e tarefas do Estado, que até pouco tempo exercia exclusivamente as tarefas de garantir a segurança, a liberdade individual, regular a economia e proteger a sociedade de eventuais riscos, mas que agora diversos casos são compartilhados com atores privados. Dessa forma, os atores privados envolvidos nessas tarefas antes exclusivas do Estado passam a atuar numa parcela do poder público, cujo problema parece situar-se no fato de que não estão sujeitos aos aspectos de legitimação, de responsabilidade e dos demais requisitos constitucionais exigidos para aqueles que integram o poder público, agravado pela circunstância na qual diversas decisões (*decision makings*) são efetivadas sem passar pelo mecanismo previsto na Constituição para os atos da autoridade estatal. Para Grimm, “Como existem razões estruturais para este desenvolvimento, ele não pode nem ser simplesmente proibido nem totalmente constitucionalizado”.[134]

[134] GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13-14.

Quanto às demarcações entre o interno (doméstico) e o externo (internacional/global), Grimm também se refere à imprecisão que se estabelece, pois se por quase três séculos se mantiveram estáveis, as fronteiras dessas duas esferas começaram a se tornar permeáveis. Uma das análises desse fenômeno pode ser explicada pelo fato de que, no curso de seu desenvolvimento histórico, os Estados passaram a estabelecer organizações internacionais para as quais transferiram parte de sua soberania a fim de aumentar sua capacidade de resolução de seus problemas internos. Assim, essas organizações internacionais, ao atuarem, acabam por exercer no âmbito dos Estados os direitos que eram próprios da soberania estatal.[135]

A observação acima pode ser verificada principalmente a partir do estabelecimento das Nações Unidas em 1945, em que ficam evidenciadas algumas notas importantes que convalidam essa percepção. Conforme anota Grimm, uma delas pode ser percebida pelo fato de que além da coordenação das atividades dos Estados membros a ONU ficou encarregada da manutenção da paz, podendo inclusive atuar por meio de intervenção militar, em casos determinados, para a proibição de hostilidades (excetua-se aqui a autodefesa que os Estados mantiveram como autolimitação). Nesse sentido, certo paradoxo pode ser verificado, pois "o direito à autodeterminação é limitado à relação entre Estados, mas não pode ser invocado contra o poder público exercido pela organização internacional". Note-se, ainda seguindo os argumentos de Grimm, que o desrespeito aos direitos humanos de determinado Estado, ou de suas minorias, pode ser até passível de intervenção humanitária, embora na prática tais medidas sejam raras. Ademais, a criação de cortes especializadas para o julgamento de atos contra a humanidade ou crimes de guerra também repercutem na transferência de temas ao cenário ultraestatal. Sem embargo da polêmica doutrinária a respeito, também é bastante sugestivo o desenvolvimento de

[135] Extrai-se do texto original: "*in order to enhance their problem-solving capacity, the states began to establish international organisations to whom they transferred sovereign rights which these organisations exercise within the states and unimpeded by their right to self-determination*". (GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 9-10.

normas *jus cogens*, de amplo interesse na proteção de valores essenciais da comunidade internacional, fator que diminui o voluntarismo estatal.[136]

Uma forma particularizada que afeta as Constituições nacionais desenvolve-se na União europeia, em que ocorrem diversos atos jurídicos que os Estados-membros devem observar e cumprir (embora não haja previsão de utilização de força por organizações europeias para esse desiderato). Por outro prisma, os atos de cunho administrativo, judicial e legislativos no âmbito da União Europeia têm repercussão nas soberanias dos Membros. Como afirma Grimm, os Estados-membros "continuam a ser os mestres dos tratados". Contudo, os poderes transferidos aos órgãos da União Europeia ocasionam não só "efeito direto no âmbito dos Estados-membros, mas também a primazia sobre o direito interno, incluindo as constituições nacionais". No entanto, "Apenas os limites exteriores permanecem controversos, já que tanto o Tribunal de Justiça Europeu e alguns tribunais constitucionais dos Estados membros reivindicam a última palavra sobre os atos da União Europeia".[137]

De forma semelhante, Cassese também relaciona limitações ou desvios do Constitucionalismo quando as condições em que ele se desenvolveu são modificadas, conforme segue: a) uma das causas diz respeito à existência de normas que se sobrepõem ao nível constitucional, como aquelas que constam de cartas ou convenções de caráter universal, tais como a Convenção sobre o Genocídio e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948, ou

---

[136] Conforme GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14-15.

[137] Conforme GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15. Do original: "The power of the EU is broader in scope and deeper in effect on the member states' sovereignty. It includes legislative, administrative, and judicial acts. It is true that the EU has only those powers that the member states have transferred to it. As far as the transfer of sovereign rights is concerned they retain their power of self-determination. They remain the masters of the treaties. Once transferred, however, the powers are exercised by organs of the EU and claim not only direct effect within the member states but also primacy over domestic law, including national constitutions. Although this lacks an explicit basis in the Treaties, it has been accepted in principle as a necessary precondition of the functioning of the EU. Only the outer limits remain controversial, as both the European Court of Justice and some constitutional courts of the member states each claim the last word concerning ultra vires acts of the EU". Sobre a imprecisão entre os limites externo e interno bem como do público com o privado, que se descreve acima, p. 13-15 da mesma obra.

de caráter regional, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), a Carta Social Europeia (1965), a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969-1978), a Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos (1981-1986). Por outro lado, argumenta o referido autor, também podem ocorrer judicialmente, quando cortes nacionais ou supranacionais reconhecem tradições constitucionais comuns entre Estados (art. 6.2 do Tratado da União Europeia, mas já utilizada pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia), ou ainda o reconhecimento de um patrimônio constitucional comum dos países europeus (Sentença n. 104/2006 da Corte Constitucional Italiana); b) as próprias Constituições nacionais podem também provocar essa limitação ou desvio, quando consentem o ingresso automático no ordenamento doméstico de normas internacionais (Art. 11 da Constituição italiana e 25 da alemã). Tal possibilidade permite que tanto normas secundárias como as de caráter constitucional ingressem em determinado ordenamento nacional; c) por outro lado, proliferam os instrumentos de garantia previstos em áreas além do Estado, diante de diversos tribunais administrativos, civis e penais (Tribunal Penal Internacional, etc.) que operam na esfera internacional, sem contar os diversos organismos de solução de controvérsias; d) outro aspecto levantado por Cassese consiste na ampliação do Direito Internacional, que tradicionalmente destinava-se às relações entre Estados, mas agora atinge também (embora em casos determinados) pessoas naturais ou jurídicas, que passam a possuir subjetividade e garantias no âmbito ultraestatal.[138]

A análise do contexto descrito pode levar à conclusão de que embora as Constituições estatais continuem a regular o poder público, não detêm mais a primazia dessa tarefa, pois está em franca expansão a concorrência com outros atores externos ao ordenamento do Estado. Há, portanto, um descompasso entre a esfera do poder público, que se ampliou, e o poder estatal, que não mais corresponde plenamente a tais exigências. Para Grimm, “a emergência de um poder público internacional não torna a Constituição obsoleta ou não efetiva. Mas

[138] Conforme CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma: Laterza, 2006. p. 185-187.

na medida em que a soberania estatal está erodindo, a Constituição está em declínio".[139]

Lembrando o caminho percorrido desde os traços formativos do Estado de Direito do século XIX, embora mais voltado ao âmbito europeu, até às nuances que caracterizam o Estado Constitucional contemporâneo, é oportuno acrescentar a percepção de Zagrebelsky quanto à ductibilidade que assume a realidade constitucional, notadamente tendo-se em vista a transformação da Soberania, a aspiração por princípios e valores para a conformação da vida em coletividade, e a "a exigência de uma dogmática jurídica fluída".[140] Destaca-se, nesse sentido, a característica pluralista das forças sociais e políticas da atualidade, com diversidades de interesses e ideologias. Por outro lado, Zagrebelsky, ao enfatizar que diversas consequências derivam da erosão progressiva do princípio unitário de organização política, baseado na ideia de Soberania estatal, argumenta que uma delas, a mais evidente, é que o "direito público atual não é a substituição radical das categorias tradicionais, senão sua 'perda da posição central".[141]

Outra leitura é apresentada por Preuss, que diante dos argumentos delineados por Grimm, observa a desconexão das Constituições aos Estados, em que o constitucionalismo é mal compreendido se for muito ligado ao conceito de soberania, mas que apesar disso é potencialmente viável para modos de organização social que não sejam baseados na estrutura de coação estatal, sendo que a União Europeia e a comunidade internacional podem comprovar tal argumento. Para Preuss, as Constituições são aptas a produzir estruturas de cooperação para além das fronteiras físicas, sociais e culturais, "porque não pressupõem valores compartilhados ou entendimentos comuns de práticas sociais". Concluindo, argumenta que novos modos de cooperação não coercitivos,

---

[139] GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 16.

[140] A propósito, ver inicialmente o Capítulo 1, que trata dos caracteres gerais do Direito Constitucional atual (p. 9-45). In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título Original: Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia.

[141] Livre tradução. No texto original: "El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título Original: Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia. p. 12.

tanto no âmbito doméstico como para além das fronteiras estatais superam as suas ligações históricas com soberania e viabilizam um meio de integração normativa de arranjos institucionais em nível transnacional, e que “são suscetíveis a ser ordenados por constituições” [142]

Respeitando as expressões de descontentamento com o cenário da globalização, a verdade é que se trata de um fenômeno que “veio para ficar” e faz parte da realidade social. Assim, trata-se de ambiente que demanda novas atitudes e respostas que necessitam se desvencilhar dos paradigmas já esgotados, pois como já expôs Giddens, por tantos outros, “o sistema global não pode ser descrito ou analisado atualmente apenas no nível das nações, porque as nações e seus direitos de soberania estão sendo radicalmente remodelados”, aliás, mudanças que decorrem inclusive de um processo de construção de uma complexa infraestrutura da sociedade civil global, como indica o crescente número de organizações não governamentais que operam nessa esfera e, para “Levar a globalização a sério, significa enfatizar que a democratização não pode ser confinada no nível do Estado-nação”.[143]

Com a percepção da crise do Constitucionalismo no contexto da Globalização, bem como do próprio Estado como modelo de articulação do político e do jurídico, Julios-Campuzano manifesta-se pela sobrevivência do constitucionalismo por empenhos de ordem supranacional e cosmopolita, com a estruturação num sistema inspirado nas imposições normativas dos Direitos Humanos. Para tal desiderato, propõe, embora compreendendo como atrevimento o estabelecimento de um prazo médio para a consecução, que as bases de um direito global em consonância com o mundo contemporâneo deveriam se articular em quatro grandes contratos: a) um *contrato global para a satisfação das necessidades* para um melhoramento da ordem econômica, por intermédio inclusive de reestruturação nas suas instituições nucleares (Fundo Monetário, Internacional, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio), cuja meta

---

[142] PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 46.

[143] GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via e seus Críticos**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001. Título original: The Third Way and Its Critics. p. 126 e 161.

estaria destinada a combater as “desigualdades econômicas ilegítimas”; b) um *contrato global para a paz, a tolerância e o diálogo entre culturas*, cujo sucesso é vinculado aos Direitos Humanos e na busca de harmonização entre os aspectos do universalismo e da multiculturalidade; c) um *contrato planetário sobre o desenvolvimento sustentável*, de forma que possa se harmonizar o necessário progresso com a natureza, a evolução técnica, e a própria vida; d) um *contrato global democrático para um novo regime político internacional*, com a visão de participação política tanto em escala supranacional como em “instâncias federais de integração política”.[144]

Portanto, diante dos aspectos levantados acima, pode-se compreender que o quadro do constitucionalismo vinculado ao modelo de organização política estatal modifica-se em razão das interações e influências das relações do ambiente doméstico com o ambiente internacional/global, pois seus elementos tradicionais e caracterizadores sofrem uma evolução transformadora diante do processo de intensificação social global. Mas para melhor avaliar os aspectos abordados acima, afigura-se oportuno o exame de outro fenômeno verificável do arranjo evolutivo da sociedade mundial, que é o da expansão do ambiente próprio do Direito Internacional e do correlato problema quanto à fragmentação sistêmica que se opera nas suas diversas subáreas. Este é o objeto de análise da próxima Seção.

---

[144] Conforme JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105-110.

SEÇÃO 2

A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E SEUS DESAFIOS NO ATUAL CENÁRIO DA COMPLEXIDADE

Nas considerações desenvolvidas na Seção antecedente esboçou-se um exame com relação às categorias tradicionais ligadas ao modelo de organização política estatal, que emergiu em determinado momento histórico, em face das transformações que se operam contemporaneamete, mais evidenciadas em razão da intensificação da sociedade mundial da qual decorre o processo de Globalização.

A análise a ser apreciada nesta Seção destina-se a complementar a abordagem anterior, mas agora voltada especificamente ao panorama em que se apresenta o Direito Internacional[145] nessa quadra do século XXI, cuja exposição também serve como premissa temática a justificar a motivação de se renovar a discussão em torno da ideia de um Constitucionalismo Global. O Direito Internacional, acompanhando a complexidade e as mudanças que movimentam o ambiente da atualidade, está em franco processo de expansão não só ante a importância dos novos atores que integram o Sistema Internacional, antes só voltado às relações entre os Estados, como também pela abrangência dos temas que lhe são pertinentes.

Se no seu alvorecer a paz entre as nações era o objeto principal de seu campo de saber, as novas realidades ampliam o alcance do Direito Internacional, inclusive em temas que não se prendem às fronteiras estatais, como o meio ambiente, o terrorismo, a regulamentação da exploração espacial, o combate à

[145] Um breve esclarecimento quanto à utilização dessa expressão é necessária, ante a distinção existente entre Direito Internacional Público e Privado. De fato, o Direito Internacional Público trata, primordialmente, das relações entre Estados e outros atores internacionais, enquanto que o Direito Internacional Privado é destinado à relação entre particulares, notadamente em litígios sem a presença do ente estatal, ou mesmo em relação a contratos. Sem embargo, neste estudo, acompanhando-se o uso generalizado, ao se utilizar a expressão “Direito Internacional”, sem os qualificativos mencionados quer-se designar unicamente o Direito Internacional Público. No entanto, não se pode desconsiderar que os limites entre os dois campos já não são tão nítidos diante dos efeitos da Globalização.

criminalidade internacional, a proteção do sistema financeiro internacional, as novas forças tecnológicas, as intervenções humanitárias, os Direitos Humanos, dentre outros. Tais transformações, cuja causa de especial importância, sem embargo da existência de outras, decorre do intenso processo de globalização, também são percebidas não só pelo aumento da complexidade, mas pela internacionalização dos direitos, caracterizada pela integração dos sistemas de direitos nacionais, regionais de integração (União Europeia, Mercosul, NAFTA, etc.) e o direito internacional, pela proliferação de outras fontes normativas e pela multiplicação de instâncias decisórias para além dos limites estatais, pela ausência de hierarquia entre normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos, bem como pela lógica distinta nos direitos nacional e internacional em que se operam os métodos de solução de conflitos.[146]

É de se indagar se, no cenário atual, seria possível identificar uma evolução ou um estreitamento das interações entre os povos que ocupam o mosaico territorial global, de tal forma que se possa vislumbrar certa tendência a formar uma comunidade jurídica a compartilhar temas e interesses inerentes à condição humana. Por outro prisma, o desenvolvimento do Direito Internacional, que teve impulso a partir de uma arquitetura baseada na paz entre as unidades estatais soberanas e que, após a Segunda Grande Guerra Mundial, ganhou novos contornos, parece clamar, nesse estágio civilizatório, por uma diferente compreensão. Em decorrência desse sentido, há que se acrescentar a esse cenário as pressões oriundas das necessidades da democracia e dos Direitos Humanos que se contrapõem à tradicional noção de soberania territorial e de jurisdição exclusiva dos Estados, já sinalizando o curso das transformações.

Busca-se, então, com a breve exposição que se segue, ordenar alguns aspectos pontuais do processo evolutivo do Direito Internacional para que se possa descortinar uma percepção mais clara a respeito das exigências e dos desafios que se apresentam na contemporaneidade para que então, mais adiante,

---

[146] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-32.

possa-se avaliar a respeito dos limites e das possibilidades do processo de constitucionalização para além das fronteiras estatais.

2.1 UMA SÍNTESE DE REFERENCIAIS DESTACADOS QUANTO AO PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO INTERNACIONAL

Nas considerações introdutórias do célebre opúsculo *The Future of International Law*, publicado no início do século passado (1921), Oppenheim já enfatizava que a ideia de Direito Internacional ou de uma comunidade jurídica entre Estados civilizados, nos moldes como modernamente se concebe, era inexistente na antiguidade. Entretanto, é interessante e curioso ressaltar sua menção à visão profética de Isaías (II, 2-4) [147] e ao ideal Judaico da paz e da união de toda a humanidade sob um único Deus como uma longínqua e primeira formulação de uma doutrina pacifista que, embora sob outro prisma, corresponderia a uma comunidade.[148]

A expressão mencionada revela que são verificáveis importantes precedentes à concepção moderna do Direito Internacional, pois, "muito embora o direito das gentes tenha crescido e florescido no ambiente sofisticado da Europa renascentista, as sementes dessa planta híbrida têm uma origem muito mais

[147] Segue o texto mencionado: Isaías, II, 2 a 4: "A Paz Perpétua: […] Dias virão em que o monte da casa de Iahweh será estabelecido na mais alta das montanhas e se alçará acima de todos os outeiros. A ele acorrerão todas as nações, muitos povos virão, dizendo: 'Vinde, subamos ao monte de Iahweh, a casa do Deus de Jacó, para que ele nos instrua a respeito dos seus caminhos e assim andemos nas suas veredas'. Com efeito, de Sião sairá a Lei, e de Jerusalém, a palavra de Iahweh. Ele julgará as nações, ele corrigirá a muitos povos. Estes quebrarão as suas espadas, transformando-as em relhas, e as suas lanças, a fim de fazerem podadeiras. Uma nação não levantará a espada contra a outra, e nem se aprenderá mais a fazer Guerra".

[148] Para Oppenheimer, embora tal menção implicasse naturalmente uma comunidade jurídica entre todos os estados, ressalvava que o profeta não compreendia esta comunidade de direito como uma idéia independente) No original: " *The Jewish ideal of perpetual peace and the union of all mankind under One God, foreseen in prophetic vision by Isaiah (ii, 2-4), fmay be taken as the first formulation of pacifist doctrine, which of course implies a community of law between all states, but the prophet does not apprehend this community of law as an independent idea*. OPPENHEIMER, Lassa Francis Lawrence. **The Future of International Law.** Oxford: Clarendon Press, 1921. [Publicado primeiramente em 1911, sob o título Die zukunft des völkerrechts – Traduzido para o inglês por BATE, John Pawley] – (ebook Kindle). p. 1.

antiga. Remontam ao passado remoto".[149] Nesse sentido, são diversas as narrativas encontradas na literatura especializada quanto à origem do Direito Internacional, sejam entendimentos os quais localizam o momento inaugural na antiguidade,[150] como também se encontram escolas de pensamento que enfatizam o surgimento na Grécia antiga,[151] em Roma,[152] na cristandade medieval,[153] no advento da Era Moderna, ou ainda, numa perspectiva intercivilizacional,[154] na parte final do século XIX.[155]

Por outro lado, pode-se observar, também, que há autores que inclusive são bem restritivos quanto ao problema da demarcação da origem, como Jouannet, que o prefere no auge da modernidade europeia do século XVIII, referindo-se simbolicamente ao que Peter Haggenmacher[156] tratou como modelo "Vatteliano" de 1758, como oposto ao "falso" modelo Westfaliano de 1648,

---

[149] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 12.

[150] BEDERMAN, David J. **International Law in Antiquity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

[151] PHILLIPSON, C. **The International Law and Customs of Ancient Greece and Rome**. London: Macmillan, 1911.

[152] BUTKEVYCH, Olga V. History of ancient international law: challenges and prospects. **Journal of the History of International Law**, v. 5, p. 193, 2003.

[153] VERZIJL, J.H.W. **International Law in Historical Perspective**. Leyden: A. W. Sijthoff, 1968. Vol. 1, 444.

[154] ONUMA Yasuaki. When Was the Law of International Society Born: an inquiry of the History of International Law from an intercivilizational perspective. **Journal of the History of International Law** 2 (2000), 63.

[155] Ao analisarem tais perspectivas, Armstrong, Farrell e Lambert, na tentativa de clarear o que denominam um quadro quase confuso, identificam quatro aspectos que são levados em conta pelos analistas do desenvolvimento do Direito Internacional, considerando-se que cada período trata de coisas diferentes. Primeiramente, com relação ao mundo antigo anterior à Roma, as normas, essencialmente de cunho moral ou religioso, não teriam conotação jurídica; segundo, porque a afirmação da existência de normas em cada sociedade da antiguidade não significa que houve um desenvolvimento contínuo entre elas a formar, mais tarde, o direito internacional; o terceiro aspecto diz respeito à afirmação de que "Direito Internacional", por regular a relação entre Estados soberanos, somente poderia ser considerado, portanto, a partir da Idade Média tardia; por último, o aspecto de que algumas análises preferem usar a expressão "Direito Internacional" apenas quando apresenta características de um sistema ou ordem jurídica, cujos elementos normativos serviriam a uma interação social internacional. In: ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International Law and International Relations**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

[156] A menção de Jouannet refere-se a: HAGGENMACHER, Peter. Oral Contribution, na IUHEI Colloquium. **Le Droit International de Vattel vu du XXIème siècle**. Genebra, 28-29 de fevereiro de 2007, dirigido por Peter Haggenmacher e Vincent Cheitail.

quando então o *Jus Gentium* dos antigos teria sido substituído pelo "Direito das Nações" dos Estados soberanos. Para Jouannet, nesse período é que o "Direito das Nações" pela primeira vez foi considerado como uma ordem jurídica e não mais "uma mera fonte de um Direito Comum para toda a humanidade", e que igualmente pela primeira vez "foi aplicado como um direito dos Estados soberanos que tornaram os exclusivos sujeitos desse direito".[157]

De fato, embora a referência usual quanto à origem do Direito Internacional costume ser associada à emergência do Estado moderno, notadamente nos momentos posteriores à Guerra dos Trinta Anos e com as delimitações na arquitetura geopolítica europeia que se aperfeiçoaram a partir do modelo Westfaliano, não se pode desconsiderar o argumento de que os momentos perceptíveis da história da humanidade, tanto em suas expressões sociais, políticas ou econômicas, de alguma forma, imbricam-se no passado. Contudo, embora se evidencie a importância da compreensão do longo processo do desenvolvimento histórico que mais tarde formou os contornos do Direito Internacional, os limites que circunscrevem este estudo não permitem um recuo tão distante, razão pela qual o presente exame relaciona-se com a formação do *Direito das Gentes*, que posteriormente recebeu a denominação de Direito Internacional,[158] no período situado a partir da Era Moderna europeia, em que a disciplina se referia às relações entre os Estados soberanos, livres e iguais, aliás, como tradicionalmente era conceituada.

---

[157] Conforme JOUANNET, Emmanuelle. **The Liberal-Welfarist Law of Nations**: a history of international law. Tradução do francês por Christopher Sutcliffe. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Título original: Le Droit International Libéral-Providence: une histoire du droit international. p. 11-12. Extrai-se do original: "*Because for the first time the law of nations was conceived and thought of as a legal order and no longer as a mere source of a law common to all men. For the first time it was applied as a law of sovereign states that had become the exclusive subjects of that law*". (p.12).

[158] Atribui-se a Jeremy Bentham, na obra **An Introduction to the Principles of Moral and Legislation** (1780), a utilização pela primeira vez da expressão *International Law* (Direito Internacional), que depois se consagrou no uso comum.

2.1.1 Da emergência do Jus Gentium *na Era Moderna ao Tratado de Paz de Versalhes*

Mesmo antes de se aperfeiçoar com seu perfil no sentido moderno, ressalta-se o fato de que, dentre outros aspectos, as preocupações decorrentes na "Era dos Descobrimentos" serviram como importante ponto de reflexões doutrinárias as quais vieram a se tornar inseparáveis da compreensão do Direito Internacional moderno. Assim, preocupações como a da delimitação da expansão e do domínio das potências europeias, as que dizem respeito à relação entre esses povos europeus e os dos outros continentes, bem como aquelas concernentes ao *mare clausum* ou *mare liberum* (regime jurídico do mar e liberdade de navegação),[159] foram objeto da escola espanhola e de seus pontos filosóficos referenciais, especialmente por intermédio das obras de Francisco de Vitoria (1480-1546) e Francisco Suárez (1548-1617), embora um dos momentos fundacionais do Direito Internacional tem no holandês Hugo Grotius (1583-1645) a usual atribuição da paternidade doutrinária da disciplina.

Quanto à Paz de Westfália em 1648, com a assinatura dos Tratados de Münster e de Osnabrück, é considerada por alguns, como já se mencionou acima, um marco de referência inaugural, até porque tais tratados foram estabelecidos com base numa arquitetura de paz e cooperação, bem como originaram a ideia da doutrina da *pacta sunt servanda* (os contraentes devem observar o cumprimento dos tratados) e significaram, num primeiro momento, pelo menos como tentativa, o reconhecimento da liberdade religiosa, além de uma nova configuração territorial na Europa.

Essencialmente, sua importância para o Direito Internacional também pode ser medida por evidenciarem os princípios da soberania e igualdade entre os Estados, por destinarem a figura do tratado como modo de solução entre os problemas entre os Estados, também por se constituírem como primeira tentativa de uma organização internacional para a manutenção da paz europeia, inclusive

[159] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 4.

com a previsão de um sistema de garantia para intervir para manter a nova ordem que se estabelecia (por França e Suécia), e por fim, permitira uma nova arquitetura da Europa, baseada no equilíbrio de poder onde cada Estado pode ter assegurada sua soberania e sua independência em relação aos demais. De todo modo, somente com os Tratados de Utrecht é que será expresso como o "princípio do equilíbrio", que serviu também como ideia nuclear para as negociações do Tratado de Viena (1815).[160] Dos diversos tratados que se seguiram, pode-se destacar também a formação da Paz de Utrecht, e a Paz de Restandt e Baden (1713-1714), o qual encerrou a disputa da sucessão espanhola, em que se envolveram França e Espanha que havia começado em 1701, bem como a Inglaterra, a Alemanha, a Holanda, Portugal e Savoia.

Se o desenrolar histórico teve curso numa sequência de entendimentos e desavenças entre as nações, é de se mencionar como grande importância para as mudanças que se operavam as Revoluções burguesas que tiveram seu desenvolvimento do século XVIII (Revolução Americana e Revolução Francesa) bem como o liberalismo, em seus aspectos econômico, político e social. Conforme registra Miranda, com a independência dos Estados Unidos, estes se tornaram o primeiro Estado não europeu a se tornar sujeito de Direito Internacional, mas o destaque dos princípios da Revolução Francesa que representa um significativo avanço, tanto por afirmar a autodeterminação dos povos, bem como que a soberania não é relacionada aos monarcas, mas ao povo. Por outro lado, também é de significativa novidade a consideração de que o Direito Internacional não é o Direito das relações entre os soberanos, mas sim das relações entre os povos, e que todos os povos, bem como os indivíduos, são livres e iguais.[161] Ademais, a noção de liberdades públicas que surge como marca da Revolução serve para o desenvolvimento dos Direitos Humanos.

---

[160] Conforme apanhado sintético a respeito da Paz de Wesfália e da sua relação com a formação do Direito Internacional, In: RENAULT, Marie-Hélène. **Histoire du Droit International Public**. Paris: Ellipses, 2007.p. 85-89.

[161] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5-6.

Das diversas outras referências que se materializaram no curso tumultuado da história, não se pode deixar de mencionar o Congresso de Viena de 1815, por sua sempre lembrada significação a marcar o término das guerras napoleônicas e por tratar dos efeitos que os acontecimentos desse período se efetivaram na Europa, do estabelecimento de um diferenciado sistema multilateral de cooperação política e econômica, da neutralidade da Suíça, da regulação do Rio Reno. Também consiste como especial importância a adoção de protocolos diplomáticos, a condenação do tráfico de escravos e o estabelecimento de princípios da livre navegação em rios. Enfim, configurou um conjunto de substanciais contribuições para o desenvolvimento do moderno Direito Internacional.

A Santa Aliança, formada entre a Áustria, Prússia, Rússia e Inglaterra representava esse novo concerto europeu que decorreu após o período napoleônico, bem como para, com o fortalecimento da ordem monárquica, obstaculizar os avanços liberais e constitucionalistas, mas, conforme anota Miranda, não teve êxito em frear as independências das colônias espanholas e do Brasil, nem mesmo os movimentos liberais que acabaram por unificar a Alemanha e a Itália.[162]

De todo modo, conforme pontua Tilly, durante o século XIX até a Primeira Guerra Mundial, diversos acordos de guerra continuaram a envolver muitos dos integrantes desse sistema de Estados e marcaram os grandes realinhamentos entre os seus membros.[163] De fato, outros acontecimentos ainda podem ser anotados para uma ideia panorâmica aproximada das transformações que se desencadeavam, principalmente no concerto europeu de Estados, com as diversas desavenças egoísticas que, por um lado foram traçando o novo desenho territorial e político, conforme ainda segue menção, merecendo lembrar, por exemplo, o discurso do Presidente dos Estados Unidos, James Monroe, proferido diante do Congresso daquele país em 2 de dezembro de 1823, que se

[162] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7-8.

[163] Sobre o desenvolvimento do sistema europeu de Estados ver: TILLY, Charles. **Coercion, Capital and European States**: AD 990-1992. Cambridge (MA) e Oxford (UK): Blackwell, 1990. p. 161-191.

consubstanciou como a “Doutrina Monroe”, como uma resposta ao processo expansionista do poderio europeu traçado a partir de Santa Aliança, bem como à Inglaterra, pelo qual, deixando os Estados Unidos o seu isolacionismo até então mantido, declarou para a Europa que América vigorava, como princípio, a não criação de colônias, a não intervenção interna dos países americanos, e a não intervenção em conflitos dos países europeus, inclusive em relação a suas colônias.

Registra-se, ainda, como aspecto do desenvolvimento do sistema internacional, o fato que desde o Congresso de Viena de 1815 as questões de interesse comum começaram a ser tratadas em conjunto pelos Estados. Do outro lado, no Continente americano, o movimento bolivariano teve seu impulso principalmente depois do Congresso do Panamá de 1826 (Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua).

O século XIX ainda viu se desenrolar o processo de nacionalismo e formação nacional, baseado em aspectos históricos, linguísticos e culturais aos quais determinados grupos entendiam pertencer, inclusive por tradição a lhes ser exclusiva com relação aos demais. Ademais, a partir dessa noção, “A formação nacional é a realização política dos propósitos do nacionalismo, a tradução do sentimento em poder”.[164] Tratava-se de um cenário em que os arranjos e convivências eram interestatais, embora o grupo dos mais poderosos ditasse os rumos do concerto, grupo este que, para integrá-lo, conforme expõe Pinto, demandaria uma chancela de reconhecimento por “seus membros para que um ente seja considerado Estado, o que somado a sua manifestação de consentimento em obrigar-se a respeitar regras e princípios vigentes, determina seu ingresso na sociedade internacional”. Consistia, pois, em um conjunto de decisões políticas hegemônicas ante as conveniências próprias. Mas é justamente por uma inexistência de uma autoridade central para estabelecer os

[164] Sobre o nacionalismo e formação nacional, ver: BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAN, Standish. **História da Civilização Ocidental**: do homem das cavernas às naves espaciais. Tradução de Donaldsdon M. Garschagen. 38. ed. V. 2. São Paulo: Globo, 1997. Título original: Western Civilizations: Their History and their Culture. p. 573-596.

requisitos de reconhecimento e validar as demais questões que Pinto argumenta que é “dali a importância que adquire a prática estatal”. [165]

Quer-se ainda registrar, da imensa gama de acontecimentos marcantes em relação ao desenvolvimento do Direito Internacional dessa primeira parte da análise, o advento da Guerra da Criméia e as novas formas de se pensar as contendas bélicas que se estabeleceram consuetudinariamente; a expansão colonial na África, Ásia e América: a criação da Cruz Vermelha; o estabelecimento de comissões internacionais para assuntos como a livre navegação fluvial, as comunicações e o comércio, que precederam as organizações internacionais formadas no século XX, inauguradas a partir de 1865 com a União Internacional de Telecomunicações; e, dentre outros que os limites da Tese não permitem esboçá-los, porém não relevá-los, os derradeiros para essa parte análise são o advento da denominada I Guerra Mundial (embora outros conflitos anteriores tiveram um alcance global, como, a título de exemplo, as próprias Guerras Napoleônicas).

De fato, a conflagração mundial abalou as esperanças baseadas em possibilidades pacíficas bem como no equilíbrio de poder que se atribuía à capacidade da diplomacia que se aperfeiçoava, embora sem êxito suficiente para impedir a eclosão da guerra, que durou de 1914 a 1918.[166] Mas, terminada mais essa tragédia, dentre tantas da historia da humanidade, dois outros marcos se estabelecem como cruciais para a compreensão do Direito Internacional clássico:

a) o advento do Tratado de Versalhes (1919) que, em linhas gerais, impôs condições à Alemanha como perdedora da guerra, como complementação

[165] No original: “[...] por parte de sus miembros para que un ente sea considerado Estado, lo que sumado a su manifestación de consentimiento en obligarse a respetar reglas y principios vigentes, determina su ingreso a la sociedad internacional”. E, “[...] De allí la importancia que adquire la práctica estatal”. Conforme PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 21).

[166] Se as baixas civis não foram muitas, em razão da característica imobilista da I Guerra Mundial, a estatística com relação aos combatentes dos diversos países é alta: dos 65 milhões de homens combatentes, 10 milhões morreram e outros 20 milhões foram feridos. As consequências, contudo, são muito mais amplas, considerando os diversos outros aspectos que os resultados da beligerância imprimem. A propósito: BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAN, Standish. **História da Civilização Ocidental**: do homem das cavernas às naves espaciais. Tradução de Donaldsdon M. Garschagen. 38. ed. V. 2. São Paulo: Globo, 1997. Título original: Western Civilizations: Their History and their Culture. p. 674. Para uma visão geral sobre a I Guerra Mundial, p. 669-689.

do armistício de 1918, que envolveram, além de indenização, reparações e perdas de territórios, fato que, ante as demais restrições e consequências, causou profunda humilhação ao povo daquele país, o que pode ser atribuído como uma das causas da ascensão do Nazismo e da II Grande Guerra Mundial; [167]

b) a criação da Sociedade das Nações (Liga das Nações), que apesar de não lograr êxito e ter sido dissolvida, não tendo sido capaz de evitar a invasão da China pelo Japão em 1931, da Etiópia pela Itália em 1935, nem a da Áustria e da Checoslováquia pela Alemanha e, em seguida, a eclosão da II Guerra Mundial, tem especial importância, não só por se constituir como a primeira organização internacional no sentido moderno, mas também pelo ideal e pelo esforço empreendido pelos Estados para a existência de uma instituição intergovernamental destinada a solucionar disputas políticas e a preservar a paz. Vale ressaltar o curioso fato de que os Estados Unidos, apesar do impulso idealizador da criação, pelo Presidente Wilson, não veio a integrar a Sociedade das Nações. De todo modo, serviu como base para a posterior consolidação das Nações Unidas.[168]

No período entre os dois conflitos mundiais, pode-se ainda registrar, como importantes contribuições ao Direito Internacional, a instituição da Organização Internacional do Trabalho, do Tribunal Permanente de Justiça Internacional e o Tribunal que posteriormente se tornou o Tribunal Internacional de Justiça, bem como o Protocolo para a Resolução Pacífica dos Conflitos Internacionais (1924), o Pacto *Briand-Kelog*, que objetivava uma renúncia geral à guerra (1928), e o Ato Geral de Arbitragem (1928), mas que, conforme Miranda, sem efetividade.[169]

---

[167] De modo geral, as imposições foram direcionadas principalmente à Alemanha, mas outros pactos foram assinados com relação aos seus aliados: Áustria-Hungria, Bulgária e Turquia.

[168] A respeito da Sociedade das Nações ver, dentre outros: SCOTT, George. **The rise and fall of the League of Nations.** New York: Macmillan, 1974.

[169] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9.

2.1.2 Do advento da Segunda Guerra Mundial ao Direito Internacional Contemporâneo

A eclosão de outra contenda bélica de amplitude global, a II Guerra Mundial (1939-1945), pode ser compreendida como um dos marcos de ruptura com o passado, de forma constituir o início de numa nova feição ao Direito Internacional e à sociedade mundial, embora sempre se precise afirmar que cada momento está imbricado ou de certa maneira interligado ao tempo pretérito. No curso da guerra, os Aliados já se preocupavam com a ordem jurídica e política e já esboçavam os objetivos para a sociedade mundial do pós-guerra sob as perspectivas de um esforço para uma cooperação internacional de cunho multilateral.

Um impulso de importância considerável pode ser percebido a partir do discurso proferido pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, em 6 de janeiro de 1941, portanto, antes do ingresso dos Estados Unidos na II Guerra Mundial, oportunidade em que pronunciou perante o Congresso Americano a política ou doutrina das "quatro liberdades", consistentes na liberdade de expressão, na liberdade religiosa, na liberdade quanto às necessidades econômicas e na liberdade quanto ao medo.[170]

O contexto é melhor exteriorizado em 14 de agosto de 1941, quando o Presidente Roosevelt e o Primeiro Ministro Britânico Winston Churchill aprovaram a *Carta do Atlântico*, a qual, embora não se revestira da qualidade de um tratado, representou um marco de esperanças e planejamentos para o mundo do porvir, com o desejo de valores comuns a serem compartilhados, mediante oito princípios: a) não buscar seu próprio engrandecimento (territorial ou outro); b) de não haver alterações territoriais sem a manifestação dos povos interessados; c) o respeito ao direito dos povos quanto à escolha da forma de governo, e do desejo de ver a soberania e a autonomia restauradas para aqueles que disto foram privados; d) procurar promover o bem de todos os Estados, vencedores ou vencidos, de acesso igualitário para o comércio e matérias primas necessárias

[170] Franklin D. Roosevelt "Four Freedoms Speech". Franklin D. Roosevel Presidential Library and Museum. *In*: <http://www.fdrlibrary.marist.edu/pdfs/fftext.pdf>.Acesso em 10 de julho de 2013.

para a prosperidade econômica; e) colaboração ente todas as nações no campo econômico, para melhores condições de trabalho, progresso econômico e segurança social; f) após a destruição da tirania nazista, a paz, para que em todas as nações possa-se viver com segurança e liberdade; g) que essa paz permita a livre circulação nos mares e oceanos; h) tanto por razões realistas como espirituais, o abandono do uso da força, acreditando que, no aguardo do estabelecimento de um sistema mais amplo e permanente de segurança geral, que é essencial o desarmamento das nações.[171]

Com a inspiração e aderindo aos propósitos e princípios enunciados na denominada *Carta do* Atlântico, outro importante marco para o estabelecimento de uma nova ordem internacional surge com a Declaração das Nações Unidas, firmada em 1º de janeiro de 1942 pelos Estados Unidos da América (Presidente Roosevelt), pela Grã-Bretanha (Winston Churchill), pela União Soviética (Maxim Litvinov) e pela China (T.V. Soong) e, no dia seguinte, por outros 22 países e que, posteriormente, recebeu a incorporação de outros 22, dentre os quais o Brasil, todos empenhados na vitória contra as forças do *hitlerismo*.[172] Dessa forma, torna-se evidente que as preocupações com o futuro da convivência começam a gerar outras maneiras de se buscar um destino melhor com relação à democracia e ao respeito à humanidade. Esses propósitos foram considerados essenciais pelos signatários para o fim de defender a vida, a liberdade, a independência, a liberdade de culto, bem como para preservar a justiça e os Direitos Humanos.

As preocupações econômicas também foram objeto dos acordos de *Bretton Woods*, em 1945, em que foram criados o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que foi formalizada em 1945 significou outro passo de evolução do Direito Internacional, tanto em relação aos seus membros como pelos fins que destina à comunidade internacional, institucionalizada para a paz e segurança internacionais, o estímulo das relações amistosas entre as nações, com base do respeito à igualdade de direitos e a livre determinação dos povos, a cooperação internacional para a

[171] A propósito da Carta do Atlântico, ver: <http://www.un.org/en/aboutun/history/atlantic_charter.shtml> Acesso em 11/6/2013.

[172] A propósito da Declaração das Nações Unidas, ver: <http://www.un.org/es/aboutun/history/declaration.shtml>. Acesso em 11/6/2013.

solução dos problemas econômicos, sociais, culturais e de caráter humanitário, e para o respeito e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais indiscriminada de todos os seres humanos (Art. 1° da Carta da ONU).[173] Diante de sua configuração, as Nações Unidas se constituem como um essencial foro de iniciativa e de enquadramento das atividades multilaterais, sem embargo das agências especializadas e de outras organizações de caráter regional ou local.

O conteúdo e o caráter constitutivo da Carta da ONU podem ser distinguidos em relação à antiga Sociedade das Nações, conforme Miranda, pela maior cooperação nas áreas social e econômica e na promoção dos direitos do homem visando à paz e segurança internacionais (arts. 1°, 33 e seguintes e art.

[173] CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Capítulo I - Objetivos e Princípios

ARTIGO 1º Os objetivos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

ARTIGO 2º A Organização e seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros; 2. Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta; 3. Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas; 4. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas; 5. Os membros da Organização dar-lhe-ão toda a assistência em qualquer ação que ela empreender em conformidade com a presente Carta e abster-se-ão de dar assistência a qualquer Estado contra o qual ela agir de modo preventivo ou coercitivo; 6. A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais; 7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII.

Para consulta no sítio das Nações Unidas:
<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>.

55 e seguintes da Carta), no estímulo a autodeterminação e independência de territórios (art. 73, 74 e 75 e seguintes), na proibição da guerra (arts. 2°, 3°, 4°, 5° e 51) e na previsão de poderes de coerção para a manutenção da paz e segurança internacionais (art. 39 e seguintes) e pelo conjunto de órgãos (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Tribunal Internacional de Justiça e Secretaria Geral), e outros órgãos subsidiários.[174]

Contudo, além da preocupação com a tecnologia nuclear, que passou a assustar o mundo, principalmente após a explosão das bombas atômicas em solo japonês quase concomitantemente com a formalização da ONU, o período do pós-guerra encontrou um ambiente bipolarizado, de um lado a linha do "ocidente" e de outro lado o bloco socialista soviético, contexto em que se distanciava da multipolaridade pretendida.

Por outro lado, conforme Shaw, algumas importantes constatações são observadas a partir das novas feições que o mundo adquire após a II Guerra Mundial com a dissolução dos impérios colônias e com a proliferação de novos Estados no que antes se concebia como Terceiro Mundo, implicando não só em ressentimentos, mas também numa releitura do Direito Internacional cuja doutrina vinha plena de valores fundados no eurocentrismo. Essa releitura, no entanto, não traduz uma rejeição aos fundamentos do Direito Internacional, mas apenas com relação àquelas noções que remetem às ideias que brotaram no Século XIX atinentes aos privilégios dos países industrializados em detrimento dos demais e "Embora essa nova internacionalização do direito internacional, ocorrida nos últimos cinquenta anos, tenha destruído sua homogeneidade eurocêntrica, ela sublinhou, por outro lado, seu alcance universal." [175]

Nesse sentido, pode-se exemplificar essa nova realidade com o teor contido no art. 9 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que dispõe que deverá ser observado na eleição para a composição que seja representada pelas

---

[174] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10.

[175] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 32-33.

principais formas de civilização e pelos principais sistemas jurídicos do mundo.[176] Também na composição do Conselho de Segurança, a Resolução 1991 (XVIII) da Assembleia-Geral, de 17/12/1963,[177] dispõe que para a eleição dos dez membros não permanentes deverá ser observada a seguinte distribuição: cinco para países da África e da Ásia, um para os Estados da Europa Oriental, dois para Estados da América Latina e do Caribe e dois para a Europa ocidental e outros Estados. A representação desses novos Estados também se faz sentir na Assembleia Geral das Nações Unidas, em que constituem a maioria dos 193 Estados-membros. Também se pode constatar que os novos Estados pós-coloniais foram estimulados à autodeterminação e aquisição de soberania com a Declaração sobre a Concessão de Independência a Países e Povos Coloniais, formalizada pela Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1960.

Para Shaw, num prazo médio, após o fim da Guerra Fria, as disputas estão agora se deslocando da direção leste-oeste para a direção norte-sul, fato que pode ser percebido nas diversas áreas, desde o direito comercial ao direito do mar, como também dos direitos humanos.[178] Os avanços relatados, no entanto, possuem contrapontos, pois, por outro lado, com as transformações que se seguiram à "Queda do Muro de Berlim", sinalizando a derrocada do "socialismo real" e do modelo soviético, volta-se a preocupação com relação ao problema da hegemonia do modelo estadunidense, se bem que os novos blocos e regiões em franco desenvolvimento econômico, aliado à intensificação da sociedade mundial globalizada, permitem vislumbrar uma oscilação do poderio hegemônico.

Pode-se perceber que as mudanças se acentuam na atualidade, e novos fatores contribuem para os desafios para a comunidade internacional, e

---

[176] O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é anexado à Carta das Nações Unidas, da qual é parte integrante, e destina-se a organizar a composição e funcionamento da Corte. Seu art. 9 dispõe, no original: "*At every election, the electors shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required, but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured*". *In:* <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> Acesso em 13/6/2013.

[177] In: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1991(XVIII)> Acesso em 13/6/2013. General Assembly resolution 1991 (XVIII) of 17 December 1963. Os cinco membros permanente são a China, a Federação Russa, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos.

[178] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 34-35.

outros eventos se sobrepõem a dificultar a percepção de rumos seguros para a humanidade: quer-se referir, nesse sentido, à explosão das “Torres Gêmeas” do *World Trade Center* em Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, como expressão de terrorismo islâmico e de manifestação de extremismo contra o padrão ocidental simbolizado pelo poderio estadunidense, e as consequências globais que desse fato advieram. O contexto, sem aprofundar outros aspectos envolvidos, traz a tona o problema que para alguns implica a concepção de um “choque de civilizações”, numa alusão à polêmica obra de Huntington.[179]

Essa observação pode também ser examinada pela perspectiva atinente à universalização da civilização ocidental contraposta ao particularismo e ao relativismo cultural, que serão apreciados adiante. Contudo, desde já, pode-se ressaltar que “o particularismo (disfarçado de relativismo cultural) já foi usado várias vezes como justificativa para que direitos humanos fossem violados à margem da supervisão e da crítica da comunidade internacional”. [180]

2.2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DO DIREITO INTERNACIONAL

A procura de justificação e de fundamentos de validade do Direito Internacional moderno pode encontrar seu ponto de partida nas doutrinas da escola espanhola, da qual os expoentes são Francisco de Vitoria (1480-1546) e Francisco Suárez (1548-1617), cujas concepções se abastecem nos princípios de um direito natural. Vitória, teólogo dominicano da Universidade de Salamanca, na Espanha, imbuído de espírito progressista para a época e baseado em princípios de Direito Natural, preocupou-se com o tratamento cruel dispensado em razão da conquista espanhola em relação aos indígenas do Novo Mundo, constituindo-se em um dos primeiros a entender o caráter universal do direito entre as nações, se

[179] Alude-se aqui à seguinte obra: HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998. Título original: The clash of civilizations and the remaking of world order.

[180] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 33.

bem que nos moldes da ideologia de sua época. Mesmo reconhecendo a liberdade dos Estados pelo princípio da Soberania, entende que o Direito Natural é superior. Na sua concepção, os Estados também integrariam a comunidade internacional, como *jus inter gentes*.

A perspectiva de uma comunidade humana considerada como um todo, governada por normas morais fundamentais é uma ideia empregada por outros autores da época, que, como Suárez, jesuíta espanhol que ensinava teologia, partiam de uma concepção religiosa do Direito Natural, baseados em Tomás de Aquino. Suárez entendia que a humanidade, em razão de princípios cristãos (misericórdia e amor recíproco), possui uma unidade moral e política, independentemente de nacionalidade, unidade esta em que também se inseriam os monarcas.[181] Na doutrina de Suárez havia uma distinção entre o "direito das gentes" natural, de caráter superior e imutável, comum a todos os homens, e "direito das gentes" positivo, nascido das conjecturas e do costume.

Com a obra principal *De jure belli ac pacis,* é ao holandês Hugo Grotius (1583-1645) que alguns atribuem a paternidade do Direito Internacional. Como um dos expoentes da laicização da disciplina, considerava que a lei da natureza teria validade independentemente da existência de Deus, de forma que, ao contrário das ideias de Vitória e Suárez, a lei da natureza tinha base na razão.[182] Em sua concepção os Estados são independentes mas são submetidos ao Direito Natural, embora não mais de caráter divino, e sim baseado numa moral laica racional.

---

[181] Armstrong, Farrell e Lambert destacam a seguinte passagem da obra de Suarez: *"... the human race, into however many different peoples and kingdoms it may be divided, always preserves a certain unity, not only as a species, but also a moral and political unity (as it were) enjoined by the natural precept of mutual love and mercy; a precept which applies to all, even to strangers of every nation*". (SUAREZ, Francisco. **Selections from Three Works**. Oxford: Oxford University Press, 1944). vol. 2. p. 348). Tradução livre: "A raça humana, embora possa ser dividida em muitos povos e reinos diferentes, sempre preserva uma certa unidade, não só como uma espécie, mas também uma unidade moral e política (como se fosse) ordenada pelo preceito natural do amor mútuo e da misericórdia; um preceito que se aplica a todos, inclusive aos estrangeiros de qualquer nação". In: ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International Law and International Relations**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

[182] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 33.

Se no nascedouro do sistema internacional cada Estado se comportava consoante o exercício de seu próprio poder, de forma que era comum o uso da força para a resolução dos conflitos entre os Estados, em que a noção de mar territorial era compreendida para os fins de defesa de cada ente estatal,[183] aparece como revolucionário e basilar para o Direito Internacional a proposição de Grotius no seu trabalho *Mare Liberum* (1609) da doutrina da liberdade dos mares, embora inserido no contexto das necessidades do sistema econômico e das regras comerciais que interessavam à Holanda de sua época.[184]

Delineia-se, posteriormente, a escola naturalista (ou jusnaturalista), cuja referência é sempre lembrada na figura de Samuel Pufendorf (1632-1694) – com a obra *De Jure Naturae Gentium* (1672), que apresentava concepção diferenciada de Direito Natural dos indivíduos e de Direito Natural dos Estados.

Com as percepções da realidade histórica de cada período histórico, a escola positivista passa a se desenvolver, mas ganha expansão principalmente durante o século XIX e início do século XX.[185] Uma das concepções que mais se interliga ao positivismo é a do voluntarismo, em que o Direito Internacional reside na vontade dos Estados, e justamente em razão disso é que é bem marcante o respeito à Soberania estatal. Como um somatório de diversas vontades, decorre um caráter de certa maneira anárquico. Mais especificamente, conforme Miranda, ao Estado compete impor seus próprios limites, como expressão de sua autolimitação (Georg Jellinek) e que, por outro prisma, na comunhão de vontades dos Estados é que residiria a fundamentação para as normas de Direito Internacional (Heinrich Triepel).[186]

---

[183] PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 16-17.

[184] Para uma síntese a propósito desse aspecto, ver: RENAULT, Marie-Hélène. **Histoire du Droit International Public**. Paris: Ellipses, 2007. p. 72-75. Sobre a contribuição de Grotius, ver: LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Soberania, OMC e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 73-88.

[185] Há quem veja em Richard Zouch (1590-1660), que não se baseava na doutrina tradicionalmente utilizada da lei natural, um dos pioneiros da escola positivista. Da mesma forma, Bynkershoek (1673-1743). A propósito: SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 21.

[186] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 30.

Noutra vertente, surgem algumas posições não voluntaristas, ou seja, a de que as normas do Direito Internacional encontram sua justificação de cumprimento independentemente da vontade estatal. A propósito, segundo a menção abreviada de Miranda, podem assim ser identificadas: as teses *normativistas*, da escola Kelseniana, em que o Direito Internacional não deriva da vontade dos Estados, mas de uma norma (a norma fundamental hipotética); as teses *solidaristas* (Duguit, Schelle, Politis), em que os fatores sociológicos e a solidariedade entre os indivíduos é que fundamentam e explicam as normas jurídicas, tanto internas como internacionais; as teses *institucionalistas* (Santi Romano), em que o Direito Internacional é o "ordenamento da comunidade internacional tomada esta como uma instituição *a se*"; as teses *jusnaturalistas*, em que o Direito tem por fundamento valores e critérios éticos suprapositivos.[187]

Num exame crítico sobre os rumos do Direito Internacional contemporâneo e propondo um novo *jus gentium* correspondente ao século XXI, Cançado Trindade recupera as lições das doutrinas inaugurais da disciplina. Em Vitória (*Relecciones Teológicas*, e especialmente na obra *De Indis – Relecto Prior*), [188] enaltece a ideia de que todos, governantes e governados, submetem-se ao ordenamento jurídico e de que os o arbítrio estatal não prepondera sobre uma comunidade internacional (*totus orbis*), e da consideração do direito das gentes "regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade". Em Suarez (*De Legibus ac Deo Legislatore* – 1612), a universalidade do "direito das gentes" em que os Estados seriam membros da sociedade universal.[189]

---

[187] Conforme MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 31.

[188] Cançado Trindade utiliza como referências as seguintes obras: VITORIA, Francisco de. ***Relecciones* – Del Estado, de los Índios, y Del Derecho de La Guerra. México**: Porrúa, 1985. p. 1-101; e VITORIA, Francisco de. *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539). *In*: **Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones Teológicas**. Madrid: T. Urdanoz, 1960. p. 675.

[189] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 1078-1079.

Diante da gradual evolução do próprio Direito Internacional e das conquistas em prol da comunidade internacional, Cançado Trindade assevera em suas conclusões que

> Desde a obra clássica de H. Grotius no século XVII, desenvolveu-se uma influente corrente do pensamento jusinternacionalista que concebe o Direito Internacional como um ordenamento jurídico dotado de valor próprio ou intrínsico (e portanto superior a um direito simplesmente 'voluntário'), - porquanto deriva sua autoridade de certos princípios da razão sã (*est dictatum rectae rationis*). Assim, não é função do jurista simplesmente tomar nota da prática dos Estados, mas sim dizer qual é o Direito. E ao jurista está reservado um papel de crucial importância na construção do novo *jus gentium* do século XXI, *o direito universal da humanidade*.[190]

Analisando o caminho trilhado, percebe-se que mera coexistência ou reciprocidade não mais corresponde ao escopo do Direito Internacional da atualidade, que mais se aproxima da ideia de cooperação e do compartilhamento de determinados interesses para a consecução da convivência da humanidade. Se esta percepção estiver correta, as teses cujo conteúdo é não voluntarista, ou objetivista, são mais adequadas para as garantias de interesses da comunidade internacional, porque não ficariam restritas e atreladas unicamente à vontade estatal, o que seria uma visão limitadora da própria ideia de existência dessa comunidade.

Assim, diante do quadro contemporâneo e do desenvolvimento do Direito Internacional, pode-se compreender que o inteiro dispor voluntário dos Estados, nos moldes do sempre referido caso do "S.S. Lotus", de 1927,[191] que

---

[190] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 1109.

[191] Alude-se aqui à decisão referente ao caso submetido a Corte Permanente de Justiça Internacional, em que um navio francês, o Lotus, a caminho de Istambul, em 1926, abalroou em alto-mar (Mediterrâneo) um navio turco, o Boz-Kourt, fato que resultou na morte de oito marinheiros turcos. Rumando para a Turquia, o navio foi apreendido e o comandante (Mr. Demons) condenado pela justiça turca. Diante disso, a França demandou argumentando que a Turquia não tinha jurisdição sobre os fatos, pois ocorreram fora de seu território. Como o dano foi em alto-mar, a jurisdição corresponderia ao pavilhão portado pelo navio. Por outro lado, a Turquia argumentou que detinha a jurisdição pela nacionalidade das vítimas.A Corte entendeu que não ocorreu violação do Direito Internacional. Na decisão, consignou o princípio de que "os limites da independência dos Estados não podem ser presumidos", ou seja, tudo que não for proibido é permitido. Por conseguinte, trata-se de decisão de cunho positivista, enraizada no consentimento estatal. Quanto à decisão do "Caso Lotus", ver: Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale Série A – n. 70, Le 7 septembre 1927. Recueil des Arrêts Affaire du "Lotus". (Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – n.

afirmou o princípio de que as normas são produzidas inteiramente pela vontade dos próprios Estados, parece não mais corresponder ao atual estágio civilizatório. Desta forma, soa adequado considerar que, mesmo diante de modelos fragmentados de organização social, os interesses ou valores da humanidade não poderiam ficar circunscritos ao interesse único dos Estados, pois a comunidade internacional agasalha maior amplitude não só de atores, mas de toda a gama de destinatários dos fins últimos do Direito, especialmente do Direito Internacional, que é o da convivência humana no seu mais elevado sentido.

2.3 A PRODUÇÃO NORMATIVA SOB O PONTO DE VISTA DE SUAS ANALOGIAS COM O DIREITO DOMÉSTICO

É pelas analogias com o Direito estatal interno que as características do Direito Internacional costumam ser apresentadas, a começar pelo problema da sua juridicidade, que pode ter sua origem recuada até Hobbes, mas é na doutrina de John Austin (1790-1859), do início do século XIX, que o questionamento é mais lembrado. Naquela concepção, o Direito somente existiria quando estabelecido por uma autoridade soberana com a previsão de uma sanção ou de um castigo, de forma que o Direito Internacional seria uma expressão de uma "moral positiva internacional".[192] Contudo, o Direito Internacional, embora com particularidades diferenciadas, também se configura como um conjunto normativo, com obrigatoriedade e poderes de sanção, embora sua efetividade normativa, diante da amplitude do alcance, pode não se equiparar ao direito interno.[193]

Assim como há diversas sociedades, há diversos ordenamentos, cada qual com suas particularidades, afirmação esta que não pode prescindir da lembrança da concepção de ordenamento jurídico lapidada por Santi Romano na obra *L'Ordinamento Giuridico*. Para Santi Romano, a categoria ordenamento

---

70. September 7th, 1927. Collection of Judgments The Case of The S.S. "LOTUS"). In: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> Acesso em 19/6/2013.

[192] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the uses of the study of Jurisprudence**. Indianápolis: Hackett Publisching Company, 1998.

[193] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

jurídico equivale ao conceito de Instituição, ou seja, é uma organização social.[194] Portanto, "existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições".[195] Assim, têm-se uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, que podem ser estatais e não estatais (direito ou comunidade internacional, direito eclesiástico católico, até mesmo ordenamentos de entidades consideradas ilícitas ou ignoradas pelo Estado, etc.). Por Instituição, Santi Romano compreende como todo ente ou corpo social, com existência objetiva e concreta, de natureza social e não puramente individual do homem. Embora tenha individualidade própria, nada impede que possa sofrer alterações ou renovações, podendo ainda se relacionar com outros entes ou instituições, inclusive destas fazendo parte. [196]

Sendo o Direito destinado à sociedade que lhe aplica, existem os delineamentos próprios do ordenamento doméstico estatal, como existe o ordenamento internacional com suas qualidades próprias. De fato, o Direito Internacional, ao contrário dos Estados, é descentralizado com referência à elaboração normativa e jurisdicional para a solução de conflitos. Com as feições que lhe são características, pode-se constatar a existência de produção normativa válida, a possibilidade do uso legítimo da força, bem como mecanismos para a solução de controvérsias no âmbito do Direito Internacional.[197]

Especificamente quanto à produção normativa, é certo que não há uma autoridade central com poder uniforme nesse sentido. Todavia, a produção normativa origina-se[198] preponderantemente pelos tratados, mas também por

---

[194] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Título original: L'Ordinamento Giuridico – Sansoni Editore – Firenze. p. 87.

[195] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Título original: L'Ordinamento Giuridico – Sansoni Editore – Firenze. p. 137.

[196] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Título original: L'Ordinamento Giuridico – Sansoni Editore – Firenze. p. 83-87. No Capítulo I, a obra trata da "Noção de Ordenamento Jurídico" e no Capítulo II, "A Pluralidade dos Ordenamentos Jurídicos e as suas Relações".

[197] Sobre essas características do Direito Internacional, ver: PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 61-88.

[198] As fontes do Direito Internacional consistem nos Tratados, Costumes e de fontes não convencionais, como Princípios Gerais de Direito Internacional, Atos Unilaterais, Precedentes Judiciais e Equidade. Para uma revisão geral: VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37-170.

disposições de organizações internacionais. Os Estados, como sujeitos preponderantes do Direito Internacional, são também produtores de normas jurídicas nessa esfera, especialmente pela formalização de tratados.[199] Muito embora o ente estatal esteja manifestando a expressão de sua vontade, independentemente do motivo pelo qual veio a formalizar determinado tratado, uma vez que se complete a formalização, o conteúdo normativo se objetiviza, de forma que também lhe cabe o cumprimento. Mas não é só o Estado que operacionaliza essa produção normativa, a qual é ampliada tanto para com relação às organizações internacionais como aos novos atores da sociedade civil (organizações não governamentais) que atualmente compõem o complexo sistema internacional, cujos temas podem incluir desde o meio ambiente, como o direito penal internacional e os Direitos Humanos.

Adnato a esses aspectos, vale ressaltar que, como há uma limitação da autonomia dos Estados no âmbito doméstico diante de questões como a "ordem pública",[200] da mesma forma pode ser verificada certa limitação no âmbito Internacional diante de noções que podem ser compreendidas como objetivos comuns da comunidade internacional, como, por exemplo, o banimento de qualquer forma de escravidão, a desaprovação de atos de agressão, a proteção de direitos humanos ou do meio ambiente, etc., aperfeiçoadas por normas de caráter *erga omnes* (a ser observadas por todos). Nessa ótica, condutas podem ser proscritas por destoarem de objetivos da comunidade internacional, como, por

---

[199] A definição de tratado, disposta no Art. 2, 1 a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é a seguinte: "tratado consiste num acordo concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer seja consignado num instrumento único como em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja sua designação particular". No original: "*treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*;". (Vienna Convention on the Law of Treaties. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331).
In: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> Acesso em 19/6/2013.

[200] Conforme Friedrich, "O conceito e a função de *jus cogens* são muito similares aos de ordem pública do direito interno, tendo em vista que ambos representam uma limitação à atuação dos sujeitos de direitos. Enquanto *jus cogens* restringe os tratados celebrados pelos Estados, internacionalmente, a ordem pública delimita os contratos firmados pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em âmbito interno. Por isso muitos autores transportam a noção de ordem pública do direito interno para o contexto da sociedade dos Estados, afirmando existir uma verdadeira ordem pública internacional". In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens**. Belo Horizonte, Forum, 2004. p. 68.

exemplo, o da proibição do uso da força pelos Estados nas relações internacionais, conforme prevista no Artigo 2, parágrafo 4, da Carta das Nações Unidas.[201] Trata-se de uma capacidade atribuída ao Conselho de Segurança da ONU que se percebe como superior aos interesses individualizados. Afinal, como observa Miranda, diversas constituições reconhecem a vinculatividade das normas do Direito Internacional e, além das tendências institucionalizadoras, o *jus cogens* demonstra que a tendência voluntarista não seria então aceitável.[202]

2.4 O COMPORTAMENTO PERANTE AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL: AS SOFT NORMS, AS OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* E O *JUS COGENS* COMO DIFERENTES GRAUS DE NORMATIVIDADE

Na sequência dos aspectos que se abordou acima, é pertinente examinar o problema referente à força vinculante do conjunto de regras internacionais, já que é possível constatar duas tendências principais nesse sentido: as *soft norms*, de caráter mais brando e flexível quanto ao seu cumprimento, e as normas *jus cogens*, que transcendem a vontade estatal e que, por este motivo, possuem força de obrigatoriedade e não podem ser alteradas, a não ser pela superveniência de nova norma imperativa de direito internacional geral que a torne conflitante. Quanto às obrigações *erga omnes*, abrangem a todos, independentemente de aceitação, e muito se aproximam do *jus cogens*. A diferenciação entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, contudo, não é tão clara. Com o caráter universal, as obrigações *erga omnes* destinam-se a assegurar os valores fundamentais da comunidade internacional, mas não se confundiriam com as normas *jus cogens* porque estas, além de superioridade

[201] Carta das Nações Unidas. Art. 2, par. 4: Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais da ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. No original: "*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations".* In: <http://www.un.org/en/documents/charter/> Acesso em 13/6/2013.

[202] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10.

hierárquica no plano internacional, não podem ser derrogadas a não ser por normas da mesma natureza.

A pertinência acima mencionada reside no fato de que essas três categorias refletem nos entendimentos tradicionais quanto às fontes do Direito Internacional, de tal maneira que obrigam a uma reavaliação desse sistema e, por conseguinte, permitem uma nova reflexão sobre o panorama internacional contemporâneo.

Relativamente às obrigações *erga omnes*, é importante registrar a contribuição do Instituto de Direito Internacional, por intermédio de Resolução específica sobre o tema, adotada na Sessão de Cracóvia de 2005, pela qual pretende estabelecer alguns aportes para provocar uma reflexão a respeito.[203] Na referida Resolução, o Instituto de Direito Internacional considerou a existência de consenso sobre determinados valores fundamentais para os sujeitos do Direito Internacional, tais como a proibição de atos de agressão e do genocídio, a obrigação de proteção aos Direitos Humanos, o respeito à autodeterminação e e as obrigações ambientais relativas aos espaços comuns (Art. 1).

Quanto às *soft norms*, podem ser reconhecidas em razão do comportamento assumido pelos Estados e por outros atores internacionais perante essas normas, que geralmente apresentam como características expressões com vagueza ou imprecisão, e, por serem voluntárias, não existem suficientes instrumentos para a sua implantação. Com base em Varella, algumas razões que justificam essas normas podem ser apontadas, como a facilidade de aprovação em temas ainda não sedimentados, de validade científica discutível ou em que o princípio de precaução é aventado, bem como em razão da existência de resistências e controvérsias políticas por Estados ou grupos de pressão, e assim também teriam facilidade para aprovação caso não haja uma rigidez quanto ao cumprimento. Num outro aspecto, as *soft norms* servem quando os Estados não têm certeza de que poderão cumprir as obrigações assumidas, de forma que determinado Estado poderá participar de um acordo internacional sem ter a

[203] A Resolução sobre as Obrigações Erga Omnes no Direito Internacional, produzida na Sessão de Cracóvia (2005), pode ser acessada no sítio oficial do Instituto de Direito Internacional, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_01_fr.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

obrigação de respeito integral aos termos. Também quando é preciso uma flexibilidade burocrática para posteriores avaliações quanto a sua implementação, ou ainda para a utilização como instrumento de pressão para Estados que não desejam assumir um acordo rígido num primeiro momento. Outra justificação é quanto a sua utilização em assuntos menos sensíveis, sendo que as normas rígidas ficariam adstritas a temas fundamentais (geralmente, normas ambientais são tratadas com menos importância do que normas de conteúdo econômico). Por fim, permitem a participação de atores não estatais, eis que os Estados, por não haver rigidez, teriam mais facilidade para aceitar, pois as normas mais concretas demandariam dificuldades de controle externo e interno. [204]

Por outro lado, pode-se argumentar que para o respeito e para a progressiva efetivação dos valores que são fundamentais para a comunidade internacional caberia um maior grau de rigidez e obrigatoriedade a todos, ou seja, deveria corresponder a um direito cogente e imperativo, ideia que se afina com a percepção de evolução histórico-social da comunidade internacional, cujos reflexos de se admitir regras que se constituem como *jus cogens* recai na doutrina e na jurisprudência internacional, até para delinear o contorno conceitual, além de trazer à reflexão novas possibilidades de análise quanto às fontes formais e do problema da hierarquia do Direito Internacional. Ao se admitir tal espécie normativa, é de sua essência apresentar como elementos característicos a *imperatividade*, a *universalidade* e a *inderrogabilidade*. Conforme Brito, a imperatividade é uma das mais destacadas qualidades, pois é uma forma de limitar a vontade estatal, inclusive no sentido de impedir de derrogar normas de *jus cogens*, podendo-se buscar a justificação (Virally) na proteção de interesses de importância para a sociedade internacional que ultrapassam os interesses do Estado ao passo que, por outro lado, também protegem o Estado contra desigualdades. Quanto à universalidade, trata-se de qualidade genético-axiológica, atinente a valores essenciais para a comunidade internacional, e por isso determinador de seu conceito e caracterização, sejam estas normas criadas a partir do costume, ou no direito convencional, universalidade esta que

[204] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82-84.

impossibilite a formação do *jus cogens* regional. A propósito da inderrogabilidade, Brito, numa posição diferenciada, entende que o aspecto nuclear do *jus cogens* não está na inderrogabilidade, mas sim na sua imperatividade e universalidade, estas sim características essenciais. A inderrogabilidade serviria apenas como "uma espécie de 'garante temporal' da força vinculativa da norma, isto é, como uma caraterística que assinala que, na vigência da norma, a sua aplicação não pode ser afastada pelas partes". [205]

Sem embargo da evolução que o problema mereceu ao longo da história, foi com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[206] em que, pela primeira vez, a expressão *jus cogens* foi utilizada, conforme segue:

> Art. 53. Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral com a mesma natureza. [207]

---

[205] BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 190-197.

[206] A Convenção de Viena de 1969 dispõe sobre tratados entre Estados. Contudo, a Comissão de Direito Internacional concluiu em 1982 o Projeto de Artigos de Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais foi adotada em 1986, cujas cláusulas são próximas, com algumas mudanças, às disposições da Convenção de Viena de 1969, mas incluem as Organizações Internacionais. No entanto, a Convenção de Viena de 1986 ainda não entrou em vigor, pois não atingiu as 35 ratificações previstas no art. 85 do mesmo diploma. A verificação quanto ao "status" da Convenção de 1986 pode ser aferida no seguinte sítio: < http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en > Acesso em 19/6/2013.

[207] O *Jus Cogens* tem relação mais direta com os arts. 44, 53, 64, 66 e 71 da Convenção de Viena. O art. 64 trata da superveniência de nova norma imperativa de direito internacional geral, que torna nulo qualquer tratado existente. O art. 66 prevê o recurso à Corte Internacional de Justiça – CIJ em caso de controvérsia de aplicação. O art. 71 dispõe sobre as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral. Contudo, transcreveu-se acima apenas o art. 53, que assim foi redigido na versão inglesa: "*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens"). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*." (Vienna Convention on the Law of Treaties. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331). In: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. Acesso em

Pelo que se extrai da dicção desse artigo, afirmam-se dois preceitos: o primeiro, que determina a nulidade de todo o tratado que seja incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional, e o outro, que conceitua, embora genericamente, tais normas como aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, com característica de não poder ser derrogada, a não ser especificamente por outra norma de igual matiz.

O art. 64 da Convenção de Viena completa essa disposição, estatuindo que no caso de superveniência de outra norma de caráter imperativo, os tratados já existentes serão nulos caso verifiquem-se incompatibilidades. As observações quanto à hipótese da ocorrência de nulidade são tratadas pelo art. 71 da mesma Convenção, o qual dispõe que as partes devem procurar evitar as consequências de atos praticados que destoem com a norma imperativa de Direito Internacional geral e que suas relações mútuas se desenvolvam com adequação a essa norma. Por outro lado, no mesmo artigo estão previstos os aspectos às partes envolvidas no tratado quanto à cessação de vigência, que ficarão então livres da obrigação de sua execução, bem como dispõe que as situações anteriores à extinção não serão afetadas.

Pode-se atribuir o gradual aparecimento do *jus cogens* ao próprio rumo em que se desenvolve o Direito Internacional, especialmente no decorrer do século XX, correspondendo a esperanças de paz, da segurança e dos interesses que transbordam aos limites do voluntarismo. Há que se ressaltar, entretanto, que permanece polêmica a aceitação do *jus cogens* cujo debate é bem diversificado na doutrina especializada, tanto defendendo como negando a existência dessa categoria normativa,[208] já notados antes bem como no decorrer dos trabalhos que antecederam a Convenção,[209] mas também posteriormente como, por exemplo, na concepção de Virally,[210] que integrara a delegação francesa na Conferência de

---

19/6/2013.

[208] Para um apanhado geral do debate, ver: FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens**. Belo Horizonte, Forum, 2004. p. 198-217.

[209] A própria Comissão de Direito Internacional (ILC) já havia reconhecido os problemas na tentativa de sistematizar o conceito de jus cogens de direito internacional, inclusive porque não exsite um critério simples para identificar uma regra geral de direito internacional com caráter de jus cogens. (Vol. II, ILC Yearbook (1966), pp. 247- 248).

Viena a qual se opunha à inserção de artigo sobre *jus cogens*, que consignou, em 1983, que é "difícil afirmar hoje se uma só regra de direito internacional pode satisfazer o critério definido no art. 53 da Convenção de Viena".

Para Shaw, o *jus cogens*, entendido como norma fundamental do Direito Internacional, é um conceito já bem delineado doutrinariamente, mas é controverso quanto a seu conteúdo e quanto ao modo de criação desse tipo de direito.[211] Parece haver, assim, conforme Cassese, alguma concordância com a noção de que certos princípios adquiriram a condição de *jus cogens*, embora, por outro lado, existam desacordos, como o problema de se determinar o surgimento e a força de uma norma peremptória, o impacto direto ou indireto que cada norma pode ter nas ordens jurídicas domésticas e ainda sobre os remédios jurídicos internacionais disponíveis em casos de disputa sobre a existência ou finalidade de uma norma peremptória. Quanto ao problema da determinação da existência de uma norma peremptória, Cassese argumenta que deveria ser prioritariamente papel das cortes, e no que concerne ao surgimento da norma, seria suficiente uma aceitação pela maioria da comunidade mundial de uma regra consuetudinária como peremptória; a maneira mais eficaz de tornar o *jus cogens* operacional no âmbito doméstico seriam os Estados transplantarem a legislação no sentido de que as normas peremptórias seriam automaticamente vinculativas ao ordenamento interno, inclusive substituindo a legislação que a contrarie; por fim, se uma parte alega que suas demandas judiciais são baseadas em uma norma imperativa e a outra parte contesta a sua existência, o interesse da comunidade na resolução pacífica de conflitos deve levar os Estados a aceitar a decretação de tal disputa, se possível até ao Tribunal Internacional de Justiça. [212] Se as opções parecem adequadas, percebe-se, no entanto, que são situações

---

[210] Do original: "*difficile d'affirmer aujourd'hui si une seule règle de droit international a pu satisfaire le critère défini à l'article 53 de la Convention de Vienne*." In: VIRALLY, Michel. Panorama Du Droit International Contemporain, 183. Recuil des Cours (1983), p. 178.

[211] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 703.

[212] Conforme CASSESE, Antonio. For an Enhaced Role of Jus Cogens. In: CASSESE, Antonio (Ed). **Realizing Utopia**: the future of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 158.

idealizadas que demandariam um processo para uma melhor otimização e aperfeiçoamento.

Com referência especificamente ao problema da determinação de quais normas têm o caráter *jus cogens*, a opção foi de não haver definição mais restritiva no texto do art. 53 da Convenção de Viena. Assim, diversos autores procuram elaborar listas que incluam quais são essas normas imperativas. Alguns atribuem à Carta da ONU o caráter *jus cogens*, como Dupuy, que inclusive defende que tal documento constitui um pacto vinculativo jurídico e político da comunidade internacional e ao mesmo tempo uma Constituição mundial.[213]

Considerando que a identificação de normas *jus cogens* não se reveste de formalidade, e considerando que devem ser normas aceites e reconhecidas com dimensão que se aproxime de um caráter universal, Miranda sugere algumas linhas para a tarefa sua delimitação. São, nesse sentido, o costume internacional geral, os tratados multilaterais gerais (Carta da ONU, tratados sobre Direitos Humanos, a própria Convenção de Viena), as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e a jurisprudência dos tribunais de proteção aos direitos do homem, bem como de tribunais criminais internacionais. [214]

Sem desconsiderar que os corolários específicos do *jus cogens* demandam mais reflexões a serem exploradas, na avaliação de Brownlie as regras menos controversas com a característica de *jus cogens* são a proibição do uso da força, as regas sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, e as regras que proíbem o comércio de escravos a pirataria. A propósito, convém mencionar o caso *Barcelona Traction*, especificamente quanto à segunda fase (*ICJ Reports* - 1970, 3 na 32), em que a

---

[213] Livre tradução: A Carta das Nações Unidas é, ao mesmo tempo, um projeto político e um compromisso jurídico para os seus Estados membros, bem como um tratado e um ambicioso programa de cooperação vinculativos. É ao mesmo tempo o pacto fundamental da comunidade internacional e da constituição mundial, já realizada e ainda por vir." No original: *The Charter of the United Nations is at the same time a political project and a legal commitment for its member states as well as a binding treaty and programme of ambitious cooperation. It is as at the same time the basic covenant of the international community and the world contitution, already realised and still to come*. *In*: DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** v. 1, 1997, p. 32-33.

[214] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111.

maioria da Corte Internacional de Justiça, em que se consignou uma delimitação entre os Estados entre si, e as obrigações para a comunidade em sua totalidade, assim expressada: "Tais obrigações derivam, no Direito Internacional contemporâneo, por exemplo, da proibição de actos de agressão e genocídio, como também dos princípios e regras respeitantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a protecção contra a escravatura e a discriminação racial". Além dessas menções, outras normas podem caracterizar essa posição especial, como o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e o princípio da autodeterminação. [215]

Para a determinação dos princípios e normas jurídico-internacionais às quais se pode atribuir a qualidade de *jus cogens*, Brito entende que uma classificação deve ter como critério a natureza do interesse concreto a tutelar, de forma que adota como proposta de agrupamento as seguintes categorias:

> "1. Normas imperativas relativas aos *direitos soberanos dos Estados e dos Povos*: igualdade, integridade territorial, livre determinação dos povos, etc.;
>
> 2. Normas imperativas relativas à *manutenção da paz e da segurança internacionais*: proibição da ameaça ou do uso da força, resolução pacífica dos conflitos, definição da agressão, etc.;
>
> 3. Normas imperativas relativas à *liberdade da vontade contratual e à inviolabilidade dos tratados*: pacta sunt servanda e princípio da boa-fé;
>
> 4. Normas imperativas relativas aos *direitos dos homens*: proibição do tráfico de escravos e de mulheres, da pirataria, do genocídio, da tortura, respeito pelo direito de asilo, respeito pela liberdade do ensino, de reunião e religiosa, igualdade de direitos, etc.; 5. Normas imperativas relativas ao uso do *espaço terrestre e ultraterrestre* pertencente à comunidade internacional: alto mar, 'patrimônio comum da humanidade', espaço extra-atmosférico, etc.".[216]

Enquanto os tribunais, tanto domésticos como internacionais, ainda podem ter certa reserva quanto o acolhimento do *jus cogens*, inclusive tendo a Corte Internacional de Justiça evitado a utilização da expressão durante certo tempo, timidamente o conceito parece evoluir. É abundante o debate doutrinário,

---

[215] BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Principles of Public International Law. p. 537.

[216] BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 219-221.

razão pela qual se configura esse ambiente como de grande auxílio para o desenvolvimento do instituto. No entanto, o conteúdo das normas com características *jus cogens* vai evoluir na medida em que ocorra a evolução da sociedade internacional.

Mas já transparece a inevitabilidade de tal evolução, que já está de certo modo modificando a estruturação tradicional do Direito Internacional, principalmente se forem considerados os avanços quanto a alguns valores já bem sedimentados, como o problema da escravidão, do genocídio, da tortura, da autodeterminação dos povos e de outras conquistas que paulatinamente vão se tornando interesses comuns à comunidade internacional como um todo. As oposições e os temores em alguma medida se arrefecem, pois a compreensão de que outras possibilidades para além do particularismo e o voluntarismo estão a desafiar as novas atitudes a aperfeiçoar a convivência no âmbito da comunidade internacional, tendo em vista os novos padrões civilizatórios que os tempos atuais reclamam.

2.5 A EXPANSÃO DOS INTERESSES E A COMPLEXIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO: A PLURALIDADE (DE ATORES E DE FONTES) E AS INTERAÇÕES (NACIONAL, REGIONAL, INTERNACIONAL)

A ordem jurídica abrangida pelo Direito Internacional se desenvolve num processo de evolução que se aperfeiçoa paralelamente, mas também vinculado, à própria evolução da vida em sociedade, no seu mais amplo significado, pois se entende que qualquer forma de direito somente se justifica se acompanha a realidade histórica de cada época.

Especialmente no decorrer do século XX, principalmente no período posterior à II Guerra Mundial e à culminância da estruturação da Organização das Nações Unidas, uma nova fase parece ter se iniciado, cujo seguimento é pleno de diversas outras importantes expressões no campo abrangido pelo Direito Internacional e que contribuíram para o atual panorama.

Os contornos atuais, entretanto, adquirem significativa complexidade se confrontados com a intensificação das relações sociais mundiais, cujos aspectos mais relevantes já foram mencionados na Seção inaugural desta Tese, entre pessoas, empresas, países, organizações internacionais e diversos outros atores que transitam na esfera ultraestatal, razão pela qual se pode concordar com Oslé que "É possível afirmar que 'se internacionalizam os Estados, se globaliza a sociedade".[217]

Os interesses diversificam-se, nos mais variados campos, como as comunicações (Internet), aquecimento climático, direitos humanos, comércio internacional, sistema financeiro, economia global, tecnologia, saúde, terrorismo, segurança, e uma série de outros, que se convertem em temas que transcendem os limites estatais e que, por outro lado, circulam nas mais diversas instâncias internacionais/globais.

Nesse contexto, pode-se ainda avaliar o quadro evolutivo do Direito Internacional de forma a identificar fatores e atores que, na atualidade, aumentam sua complexidade e que, por sua vez, correspondem à intensificação de sua internacionalização, conforme o amplo e competente estudo desenvolvido por Varella, de cujos diagnósticos e percepções, em parte e sinteticamente, reportar-se-á como base desta abordagem, embora com auxílio de outras observações e considerações.[218]

Para tal exame, parte-se da observação de que o protagonismo estatal, embora ainda permaneça marcante, foi adquirindo outras feições com a crescente presença de outros atores no cenário "internacional", afinal, regras do Direito Internacional refletem não só nos Estados, mas em outros entes, como empresas, indivíduos ou mesmo grupos minoritários. Por outro lado, tais normas internacionais não são produzidas somente no âmbito das relações entre

---

[217] Conforme original: *"Es posible afirmar que 'se internacionalizan los Estados, se globaliza La sociedad".* In: OSLÉ, Rafael Domingo. **Qué es el Derecho Global?** 5. ed. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Politica (CEDEP), 2009. p. 108.

[218] Utiliza-se como base, em parte, as conclusões a propósito da complexidade e da expansão do Direito Internacional conforme desenvolvidas pelo Prof. Marcelo Dias Varella. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, e, VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Estados, mas também envolve tanto organizações internacionais como outras organizações da sociedade civil. [219]

Contudo, para alguns, a condição de sujeito do Direito Internacional é relacionada ao conceito de personalidade, em que se "exige que se leve em conta a interelação entre, de um lado, os direitos e deveres possíveis dentro do sistema internacional e, de outro, a capacidade de fazer e impor exigências." [220]

Para Varella, o conceito de "atores internacionais" é mais amplo (inclui Estados, Organizações Internacionais, organizações não governamentais, empresas, indivíduos, dentre outros).[221] Quanto a "sujeitos do Direito Internacional", trata-se de conceito mais restritivo e refere-se somente aos que tem capacidade para ser titulares de direitos e obrigações e que, nessa ótica, compreendem-se o Estado e as Organizações Internacionais formadas por Estados, embora tenha por cabível que a atribuição de alguns direitos a outros atores internacionais, inclusive para celebrar contratos, recorrer em tribunais, tanto de direitos humanos como para assuntos empresariais, etc.[222] Da mesma forma, tal subjetividade pode ser verificada quando ocorre arguição em razão de crimes sujeitos a tribunais internacionais, quando funcionário internacional, ou mesmo nas previsões dos arts. 21, 194 e 195 do Tratado da Comunidade Europeia, além de outros casos.[223]

Pode-se perceber uma tendência no sentido de que, para determinadas situações, os indivíduos poderiam ser considerados dotados de personalidade e subjetividade para o Direito Internacional, sendo que uma das

---

[219] KLABBERS, Jan. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 4.

[220] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 147.

[221] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23-24.

[222] Conforme Shaw, "a personalidade internacional não depende tanto da capacidade da entidade como tal de possuir direitos e deveres internacionais, mas antes dos direitos e/ou deveres que lhe são atribuídos no plano internacional, e que são determinados por diversos fatores [...]". In: SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 203.

[223] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 176.

maiores influências nesse sentido é por intermédio dos Direitos Humanos. Alguns passos importantes foram dados, a começar com a previsão do art. 304 do Tratado de Versalhes de 1919, em que cidadãos dos Estados aliados poderiam, em nome próprio, demandar a Alemanha perante o Tribunal Misto de Arbitragem para fins de indenização. Outros tratados posteriores também permitiram situações em que os indivíduos poderiam ter acesso direto a cortes e tribunais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), os tratados da Comunidade Europeia (1957), a Convenção Interamericana de Direito Humanos (1969), a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), etc.[224] Se ainda são tímidas as possibilidades, Cançado Trindade entende que se trata de um processo a ser ampliado, sustentando que a aptidão processual do ser humano para ser percebido como sujeito de direitos no Direito Internacional corresponde a um momento histórico e juridicamente revolucionário, como novo paradigma para um novo *jus gentium* do século XXI. Cuida-se, pois, de um processo de *humanização* do Direito Internacional, voltado à identificação e realização de valores e objetivos comuns superiores porque, afinal, o ser humano é o sujeito último dos direitos, tanto em nível doméstico como no âmbito internacional. [225]

Independentemente das nuances doutrinárias quanto ao problema do conceito de personalidade, são diversos os atores, independentemente da qualidade de sujeitos internacionais, que contribuem para o desenvolvimento, e também para a complexidade, do Direito Internacional, como os Estados, os entes territoriais *sui generis* (territórios tutelados, territórios internacionais, Taiwan, a República Turca de Chipre do Norte, etc.), os casos especiais da Soberana Ordem de Malta, Comitê da Cruz Vermelha, o Vaticano, Grupos Insurgentes, Movimentos de Libertação Nacional, Empresas Públicas Internacionais, Empresas Transnacionais, e Organizações Internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), A União Africana, a Liga Árabe, a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Banco Mundial, o

[224] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 193.

[225] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 138 e 142.

Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a Organização Mundial da Saúde, a Organização Mundial do Trabalho (OIT), o Mercosul, a Comunidade Europeia, dentre outras.

A ascensão de organizações não governamentais por intermédio de atores econômicos (empresas e associações empresariais com fins de lucro), cívicos (organizações não governamentais com valores altruístas, como o meio ambiente, os direitos humanos, etc.) e científicos (envolvidos na produção científica e do conhecimento, que podem ou não ter fim lucrativo) é outro fator que Varella designa como importante no processo de internacionalização do direito.[226] Se os Estados continuam a ser os grandes indutores da produção normativa internacional, culmina paralelamente um processo de descentralização de fontes, eis que muitos dos temas e interesses desenvolvidos por outros atores, como as Organizações Internacionais, que acabam impondo algumas normas, bem como as novas organizações não governamentais (ONGs) e os atores econômicos, altruístas ou científicos, contribuem para a multiplicação de fontes normativas para além dos limites dos Estados.

Como os sujeitos que operam com essa qualidade estrita no âmbito do Direito Internacional são variados, também é intensa a possibilidade de interações. Por outro lado, também é bem diversificada a quantidade de "não sujeitos" que também propiciam importante contribuição para a evolução da sociedade internacional. Não há que se confundir, entretanto, a participação, que abriga o conceito amplo de atores internacionais com a personalidade, que é mais restrita, como já se expôs, mas, como enfatiza Shaw, deve-se conceder "o devido valor ao papel que, no desenvolvimento das relações internacionais e do direito internacional, é desempenhado por indivíduos e entidades de diversos tipos que não são sujeitos de direito internacional enquanto tais". [227]

Pelo que se pode perceber, a intensificação da sociedade mundial da qual decorre o fenômeno da globalização promove um ampliado dinamismo

[226] Com referência a esses atores (econômicos, cívicos e científicos) e sua contribuição na internacionalização do direito: VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 66-83.

[227] SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita A. do Nascimento e Antönio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law. p. 203.

tendente a integrar as diversas esferas jurídicas envolvidas, ou seja, dos Estados, dos sistemas regionais e do Direito Internacional, podendo-se apontar, conforme Varella[228], nesse sentido: a) os processos de integração regional, alguns mais aperfeiçoados, e outros em vias de evolução. A propósito, os avanços de aproximação nos campos da livre circulação de pessoas e da produção, além de outros aspectos, que já atingido pela União Europeia. Por outro lado, desenvolvem-se também, embora incipientemente, processos de integração como o do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), etc. b) a intensificação dos tratados bilaterais e multilaterais entre Estados, nas mais diversas áreas; c) o desenvolvimento de interações proporcionadas por intermédio das Organizações Internacionais, algumas com papel preponderante nesse sentido, como é o caso da Organização das Nações Unidas e da Organização Mundial do Comércio, e outras eventuais estruturas internacionais, diante de temas que possuem envergadura que refoge aos estritos domínios estatais, como o meio ambiente, o direito penal internacional, o direito humanitário, os direitos humanos, dentre outros; d) por fim, diversos atores privados são regulados por regimes jurídicos próprios que acabam criando padrões internacionais, como, por exemplo, aqueles da *International Organization for Standardization* (ISO), aceitas inclusive por organizações como a Organização Mundial do Comércio.

É conhecido o fato da existência de uma pluralidade de fontes no Direito Internacional, de forma descentralizada, de maneira que uma mesma norma pode ser entendida como costume internacional ou, para outros, é acolhida por um tratado entre alguns, ou ainda pode ser considerada um princípio geral de direito. Ademais, sob a ótica do multilateralismo, instauram-se amplos processos para discussão e implantação normativa, inclusive sob os cuidados de organizações internacionais que promovem conferências e eventos para tal fim, como as Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização Internacional da Energia Atômica, a Organização Panamericana

[228] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-29.

para a Saúde, etc., fato que amplia o debate, inclusive com a participação de especialistas e pode servir para proporcionar melhor equilíbrio de forças, registrando-se ainda que a sociedade civil internacional, por intermédios de Organizações não Governamentais (ONGs), especialmente nas áreas do meio ambiente e dos direitos humanos, participam desse processo. [229]

Outro fenômeno que denota a expansão e a complexidade do Direito Internacional refere-se ao campo da solução de conflitos, situação que ganhou maior amplitude a partir do final da II Guerra Mundial. De fato, com a criação de diversas instâncias e tribunais, conforme argumenta Pinto, transparece a tendência de judicialização.[230]

Mesmo que não exista na esfera internacional um órgão centralizado de caráter judicial (nem administrativo, nem legislativo), coexistem no cenário internacional instituições como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Permanente de Arbitragem, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio, as instâncias "quase jurisdicionais" como o Comitê de Direito Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial da Convenção Internacional desse tema, o Comitê contra a Tortura da Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, os sistemas de denúncias da Organização Mundial do Trabalho, a Corte Europeia de Direito Humanos. Os Tribunais Penais de âmbito internacional (da antiga Iugoslávia, de Ruanda e o Tribunal Penal Internacional). Por outro lado, também os *panels* de inspeção do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, e ainda, no campo da integração e do livre comércio, a Corte de Justiça da União Europeia, a Corte da Associação Europeia de Livre Comércio, a Corte de Justiça da Comunidade Andina, e as soluções de controvérsias da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), dentre outras.

---

[229] PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 65-66.

[230] PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

De forma correlata à expansão dos tribunais em nível internacional pode-se mencionar as interações entre as diversas cortes, objeto de um campo de estudo denominado de transjudicialismo, expressão que, conforme anota Lupi[231], embora seja ainda pouco presente nas obras e na academia nacional, ganhou repercussão a partir do artigo "Uma Tipologia da Comunicação Transjudicial (A Tipology of Transjudicial Communication), cuja autoria é de Anne-Marie Slaughter.[232] Para estabelecer uma tipologia da comunicação transjudicial, Slaughter menciona que a comunicação entre cortes nacionais ou supranacionais apresenta variações de acordo com a forma, função e o grau de envolvimento recíproco, além de diferenças estruturais.

A classificação tipológica quanto à forma é apresentada pela referida autora de três maneiras: a horizontal, em que a comunicação ocorre entre cortes com a mesma hierarquia ou status, sejam nacionais ou supranacionais, entre fronteiras nacionais ou regionais. Tais comunicações e interações discursivas podem ocorrer, por exemplo, entre cortes constitucionais europeias, ou entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e outras cortes constitucionais de outras nações. Igualmente pode ocorrer entre cortes de jurisdição inferior a das cortes constitucionais, seja como citação cruzada, seja como reconhecimento de sentenças de origem estrangeira. Outra forma de comunicação horizontal se realiza no nível supranacional, tanto por citações diretas de precedentes como tacitamente, como no caso da Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A comunicação vertical opera-se entre cortes de status diferentes, em que a de menor hierarquia se submete a de maior hierarquia, como, por exemplo, entre um tribunal supranacional, como no caso das cortes nacionais europeias, quando se submetem à jurisdição da Corte de Justiça da União Europeia. Por último, quanto à forma, a autora apresenta a comunicação mista, em que se combinam diferentemente as interações vertical e

---

[231] LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência Brasileira e Transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 123.

[232] SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-139, 1994-1995. Também da referida autora, menciona-se os seguintes artigos correlatos: SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191-219, 2003.

horizontal. Uma das variáveis dessa forma de comunicação materializa-se quando um tribunal supranacional (Ex.: a Corte Europeia de Direitos Humanos - ECHR) serve de condutor ou estímulo para a comunicação horizontal entre estados que estão submetidos a tal jurisdição. Outra variável desse tipo misto é a disseminação por um tribunal supranacional de regras e princípios comuns aos ordenamentos jurídicos nacionais. [233]

Quanto ao grau de reciprocidade entre as cortes envolvidas, Slaughter inclui a interlocução por intermédio de diálogo direto, ou por empréstimo de ideias ou decisões sem que haja participação efetiva de conversação, ou ainda pelo diálogo intermediado. Como exemplo desses modos de interação entre as cortes envolvidas, menciona-se a comunicação entre a Corte de Justiça da União Europeia (ECJ) com as cortes dos países que compõem a UE, em torno do Artigo 177 do Tratado de Maastrich, cuja principal distinção é de que os participantes estão cônscios sobre o que discutem e no desejo de uma resposta. Também no diálogo intermediado, como na disseminação de determinados temas (que envolve liberdade religiosa, por exemplo) de um Estado a outro(s) por intermédio da jurisprudência de uma corte supranacional, como a Corte Europeia sobre Direitos Humanos (ECHR) aos países que dela fazem parte.[234]

Slaughter também coloca como modo distintivo das comunicações entre cortes os aspectos relativos as suas funções. Inicialmente, menciona-se a de melhorar a efetividade das decisões dos tribunais supranacionais e a de implementar e assegurar a aceitação recíproca de obrigações assumidas no campo internacional, como, por exemplo, a respeito de tratados de Direitos Humanos. A função de fertilização cruzada (cross-fertilization) realiza-se na disseminação de ideias entre sistemas jurídicos (interações entre sistemas nacionais, internacionais, regionais, etc), cuja destinação corresponde a uma busca de solução para um determinado problema (ex.: liberdade de expressão), seja por citações diretas de decisões ou pelo exercício comparativo. Outras

---

[233] Sobre a classificação tipológica quanto à forma: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994-1995. p. 103-112.

[234] Sobre a distinção em razão do grau de reciprocidade entre as cortes envolvidas: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994-1995. p. 112-114.

funções podem ser identificadas, como reforçar a autoridade ou a legitimidade de decisões judiciais individuais, além de poder servir na resolução de problemas comuns por um processo coletivo e cooperativo de deliberação judicial.[235]

Para Slaugther, a comunicação transjudicial configura um amplo fenômeno em que podem ser identificados elementos e precondições comuns, como: a) a percepção pelas cortes envolvidas de sua autonomia como atores governamentais mesmo além das fronteiras nacionais; b) a crença de que a interação transjudicial seja baseada na persuasão, e não na autoridade coercitiva; c) ainda, que as cortes tenham a percepção de identidade e engajamento quanto ao enfrentamento das questões ou problemas que lhes são comuns. Esse reconhecimento mútuo de identidade num empreendimento comum também exige a observância de métodos comuns de raciocínio jurídico, em que além da clareza, logicidade e capacidade para a formulação de regras de aplicação geral, que também se observe o respeito a *rule of law* e a importância de referência aos textos legais.[236]

O aumento das comunicações transjudiciais pode ser atribuído a determinadas causas. As questões domésticas ganham dimensão internacional, fato que, consequentemente, obriga as cortes a interagirem com outros sistemas jurídicos e outras cortes. Ademais, a internacionalização de áreas como a dos direitos humanos ocasiona aumento no número de cortes supranacionais e das interações entre si e com as cortes nacionais. Além disso, também fatores estruturais incentivam essa comunicação, como a existência de um tratado internacional instrumentalizador, cujo exemplo é o do Tribunal de Justiça da União Europeia. Outro fator estrutural é a possibilidade de acesso individual direto perante um tribunal supranacional, conforme previsto no *Opcional Protocols to the European Convention for the Protection of Human Rights* e o *International Covenant on Civil and Political Rights*. Também pode configurar um fator estrutural para a ocorrência da comunicação entre cortes a deficiência normativa

[235] A propósito do critério distintivo quanto às funções da comunicação transjudicial: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994-1995. p. 114-122.

[236] Sobre as precondições comuns: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 122-129.

em determinado Estado sobre determinadas questões, como os Direitos Humanos, obrigando as cortes nacionais a buscarem referências externas. Por fim, a disseminação da democracia contribuindo para uma comunidade de estados liberais (*community of liberal states*).[237]

Conforme Slaughter, o fenômeno das comunicações entre as cortes além fronteiras está atrelado a uma visão de relações jurídicas globais, em especial à área dos direitos humanos (p. 132). Nesse ponto, é pertinente lembrar a observação de Cançado Trindade no sentido de que os Direitos Humanos formam um "ordenamento jurídico de proteção" de maneira que não cabe considerar os ordenamentos nacionais e internacionais como estanques ou compartimentalizados. Pelo contrário, Direito Internacional e Direito Interno devem ser compreendidos como "em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos".[238]

Algumas consequências são assim atribuídas pela autora: 1) As deliberações tomadas coletivamente por diversas cortes produziriam melhores soluções e aprimorariam as decisões judiciais, principalmente nos temas comuns; 2) As cortes envolvidas na comunicação transjudicial se perceberiam como membros de uma comunidade jurídica transnacional; 3) tornar menos nítida a separação entre direito nacional e direito internacional; 4) disseminação de maior proteção dos direitos humanos universais. Por último, a autora enfatiza que essa rede de comunicação entre cortes poderia ocasionar um fortalecimento dos princípios da separação de poderes em nível global.[239]

Por derradeiro, as observações conclusivas oferecidas por Varella expõem bem apropriadamente o quadro de fatores que compõem a complexidade do Direito Internacional, conforme a síntese que segue:

a) um dos fatores decorre no processo de intensificação da sociedade mundial, que é a especialização, em que as diversas áreas do Direito têm suas

---

[237] A respeito das causas das comunicações: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 129-132.

[238] Nesse sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** p.401-403.

[239] Conforme SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 132-135.

correspondentes produções normativas, aliado ao fato de que a internacionalização pode também ocasionar regras jurídicas semelhantes que possuem validade em locais diferentes, mas sem a imprescindibilidade de vínculos entre territórios. Inerentemente à especialização, desenvolvem-se estruturas próprias para as soluções das controvérsias de cada especialidade, podendo ocasionar conflituosidades entre os diversos ramos jurídicos; [240]

b) conforme Varella, a mudança quanto à possibilidade de se considerar o poder político na esfera internacional, decorrente do fim do obstáculo representado pela bipolaridade típica da Guerra Fria (dissolução do modelo soviético), permite novas formas de coordenação, tanto entre Estados como com atores não estatais; também a multipolaridade econômica gera outras estruturas jurídicas correspondentes às exigências de integração global, da qual participam diversos atores e que, por isso, pode redundar em certa imprevisibilidade no processo normativo; por outro lado, as transformações na percepção de espaço e tempo em razão do desenvolvimento tecnológico, permitindo ampliação das relações entre a sociedade e os Estados, além de modificar as noções tradicionais ligadas à soberania estatal;[241]

c) a existência de riscos e crises de amplitude global a serem enfrentados pela sociedade global (terrorismo, criminalidade, problemas sanitários e ambientais, etc.), conforme assevera Varella, obrigam os atores envolvidos a se unir em torno de soluções comuns. Por outro lado, observa-se, além dos Estados, o surgimento de outros partícipes no cenário global, como os atores econômicos, cívicos e científicos que, ante suas especificidades, constituem-se como importante influência para as soluções tanto em âmbito regional como global. Além de normas de caráter privado transnacional, estruturam-se diversos níveis de interação normativa (estatal, regional e global); [242]

---

[240] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 472.

[241] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 472.

[242] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 473.

d) ainda na esteira da síntese conclusiva de Varella, dissipam-se os limites entre os âmbitos nacional e internacional e incrementa-se a integração normativa: problemas semelhantes em diversos locais "inspiram" uma multiplicação de soluções comuns; instâncias formais de "integração" se desenvolvem no campo do Direito Internacional, em áreas como o comércio, o meio ambiente, a segurança, dentre outras, embora apresentem efetividades diferenciadas; outro aspecto diz respeito à "imposição" de modelos, tanto por normas *jus cogens* como por relação das grandes potências em face dos demais países. Por fim, na interpretação de Varella, outro importante fenômeno é o dos processos de diálogos envolvendo atores subestatais (públicos e privados), de forma que interagem e se aproximam os direitos nacionais dos ramos internacionais, inclusive em nível constitucional. Tais diálogos também ocorrem em nível transjudicial, bem como envolvem organizações internacionais e outros atores, expandindo-se o direito para âmbitos não estatais. [243]

2.6 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS PROBLEMAS DA UNIDADE E DA FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A pretensão de uma estrutura normativa que possa atender aos reclamos de uma constitucionalização em nível global, nos termos da delimitação desta Tese, pode encontrar resistência no problema da busca de unidade do Direito Internacional, principalmente quanto se traz à tona a sua setorialização e os correlatos efeitos de sua fragmentação. A fragmentação teria reflexos em dois pontos principais: por um lado, no aspecto normativo, diante da tendência de diferenciações em regimes especiais (meio ambiente, direitos humanos, comércio, etc.) e, por outro lado, no aspecto orgânico e institucional, que tem reflexos na aplicação do Direito, diante da multiplicação de instâncias e procedimentos de controle, inclusive pela proliferação de instâncias judiciárias internacionais.

---

[243] Conforme VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 474.

De fato, a expansão do âmbito do Direito Internacional tem sido marcante nas últimas décadas, cujo reflexo leva a se perceber que quase todos os aspectos da atividade social acabam sendo de alguma maneira influenciados ou regulados pelo campo jurídico internacional. São criados e aperfeiçoados múltiplos regimes normativos (regionais e universais) e tratados cujas instituições passam a desempenhar suas atribuições com alto grau de autonomia, bastando mencionar o "sistema universal de direito humanos", o "direito europeu", a Organização Mundial do Comércio – OMC, bem como o "Direito Penal Internacional" aliado ao fato de que, concomitantemente, proliferam órgãos internacionais com caráter judicial, alguns já anteriormente mencionados.

Aliás, conforme os dados coletados pelo "*Project on International Courts and Tribunals - PICT"*, desde o estabelecimento da Corte Permanente de Arbitragem (*Permanent Court of Arbitration*) pela Convenção de Haia sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (*Hague Convention on the Pacific Settlement of International Disputes*) em 1899, como a primeira instituição para disputas entre Estados Soberanos com decisões vinculantes baseadas em Direito Internacional, conta-se atualmente com mais de 20 cortes e tribunais internacionais com juízes independentes, operando com normas procedimentais predeterminadas. Além disso, existem ao menos outras 70 instituições internacionais que desempenham funções judiciais ou quase judiciais. Por outro lado, conforme dados do *PICT,* desde o fim da Guerra Fria, aumenta o número de membros da Comunidade Internacional que têm recorrido aos organismos jurisdicionais internacionais, especialmente entre países em desenvolvimento e atores não estatais. A diversificação dessas instâncias decisórias permite uma série de considerações, tais como do sistema judicial, relações institucionais, harmonização de procedimentos, ausência de coordenação, etc. [244]

Se, por um lado, a Globalização gera uma uniformização, paradoxalmente acaba também ocasionando o fenômeno da "diferenciação

[244] O **Project of International Courts and Tribunals (PICT)** foi estabelecido em 1997, inicialmente operado em rede conjunta por colaboradores de instituições acadêmicas de Nova York e Londres, atualmente com âmbito ampliado de membros pesquisadores e profissionais interessados. A propósito: <http://www.pict-pcti.org/about/about.html>. Acesso em 23 dez. 2013. Referência também mencionada em RODILES, Alejandro. La Fragmentación del Derecho Internacional. Riesgos u oportunidades para México? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. IX, 2009, p. 376.

funcional", ou seja, especializações setorizadas que adquirem graus de autonomia. No campo internacional, como que desafiando a ideia das normas que regem o "Direito Internacional Geral", convivem os diversos setores especializados (direito europeu, direito mercantil, direito do mar, direitos humanos, direito ambiental, etc.), fato que não significa, necessariamente, um aspecto negativo.[245] Afinal, convive-se numa sociedade mundial complexa e pluralista. Contudo, preocupações podem ser levantadas tendo em vista a pretensão de unidade ou de coerência do Direito Internacional.

Ao examinar o problema da unidade sistêmica do Direito Internacional, Aznar Gómez estabelece sua metodologia de análise a partir da distinção entre "unidade substancial" e "unidade formal", conforme formulada por Pierre-Marie Dupuy.[246] De tal maneira, Aznar Gómez entende que se deva considerar a distinção entre "ordem jurídica internacional" e "sistema jurídico internacional". Por "unidade da *ordem* jurídica internacional refere-se à unidade e coerência entre suas *normas primárias*", enquanto que a unidade do *sistema* jurídico internacional

[245] Quanto às desviações em face da unidade do direito, o Informe do Grupo de Estudo no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em torno do problema da fragmentação, anota o seguinte: "Por uma parte, a fragmentação cria o perigo de que surjam normas, princípios, sistemas de noras e práticas institucionais contraditórias e incompatíveis. Por outra parte, reflete a expansão da atividade jurídica internacional em novos âmbitos e a conseguinte diversificação de seus objetitos e técnicas" (parágrafo 246) [...] "É muito importante assinalar que essas desviações não aparecem como 'erros' técnico-jurídicos. Refletem os diferentes propósitos e preferências dos sujeitos em uma sociedade plural (mundial). [...] Assim, embora a fragmentação seja uma evolução 'natural' (de fato, o direito internacional esteve sempre relativamente 'fragmentado' em razão da diversidade dos ordenamentos jurídicos nacionais que o integram), sempre houve também processos compensatórios igualmente naturais que levavam em direção oposta" (parágrafo 248). In: **United Nations. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)**. General Assembly. Official Records. Sixty-first Session. Supplement No. 10 (A/61/10). In: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

[246] Aznar Gómez refere-se a seguinte obra: DUPUY, Pierre-Marie. "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international". In: Harmonie et contradictions en droit international, Rencontrres internationals de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, París, 1996, p. 19. Conforme Aznar Gómez, para Dupuy a *unidade substancial* "*derivaria del conjunto mínimo de 'principes dont chacun reconaît que le respect est nécessarie au maintien de la communauté internationale comme un ensemble cohérent et viable' mientras que, de aceptarse la segunda, los sujetos de nuestro ordenamiento 'se reconnaissent soumis aux mêmes règles formelles pour créer des normes et acceptent l'ouverture des mêmes conséquences de droit lorqu'ils méconnaissent les obrigations qui découlent de ces normes*". Conforme e *apud* AZNAR GÓMEZ, Mariano J. Em torno a la unidad sistêmica del Derecho Internacional. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 265.

refere-se à “unidade e coerência entre as *normas secundárias* de nosso ordenamento”. [247] Essa distinção afigura-se bem interessante para auxiliar o curso deste estudo.

Uma narrativa da problematização mencionada é sintetizada por Koskenniemi, com base na contraposição entre as ideias de “hegemonia” e de “fragmentação” do Direito Internacional.[248] A perspectiva hegemônica dos objetivos do Direito Internacional pode ser localizada historicamente a partir da concepção que preconizava princípios cristãos para a humanidade como um todo, verificável desde o discurso existente ao final do século XIV por Espanha e Portugal, bem como a teologia espanhola com relação aos indígenas e a compreensão de princípios universais aplicáveis a todos. Hugo Grotius, em desafio às reivindicações Ibéricas, em 1608 modificou essa perspectiva, com a ideia hegemônica de um universalismo com base no comércio (aqui, há uma oposição inspirada na Reforma em face do Catolicismo). Conforme lembra Koskenniemi, “a narrativa do direito internacional daqueles dias até o século dezenove pode ser retratada como uma sucessão de argumentos do direito natural” fortemente embasados em parte da *intelligentsia* europeia, que “alegava estar falando em nome do mundo como um todo”. Koskenniemi também se refere à Emmerich Vattel (1758), que com sua proposta de "direito necessário das nações" com base em preceitos da razão natural como “equilíbrio de poder entre as soberanias europeias”, também preencheu “a categoria do ‘universal’ "com uma compreensão especialmente profunda que era uma parte do Iluminismo (Europeu)”.[249] Conforme Koskenniemi, a compreensão hegemônica também

---

[247] AZNAR GÓMEZ, Mariano J. Em torno a la unidad sistêmica del Derecho Internacional. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 264-265.

[248] KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 32-57.

[249] Extrai-se do texto original: “*And when Hugo Grotius in 1608 challenged the Iberian claims, he was redefining the objectives of international law within a hegemonic struggle that opposed a Reformation-inspired commercial universalism against the ancien régime of (Catholic) Christianity. The narrative of international law from those days to the nineteenth century may be depicted as a succession of natural law arguments that were united by their always emerging from some Eurpan intelligensia that claimed it was speaking on behalf of the world as a whole. When de Emmerich Vattel in 1758 formulated his ‘necessary law of nations’ in terms of the commands of natural reason, and found that it consecrated a balance of power between European sovereigns, he already filled the category of the "universal" with a profoundly*

poderia ser notada na expressão do *Institut de droit international* (1873), que professava uma "consciência jurídica do mundo civilizado", notadamente baseada na ideia de que o rótulo de "civilização" teria a conotação de ser compartilhada entre todas as formas sociais. Mesmo com o advento da I Guerra Mundial, o início do século XX pode presenciar o esforço para a reconstrução da concepção universalista do Direito Internacional, inclusive por intermédio do Convênio da Liga das Nações.

Koskenniemi observa, no entanto, que na mais recente era pós-guerra esse discurso "perdeu a credibilidade". Refere-se às novas especializações que, por defenderem propostas de universalismo e progresso, ocasionam o que se denomina "fragmentação do Direito Internacional", em que os emergentes setores (ambiental, comercial, humanitário, direitos humanos, etc.) "projetam suas próprias preferências como universais".[250] Tal fragmentação, contudo, não implicaria falta de coordenação, mas sim estaria revestida como uma luta hegemônica, em que cada instituição ou organismo, embora em suas particularidades, "tenta ocupar o espaço do todo". Koskenniemi não vê tal situação, advinda da proliferação de regimes, como um problema, mas entende que é fruto da condição social 'posmoderna' "e, talvez, pelo menos até certo ponto, prólogo benéfico para uma comunidade pluralista na qual os graus de homogeneidade e fragmentação sejam reflexos de mudanças de preferências políticas [...]." [251]

---

particular understanding that was a part of the (European) Enlightenment". In: KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 50.

[250] Koskenniemi exemplifica a ocorrência dessa fragmentação citando o "*Tadic Case*" (Prossecutor v. Dusko Tadic, Judgment. Case n. IT-94-I-A. Appeals Chamber, 15 July 1999, 38 ILM 1518, para 137), em que o Tribunal Criminal Internacional para a Ex-Yogoslávia expressamente desviou da prática do Tribunal Internacional de Justiça, como previsto no "caso *Nicarágua",* em 1986, sobre a atribuição de conduta por parte de militares não-regulares. Menciona, também, o debate desenvolvido na Organização Mundial do Comércio – OMC sobre questões ambientais, de direitos humanos e s*tandards* para a proteção do trabalho. Menciona, igualmente, os direitos humanos, entendendo que a autonomia invocada pelos órgãos de implementação desses direitos corresponde a uma manobra sutil para universalizar sua jurisdição. Conforme KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 51.

[251] KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 52.

A preocupação com essa temática levou a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, no seu 52º período de sessões, realizado no ano 2000, após examinar estudo de viabilidade sobre o tema “Riscos resultantes da fragmentação do Direito Internacional”,[252] à decisão de incluir tal tema em seu programa de trabalho de longo prazo.[253] No 54º período de sessões, a Comissão, sob a presidência de Bruno Simma, decidiu-se modificar o título do tema por “Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades derivadas da diversificação do Direito Internacional”, denotando superar uma visão negativa da questão, de forma que foi estabelecida a finalidade de auxiliar aos juízes e juristas na área internacional a enfrentar as consequências da diversificação do Direito Internacional. Diante disso, dentre outras recomendações, foi proposta a realização de cinco estudos temáticos.[254]

No curso das sessões 55º (2003) a 57º (2005) o Grupo de Estudos desenvolveu suas tarefas sob a presidência de Martii Koskenniemi e decidiu centrar sua atenção nos aspectos substantivos da fragmentação em face da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, abandonando as considerações institucionais. De tal maneira, como resultado dos trabalhos, decidiu preparar um estudo analítico, com base nos estudos e esforços empreendidos pelo Grupo de 2003 a 2005, e um único documento de sínteses conclusivas. Em 2006 foi finalizado um estudo pelo Presidente do Grupo (A/CN.4/L.482 e Corr.1) [255] e um projeto de conclusões com base neste estudo

---

[252] HAFNER, Gerhard. “Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”, Documentos Oficialies de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n. 10 (A/55/10).

[253] Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n. 10 (A/55/10), cap. IX. A.1, par. 729.

[254] Os temas dos estudos foram assim estabelecidos: a) a função e o alcance da norma da *Lex specialis* e a questão dos “regimes autônomos”; b) a interpretação dos tratados à luz de que “toda norma pertinente de Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes” - item *c* do parágrafo 3 do artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - no contexto da evolução geral do Direito Internacional e das preocupações da Comunidade Internacional; c) a aplicação de tratados sucessivos concernentes à mesma matéria (art. 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados); d) a modificação de tratados multilaterais entre algumas das partes unicamente (art. 41 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados); e e) a hierarquia normativa em Direito Internacional: *jus cogens*, obrigações *erga omnes*, Artigo 103 da Carta das Nações Unidas, como normas de conflito.

[255] **Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi**, em 13 de abril de 2006. Comisión de Derecho Internacional. 58º período de sesiones. Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006.

(A/CN.4/L. 482/Add.1). Na Sessão de 17 de julho de 2006, o Grupo de Estudos aprovou um Informe[256] em que consignou 42 conclusões, [257] ressaltando que tais conclusões deveriam ser interpretadas do documento produzido pelo seu Presidente, acima mencionado, no qual se baseavam. [258]

Considerado como um estudo analítico, as conclusões, que foram aprovadas pelo Grupo de Estudo tendo como marco a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estabelecem princípios destinados a resolver os conflitos reais ou potenciais entre normas jurídicas que compõem o sistema jurídico do Direito Internacional. Algumas dessas conclusões têm bastante significação no que concerne à delimitação temática desta Tese, razão pela qual parece oportuna uma menção abreviada a respeito destas, notadamente no que se refere à hierarquia normativa no Direito Internacional diante do *jus cogens*, das obrigações *erga omnes* e o Artigo 103 da Carta das Nações Unidas (Conclusões n.s 31 a 42).

Assim, por exemplo, uma norma de Direito Internacional pode ser superior a outras diante da importância do conteúdo e pela aceitação universal de sua superioridade, como é o caso das normas imperativas a título de *jus cogens* (art. 53 da Convenção de Viena). Costuma-se citar, nesse sentido, as normas que proíbem a agressão, a escravidão, o genocídio, a discriminação racial, o apartheid, a tortura, as básicas de direito internacional humanitário aplicáveis a conflitos armados, e normas que estabelecem o direito à livre determinação (Conclusões n.s 32 e 33).

In: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement>. Acesso em 20 dez. 2013. Ver também o documento de correções A/CN.4L.482 Corr.1.

[256] **United Nations. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)**. General Assembly. Official Records. Sixty-first Session. Supplement No. 10 (A/61/10).
In: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

[257] **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006).** Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10, para. 251). The report will appear in *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Part Two.
In: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf. Acesso em 20 dez. 2013.

[258] Todos os documentos oficiais e informes referentes ao tema "Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades derivadas da diversificação do Direito Internacional", desenvolvidos no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas podem ser localizados e acessados por intermédio do seguinte sítio da Internet: <http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.htm>.

Com relação à Carta das Nações Unidas, o seu art. 103 afirma a relação hierárquica de uma norma de Direito Internacional em virtude de uma disposição de um tratado, cujo âmbito de aplicação desse dispositivo compreende não somente os artigos da Carta, mas “também das decisões de cumprimento obrigatório adotadas por Órgãos das Nações Unidas, como o Conselho de Segurança”. Ademais, as obrigações do referido documento das Nações Unidas podem inclusive prevalecer sobre normas de Direito Internacional, “tendo em conta o caráter de algumas disposições da Carta, o caráter constitucional da Carta e a prática estabelecida dos Estados e dos Órgãos das Nações Unidas” (Conclusões n.s 34 e 35).

Ademais, ficou reconhecido o caráter especial da Carta das Nações Unidas diante da natureza fundamental de suas normas, notadamente pelos seus propósitos, princípios e sua aceitação universal (Conclusão n. 36).

Quanto às normas de obrigação para a comunidade internacional e para os Estados em seu conjunto, como é o caso das obrigações *erga omnes,* são aplicáveis a todos os Estados, que inclusive podem invocar a responsabilização daquele Estado que eventualmente violar essas normas. Por outro lado, ficou consignado que embora todas as normas de *jus cogens* tenham caráter erga omnes, o contrário não é verdadeiro. É que existem normas *erga omnes* que não derivam do Direito Internacional Geral, como é o caso, segundo a Conclusão, de determinadas obrigações baseadas em direitos fundamentais da pessoa humana e relativas a espaços públicos internacionais (Conclusão n. 38).

Quanto à relação de normas *jus cogens* e as obrigações derivadas da Carta das Nações Unidas, a aceitação universal da Carta parece dificultar um conflito. Especificamente no caso de conflitos entre normas de *jus cogens* e o Art. 103 da Carta das Nações Unidas, consigna a Conclusão n. 41: a) a norma que conflite com uma norma jus cogens “restará por essa razão anulada *ipso facto”* e b) uma norma que conflite com o Art. 103 da Carta das Nações Unidas “será inaplicável como resultado desse conflito e em toda a amplitude desse conflito”.

Por fim, a Conclusão n. 42 afirma o princípio da harmonização para a resolução de conflitos entre normas de Direito Internacional. As demais conclusões que aqui não foram referidas também oferecem destacadas

formulações para o enfrentamento da inevitável fragmentação do Direito Internacional. [259]

Parece oportuno que se transcreva o seguinte trecho do Informe finalizado por Koskenniemi, que contribui para se avaliar o problema da fragmentação:

> 492. Ainda quando a diversificação do direito internacional possa ameaçar a sua coerência, o faz aumentando sua sensibilidade ao contexto regulador. A fragmentação impulsiona o direito internacional no sentido do pluralismo jurídico mas o faz, como o presente informe tratou de destacar, utilizando constantemente as fontes do direito internacional geral, especialmente as normas da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o direito consuetudinário e os 'princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas'. *Uma conclusão principal deste informe foi que a aparição de regimes especiais estabelecidos por tratados (que não deveriam denominar-se 'autônomos' 'self-contained') não tem prejudicado seriamente a segurança jurídica, a previsibilidade do direito e a igualdade dos sujeitos jurídicos.* As técnicas da *lex specialis*, a *lex posterior* e os acordos inter se e a posição superior conferida às normas imperativas e a noção (até agora não suficientemente elaborada) de 'obrigações para com a comunidade internacional em seu conjunto' oferecem um repertório técnico básico que permite responder de maneira flexível aos problemas mais substantivos da fragmentação. Podem utilizar-se para dar expressão a preocupações (por exemplo, o desenvolvimento econômico, os direitos humanos, a proteção do meio ambiente, a segurança) que são legítimas e se consideram muito importantes.[260]

---

[259] Essas conclusões podem ser consultadas nos seguintes documentos: **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006).** Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10, para. 251). The report will appear in *Yearbook of the International Law Commission, 2006*, vol. II, Part Two. In: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf. Acesso em 20 dez. 2013; e: **United Nations. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)**. General Assembly. Official Records. Sixty-first Session. Supplement No. 10 (A/61/10). In: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

[260] Livre tradução do Parágrafo n. 492 do Informe finalizado por Martti Koskenniemi. No texto original: "Aun cuando la diversificación del derecho internacional puede amenazar a su coherencia, lo hace aumentando su sensibilidad al contexto regulador. La fragmentación impulsa el derecho internacional en sentido del pluralismo jurídico pero lo hace, como el presente informe ha tratado de subrayar, utilizando constantemente las fuentes del derecho internacional general, especialmente las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el derecho consuetudinario y los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". *Una conclusión principal de este informe ha sido que la aparición de regímenes especiales establecidos por tratados (que no deberían denominarse "autónomos" "self-contained") no ha socavado seriamente la seguridad jurídica, la previsibilidad del derecho y la igualdad de los sujetos jurídicos*. Las técnicas de la *lex specialis*, la *lex posterior* y los acuerdos *inter se* y la posición superior conferida a las normas imperativas y a la noción (hasta ahora no suficientemente elaborada) de "obligaciones para con la comunidad internacional en

Esse estudo, de natureza analítica, realizado no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas consigna importantes pontos para a busca de soluções relacionadas aos conflitos normativos advindos da expansão do campo jurídico internacional, conforme já se mencionou acima. Não há que se esquecer, por outro lado, que o Direito Internacional Geral e os setores especializados permitem uma porosidade, ou melhor, uma interação entre si, pois parece ser natural que existam referências recíprocas, tanto pelos órgãos de solução de controvérsia, como também pelos textos normativos. [261] Ademais, não é incomum que os diversos setores especializados também façam referência ao Direito Internacional Geral, mesmo que subsidiariamente ou para colmatar as eventuais lacunas normativas.

Trata-se de tarefa, obviamente, que apresenta diversas complexidades quando se consideram os casos práticos, mas que também permite a utilização das técnicas e princípios de solução e harmonização. Por outro lado, o problema da unidade do Direito Internacional continua a produzir um especial desafio para a doutrina especializada embora se concorde com Simma quando, ao invés de ver uma motivação negativa no fenômeno da fragmentação, prefere entendê-lo como uma situação natural. Para Simma, a fragmentação decorre tão somente da transposição das diferenciações funcionais de governança, que se deslocam da esfera nacional para o plano internacional, de maneira que no desenvolvimento do Direito Internacional os seus regimes regulatórios próprios podem em determinados momentos estar competindo uns com outros.[262] De todo modo, a especialização e a inovação trazidas pela setorialização do campo internacional

---

su conjunto "ofrecen un repertorio técnico básico que permite responder de manera flexible a los problemas más sustantivos de la fragmentación. Pueden utilizarse para dar expresión a preocupaciones (por ejemplo, el desarrollo económico, los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la seguridad) que son legítimas y se consideran muy importantes". In: **Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti Koskenniemi**, em 13 de abril de 2006. Comisión de Derecho Internacional. 58º período de sesiones. Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. In: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement>. Acesso em 20 dez. 2013. Ver também o documento de correções A/CN.4L.482 Corr.1.

[261] Nesse sentido: AZNAR GÓMEZ, Mariano J. Em torno a la unidad sistêmica del Derecho Internacional. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 298-299.

[262] SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practiotioner. In **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, 2009. p. 270.

não afasta, pelo que se pode observar, a utilização da normatização e dos preceitos basilares do Direito Internacional Geral.

2.7. VISLUMBRES DO SISTEMA INTERNACIONAL NO ALVORECER DO SÉCULO XXI: O PONTO DE OBSERVAÇÃO

Desde seus primeiros traços formativos, o sistema de Estados se desenvolve ampliativamente diante da intensificação da sociedade global. Os valores tradicionais que estão inseridos no rol de finalidades do Estado, como a liberdade, a justiça, a ordem e o bem-estar rompem então os domínios territoriais para se disseminarem na esfera transfronteiriça. Concomitantemente com esse desenvolvimento expandem-se o mercado e a economia, que também ganham foros globalizados. Por outro lado, convive-se numa escala global em que a palheta de países apresenta-se de maneira desigual em diversos sentidos, desde a carência material e a pobreza generalizada até as conquistas democráticas.

Nesse panorama, o Direito Internacional enfrenta o desafio de produzir uma resposta normativa e harmonizadora para um sistema em que não existe uma autoridade central definida, situação que alguns veem como uma “sociedade anárquica”. As correntes de ideias que procuram compreender e explicar os fenômenos decorrentes dessa realidade acabam formando escolas de pensamento, cada qual se constituindo num ponto de observação.

No campo de estudos das Relações Internacionais, as diversas abordagens teóricas foram assim se caracterizando, desde a fase inicial do idealismo liberal, seguido abordagem do Realismo (Hans Morgenthau; E. H. Carr), do Neorealismo (Walz), das diversas acepções do Liberalismo (sociológico, institucional, da interdependência), da abordagem da Sociedade Internacional (Wight; Hedley Bull), a da Economia Política (mercantilismo, liberalismo econômico, neomarxismo), e ainda as suscitações de ordem metodológica (positivismo, behaviorismo, pós-positivismo).[263] Tratam-se, pois, de abordagens

[263] Um viés panorâmico dessas abordagens pode ser examinado a partir da obra: JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às Relações Internacionais**. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original:

que configuram um continuado processo de aprendizagem e reflexão, cada qual a sua maneira, mas também se autorreferenciado.

Considerando que a presente Tese destina-se a abordar uma perspectiva do Constitucionalismo Global que implicaria no compartilhamento de valores comuns pela Comunidade Internacional, afigura-se oportuno trazer à tona a conhecida distinção que Hedley Bull apresenta das três tradições que constituem pontos de observação específicos do Direito Internacional: a Hobbesiana (Realista), a Kantiana (Universalista) e a Grociana (Internacionalista).[264]

Contudo, uma abordagem realizada por Simma e Paulus modifica a classificação apresentada por Bull, mas sem destituí-la, porém acrescentando-lhe um quarto ponto de vista. De tal maneira, a primeira delas seria a tradição *Hobbesiana* ou "Realista", em que os Estados se comportam em torno das disputas, do jogo do poder político e dos interesses nacionais.[265] A segunda a visão *Kantiana* ou "Universalista", que vê na ação da política internacional uma potencial comunidade de toda a humanidade.[266] O terceiro ponto de vista é o *Grociano* ou "Internacionalista", em cuja ênfase a sociedade é composta por Estados e os indivíduos apenas pode representar suas coletividades. Nessa tradição, a cooperação para a realização de interesses comuns é possível e deve ser até estimulada para a consecução de interesses comuns.[267]

No entanto, duas distinções cabem nesta última tradição: uma delas seria denominada *Vatelliana*, em que a ênfase não seria na cooperação, mas na ordem, e pelas suas características mais estaria aproximada do "sistema

---

Introduction to International Relations (Theories and approaches).

[264] Hedley Bull entende que uma "sociedade de estados" (sociedade internacional) somente é materializada na medida em que um grupo de Estados ajusta-se em torno de certos interesses e valores comuns, bem como por um conjunto comum de regras para as suas relações. BULL, Hedley. **The Anarchical Society**: a Study of Order in World Politics. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1995. p. 13; 23 e seguintes.

[265] SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. **The "International Community"**: Facing the Challenge of Globalization. In: European Journal of International Law, v. 9, 1998. p. 269.

[266] SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. **The "International Community"**: Facing the Challenge of Globalization. In: European Journal of International Law, v. 9, 1998. p. 269-270.

[267] SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. **The "International Community"**: Facing the Challenge of Globalization. In: European Journal of International Law, v. 9, 1998. p. 270.

Westfaliano"; a outra distinção corresponderia a *verdadeiramente Grociana*, que, ao contrário da *Vatelliana*, observa o sistema internacional como "uma comunidade organizada de Estados" com base em valores e interesses comuns. Seria o sentido da concepção de cooperação desenvolvida por Wolfgang Friedmann. Teria como valor primordial a solidariedade entre os povos.[268]

Após confrontar esses pontos de vista com o desenvolvimento da esfera internacional, Simma e Paulus, que compartilham a ideia de comunidade, e mesmo reconhecendo que tais visões são tipos ideais, concluem que o paradigma de que os Estados apenas se vinculam aos seus próprios consentimentos (*Lotus principle*) está gradualmente para um espectro mais comunitário, com mais institucionalização do Direito Internacional, em que os interesses meramente individuais passam a ser buscados por intermédio de instituições multilaterais. Dessa forma, sugerem a adoção do ponto de vista *Grociano,* mas misturado com elementos do *Vattelianismo* e do *Kantismo*, tudo com incremento da institucionalização. Em qualquer caso, asseveram os autores, "o conceito de "comunidade internacional" contém tanto aspiração como realidade".[269]

As diversas escolas de pensamento e de seus correlatos argumentos devem ser entendidas, no entanto, como formas ideais, mas que comportam diversos matizes e muitas vezes interpenetrações de sentidos. De todo modo, diante do amplo panorama teórico, a escolha de um ponto de observação auxilia na compreensão dos fenômenos da realidade que se quer conhecer.

A compreensão do Constitucionalismo Global não pode estar desvinculada do desenvolvimento do Direito e do Sistema Internacional, e diante das notáveis transformações que se operaram na sociedade mundial a partir dos meados do século XX, a contribuição de Friedmann é uma referência fundamental nessa perspectiva de análise, especialmente pela repercussão de sua obra *The Changing Structure of International Law* que, dentre outros aspectos, estabeleceu

---

[268] SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. **The "International Community"**: Facing the Challenge of Globalization. In: European Journal of International Law, v. 9, 1998. p. 271.

[269] No texto original: "*In any case, the concept of an 'international community' contains as much aspiration as reality*". Conforme SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. **The "International Community"**: Facing the Challenge of Globalization. In: European Journal of International Law, v. 9, 1998. p. 277.

a conhecida distinção entre Direito Internacional da “coexistência” e Direito Internacional da “cooperação”.[270]

Quer-se referir aqui notadamente à percepção do Direito Internacional que Friedmann realizou por intermédio da comparação do seu desenvolvimento inicial com a realidade do momento histórico em que teceu sua análise (anos sessenta), mas que pode ser aplicada para a presente época. Segundo tal percepção, na sua fase formativa, os interesses nacionais eram defendidos e realizados por intermédio do conflito. Nesse sentido, o Direito Internacional clássico tinha por função primordial a regulação dessas relações de conflituosidade, de maneira que o objetivo seria manter a existência de entes estatais. O contexto jurídico dessa situação foi denominado por Friedmann de Direito Internacional de “coexistência”.

Contudo, diante das mudanças que se plasmaram na sociedade mundial, a atualização da análise permitiu que vislumbrasse a suplantação daquele interesse baseado em conflito pelo interesse de cooperação. Dessa maneira, embora tanto a coexistência como a cooperação possam servir aos interesses estatais, um Direito Internacional baseado na “cooperação” estaria a se desenvolver. Justamente com a cooperação é que os interesses nacionais poderiam melhor ser operacionalizados.[271]

Obviamente que mesmo diante da concepção de um modelo de cooperação não há que se desconhecer a realidade da situação internacional. Se há pouco tempo ainda vigorava uma cisão ideológica do bloco socialista com a proeminência da antiga União Soviética, ainda se enfrenta outros divisionismos, seja em torno de blocos regionais de estados e interesses, seja pelos reflexos do terrorismo na Comunidade Internacional, principalmente após o episódio do ataque de 11 de Setembro nos Estados Unidos da América, bem como, dentre outros pelos déficits de democracia entre os Estados, pelas incessantes contendas bélicas e, com marcante posição, a desigualdade econômica, a

[270] FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University Press, 1964.

[271] Para ver, dentre outras, uma revisão da mencionada obra de Friedamnn, sugere-se o seguinte artigo: MCDOUGAL, Myres S.; REISMAN, W. Michael. The Changing Structure of International Law: Unchanging Theory for Inquiry. **Columbia Law Review**, v. 65, n. 5, p. 810-835, 1965.

carência educacional e a pobreza de determinados setores populacionais. De outro lado, os Direitos Humanos ainda estão por se estender em todo o planeta e, de fato, se tornarem eficazes. Além disso, há a complexidade do Direito Internacional e da sua fragmentação. É perceptível o avanço da concepção de cooperação, fato que até poderia denotar um tímido, mas importante passo, para uma comunidade universal de toda a humanidade, ou até a sofisticação de, conforme a expressão utilizada por Cassese, de uma sociedade de "solidariedade transnacional" (*jus cosmpoliticum*), mas a tradicional estrutura das relações internacionais baseada no modelo estatista e da soberania ainda não foi suplantada.[272]

Tais sintomas, entretanto, não são suficientes para impedir o desenvolvimento do Direito Internacional e o aperfeiçoamento da Comunidade Internacional em torno de valores fundamentais comuns. Nesse aspecto, Antonio Cassese ressalta uma visão otimista justamente com relação ao problema da fragmentação. Se num primeiro estágio de desenvolvimento na esfera internacional os setores jurídicos especiais (Direitos Humanos, meio ambiente, comércio, direito internacional criminal, etc.) se mostravam compartimentalizados e separados, Cassese entende que hoje "tendem gradualmente a influenciar uns aos outros, Estados e cortes internacionais estão começando a considerá-los como parte de um todo". Mais especificamente, assinala a importância que essa "gradual interpenetração e fertilização cruzada (cross-fertilization)" deixa transparecer não só a integração da comunidade internacional (ao menos no aspecto normativo), mas destacando "que valores como os direitos humanos e a necessidade de promover o desenvolvimento estão cada vez mais permeando vários setores do direito internacional, que antes pareciam imunes a eles".[273] Tal posicionamento serve como importante contraponto aos argumentos que enfatizam os obstáculos da fragmentação do Direito Internacional.

O balanço realizado por Manfred Lachs, na sua derradeira conferência no *Collège de France* (1992), a respeito da evolução da regulamentação jurídica

---

[272] Conforme CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 21.

[273] Conforme CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 45.

internacional, evidencia o papel do direito em todos os domínios da vida sob pena de as relações internacionais se tornarem impossíveis.[274] Alguns sintomas de progressos foram percebidos por Lachs, tais como a tendência de se atribuir aos indivíduos um status de sujeito delimitado pelo Direito Internacional e a contribuição da Organização das Nações Unidas (notadamente no controle de eleições livre em diversos países, regulamentações jurídicas da diplomacia, direito dos tratados, direitos e deveres dos Estados, etc.). De outro lado, a evolução da ciência e da tecnologia ocasionaram diversas transformações de caráter global e com reflexos no crescimento da interdependência, mas convivem com uma relação problemática diante das questões de ordem ambiental. Lachs ressalta, também, os avanços em relação ao direito e à comunidade europeia, a jurisprudência dos tribunais, dentre outros. Muito há a se fazer, como quanto ao problema do equilíbrio das forças nas relações entre os Estados, na questão do controle de armas e eventual desarmamento, e inclusive na eficácia da Organização das Nações Unidas, principalmente na manutenção da paz, bem como, muito especialmente, do problema econômico e da consequente desigualdade das riquezas. Em todos esses e em outros campos é inegável o papel contributivo do Direito. Diante do contexto desse balanço das conquistas e das correlatas dificuldades, Lachs já enfatizava, ao vislumbrar as primeiras luzes do século XXI, a tarefa de grande importância a empreender, “a de construir um sistema de cooperação em um mundo que muda rapidamente. O direito pode desempenhar papel muito importante, se a vontade política estiver preparada. A ocasião é propícia”.[275]

[274] LACHS, Manfred. O Direito Internacional no Alvorecer do Século XXI. Tradução de Durval Ártico e Maria Letícia G. Alcoforado. **Estudos Avançados**, São Paulo , v. 8, n. 21, Aug. 1994 . Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n21/07.pdf. Acesso em 15 dez. 2013. Título Original: Le Droit International a l’aube du XXIe Siècle.

[275] LACHS, Manfred. O Direito internacional no alvorecer do século XXI. Tradução de Durval Ártico e Maria Letícia G. Alcoforado. **Estudos Avançados**, São Paulo , v. 8, n. 21, Aug. 1994 . Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n21/07.pdf. Acesso em 15 dez. 2013. Título Original: Le Droit International a l’aube du XXIe Siècle. p. 114.

SEÇÃO 3

DELINEAMENTOS EM BUSCA DE UMA FUNDAMENTAÇÃO POSSIBILISTA PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

A categoria Constitucionalismo, como significação e expressão da conquista constitucional da modernidade quanto aos aspectos de limites e garantias, é acoplada de fato e simbolicamente ao modelo da organização política estatal. No entanto, ao se acrescentar o qualificativo “global”, é de outra ideia que se está a tratar.

Não se apresenta como novidade no âmbito acadêmico, é verdade, a concepção de um Constitucionalismo Global (Internacional), mas a contextualização desta época de paradoxos, caracterizada pelas desafiadoras transformações que se operam no mundo contemporâneo, traz uma série de implicações que não só renova o interesse do tema como inclusive evidencia a existência de novas óticas para o estudo e a reflexão dessa importante categoria que se constitui no objeto temático nuclear desta Tese.

De fato, a renovação da abordagem, adnata a de seus complexos desafios, permite uma nova perspectiva de análise relacionada a alguns fenômenos que merecem ênfase, já referidos nas Seções 1 e 2 como premissas deste estudo, quais sejam, a intensificação da sociedade mundial caracterizada pelo processo de Globalização, as deficiências ou incapacidades do ente soberano estatal para certos temas que escapam aos limites de suas fronteiras, os quais reclamam tratamento de governança na esfera pública global e internacional, e a intensificada ampliação bem como a fragmentação do Direito Internacional.[276]

[276] Dunoff e Trachtman referem-se à contribuição da Globalização e da fragmentação do direito internacional para a demanda da constitucionalização na esfera internacional. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitutionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 5.

Se por um lado o intrincado panorama permite múltiplas abordagens, por outro as motivações e ideologias que acompanham as posições defendidas dificultam - mas não impedem -, uma definição satisfatória do objeto enfocado neste estudo. A partir da compreensão desses aspectos, entende-se que o Constitucionalismo “Global” e o correspondente processo de constitucionalização nessa esfera configuram-se como uma das possíveis perspectivas de organização político-jurídica que se projetam para além dos limites circunscritos ao Estado, concepção esta da qual se objetiva identificar e descrever elementos de base que possam servir como apoio à delimitação temática do estudo, partindo-se do ponto de vista em que a compreensão racional concernente ao tema pode ser explicada a partir da identificação de elementos e de fenômenos referenciais, e este é argumento de fundo desta Seção.

Dessa maneira, ao se articular e revisar um conjunto de considerações concernentes a algumas das tendências doutrinárias sobre o tema objetiva-se, nesta parte da abordagem, organizar os alicerces nucleares e as correlatas críticas de maneira a se vislumbrar perspectivas da existência de aspectos e características do Constitucionalismo que possam sustentar, supostamente, a hipótese da constitucionalização do Direito Internacional. Como se examinará no decorrer da Seção, o assunto que ora se propõe desenvolver encontra-se em processo de construção por intermédio de diferentes perspectivas, mas admite não só observação como também análise crítica a respeito das nuances que envolvem a ideia da presença de elementos outrora típicos do Constitucionalismo estatal no cenário internacional.

No entanto, ante esse simbolismo representado pela ligação ao paradigma tradicional estatal, a reflexão sobre um Constitucionalismo Global pode, num primeiro momento, repercutir algum desconforto, seja porque pode ser confundido, equivocadamente, com a ideia de um “Estado Mundial”, que já de antemão se repele, ou mesmo a alusão à concepção kantiana de uma “república mundial”, cujas dificuldades de assimilação e aceitação o realismo pode revelar como desafio, mas não impossibilidade.[277]

[277] Parece pertinente transcrever-se a seguinte observação de Scruton: “Se Kant tivesse previsto os acontecimentos (entre outras inúmeras calamidades) que levaram à destruição de sua bela

Sem embargo, a perspectiva do processo de constitucionalização da(s) ordem(s) internacional (is) não é matéria estranha para o campo das Relações Internacionais, do Direito Internacional e mesmo para os constitucionalistas, bem como de outras disciplinas. De fato, ao passo que se possa atribuir, no campo do Direito Constitucional Internacional, uma abertura do Estado Constitucional para a esfera supranacional ou global, também pode ser concebida uma constitucionalização do Direito Internacional, de forma que, conforme observa Canotilho, estreitam-se as fronteiras dessas duas áreas tornando "possível tratar, hoje, conjuntamente, do *direito constitucional internacional* e do *direito internacional constitucional*".[278].

Alguns questionamentos preliminares decorrem dessa agenda, tais como: como conceituar o Constitucionalismo Global? É possível o transporte dos elementos constitucionais típicos da política e do direito nacional para o campo global ou internacional, ou a proposta de um Constitucionalismo Global é mero idealismo acadêmico, não realizável concretamente? É possível a constitucionalização na esfera internacional? Existem fundamentos que permitem a compreensão e o desenvolvimento de um Constitucionalismo em nível global, além das fronteiras estatais? Um Constitucionalismo Global suplantaria os Estados soberanos e suas Constituições? O tema apresenta-se desafiador e instigante, mas, dada a sua amplitude e a necessária conformação proposta para esta Seção, a abordagem a seguir obedece a certos aspectos metodológicos: a) limita-se a identificar as bases em que pode ser explicado; b) não possui o caráter empírico; c) não dispensa a presença do Estado no processo do Constitucionalismo Global, ante sua essencialidade como protagonista da produção normativa internacional, mesmo admitindo-se a presença marcante de outros atores no cenário do Direito Internacional.

---

terra natal e ao assassinato em massa de seus habitantes, talvez perdesse um pouco da fé na natureza humana que rebrilha mesmo em seus mais abstratos argumentos sobre a justice. Mas essa fé continua a ser uma inspiração para os que acreditam, como Kant acreditava, que a Razão pode nos guiar, tanto nos seus imperativos imediatos quanto com seus ideais irrealizáveis". In: SCRUTON, Roger. **Kant.** Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2011. Título original: Kant. p. 153.

[278] CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 285.

3.1 DELIMITAÇÕES DE SIGNIFICADOS E DE UMA CATEGORIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO GLOBAL

Ao se debruçar no exercício de se identificar os possíveis fundamentos para a concepção do Constitucionalismo Global, *a priori* já se mostra indispensável destacar a preocupação com os conceitos operacionais, a fim de evitar as armadilhas semânticas, tanto mais evidentes nas expressões plurívocas. Todavia, importa advertir que as ambiguidades das palavras, das expressões utilizadas e das suas mais diversas significações, além de uma sucessão de sentidos relativos às nuances dos jogos de linguagem, podem causar certa confusão que, aliás, longe de representarem uma exceção, são ocorrências até comuns nos estudos e saberes do campo social.

A categoria Constitucionalismo pode ser estudada desde suas raízes mais antigas, ainda com os Hebreus, como também no medievo, bem como no período moderno ou mesmo no momento contemporâneo, embora, como adverte Fioravanti, possa não ser adequado atribuir-se a existência de um único Constitucionalismo, mas sim várias doutrinas da Constituição, sempre no sentido teórico da existência ou da necessidade de um ordenamento da sociedade e de seus poderes.[279] Numa das suas mais tradicionais acepções e correspondendo à evolução estatal, o Constitucionalismo pode ser compreendido, conforme conceituação elaborada por Canotilho, como "uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos" e que, numa acepção histórico-descritiva, corresponde às transformações de ordem política, social e cultural que

[279] Transcreve-se, no sentido mencionado, a advertência consignada no prólogo da obra de Fioravanti: *"[...] para concluir nuestra advertencia al lector debemos decir que no encontrará aquí ninguna historia del constitucionalismo, desde sus presuntas 'raíces' antiguas y medievales, hasta aos desarrollos y resultados modernos y contemporáneos. Para nosotros uma historia de ese género nunca ha existido, en el sentido e que nunca ha existido un constitucionalismo, sino que han existido varias doctrinas de la constitución, com la intención, siempre recurrente, de representar en el plano teórico la existencia, o la necesidad, de una constitución, de un ordenamiento general de la sociedad y de sus poderes".* In: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion:** de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001. Título original: Constituzione. P. 12.

determinaram uma ruptura ao poder político tradicional, portanto, "a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político".[280]

Embora tradicionalmente essa categoria esteja relacionada ao espectro dos Estados, pode-se observar a utilização da linguagem típica constitucional, principalmente a partir dos anos 90, para diversos significados no Direito Internacional, como para explicar o surgimento de tribunais internacionais, para a revitalização de organizações internacionais, para a compreensão da União Europeia em termos constitucionalistas, para o desenvolvimento de valores fundamentais no Direito Internacional, a ainda, já anteriormente, para os tratados de fundação de organizações internacionais.[281]

Ao procurar responder por que a noção de constitucionalismo foi introduzida no Direito Internacional, Fassbender destaca, num primeiro plano, o fato de sua utilização para diferenciar os tratados fundacionais de uma Instituição - em que se estabelecem seus fins, competências, e as relações entre os membros, dos demais acordos Internacionais. Assim, por exemplo, “Constituição da Organização Mundial da Saúde”, ou “Constituição da Organização Internacional do Trabalho”, bem como para o “Convênio Constitutivo (Artigos do Acordo) do Fundo Monetário Internacional”, ou ainda o “Convênio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual”. [282]

---

[280] No sentido moderno, o Constitucionalismo pode ser entendido como a limitação do poder estatal e supremacia da lei (Estado de Direito, *Rule of the Law*, *Rechtsstaat*), que representa, conforme Canotilho, "uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos" e que, numa acepção histórico-descritiva, corresponde às transformações de ordem política, social e cultural que determinaram uma ruptura ao poder político tradicional, portanto, "a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político". (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51-52).

[281] Conforme WERNER, Wouter. The never-ending closure: constitutionalism and international law. In: TSAGOURIAS, Nicholas (Edit.). **Transnational Constitutionalism**: international and European perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 329-330.

[282] Mais contundentemente, Fassbender cita trecho de resenha produzida por Thomas M. Franck, publicada em Harward Law Review 77 (1964) referente a obra “The Law of International Institutions, de 1963, de autoria de D.W.Bowett, conforme segue: *“[t]he Law of, or about, international organizations is essentially* constitutional Law*. This is true not only because it is descriptive of the internal rules governing the operation of institutions and societies, but because it is treated by lawyers in a manner different from other law – treated as* being capable of organic growth”. Segue a tradução livre: “o direito das, ou sobre, as organizações internacionais é essencialmente *direito constitucional*. Isto é verdade não apenas porque descreve as normas internas que regem o funcionamento das instituições e sociedades, mas porque é tratado pelos juristas de uma forma diferente de outro direito - tratadas como *sendo*

Da mesma forma, Cottier e Hertig[283] destacam o aumento de menções ao termo no contexto europeu e do Direito Internacional, como o caso das diversas organizações internacionais que empregam para seus estatutos a palavra "Constituição", como exemplos a FAO e a UNESCO. Sob outro aspecto, a expressão vem implicitamente admitida. Mesmo antes dos esforços endereçados à formalização de uma Constituição europeia, a Corte Europeia de Justiça (*ECJ*) já descreveu os tratados fundadores como a carta constitucional da comunidade baseada na "*rule of law*".[284] Também se menciona, exemplificando, decisão da Comissão Europeia de Direitos Humanos em que reconhece a Convenção como um instrumento constitucional no domínio dos direitos humanos.[285]

Em comentário sobre o emprego da linguagem constitucional no campo internacional, Werner opta pelo entendimento de que consiste numa tentativa de explicar os desenvolvimentos no Direito Internacional em aspectos emprestados do Constitucionalismo doméstico, com os propósitos de se manter na esfera do direito positivo e para contribuir para um projeto internacionalista de cunho normativo. No desenvolvimento de seu artigo, não deixa de asseverar, como especial desafio para o constitucionalismo internacional, o problema quanto aos seus fundamentos, e é esse também o propósito desta Seção.[286]

---

capazes de um desenvolvimento orgânico. (FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 4-5).

[283] COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von BOGDANDY and WOLFRUM, R. (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. v. 7, p. 261-328, 2003. p. 276-277.

[284] Opinion 1/91, Referring to the Draft Treaty on a European Economic Area, ECR 1991 I, 6084; os termos "constitutional charter" and "Community based on the rule of law' foram utilizados pela primeira vez no Case 294/83, Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament, ECR 1986, 1339 et seq., 1365. Conforme COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 7, 2003. p. 277.

[285] Decision Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v. Turkey, of March 4, 1991, Application Numbers 15299/89; 15300/89; 15318/89; ver também o julgamento subsequente no mesmo caso da European Court of Human Rights of May 23, 1995, Series A N. 310§75. (COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 7, 2003. p. 277).

[286] WERNER, Wouter. The never-ending closure: constitutionalism and international law. In: TSAGOURIAS, Nicholas (Edit.). **Transnational Constitutionalism**: international and European perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 329-330.

Sem embargo das dificuldades e ambiguidades que estão associadas à busca dos significados de tais expressões, adota-se, como apropriadas, as aproximações conceituais propostas por Peters, as quais, embora já referidas no "rol de categorias", procura-se melhor evidenciá-las transcrevendo-as a seguir: "O Constitucionalismo Global é uma agenda acadêmica e política que identifica e defende a aplicação de princípios constitucionais na esfera jurídica internacional, a fim de melhorar a efetividade e a justiça da ordem jurídica internacional". [287] Por outro lado, uma expressão correlata, a Constitucionalização Global, "refere-se ao continuado, embora não linear, processo de emergência gradual e de criação deliberada de elementos constitucionais na ordem jurídica internacional por atores políticos e judiciais, complementados por um discurso acadêmico em que esses elementos são identificados e desenvolvidos."

Estabelecidos os contornos conceituais, parece necessário vislumbrar um esboço do plano em que tema se desenvolve a partir do conjunto multifacetado de abordagens. De uma maneira geral, esse complexo conjunto pode ser observado a partir de duas percepções distintas: por uma ótica, a constitucionalização se daria de forma abrangente e unitária e, por outra, como uma perspectiva pluralística em uma série reunida de processos diferenciados. [288]

Numa sistematização mais elaborada, apesar da intrincada diversificação em que se apresenta o discurso do Constitucionalismo Global na literatura especializada internacionalista, Schwöbel entende que certas características permitem uma categorização do debate contemporâneo, sugerindo uma divisão em quatro dimensões, as quais são identificadas da seguinte maneira: a) "Constitucionalismo Social" (*Social Constitutionalism*), com ênfase na coexistência e na limitação do poder através da participação; b)

---

[287] No original: "Global constitutionalism is an academic and political agenda that identifies and advocates for the application of constitutionalist principles in the international legal sphere in order to improve the effectiveness and the fairness of the international legal order" and "Global constitutionalization refers to the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed". In: PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 397.

[288] Diferenciação proposta por Karolina Milewicz (MILEWICZ, Karolina. Emerging Patterns of Global Constitutionalization: toward a conceptual framework. In. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol.16. Issue 2. Article 3. p. 412-436, 2009. p. 422).

"Constitucionalismo Institucional" (*Institutional Constitutionalism*), com ênfase na governança por intermédio das instituições; c) "Constitucionalismo Normativo" (*Normative Constitutionalism*), com ênfase em um sistema de valores comuns através de proteção de direitos dos indivíduos e idealismo; e d) "Constitucionalismo Analógico" (*Analogical Constitutionalism*), que enfatiza as analogias entre o constitucionalismo doméstico e o regional, bem como a sistematização do Direito). [289]

O enfoque principal da dimensão do "Constitucionalismo Social" reside na coexistência ou convivência na sociedade internacional, ou seja, parte-se do pressuposto da existência de uma ordem normativa internacional aplicável a determinados aspectos dessa própria ordem almejando equalizar a coexistência. Em síntese, Schwöbel elenca como conceitos nucleares dessa dimensão a participação, a influência e a *accountability*, aduzindo que tal concepção deriva da crença na mudança ocorrida quanto à legitimidade do direito internacional na medida em que se transformaria de um direito centralizado no Estado baseado no consentimento para uma ampla ordem global de coexistência. Conforme Schwöbel, a caracterização dessa dimensão do "Constitucionalismo Social" teria por base os seguintes temas chave: limitação do poder, governança, direitos individuais, idealismo social (*social idealism*).[290]

Duas distintas vertentes, entretanto, podem ser localizadas nessa dimensão do "Constitucionalismo Social", uma delas denominada de "Escola da Comunidade Internacional" (*The International Community School*) e a outra denominada de "Sociedade Civil Global" (*Global Civil Society*). A "Escola da Comunidade Internacional" abriga diversos pontos de vista a respeito do Constitucionalismo Global, podendo-se destacar a ideia de um sistema baseado

---

[289] A categorização que ora se sintetiza, na perspectiva de *observar de fora* e buscar uma classificação do debate, encontra-se em: SCHWÖBEL, Chistine E. J [2011b]. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. (November 22, 2010). **German Law Journal**, Vol. 13, n. 1, 2011. p. 3-6, e SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, especialmente no Capítulo 1 (p. 11-49).

[290] A propósito, extrai-se do original: *"The advocates of social constitutionalism believe a shift has occurred in terms of the legitimacy of international law in that it has changed from a State-centred law predicated on consent to a comprehensive legal order of coexistence"*. In: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 21.

na Carta das Nações Unidas, como Bardo Fassbender[291], ou ainda tendo por orientação um sistema jurídico internacional baseado em normas peremptórias (Tomuschat).[292]

De uma maneira geral, conforme a síntese de Schwöbel, essa Escola vê a "a comunidade internacional como o fórum próprio no qual a participação pode ser exercida (tanto por parte dos Estados, como de organizações não governamentais ou indivíduos)". No que se refere à vertente da "Sociedade Civil Global", destacam-se, cada qual com as particularidades próprias, as abordagens de Gunther Teubner, cuja concepção será apreciada na Subseção seguinte,[293] Andréas Fischer-Lescano[294] e Philip Allot[295]. Na análise de Schwöbel, essa vertente tem como pressuposto a ideia do incremento da participação dos indivíduos na seara internacional. Nesse aspecto, "Os rótulos políticos que fornecem tais formas de participação com legitimação são a "sociedade civil" (Teubner e Fischer-Lescano) e a "sociedade internacional" (Allot)". Numa alusão concernente às ordens jurídicas estatais, esse constitucionalismo de conteúdo participatório com vistas à obtenção de legitimidade é denominado de democracia constitucional. [296]

---

[291] FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter As Constitution of the International Community. **Columbia Journal of Transnational** Law, v. 36, p. 529-546, 1998.

[292] TOMUSCHAT, Christian. **International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century**. General Course on Public International Law 281 Recueil des Cours de L'Académie de Droit International 237(1999).

[293] A perspectiva de Teubner trata das ordens normativas privadas (ou quase públicas) que se desenvolvem na esfera global independentemente dos limites estatais, supranacionais ou internacionais. (A propósito: TEUBNER, Gunther [2003a]. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31).

[294] FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung (The Emergence of the Global Constitution). **Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (ZAÖRV)**, v. 63, 2003, p. 717-759.

[295] ALLOTT, Philip. **Eunomia:** New Order for a New World**.** Oxford: Oxford University Press, 1990.

[296] Extrai-se do texto original: *"The international community school views the international community as the very forum in which participation can be exercised (whether by States, non-governamental organisations or individuals)." [...] "The political labels that provide such forms of participation with legitimacy are civil society and international society. in domestic legal orders, this notion of participatory constitutionalism for the purpose of legitimacy is commonly referred to as constitutional democracy".* In: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 21.

A dimensão do "Constitucionalismo Institucional" que, conforme sintetiza Schwöbel, dirige sua atenção para o poder na esfera internacional e procura a legitimá-lo por intermédio de sua institucionalização. As principais preocupações dessa dimensão situam-se em questões como a limitação e a accountability do poder através da participação e da representação, e distingue-se em três tipos: o da concepção da governança global (*global governance*), o da Carta das Nações Unidas como Constituição Global (United Nations constitution) e o Microconstitucionalismo tornando-se Macroconstitucionalismo, os quais serão abordados na Subseção seguinte.[297]

A esfera do "Constitucionalismo Normativo" procura oferecer uma estrutura para uma ordem global constitucional, cujas normas teriam um fundo moral inerente. Os autores que são inseridos nessa dimensão referem-se a essas normas como “direito mundial”, “normas fundamentais” e hierarquia normativa ou “*jus cogens*”. Conforme a síntese de Schwöbel, essa dimensão abrange todos os temas chave do constitucionalismo (limitação do poder, institucionalização do poder, idealismo, estabelecimento de normas ou diretrizes (*standard-setting*) e proteção de direitos dos indivíduos). Embora a escolha dos valores dependa do ponto de vista de cada abordagem, a dimensão normativa tem por premissa a existência de certas normas de caráter superior (constitucional) na ordem internacional. [298]

---

[297] Os argumentos a respeito da dimensão do "Constitucionalismo Institucional" são localizados em: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 21-34.

[298] A propósito, ver SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 35-43. Síntese em p. 42-43. Seguem alguns autores, dentre outros, destacados por Schwögel nessa dimensão: para a abordagem do "direito mundial": (EMMERICH-FRITSCHE, Angelika. **Vom Völkerrecht Zum Weltrecht (From International Law to World Law**. Berlin: Duncker & Humboldt, 2007); para a abordagem da ordem hierárquica no Direito Internacional que determinam uma ordem constitucional nessa esfera: BRYDE, Brun-Otto. International Democratic Constitutionalism. *In*: MACDONALD, Ronald St. John; JOHNSTON, Douglas M. (Eds.). **Towards World Constitutionalism**: Issues in the Legal Ordering of the World Community. Leiden: Martinus Nijhoff Publilshers, 2005. Na percepção de "normas fundamentais" que incorporam vaores da sociedade internacional: (De WET, Erika. The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. **Leiden Journal of International Law**, v. 19, p. 611-632, 2006); (BYERS, Michael. Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules. **Nordic Journal of International Law**, v. 66, 2007, p. 220 e seguintes).

Por último, a categoria do "Constitucionalismo Analógico", cuja perspectiva observa as analogias entre a esfera internacional e as ordens constitucionais nacionais e regionais. [299]

É pertinente destacar, no entanto, que a categorização que Schwöbel apresenta não pode ser entendida ou utilizada de forma separada, ou estanque, pois as características e dimensões identificadas podem sobrepor-se e interagir uma às outras.[300] Vale ressaltar que se trata de uma dentre outras tentativas de classificações possíveis, considerando-se a amplitude e diferenciações das contribuições acadêmicas relacionadas com o tema, mas é útil no sentido de auxiliar a organizar racionalmente todo o entrelaçamento de concepções teóricas a respeito da aplicação de preceitos do constitucionalismo na esfera para além do Estado.

Assim, delineados os aspectos quanto à significação, e evidenciando-se a potencialidade de ampla perspectiva do Constitucionalismo Global, caberia indagar o seguinte: essa concepção representaria uma resposta ou uma explicação em consonância com os reflexos de uma revolução científica, na significação a partir Thomas Kuhn,[301] em que um novo paradigma substitui um antigo modelo aceito tradicionalmente pela comunidade científica, mas que não mais corresponde aos postulados atuais? Pensa-se que se o sistema internacional, comumente baseado na perspectiva de que uma norma jurídica depende, para sua efetivação, do consentimento de cada Estado soberano, para um sistema em que as regras fundamentais de uma comunidade jurídica

---

[299] A propósito do Constitucionalismo Analógico: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 43.48. Nesse sentido, menciona-se, por exemplo, Mathias Kumm, que trata da questão da legitimação do direito internacional a partir de analogias com o direito da União Europeia. (KUMM, Matthias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. The European Journal of International Law, v.15, p. 907 e seguintes, 2004).

[300] Conforme Schwöbel, as quatro dimensões apresentadas não permitem uma delimitação clara, mas constituem sobreposições de diversos pontos de vista, correspondente às principais abrodagens dos autores internacionalistas no campo do Constitucionalismo Global. SCHWÖBEL, Chistine E. J [2011b]. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. (November 22, 2010). **German Law Journal**, Vol. 13, n. 1, 2011, p. 13.

[301] KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012. (50th Anniversary Edition – with an introductory essay by Ian Hacking).

internacional devem ser obedecidas independentemente do assentimento estatal, pelo fato de que cada Estado é um membro dessa comunidade, indica, sim, uma significativa mudança paradigmática. Estaríamos, nesse sentido, presenciando uma transição?

3.2 UM ESBOÇO DE ALTERNATIVAS E TENDÊNCIAS TEÓRICAS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ÂMBITO ULTRAESTATAL

Em complementação à abordagem da Subseção antecedente, considerando-se as múltiplas óticas em que se desenvolve a ideia do Constitucionalismo para além dos limites do Estado, afigura-se conveniente esboçar-se a seguir, a título exemplificativo, um breve apanhado de algumas das tendências e concepções teóricas, escolhidas dentre outras, que contribuem para a o tema deste estudo justamente por servirem de modelos alternativos, cada qual com as suas particularidades, nessa era caracterizada pela ótica “pós-nacional” ou das “constelações pós-nacionais”. Nesse contexto, tais modelos revestem-se de algumas propriedades que, sem dúvida, configuram-se como um ponto de referência para a compreensão e o exame da possibilidade de se transpor categorias típicas do Constitucionalismo para a esfera internacional ou global.

Quanto à concepção da doutrina da Comunidade Internacional e sua aplicação em relação aos Direitos Humanos como categoria constitucional e quanto ao problema da Carta das Nações Unidas - ONU como uma Constituição para a Comunidade Internacional serão tratadas mais especificamente na Seção 4, pois se revestem da qualidade que se convencionou denominar neste estudo de “teoria forte” do Constitucionalismo Global.

Obviamente, como alternativas teóricas de grande complexidade, necessitam de análise mais ampliada do que esse breve apanhado propõe. Contudo, entende-se que essa síntese pode auxiliar na compreensão do fenômeno temático que se procura examinar.

3.2.1 Delineamentos da Governança para além da esfera estatal

Para corresponder ao ambiente multifacetado, no qual se intensificam as relações sociais mundiais de forma a incluir, além dos Estados, outros atores, como as organizações intergovernamentais e não governamentais, as forças de mercado e segmentos da sociedade civil, afigura-se necessária a reflexão sobre os limites e as possibilidades do aperfeiçoamento da Governança tendo em vista os temas e os interesses envolvidos.

Inicialmente, cabe ressaltar que a categoria Governança não se confunde com a categoria Governo. A Governança refere-se à existência de um processo político que "envolve a construção de consenso, ou a obtenção de consentimento ou aquiescência necessária para realizar um programa, em uma arena onde muitos diferentes interesses estão em jogo".[302] Quanto à categoria Governo, refere-se a instituições formais que são parte de um sistema hierarárquico-normativo. Governo tem o poder tanto de tomar decisões que são vinculativas como de reforçar seus cumprimentos, ou seja, autoritariamente. [303] Conforme Rosenau, se os sistemas de regras dos governos podem ser pensados como estruturas, as de governança se caracterizam como funções sociais ou processos para a execução de diversas maneiras, em diversos momentos e em diversos lugares por uma ampla variedade de organizações.[304]

No entanto, é perceptível a existência de uma diversidade de interesses e finalidades, que podem ser identificados, conforme Hewitt de Alcántara, nos seguintes aspectos: a) para aqueles que desejam uma diminuição da presença marcante do Estado nas áreas econômica e social, de forma a deslocar parte da discussão da esfera governamental para o campo mais

[302] Conforme HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal,** v. 50, 1998, p. 105-113.

[303] Para uma distinção das categorias Governo e Governança, ver também: BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System.** United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 5.

[304] ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; McGREW, Anthony. **Governing Globalization:** power, authority and global governance. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010). p. 72.

abrangente da governança; b) a utilização da expressão “boa governança” como facilitação de programas de reforma de Estado com um apelo mais técnico e menos político; c) outros, que não tem interesse na redução do papel dos governos nacionais, usam o conceito de governança para os problemas que necessitam ação conjunta, em diversos níveis (do local ao supranacional), onde o Estado tem dificuldade ou não pode exercer liderança; d) fortalecimento da cultura cívica, promovendo a ação voluntária de forma a melhorar as bases sociais para a democracia; e) forma como a comunidade internacional pode construir instituições para promover a ordem e a justiça no contexto da globalização. [305]

Para melhor situar o tema, cabe uma distinção entre Governança Internacional e Governança Global, como o fazem Brühl e Rittberger: a primeira refere-se a um produto de redes não hierárquicas de instituições internacionais que regulam o comportamento dos Estados e de outros atores internacionais em diferentes temas de áreas da política mundial, enquanto a segunda também é uma rede não hierárquica, mas de instituições internacionais e transnacionais. Como contraste, a Governança Global caracteriza-se por uma diminuição dos Estados e um acréscimo no envolvimento de atores não estatais. Além disso, a Governança Global é equiparada com uma governança multinível, no sentido de que se dá não apenas nos níveis nacionais e internacionais, mas também nos níveis subnacionais, regionais e locais. Enquanto que na Governança Internacional os destinatários e produtores de normas e regras são estados e outras instituições intergovernamentais, na Governança Global também são incluídos os atores não estatais.[306]

Pode-se observar, conforme exemplificam Brühl e Rittberger, a dificuldade no cumprimento das metas e finalidades de governança nos sistemas internacionais, em que os Estados desempenham fundamental papel, como na insuficiência de proteção a determinados territórios ou populações quanto à guerra, as dificuldades de Estados e do sistema internacional em lidar com a

---

[305] HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal,** v. 50, 2008, p. 105-113.

[306] BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System.** United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 2.

prática de crimes que ultrapassam fronteiras (tráfico de drogas, terrorismo por organizações transnacionais, etc.) e de problemas ambientais. Ademais, em muitos Estados não é garantida a segurança jurídica. Essas dificuldades do sistema internacional em atingir as metas suficientes de governança podem ser percebidas também nas questões que envolvem a participação dos cidadãos nas decisões políticas, bem como no défict socioeconómico referente à desigualdades entre ricos e pobres. Podem também ser constatadas lacunas ou falhas jurisdicionais, operacionais, de incentivo e de participação, que contribuem para uma redução na legitimidade dos sistemas de governança internacional. [307]

Peters, identificando resquícios de direito constitucional em diversos níveis de governança (como especificamente os direitos humanos e o comércio), visualiza a existência de uma rede constitucional, relacionada à interação entre normas e seus destinatários. Os elementos fragmentários de direitos constitucional nos níveis de governança podem ser observados "tanto 'horizontalmente' (setorialmente) como 'verticalmente' (que compreende tanto o nível internacional como o nacional), e nesses níveis os elementos constitucionais "poderiam complementar-se e sustentar-se um no outro". Esse entrelaçamento é que Peters denomina de "*constitucional network*".[308]

Também como resposta ao problema dos sistemas que se reproduzem de forma alargada no cenário ultra estatal, destaca-se a contribuição de Slaughter. Para a referida autora, diante da realidade em que se configuram a extensão e a natureza das redes governamentais existentes, tanto horizontais

---

[307] Conforme BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System.** United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 2 Especificamente sobre a diminuição da legitimidade nos sistemas de governança, p. 21-24.

[308] Conforme PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245. Para Peters (p. 246), "A edificação de uma rede constitucional transnacional, na qual as normas aplicáveis não podem ser alinhdas em uma hierarquia abstrata, tem ao menos uma importante consequência jurídica: a solução de eventuais conflitos entre o direito constitucional nacional e internacional requer um balanço dos interesses em casos concretos". No texto original: "La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tiene al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos enter el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.

como verticais, vislumbra uma “nova ordem mundial”, cujo conceito refere-se à atual infraestrutura mundial, ordem esta alicerçada numa complexa rede tridimensional de interações entre instituições dos Estados desagregados.[309] Para Slaughter,[310] em brevíssima síntese, questões como terrorismo, crime organizado, direitos humanos, meio ambiente, finanças, comércio, etc. são objeto de esforço conjunto dos governos, através de redes transnacionais, em razão da intensa interdependência. Se tradicionalmente a governança global resulta da persecução dos próprios interesses nacionais pelos Estados, para Slaughter essa governança operacionaliza-se de forma descentralizada por juízes, reguladores e legisladores, bem como por intermédio de organizações não governamentais que atuam em temas específicos. Um dos aspectos abordados diz respeito às interações entre juízes e tribunais nacionais, regionais e internacionais num complexo processo de globalização da jurisprudência (“transjudicialismo”).

Na avaliação desse promissor contexto, mesmo que diversas dificuldades possam ser apontadas, principalmente quanto à transparência e legitimidade, não impedem, mas servem de estimulo para o aperfeiçoamento necessário para as organizações e as redes de governança que refogem aos limites estatais. Pensa-se, diante disso, que os aspectos inerentes às características da esfera constitucional podem contribuir nesse sentido.

---

[309] Slaughter conceitua “Ordem Mundial” como “um sistema de governança global que institucionaliza a cooperação e suficientemente contenha os conflitos de tal forma que as nações e seus povos possam alcançar uma maior paz e prosperidade, melhorar a gestão da terra e atingir padrões mínimos de dignidade humana”. (Livre tradução). No original: “… *a system of global governance that institutionalizes cooperation and sufficiently contains conflict such that all nations and their peoples may achieve greater peace and prosperity, improve their stewardship of the earth, and reach minimum standards of human dignity*”. In: SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 15.

[310] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

3.2.2 O projeto do Direito Administrativo Global

No âmbito da presente abordagem, também importa mencionar o projeto do Direito Administrativo Global (Global Administrative Law – GAL), criado pelo esforço conjunto de juristas como Sabino Cassese, Nico Krisch, Benedict Kingsburry, Richard B. Stewart, e outros, que surge como resposta a propagação e expansão dos sistemas regulatórios globais, que se multiplicam nas diversas áreas e se desenvolvem no ambiente ultraestatal, ou seja, escapam ao controle do Estado e são reguladas em nível global, como a pesca, o meio ambiente (ex: Organização Meteorológica Mundial, organismos encarregados da aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas e do Programa sobre o Meio Ambiente das Nações Unidas), o domínio marinho (a Organização Marítima Internacional, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, o Tribunal Internacional do Direito do Mar), a navegação aérea e marítima, a agricultura, alimentos, os serviços postais, as telecomunicações, Internet (a *ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), a propriedade intelectual, as fontes de energia, o domínio econômico e financeiro (ex. Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial), etc.[311]

A propósito, convém estabelecer uma conceituação de Direito Administrativo Global como

> aquele que compreende os mecanismos, princípios, práticas e apoiar os acordos sociais que os assegurem e que promovam ou que de outra forma afetem a *accountability* dos órgãos administrativos globais, em particular, garantindo o cumprimento dos *standards* adequados de transparência, participação, tomada de decisões fundamentadas, e legalidade, e promovendo a efetiva revisão das normas e das decisões que tomem. Os órgãos administrativos globais incluem órgãos reguladores intergovernamentais formais, redes regulatórias informais intergovernamentais e acordos de coordenação, entidades reguladoras nacionais que operam com referência a um regime internacional intergovernamental, órgãos reguladores híbridos público-privados e alguns órgãos reguladores privados que exerçam funções de governança transnacional de especial relevância pública.[312]

---

[311] CASSESE, Sabino. **Global Administrative Law:** an introduction. 22/2/2005. Cassese prefere a expressão "sistema regulatório global" (*global regulatory system*) a frequentemente utilizada expressão governança global" (*global governance*).

[312] Livre tradução: No original: *"… as comprising the mechanisms, principles, practices, and*

A conformação de seu conceito inclui essa disciplina nascente no âmbito da administração regulatória e, portanto, com o caráter de Direito Administrativo, com o objeto da transparência, participação, *review* e *accountability* na governança global, nos seguintes principais âmbitos de regulação administrativa global: Administração Internacional (*International Administration*), por organizações internacionais; Administração em Rede (*Network Administration*), baseada em ação coletiva por redes transnacionais de acordos de cooperação por reguladores nacionais (como o *Basel Committee of National Bank Regulators*); Administração Distribuída (*Distributed Administration*) conduzida por reguladores nacionais sob tratados, redes, ou outros regimes cooperativos (como a *Basel Convention on Transboundary movement of Hazardous Wastes*); Administração Híbrida (*Hybrid Administration*), em arranjos entre privados e intergovernamentais, como a *ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*; e a Administração Privada (*Private Administration*), ou seja, instituições privadas que possuem funções regulatórias, como no caso da ISO (*International Organization for Standartization*).[313]

Para Krisch, existe uma significativa repercussão no Direito Internacional pelo fato de que o poder público cada vez mais é levado para o nível de governança global, de forma que os princípios políticos e jurídicos dos Estados também são transferidos para o âmbito global. Defende o pluralismo existente no Direito Administrativo Global como alternativa à constitucionalização da ordem

---

supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance". In: KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The Emergence of Global Administrative Law. **International Law and Justice Working Papers 2004/1 (Law and Contemporary Problems)**, vol. 68, 2005. p. 17.

[313] Extraído do sítio do Institute for International Law and Justice (New York University School of Law). In: <http://www.iilj.org/GAL/GALworkingdefinition.asp>.

política global numa estruturação unitária e coerente, pois esta última tende a minimizar a diversificação da política mundial.[314]

Ao examinar o problema da proximidade do Direito Administrativo Global e do Constitucionalismo Global, Ming-Suo Kuo entende que ambas constituem o que se pode denominar de "public law", cuja relação assim é expressada

> Minha investigação sobre a relação entre direito administrativo e direito constitucional global sugere unidade da legalidade global , seja chamado de direito administrativo ou constitucionalismo global . Defendo que esta unidade identitária entre direito administrativo e direito constitucional no contexto global consistem em dupla reflexividade , enquanto um exame mais estreito essa unidade reflexiva é a fragmentação ou separação entre direito administrativo global e constitucionalismo , colocando desafios para o ideal da "rule of law" global". Por um lado , os administrativistas globais focam na coordenação geral ou racionalização de políticas administrativas, sem prestar atenção suficiente aos seus Impactos no desenvolvimento de um constitucionalismo global. Por outro lado, como premissa do constitucionalismo global sobre as práticas de regulação global, os constitucionalistas globais esquecem os problemas inerentes ao direito administrativo global. Como resultado, o *status quo* do direito administrativo global somente pode se sustentar "terceirizando" os desafios fundamentais para o constitucionalismo global . Em suma, a legalidade global é salva de fragmentação não por um direito público global unitário, mas assumindo a "dualidade jurídica" que estamos acostumados no pensamento jurídico tradicional.[315]

---

[314] KRISCH, Nico. The Pluralism of Global Administrative Law. **The European Journal of International Law**, v.17, 2006. p. 247-248.

[315] Livre tradução. No texto original: "*My investigation of the relationship between global administrative law and global constitutional law suggests the unity of global legality, whether it be called administrative law or constitutionalism. I argue that this identitarian unity between administrative law and constitutional law in the global context consist of dual reflexivity, while on close inspection underneath this reflexive unity is the fragmentation or separation between global administrative law and global constitutionalism, posing challenges to the ideal of the global rule of law. On the one hand, global administrative lawyers focus on the global coordination or rationalization of administrative policies without paying sufficient attention to its impacts on the developement of global constitutionalism. On the other hand, by premising global constitutionalism on the practices of global regulation, global constitutionalists overlook the problems inherent in global administrative law itself. As a result, the status quo of global administrative law can hold up only by "outsourcing" the fundamental challenges to global constitutionalism. In sum, global legality is saved from fragmentation not by a unitary global public law but instead by assuming the "legal duality" we have been accustomed to in traditional legal thinking".* (p. 467). Conforme KUO, Ming-Sung. Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism. **San Diego International Law Journal**, v.10, p. 439-467, 2009.

De fato, podem ser percebidas certas aproximações entre o Constitucionalismo Global e o Direito Administrativos. Se no aspecto conceitual o Direito Administrativo Global apresenta-se, *prima facie*, como um debate distinto, Schwöbel, entretanto, vê raízes comuns com o Constitucionalismo Global, "eis que enraizados em pensamentos semelhantes sobre mudanças no Direito Internacional e na esfera internacional em geral".[316]

3.2.3 Constitucionalização sem Estado: as Constituições Civis como resposta à globalização policêntrica

Também é de grande relevância referencial, como alternativa sistêmico-teórica às abordagens tradicionais vinculadas ao direito estatal ou constitucional, a contribuição de Teubner a partir de uma "Constitucionalização sem Estado", a respeito de um ordenamento jurídico mundial além das ordens políticas nacional e internacional, cujos candidatos a esse direito mundial sem Estado seriam, inicialmente, ordenamentos jurídicos de empresas multinacionais, direito do trabalho, área de padronização técnica e do autocontrole profissional, direitos humanos, proteção ambiental e inclusive o mundo esportivo (as "constituições civis" da sociedade mundial). [317] Decorre tal perspectiva de um policentrismo ocasionado pela globalização, envolvendo vários setores (político, econômico, ambiental, tecnológico, etc), em que se articulam diversos subsistemas autônomos com a esfera internacional relacionados com outros subsistemas parciais globais.

---

[316] SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 29.

[317] A propósito da concepção do *Societal Constitutionalism*, ver: TEUBNER, Gunther. **Global bukowina:** legal pluralism in the World Society. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28). TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31. TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? in* **Transnational Governance and Constitutionalism** (Christian Joerges, Inger, Johanne Sand & Gunther Teubner eds., 2004). TEUBNER, Gunther. **Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie (Global Civil Constitutions: Alternatives to a State- Centred Constitutional Theory***),* 63 ZAÖRV 3, 6 (2003).

Esse direito global, que abrange os atores privados ou quase públicos no âmbito global, permite três considerações: 1) somente pode ser exposto adequadamente por uma teoria do pluralismo jurídico; 2) (como não internacional) é um ordenamento jurídico que não pode ser mensurado conforme os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais; 3) sua relativa distância das políticas internacionais não protegerá o direito mundial de uma repolitização. Contudo, essa repolitização não será realizada pelas instituições políticas tradicionais, mas por variados processos por meio dos quais o direito mundial se acopla estruturalmente com discursos altamente especializados. Para Teubner, o direito mundial se desenvolveria não a partir dos centros políticos dos Estados-nação e das instituições internacionais, mas a partir das periferias sociais.[318]

Teubner assevera que a proposta da constitucionalização sem Estado não é abstrata e normativa destinada a um tempo futuro, mas sim possui "a existência de uma tendência real que hoje é suscetível de ser observada". Sua tese é assim explicitada:

> "A constituição da sociedade mundial não se faz realidade exclusivamente nas instituições representantes da política internacional, tampouco pode acontecer em uma constituição global que abarque todos os âmbitos sociais, senão que gera, por incremento, na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial".[319]

Para justificar a mudança de perspectiva de constituições únicas nacionais para a diversificação das Constituições civis da sociedade mundial, Teubner estabelece três circunstâncias: a primeira diz respeito ao dilema da racionalização, com base nas ideias desenvolvidas na obra *Theory of Societal Constitutionalism,* de David Sciulli, [320] em que este estabelece quatro impulsos que se opõem a uma tendência evolutiva massiva: 1) a fragmentação das lógicas

---

[318] TEUBNER, Gunther. **Global bukowina:** legal pluralism in the World Society. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28).

[319] Livre tradução. No original: "*La constitución de la sociedad mundial no se hace realidad exclusivamente en las instituciones representantes de la política internacional, tampoco puede acontecer en uma constitución global que abarque todos los âmbitos sociales, sino que se genera, por incremento, en la constitucionalización de uma multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial*". TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 78.

[320] SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

de ação, com as consequências de diferenciação exacerbada, pluralização e fechamento recíproco de esferas de sentido separadas. 2) o caráter dominante do cálculo instrumental; 3) a substituição global da coordenação informal por organização burocrática; 4) o progressivo encerramento nas "estruturas de submissão ao futuro" (*carcasas de servidumbre del futuro*), fora da política, diante do aumento da organização formal, cujas consequências vinculam os indivíduos a regras.[321]

A segunda circunstância refere-se à globalização policêntrica, no âmbito de uma multiplicidade de *global villages* autônomas, cada uma com uma dinâmica própria. Nesse sentido, "a globalização não significa simplesmente capitalismo global, senão a realização em escala mundial da diferenciação funcional".[322]

O terceiro diagnóstico circunstancial é denominado por Teubner de "*Creeping Constitutionalism*". Considerando que a política internacional não pode abarcar uma constitucionalização de todo o conjunto da sociedade mundial, bem como diante da necessidade normativa de espaços autônomos para a reflexão, Teubner entende que é possível se indagar a respeito do potencial de autoconstituição dos setores sociais globais. Diante disso, destaca a importância da juridificação e da constitucionalização entendendo que "todo processo de juridificação contém necessária e simultáneamente normas constitucionais latentes".[323] De tal maneira, "a atualização da latência de elementos constitucionais comportaria a possibilidade de levar a cabo uma reflexão normativa dos processos fáticos de constitucionalização e influir em sua direção".[324]

---

[321] TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 81-86.

[322] TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 89.

[323] Livre tradução. No original: "*Todo proceso de juridificación contiene necesariamente simultáneamente normas constitucionales latentes*".TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 89-90.

[324] Livre tradução. No original: "*La actualización de la latência de elementos constitucionales comportaria la posibilidad de llevar a cabo uma reflexión normativa de los procesos fácticos de*

Mais especificamente, Teubner escolhe questionar como a teoria constitucional inserida na tradição nacional-estatal poderia lidar com os novos desafios que se esboçam com três grandes tendência contemporâneas: a esfera digital, a privatização e a gênese de redes globais. [325]

Diante da constatação que não é aplicável às "constituições civis globais" a dicotomia público/privado, Teubner entende que o Direito Internacional Público e o Direito Privado transnacional deveriam cooperar na "análise constitucional de regimes globais". A teoria dos sistemas ofereceria três critérios: a sociedade mundial somente pode ser constitucionalizada de forma fragmentária, em "constituições de âmbitos sociais setoriais"; um sistema jurídico global não seria unitário, mas fragmentado; não se deveria contar com uma integração das constituições civis parciais por uma constituição política de conjunto, "mas se pode afirmar que na colisão de diversas constituições parciais se originam conexões em rede das constituições".[326]

Pode-se compreender, por um determinado ponto de observação, que essa concepção das constituições civis observa alguns requisitos, como elencados por Canotilho: são limitadas a específicos subsistemas sociais razão pela qual não aspiram ao qualificativo de constituição mundial; aperfeiçoa-se como constituições civis fora da esfera política, e portanto com autonomia das constituições parciais globais; são constituições que são dotadas de instrumento para a produção jurídica para sua regulação, além de fundamentarem suas normas com legitimidade superior.[327]

---

constitucionalización e influir em su direccion". TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 94.

[325] TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 73.

[326] TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 110-111.

[327] CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 296. O autor também desenvolve uma crítica a essa concepção de *constituições civis globais fora da política* (p. 298-300).

Entretanto, entende-se que a concepção das "Constituições civis" globais, que subestima a presença estatal, não se ajusta aos limites temáticos propostos para esta Tese, cuja linha que se adota não dispensa a essencialidade do papel dos Estados no desenvolvimento do Constitucionalismo Global, seja no que se refere à formação dos tratados, inclusive de Direitos Humanos, como também na institucionalização de entes internacionais, como a Organização das Nações Unidas, que será objeto de apreciação adiante, quanto ao problema do caráter constitucional de sua Carta.

3.2.4 A proposta do Transconstitucionalismo como racionalidade transversal e entrelaçamento de ordens normativas diversas

Noutra vertente, mas que se assemelha ao Constitucionalismo Societal no que diz respeito ao problema da globalização policêntrica decorrente da intensificação da sociedade mundial e dos respectivos reflexos quanto à criação e à aplicação normativa pelos diversos atores que não se limitam ao âmbito estatal, Marcelo Neves propõe e desenvolve o conceito de Transconstitucionalismo, a respeito do qual, de forma descritiva, apresenta-se a seguir alguns pontos para uma aproximação do tema.

No ambiente globalizado e multifacetado convivem os ordenamentos jurídicos nacionais e os diversos outros ordenamentos, de tal forma que nos remetem a refletir sobre as relações e reflexos que se originam nesse cenário. Crítico[328] quanto às concepções de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, Marcelo Neves introduz o conceito de Transconstitucionalismo. Como fundamento de sua argumentação, parte do conceito de "razão transversal" de Wolfgang Welsch[329], mas afasta-se "para

[328] Para Neves, "Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente". In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

[329] Para uma aproximação quanto ao conceito de "razão transversal": WELSCH, Wolfgang. Rationality and Reason Today**.** *In:* GORDON, Dane R; NIZNIK, Józef. **Criticism and Defense**

analisar os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais (“pontes de transição”) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial”.[330]

Como pressuposto teórico, Neves propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna de Niklas Luhmann.[331] Para tanto, utiliza o conceito de racionalidade transversal (Welsch), que diz respeito aos entrelaçamentos que servem de aprendizados ou influências recíprocas entre esferas da sociedade com racionalidades ou experiências diversas.[332]

Em decorrência desses pressupostos, considera a Constituição de um Estado não só como acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, conforme tratado por Niklas Luhmann, “mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito”, e que a Constituição transversal “pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem”.[333]

Para se definir as questões que dizem respeito ao transconstitucionalismo é preciso desvincular, numa abertura do Constitucionalismo e do conceito clássico de Constituição ligada territorialmente a determinado Estado, até porque "Os problemas dos direitos fundamentais ou dos

---

of Racionality in Contemporary Philosophy. Netherland/Georgia(GA): Rodopi, 1998. p.17 e seguintes. Para uma visão mais ampliada: WELSCH, Wolfgang. **Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995, stw 1996.

[330] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. xxii.

[331] Conforme Neves, “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.37). O conceito de acoplamento estrutural deriva da obra de Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da biologia, mas trazido por Luhmann para o campo da sociologia. Sobre o desenvolvimento conceitual de acoplamento estrutural ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas** (Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate). Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 128-151.

[332] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34-50.

[333] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 62-63.

direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas".[334] Portanto, é nessa lógica de raciocínio que afirma que os problemas constitucionais, por surgirem em diversas ordens jurídicas, diante de sua transterritorialidade exigem soluções no entrelaçamento entre as mesmas e não como circunscritas a determinado Estado.

Ao tratar especificamente do Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas e como estas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais, Neves expõe o entrelaçamento exemplificando com casos concretos. Aborda, então, o Transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional.[335]

De todo modo, a concepção de Neves afasta-se da "tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma nova ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea", mas reveste-se de significativa importância de compreensão e reflexão a respeito da integração da sociedade mundial em torno dos problemas constitucionais que lhe são comuns.

3.2.5 A constitucionalização da União Europeia e o "Constitucionalismo Multinível"

Uma das mais representativas tendências em voga é a alternativa do "Constitucionalismo Multinível" (*Multilevel Constitutionalism*), concepção esta cuja autoria comumente se atribui a Ingolf Pernice, para designar a experiência em curso na organização supranacional da União Europeia, cujo conceito serve para explicar a interação entre o ordenamento jurídico dos Estados-membros e o

[334] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 119-120.

[335] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115-234.

Direito da União Europeia, especialmente em razão da configuração originada dos tratados de Amsterdã e Lisboa.[336]

Pernice, por ocasião de uma análise referente ao Tratado de Amsterdã, já pronunciava ser irrelevante "se a Europa tem uma Constituição", eis que, sendo a União Europeia um sistema de poder compartilhado entre os níveis de governança regional(Länder), nacional e supranacional, já disporia do que denomina uma "Constituição Multinível", formada mediante a relação entre as Constituições dos Estados membros vinculados por um corpo constitucional complementar, consistente nos Tratados Europeus.[337] Num artigo posterior, Pernice retoma o conceito, que é baseado em uma abordagem contratualista, argumentando que se trata de um sistema de poderes divididos para enfrentar os desafios da globalização na era pós-nacional, coexistindo as constituições nacionais e o desenvolvimento progressivo de uma autoridade supranacional pública.[338]

---

[336] Para uma aproximação conceitual de *Multilevel Constitutionalism*, ver: PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em 21/05/2013. PERNICE, Ingolf. Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and "Multilevel Constitutionalism". in: RIEDEL, Eibe. (ed.). **German Reports on Public Law, 1998.** p. 40-65. PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review, n. 36 (1999)**. p. 703-759 (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999); PERNICE, I.; MAYER, F. Mayer. De la Constitution composée de l'Europe. **Revue trimestrielle de droit européen 36 (2000)**. p. 629 e seguintes. PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **Columbia Journal of European Law 15 (2009)**. p. 349 e seguintes. CANANEA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009). In: www.zaoerv.de/70_2010_2_a_283_318.pdf. Acesso em 21/05/2013.

[337] No original: *"A constitution made up of the constitutions of the member states bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (Verfassungsverbund). The European Union is a divided power system, in which each level of government - regional (or Lander), national (State) and supranational (European) - reflects one of two or more possible political identities of the citizens concerned".* PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review, n. 36 (1999)**. (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999). p. 707.

[338] Segue a noção conceitual, em tradução livre: "O Constitucionalismo Multinível" destina-se a descrever e compreender o continuado processo de criação de novas estruturas de governança para complementar e construir sobre - e ao mesmo tempo mudando - as formas existentes de auto-organização do povo ou da sociedade. É uma abordagem teórica para explicar como a União Europeia pode ser conceituada como um assunto e uma criação de seus cidadãos tanto quanto os Estados são uma questão e uma criação de seus respectivos cidadãos. Os mesmos cidadãos são a fonte de legitimidade para a autoridade pública a nível

O argumento da construção conceitual de Pernice, no entanto, tem alguns contrapontos importantes, pois depende do que se compreende como Constituição.[339] Além disso, é importante a crítica desenvolvida por Cananea, o qual, não sem reconhecer o valor global dessa teoria, aduz que o conceito de Constitucionalismo Multinível, embora apto a explicar a dinâmica da integração entre o direito nacional e o direito comunitário, não é suficiente a convencer, principalmente porque é um conceito descritivo e enfatiza a estrutura constitucional europeia na dimensão horizontal. Além de apontar ambiguidade no que concerne com relação ao termo "multinível", também é ambíguo o ponto de vista normativo. De outro modo, entende que o conceito desenvolvido por Pernice não é convincente para aqueles que se preocupam com o problema subjacente com relação à coerência global do sistema jurídico. [340]

Por outro lado, abordando a discussão sobre novos modelos em substituição ao paradigma clássico do constitucionalismo ocidental e também voltado especificamente ao âmbito do processo supranacional de construção europeia, Canotilho, opta por seguir, ao invés de conceitos como *Multilevel Constitutionalism,* uma teoria da interconstitucionalidade, já tratada anteriormente

---

europeu, bem como - em relação ao seu respectivo Estado-Membro - a nível nacional, e estão sujeitos à autoridade exercida em ambos os níveis. A Constituição Europeia poderia, então, ser composta pelas Constituições nacionais e pelos Tratados Europeus para um sistema constitucional duplo ou multinível. Em consequência, minha opinião é de que a Europa já tem uma constituição e o problema é melhorar os Tratados existentes para o fim de melhorar o sistema, não fazer uma nova Constituição". No original: *"Multilevel Constitutionalism" is meant to describe and understand the ongoing process of establishing new structures of government complementary to and building upon - while also changing - existing forms of self-organisation of the people or society.It is a theoretical approach to explaining how the European Union can be conceptualised as a matter and creature of its citizens as much as the Member States are a matter and creature of their respective citizens.The same citizens are the source of legitimacy for public authority at the European as well as - regarding their respective Member State - at the national level, and they are subject to the authority exercised at both levels. The European Constitution would, thus, be composed by the national constitutions and the European Treaties to a bi - or multilevel constitutional system. As a consequence, my view is that Europe has already a constitution and the issue is to improve the existing Treaties in order to improve the system, not to make a new constitution"*. In: PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em 21/05/2013. p.2.

[339] KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 22.

[340] CANANEA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009). P. 316-317.

por Lucas Pires[341], a qual "como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político".[342]

Não é despida de polêmica a questão quanto a possível existência de uma Constituição da União Europeia, ante os diversos e complexos problemas decorrentes de tal acepção, e é bem verdade que não há um texto constitucional estabelecido como ocorre tradicionalmente nos Estados. Contudo, é certo que todo sistema político tem uma constituição a lhe estruturar e fixar as regras, valores e objetivos comuns a serem seguidos pela sociedade.

Sob outro enfoque, Stein defende o ponto de vista do importante papel no processo de constitucionalização europeia a partir da Corte de Justiça, pela sua criação das doutrinas de efeito direto, da supremacia, e da noção de legislação europeia e poderes implícitos, mesmo não havendo uma constituição no sentido formal.[343]

O problema parece residir quanto à identidade coletiva europeia, ou seja, existe um povo europeu? Um demos? Por outro lado, trata-se de um processo espontâneo, ou é imposto "de cima para baixo"? A criação jurídica de uma cidadania europeia poderia ser complementar às cidadanias nacionais? Tais críticas parecem relevantes principalmente no sentido da legitimação da constitucionalização. Por outro lado, Varella ressalta o problema quanto à necessidade de entendimento da comunidade como um povo no sentido da tradição constitucional, compartilhando valores político-jurídico, especialmente se for considerado que o modo de compreender a democracia contemporânea tem sua base no Contrato Social de Rousseau, em que cujo núcleo de origem e fim último do poder político é o povo. A análise realizada por Varella aponta como o

---

[341] PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

[342] CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266. A propósito de uma crítica resumida das tendências do constitucionalismo global, ver p. 259-345.

[343] STEIN, Eric. Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. **American Journal of International Law** (1981) 75. p. 1-27.

problema crucial para a União Europeia “estaria na falta de relação entre os destinatários e os emissores do poder”, seja porque as instituições supranacionais (legislativo, executivo, judiciário) são formadas por eleição indireta, seja porque a União Europeia “tem uma política voltada não apenas para si, mas para o mundo. Suas decisões econômicas, políticas e jurídicas são sentidas em outros Estados, como uma união de grandes Estados, catalisada pela ação coordenada do sistema regional”.[344] Num outro viés, pode-se mencionar a crítica de Avelãs Nunes, o qual repudia o caráter ideológico neoliberal no qual estaria inserida a eventual Constituição Europeia, de forma que enfatiza que o mercado não não deve sobrepor-se à política.[345]

Apesar dessas objeções, é possível perceber que, mesmo em fase inicial, existe um processo que abarca, senão uma tendência, um modelo peculiar para o exame das possibilidades da constitucionalização no espaço da União Europeia. A União Europeia desenvolve-se a partir de um componente político e cultural e de elementos compartilhados regionalmente e configura-se com características únicas, razão pela qual, no entender de Peters, não lhe tornam apropriada para um constitucionalismo mundial, embora reconheça que o modelo europeu teria o condão de estimular novas análises quanto ao governo democrático num nível global.[346]

3.2.6 Constitucionalização no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC

Os tratados instituidores de organizações internacionais podem induzir a discussão sobre uma constitucionalização nesse nível. O enfoque de uma Constituição no âmbito do comércio internacional, mais propriamente instituída a

[344] VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 122.

[345] A propósito, AVELÃS NUNES, A. J. **A Constituição Europeia**: a constitucionalização do neoliberalismo. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.

[346] PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 235.

partir da Organização Mundial do Comércio – OMC é uma hipótese peculiar revestida de uma gama de posicionamentos acadêmicos longe de formarem um conjunto harmônico de entendimentos.

Kadelbach e Kleinlein identificam a partir da discussão usual alguns aspectos que podem sugerir a ideia de uma constitucionalização na mencionada organização, como quando as regras econômicas internacionais de longo prazo restringem os interesses de curto prazo tanto de particulares como de servidores governamentais. Num outro prisma, conforme os referidos autores, pode-se vislumbrar, pelo menos como possibilidade, resquícios de *rule of law* concernente a decisões geradas pelo sistema obrigatório de solução de controvérsias com caráter executório de um procedimento quase-supranacional. Quanto à hierarquia normativa, pode ser observada na prioridade interna que o tratado possui em detrimento de legislação derivada. Por outro lado, os referidos autores argumentam que determinadas disposições legislativas de organismos da OMC substituem as legislações nacionais (ex.: o *Codex Alimentarius Comission*). Para Kadelbach e Kleinlein a OMC passa por um processo juridificação, e não de constitucionalização, mas que, no entanto, "os standards pelos quais tal organização é medida mudaram, e que os critérios utilizados são tomados do Direito Constitucional". [347]

De todo modo, o desenvolvimento da atuação da OMC pode ocasionar déficits democráticos, de forma que as críticas nesse sentido poderiam ser compensadas mediante a integração por outras fontes, como os Direitos Humanos, razão pela qual Petersmann advoga o entendimento de que os direitos humanos devem ser integrados na OMC e que o órgão de Solução de Controvérsias (Panels) devem interpretar as exceções gerais e cláusulas de salvaguarda com base em direitos humanos, e, por outro lado, os tribunais

[347] KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles. Duncker & Humblot (Publish.). **German Yearbook of International Law**. n. 50. Berlim: Duncker & Humblot (Publisher), 2008. p. 19.

nacionais deveriam aplicar as decisões da OMC, como fruto do direito fundamental ao livre comércio.[348]

Ao contrário dos estudos que enfatizam as perspectivas baseada em aspectos institucionais (John Jackson)[349], do direito (Ernst-Ulrich Petersmann) e metafísicos (Joseph Weiler) [350], um artigo desenvolvido por Cass explora a ideia da constitucionalização ser realizada a partir das decisões do Órgão de Apelação da OMC que correspondam à produção de uma jurisprudência de tipo constitucional, animadas por um raciocínio de referência constitucional, como democracia, governança, desenho constitucional, justiça, afetação de responsabilização pública, etc. Este fenômeno é ilustrado por quatro tendências: a incorporação de doutrina constitucional (*constitutional doctrine amalgamation*), a constituição de um sistema (*system constitution*), a incorporação de temas específicos (*subject matter incorporation*) e a associação a valores constitucionais (*constitutional value association*).[351]

Com destaque, Peters menciona, como um tema clássico do constitucionalismo por pretender conter o poder político para a salvaguarda da autonomia do indivíduo, a possibilidade de aplicação das regras do *GATT* (*General Agreement on Tariffs and Trade* - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) numa perspectiva constitucional. A possibilidade dos participantes com interesses comerciais quanto à efetivação de regras do comércio internacional junto às cortes nacionais "fortaleceria aos indivíduos e permitiria ao

---

[348] PETERSMANN, Ernst-Ulcrich. Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. In: **The European Journal of International Law**, n. 13, 2002, p. 621 e seguintes. Ver, também: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. **Journal of International Economic Law,** v.3, p. 19-25, 2000.

[349] Jackson elabora sua análise sobre a constitucionalização no âmbito da OMC com ênfase no aspecto da estrutura institucional. In: JACKSON, John. The WTO "Constitution" and Proposed Reforms: Seven "Mantras" Revisited. **Journal of International Economic Law**. v. 4, 2001, p. 67-78.

[350] Weiler entende a constitucionalização do GATT em termos estruturais. WEILER. Joseph H.H (Ed.). **The EU, the WTO and the NAFTA**: Towards a Common Law of International Trade? Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 230.

[351] Para Cass, os argumentos apresentados no referido artigo modificam a discussão quanto a OMC ser ou uma Constituição para o campo das especulações sobre a natureza do comércio internacional e da própria ideia de constitucionalização. In: CASS, Deborah Z. The "Constitutionalization" of International Trade Law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in International Trade. In: **The European Journal of International Law – EJIL**, v. 12. n. 1 p. 39-75, 2001.

poder judicial o controle dos executivos que, do contrário, gozam de uma discricionariedade sem limites na aplicação de regras que na realidade foram pensadas para controlar esses mesmos atores".[352]

As considerações particularizadas no âmbito da OMC parecem não permitir ainda uma conclusão satisfatória quanto ao processo de constitucionalização, mas revestem-se de importância por analisarem a respeito da utilização de aspectos de cunho constitucional nessa específica organização internacional, ou seja, limitado a esse subsistema.

3.2.7 O Constitucionalismo Compensatório em face do fenômeno da Globalização

Já se tratou na Seção 1 sobre o processo de intensificação da sociedade mundial como premissa metodológica para o desenvolvimento do tema proposto para esta Tese, inclusive porque serve de motivo para renovar o interesse na reflexão e no debate sobre o Constitucionalismo Global, razão pela qual se concorda com a percepção de Dunoff e Trachtman no sentido de que a Globalização poderia influenciar ou contribuir com a constitucionalização do direito internacional. [353]

De fato, pode-se constatar um relacionamento comum e de reforço mútuo de certos tipos de direitos na esfera internacional. De tal forma, como já se expôs acima, a intensificação da Globalização possibilita acordos de cooperação, além de permitir interações internacionais, legais e institucionais, como no comércio internacional, no combate à criminalidade organizada, na gestão ambiental, etc. Ou seja, a necessidade de normas jurídicas internacionais originaria a demanda por normas internacionais constitucionais.

---

[352] PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 237.

[353] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 5.

Para Peters, a antiga ideia de uma Constituição para a Comunidade Jurídica Internacional, já pensada mais propriamente desde Verdross, merece de fato ser reavaliada em face da Globalização, compreendida como um processo crescente de interdependência global decorrente de problemas globais e deslocalizados, bem como pelo desenvolvimento de redes globais nas áreas da economia, da ciência, da política e do direito. Em decorrência, os Estados são destinados a processos de cooperação não só em relação a organizações internacionais, mas também em razão de tratados bilaterais e multilaterais. Ademais, migram para outros níveis as funções exercidas tradicionalmente pelas instâncias estatais/governamentais como a segurança, a liberdade e a igualdade e, por outro lado, atores não estatais atuam nos Estados bem como transnacionalmente para lidar com temas antes circunscritos às fronteiras domésticas, inclusive nas áreas militar e policial, tão ligadas ao ente estatal.[354] Esse conjunto de fatores ocasiona um processo de governança para além dos limites estatais para lidar com temas de interesse público.

Diante disso, entende que as constituições estatais não mais dão conta de regular suficientemente a governança afetando desde o princípio democrático até o próprio direito e a segurança das pessoas. Em consequência dessa "desconstitucionalização", Peters propõe "buscar uma constitucionalização compensatória no plano internacional" para que, de forma abrangente em diversos níveis de governança, possa ocorrer uma efetivação constitucional completa.[355]

---

[354] PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures. In: **Leiden Journal of International Law**. N. 19, 2006. p. 579-610. Texto também publicado em: PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 207-261.

[355] PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures. In: **Leiden Journal of International Law**. N. 19, 2006. p. 580.

Ante o esvaziamento e a disfunção no campo das constituições estatais, o constitucionalismo compensatório no plano internacional teria por escopo a preservação dos princípios do constitucionalismo.[356]

3.2.8 Identificação de outras importantes concepções: Alfred Verdross e a doutrina (escola) da Comunidade Internacional, a New Haven School *e a abordagem construtivista.*

Se diversos autores teceram suas considerações em torno da noção de Constituição e da expressão do direito constitucional no plano do direito internacional, Fassbender, entendendo que somente poucos empreenderam a tarefa de sistematizar as razões e as consequências da adoção de tal ideia, identifica distintas escolas de pensamento nesse sentido, cada qual com suas particularidades e em períodos específicos: a) a abordagem inaugural de Alfred Verdross; b) a abordagem da *New Haven School*; c) a da "doutrina da Comunidade Internacional"; d) a abordagem construtivista.[357]

Quanto à abordagem de Verdross e à escola que pode ser denominada de "doutrina da Comunidade Internacional", serão estas examinadas na próxima Seção. Entretanto, não se pode deixar de mencionar a importância das outras duas escolas.

A *New Haven School* (ou abordagem da Ciência Política), em que se sobressaem Myres McDougal e Michael Reisman, tem origem nos anos 50 do século passado, no período abrangido pela "guerra fria", e, destoando da tradição analítica com seu referencial nas regras, trata-se de escola orientada para o processo e o contexto. No que concerne à Carta da ONU, os referidos autores entendem que resulta de uma decisão constitutiva (porque identifica tanto os *decision-makers* como os procedimentos para a tomada de decisões) e que,

---

[356] PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 405.

[357] Para uma síntese quanto às abordagens das referidas escolas, ver: FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 27-51.

embora tida apenas como uma parte de um amplo processo constitutivo, o que adota é apenas o início de um processo contínuo de mudança constitucional na comunidade mundial.[358]

Quanto à concepção do "construtivismo", Nicholas Onuf procura harmonizar a tradição analítica com abordagem de McDougal (*New Haven School*), por entender que tanto as regras como a realidade social são relevantes para o universo jurídico.[359] Para desenvolver sua ideia de "Constituição da Sociedade Internacional", Onuf parte, embora com características diferenciadas, da concepção de Hart (H.L.A. Hart, "O Conceito de Direito"). Para Onuf, qualquer sociedade, inclusive a sociedade internacional, é entendida tanto como algo (*thing*) como também como um processo (*process*).[360]

Embora assevere que a sociedade internacional não tem uma constituição que seja anunciada como tal, argumenta que existem rudimentos de uma Constituição no sentido material no que denomina o mais importante tratado multilateral, qual seja, a Carta das Nações Unidas. Mais especificamente, afirma que "Se a Carta contém uma constituição material, suas disposições encontram-se no Capítulo I (Artigos 1 e 2)".[361]

Identifica, por exemplo, que o Preâmbulo da Carta (*We the peoples of the United Nations* - Nós os povos das Nações Unidas) sinaliza uma regra de reconhecimento da soberania de vários dos povos, da mesma forma que o §1º do Artigo 2, em conjunto com o §7, oferece outra regra de reconhecimento.[362] A

---

[358] A propósito: (MCDOUGAL, Myres S.; REISMAN, Michael W. International Law in Policy-Oriented Perspective. In: **The Structure and Process of International Law**: Essays in Legal Philosophy. Doctrine and Theory 103 (R.St. J. Macdonald & Douglas M. Johston eds., 1986); (REISMAN, Michael W. Les vues de la New Haven School of International Law (Artigo traduzido por Nicolas Castoldi). In: **L'Ecole de New Haven de Droit International.** Tradução sobre a direção de Julien Cantegreil. Paris: Pedone, 2010). Para um apanhado geral sobre a New Haven School ver: (FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 36-41).

[359] ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, 1994, p. 1-19.

[360] ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, p. 1-19, 1994. p. 1.

[361] ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, p. 1-19, 1994. p. 16.

[362] ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International**

respeito do §4º do Artigo 2, Onuf vislumbra que se caracteriza como *jus cogens*, "uma regra imperativa do direito a qual somente pode ser substituída por outra regra também peremptória".[363]

Aliás, acredita que todo o Capítulo I tem essa característica peremptória, atribuindo que o mesmo se destaca do resto da Carta das Nações Unidas e também do Direito Internacional. Pela aproximação do Capítulo I da Carta de um modelo de Constituição reforça seu status como uma Constituição material ("*That Chapter I approximates a model constitution strengthens the case for its status as a material constitution"*).[364]

Para Fassbender, é difícil a conciliação dos pontos de vista de Onuf e de Hart, mas ao primeiro deve ser dado destaque como uma nova luz sobre o caráter constitucional da Carta das Nações Unidas, inclusive porque aquele evidencia o Capítulo I da referida Carta, que define os objetivos e princípios da comunidade internacional, bem como pelo aspecto da relação do direito constitucional internacional e o *jus cogens*. Entretanto, Fassbender enfatiza que, no seu ponto de vista, a Carta das Nações Unidas não pode ser considerada constituição somente pelo fato de incluir regras *jus cogens*.[365]

3.3 O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO DA INTERDEPENDÊNCIA E DA COOPERAÇÃO

Especialmente a partir dos meados dos Setecentos a construção das categorias Constituição e Constitucionalismo adquirem significativa vinculação ao modelo de organização política estatal, em que a Soberania e a centralidade política encontram-se estabelecidas em determinado território, onde o poder é

Law, v.5, p. 1-19, 1994. p. 16.

[363] No original: "*a peremptory rule of law which may only be superseded by another such peremptory rule*". In: ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, p. 1-19, 1994. p. 16.

[364] ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, p. 1-19, 1994. p. 17.

[365] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 51.

estruturado e limitado por uma Constituição nacional, cujo povo tem o status de nacionalidade ou cidadania com direitos e deveres sob a égide de direitos fundamentais. Como expressão e materialização da organização de uma comunidade política (Estado) e da limitação do poder, não deixa de ser curioso, no entanto, o fato de que, apesar dessa vinculação ao Estado, o importante marco simbólico da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já sinalizava, no seu artigo 16, que o referente convergia em direção ao corpo social, ou seja, é a Sociedade que possui uma Constituição, e não o Estado.[366]

Sem embargo, embora se tenha por habitual a ideia de que o fenômeno constitucional seja interligado ao modelo político do Estado-nação, tal fato não implica necessária e exclusivamente que o Constitucionalismo e os elementos característicos da noção de Constituição não possam transcender às fronteiras estatais para tratar de outras possibilidades de organização político-jurídica da Sociedade, inclusive da Comunidade Internacional.[367]

Com efeito, uma das análises referentes à sociedade moderna aponta que o fenômeno da globalização, como resultante de um processo intensificado das relações sociais mundiais, desenvolve-se de tal modo que a sociedade passa a se entender como sociedade mundial ou global, além de se desvincular da estrutura política territorial, que se torna deficiente em face do cenário mundial.[368]

De fato, as relações se potencializam de tal forma que refletem nas variadas esferas da vida social e econômica. A velocidade das comunicações e do fluxo de capital, o comércio internacional e os deslocamentos e circulação de

---

[366] Art. 16 da Declaração de 1789: "Toute societé dans laquelle la garantie des droits n'est pás assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution". Trata-se de sutil observação de Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 88-89).

[367] Nesse sentido, Peters aduz que o termo “Constituição” nunca foi exclusivamente reservado para constituições estatais e que, ademais, não há impossibilidade de se conceituar o direito constitucional para além da nação ou do Estado. Conforme PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 40.

[368] Para Neves, não há se confundir o conceito de “sociedade mundial” com a noção controvertida de “globalização”, não só pelo caráter ideológico que dela emana, mas pela forte carga prescritiva. Assim, refere-se à “globalização” como produto de uma “intensificação da sociedade mundial”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 27.

bens e pessoas se expandem e observa-se até uma porosidade dos limites antes mais marcantes entre os Estados Nacionais. Ademais, a centralidade do poder político estatal sofre certa diminuição, que agora é compartilhado com outros diversos centros de decisão, inclusive em ambiente de relações transnacionais e supranacionais.

O sistema *Westfaliano* de Estados e o próprio Direito Internacional configuram-se como resposta ao modelo anterior da realidade medieval europeia, conforme já se tratou na Seção 1, do qual se origina uma estrutura baseada na liberdade e na paz entre as nações. Consequentemente, o desenvolvimento do Constitucionalismo e de suas principais categorias, como a separação dos poderes e a *rule of* Law, se dá na perspectiva aprisionada aos limites do Estado. Correlatamente, pode-se perceber que o Direito Internacional desenvolveu-se no sentido da preservação da paz e da coexistência ente os Estados, respeitando um sistema ideal de rígida Soberania.

Em princípio, o Direito Interno e o Direito Internacional, conforme anotam Cottier e Hertig, eram vistos como sistemas distintos. Contrastando com a ordem jurídica hierarquizada do Estado nação, o campo internacional corresponderia a um sistema descentralizado e menos institucionalizado, uma sociedade de justapostas soberanias em que a política internacional constituía prerrogativa do executivo, uma vez que o relacionamento interestatal era tido como uma ameaça à própria existência do Estado nação. De tal maneira, enquanto os preceitos do constitucionalismo circunscreviam-se ao Estado nação, o Direito Internacional permanecia, aludindo-se a Allott[369], numa esfera desconstitucionalizada ("*constitution-free*") e numa zona livre de moralidade ("*morality-free zone*"), em que a *Realpolitik*[370] serve como pano de fundo.[371]

---

[369] ALLOTT, Philip. The Concept of International Law. In: **The European Journal of International Law – EJIL**, n. 10, 1999. p. 35.

[370] A expressão *Realpolitik* refere-se às relações da política e das relações internacionais que têm por base aspectos pragmáticos e realistas de poder, em contraste com preceitos morais, éticos ou de premissas ideológicas, daí porque muitas vezes é utilizada pejorativamente.

[371] COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von BOGDANDY and WOLFRUM, R. (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. v. 7, 2003. p. 265-267.

Se no transcorrer do século XX a ideia de coexistência entre os Estados ainda permanecia fortalecida, as transformações que se operaram e ainda se amplificam permitem que gradualmente a percepção de que as delimitações entre os âmbitos estatais e internacionais não são mais tão nítidas, razão pela qual se alude ao pensamento de Friedmann quanto à evolução da noção de coexistência para se evitar o conflito para um Direito Internacional de cooperação, embora ambos no interesse das nações.[372]

Mesmo que a cooperação seja uma percepção avançada, não se pode deixar de observar alguns aspectos importantes que influenciam a interdependência entre os Estados, como também a presença do fenômeno que se pode denominar como "desnacionalização". A guisa de referência exemplificativa, aponta-se o seguinte: a) após as duas guerras mundiais do Século XX, o surgimento das Nações Unidas (ONU), das instituições decorrentes de Bretton Woods[373] e desenvolvimento do sistema de comércio internacional com base, inicialmente no *GATT* e depois na Organização do Comércio Internacional (OMC); b) A criação do Conselho da Europa; c) os tratados de proteção de Direitos Humanos, tanto em nível europeu (Convenção Europeia sobre Direitos Humanos) como os tratados no âmbito da ONU; d) a ampliação de acordos bilaterais e multilaterais em razão da intensificação da globalização, especialmente para o enfrentamento de questões referentes às consequentes transformações sociais, econômicas, ecológicas, dentre outras; e) as integrações regionais, a citar a peculiar experiência da União Europeia; a globalização e a regionalização convergem para um processo de "desnacionalização", tanto jurídica como de fato, em que, ante a deficiência de regulação doméstica, ocorre

[372] FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University Press, 1964.

[373] O Acordo de *Bretton Woods* ocorreu em julho de 1944, portanto, antes do fim da 2ª Grande Guerra Mundial. Em decorrência do Acordo foram planejadas e posteriormente efetivadas as instituições do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD (*International Bank for Reconstruction and Developement*), que posteriormente originou o Banco Mundial e o Banco para Investimentos Internacionais, e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Estabelecido pelos principais países desenvolvidos à época, o Acordo firmou as bases para o pós-guerra com base capitalista.

uma transferência das políticas próprias da legislação interna para estruturas e regimes de governança na esfera supranacional ou internacional.[374]

Se, por um lado, o conjunto dos indicativos acima expostos, ante a transferência de funções constitucionais domésticas para a esfera internacional, pode ser entendido como um fenômeno de "internacionalização do Direito Constitucional", por outro lado ocorre também uma Constitucionalização do Direito Internacional, aliado ao fato de que, conforme já tratado na Seção 2, aspectos como o crescimento e a importância de atores não estatais no cenário internacional (ONGs e Corporações Multinacionais ou Transnacionais), bem como a consideração dos indivíduos como sujeitos de Direito Internacional, marcam uma etapa diferenciada, em que não se trata mais de uma sociedade entre os Estados, mas a formação de uma comunidade internacional ampliada.

Num outro viés, a constitucionalização da esfera internacional pode ser entendida como um contraponto à fragmentação da ordem jurídica internacional. Nesse aspecto, o direito internacional resulta de processos descentralizados, cujas normas atendem a áreas especializadas, como dos direitos humanos, do meio ambiente, do comércio, do direito penal internacional, etc., que por sua vez têm tratados, princípios e instituições próprias, gerando, em decorrência, soluções conflituosas.

As interpretações conflitantes podem ocorrer tanto entre tribunais internacionais, como entre tribunais internacionais e nacionais, e podem ocorrer, conforme explicam Dunoff e Trachtman, das seguintes maneiras: a) quando um organismo internacional determinado deixa de seguir uma regra geral de direito internacional para seguir uma regra especial; b) quando múltiplos fóruns apreciam disputas em que normas inconsistentes de diversos regimes jurídicos internacionais são aplicáveis, inclusive aplicáveis aos mesmos fatos; c) quando uma área especializada do direito internacional interpreta ou aplica normas

[374] COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von BOGDANDY and WOLFRUM, R. (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. v. 7, 2003. p. 267-269.

específicas de outras áreas especializadas. [375] Assim, a constitucionalização do direito internacional poderia servir como resposta para alguma coerência e uma relativa estabilidade, ou seja, ordenação ou mecanismo de coordenação da esfera do direito internacional, sem embargo das controvérsias que esta possibilidade possa gerar, principalmente diante do problema da fragmentação do Direito Internacional, conforme já se expôs na Seção 2.

3.4 AS INEVITÁVEIS ANALOGIAS COM AS CARACTERÍSTICAS DO CONSTITUCIONALISMO DOMÉSTICO

Ao se aceitar o conceito no sentido de que o Constitucionalismo Global (Internacional) consiste não só numa ideia e perspectiva, mas numa agenda política que pretende a aplicação de princípios constitucionais (estado de direito, *checks and balances*, proteção de direitos humanos, democracia) na esfera jurídica internacional, e uma vez que tais categorias constitucionais, a serem transferidas para o âmbito internacional, são conquistas ligadas ao Estado, as analogias entre essas duas esferas são indispensáveis. Portanto, a compreensão das características e dos usos da ideia de Constituição é pressuposto para o exame da possibilidade de sua transferência, pelo menos em parte, para o âmbito internacional/global. Ou ainda, para corresponder ao conceito adotado, necessária a observação de como as categorias constitucionais podem ser aplicadas na esfera internacional.

E é justamente nesse sentido que cabe lembrar a ideia de que as Constituições estatais, de maneira geral e quase universalmente, correspondem a um conjunto de normas de organização e estruturação do governo e sua relação com os cidadãos. Além disso, o estabelecem limites ao governo bem como as garantias de direitos fundamentais, desde os de liberdade política até as

[375] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 6-9.

conquistas mais recentes, tanto de direitos sociais como difusos (educação, bem-estar, cultura, saúde, meio ambiente, etc.).

Ao propor sua percepção sobre os usos da Constituição, Canotilho estabelece alguns modelos de compreensão: a) em primeiro lugar, numa perspectiva referente à estrutura de poder de uma comunidade no sentido aristotélico de *politeia*, como conceito amplo e descritivo da realidade todos os países tem uma Constituição, bem como qualquer grupo "é (não tem) uma Constituição"; b) numa outra expressão, "nem todos os países tem um documento chamado constituição", aponta para outro aspecto, ou seja, o do uso da constituição como um documento normativo (um documento chamado de constituição), que tanto pode ser meramente descritivo ou com uma dimensão valorativa; c) por fim, o uso no sentido normativo, não como conceito de "*ser*", mas de "*dever ser*". Conforme Canotilho, a existência de um documento constitucional não significa ter uma Constituição no sentido do Constitucionalismo, ou seja, deve possuir conteúdo que acolha um conjunto de regras que submeta e limite o *corpo político*, e que conjunto vinculativo de regras decorra de princípios fundamentais, como separação de poderes, distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, garantia de direitos e liberdades, modelo de representação e controle do poder.[376]

As propriedades formais das constituições podem ser compreendidas como: a codificação em um único documento (embora com exceções, como, por exemplo, a Constituição Inglesa), a supremacia normativa, e o seu estabelecimento por intermédio de um "poder constituinte". Se, contudo, tais características são notadas no caso dos Estados nacionais, pode-se indagar se também podem ser encontradas na esfera do direito internacional.

O predomínio de um documento constitucional escrito se perfectibiliza com a Constituição dos Estados Unidos de 1787, mas é interessante lembrar, conforme o registro de Loewenstein, que em toda a teoria política grega, incluindo Platão e Aristóteles, a *politeia* constituía uma constituição no sentido material e, também na República Romana, não havia exigência de codificação de um texto

[376] Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1055-1056.

no sentido material, eis que havia a consciência de um direito superior que predominava sobre a legislação humana. Trata-se, a forma documental, de posterior desenvolvimento no constitucionalismo, cuja exigência corresponde ao período da Revolução Puritana Inglesa do século XVII.[377]

Transportando essa exigência formal para o plano internacional, pode-se mencionar como um dos exemplos mais evidenciados a concepção de que a Carta das Nações Unidas seria um documento constitucional da Comunidade Internacional.[378] No entanto, Peters entende que a Carta da ONU não codifica suficientemente a esfera internacional e que de fato faltaria um documento com tal abrangência. Diferentemente, contudo, é a questão relativa aos tratados constitutivos que fundamentam as Organizações Internacionais, em que uma abordagem de cunho constitucionalista seria admitida inclusive para justificar as restrições sobre as atividades das mesmas.[379]

Quanto à supremacia constitucional, pode ser constatada, no plano internacional, a existência de hierarquia normativa. Nesse sentido, registra-se que o *jus cogens*, como um corpo normativo superior de direito internacional geral, sobrepõe-se aos conflitos entre tratados internacionais (art. 53, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).[380] Nesse sentido hierárquico, a Carta da ONU também apresenta característica de norma superior, especificamente pela expressão do art. 103, o qual dispõe que prevalecerão as obrigações assumidas na Carta em caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações

---

[377] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. 619 p. Título original: Verfassungslehre. p. 152.

[378] O tema referente à qualidade constitucional da Carta das Nações Unidas será apreciado na Seção 4 desta Tese.

[379] PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 40.

[380] **Convention de Vienne sur le droit des traités** "*Article 53 - TRAITÉS EN CONFLIT AVEC UNE NORME IMPÉRATIVE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (JUS COGENS) Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère".* (Faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1155, p. 331).

Unidas, em virtude da Carta e as obrigações decorrentes de qualquer outro acordo internacional. [381]

No que concerne à terceira característica formal tradicionalmente aceita, não se constata a existência de poder constituinte fundante na esfera internacional, sem embargo de momentos importantes como em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, ou em 1989, com a Queda do Muro de Berlim. Pelo que transparece, o desenvolvimento dos elementos constitucionais na esfera internacional parece ser de forma evolucionária, e não surgido de um determinado momento deflagrador. [382]

Portanto, pode-se extrair que, com exceção dos aspectos hierárquicos acima mencionados, não se evidencia com facilidade uma Constituição em sentido formal na esfera internacional. Se os aspectos formais apresentam dificuldades, cabe analisar, ainda, se podem ser identificadas, na esfera internacional, propriedades substanciais tradicionais das constituições, ou seja, conteúdo e funções típicas de constituições.

De fato, observa-se que, num sentido amplo, é admissível a existência de Constituição na esfera internacional, pois podem ser encontrados naquela esfera elementos de estruturação, organização e institucionalização. Num sentido mais estrito, não são evidentes, no plano internacional, as características substancialmente típicas das constituições, como os valores da democracia, da separação de poderes e da "*rule of law*", pois não são universalmente realizados. Tal fato parece indicar, no mínimo, problemas concernentes à legitimidade. No entanto, pode-se constatar que os direitos humanos, que são recepcionados como valores constitucionais, encontram, embora não como aceitação universal, pelo menos acolhida em grande parte dos Estados nacionais.[383]

---

[381] **Charte des Nations Unis, art. 103**: "En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront".

[382] PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 41.

[383] PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 42.

Contudo, embora sejam apontadas dificuldades inerentes a uma análise sob o enfoque das usuais características (formal e substancial) das constituições, atreladas ao ambiente interno dos Estados nacionais, os argumentos em relação à constitucionalização do direito internacional são relevantes.

Ainda sob o enfoque das analogias com as características constitucionais dos Estados, um importante contributo para a analise é oferecido por Dunoff e Trachtman.[384]Os autores elaboraram um esquema analítico, ao qual denominaram "matrix constitucional", que pode ser útil para a identificação de quais mecanismos constitucionais estariam inseridos no cenário internacional, e como desempenhariam determinadas funções constitucionais. É bem verdade que os autores enfatizam não assumir que quaisquer destes mecanismos possam simplesmente ser transpostos para o plano internacional, até mesmo pelas ambiguidades podem decorrer. Uma crítica assemelhada, aliás, já foi observada, no caso da União Europeia, por Walker.[385]

O quadro analítico da "matrix constitucional", que relaciona mecanismos constitucionais com regimes internacionais, é bem ilustrativo para sobre o fenômeno da constitucionalização no cenário para além do Estado, razão pela qual segue exposto:[386]

---

[384] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009.

[385] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 23. Para o problema da dificuldade dessa translação, ver WALKER, Neil. Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation. In: WEILER, J.; WIND, M. (eds). **European Constitutionalism Beyond the State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003. O artigo de Walker trata do problema de tradução (translation) no que se refere à transferência dos conceitos normativos fundamentais do constitucionalismo do Estado nas configurações pós-nacionais.

[386] Tabela elaborada por Dunoff e Trachtman, intitulada "Constitutional Matrix" (Table 1.1), com livre tradução. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 25.

Matrix Constitucional (Fonte: Dunoff e Trachtman (livre tradução)

	Sistema Internacional	ONU	União Europeia	OMC	Direitos Humanos
Distribuição Horizontal de Poderes	Sem legislativo ou órgãos administrativos centralizados, há pouca necessidade para distribuição horizontal de poderes; num sentido, a fragmentação origina a questão da distribuição interfuncional horizontal do poder	A Carta delineia responsabilidades da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do ICJ e de outros órgãos da ONU. Simultaneamente possibilita e restringe a constitucionalização. O Conselho de Segurança tem criado, dentre outros, tribunais internacionais que elaboram direito e órgãos subsidiários que realizam determinações quase-judiciais	Os tratados da EU delimitam responsabilidades das Instituições europeias mas na prática elas são esclarecidas através de litigações diante do ECJ. Simultaneamente possibilita e restringe a constitucionalização	Textos da OMC criam vários Conselhos e outros órgãos subsidiários, mas estes órgãos geralmente não têm capacidade legislativa; O Órgão de Apelação ainda não exerce a "judicial review". Sob o modelo de "organização de membros" (interestadual), nem possibilita nem restringe a constitucionalização	Trados de direitos humanos tipicamente não criam órgãos que possa criar direito subsidiário mas frequentemente criam órgãos que podem interpretar disposições de tratados e gerar normas de "soft law". Nem possibilitam nem restringem a constitucionalização
Distribuição Vertical de Poderes	Alguns princípios que separam as questões de preocupação internacional em oposição à doméstica; a legislação do direito internacional pode ser entendida como a alocação vertical dos estados para ordem jurídica internacional. O Direito dos Tratados e o direito de formação de costume podem ser compreendidos tanto por possibilitar como por restringir a constitucionalização	A Carta delineia assuntos de âmbito da ONU e os sujeitos à jurisdição nacional, mas a área reservada exclusivamente para jurisdição interna tem sido corroída ao longo do tempo e a linha entre os dois domínios tem se mostrada nebulosa. Simultaneamente possibilita e restringe a constitucionalização	Os tratados delineiam as áreas de competência da UE e dos Estados; quatro diferentes formas de direito derivado da UE fazem diferentes exigências sobre sistemas nacionais; doutrina formal de subsidiaridade. Simultaneamente possibilita e restringe a constitucionalização	Textos da OMC não explicitam o conjunto de princípios para distinguir áreas de competência da OMC das áreas sem; normas de integração negativa dão aos estados ampla liberdade na implementação. Normas mais recentes de integração positiva (por exemplo, TRIPs) dão menos discricionariedade. SPS fornece o status quase legislativo a normas originadas pelo Codex, IPCC, etc. Simultaneamente possibilita e restringe a constitucionalização	Legislação do direito internacional dos direitos humanos como atribuição de autoridade para o sistema jurídico internacional, e distante da "domaine reserve"
Supremacia	Aqui, a questão é da supremacia em face do direito internacional comum. Geralmente, o *jus cogens* é considerado supremo sobre direito internacional comum. Em certo sentido, as regras de modificação do costume ou tratados são supremas sobre outras leis	A Carta prevê que é suprema em caso de conflitos com outros tratados (art. 103), e que os Estados membros concordam em seguir as decisões do Conselho de Segurança adotadas ao abrigo do Capítulo VII (art. 25). Além disso, o art. 2 (6) prevê que UN", deve garantir" que não-membros ajam de acordo com os princípios da Carta	Geralmente, os tratados constitutivos são supremos em face das legislações derivadas (secondary)	Como questão prática, o direito da OMC pode ser entendido como supremo sobre outra lei internacional que careça de fortes mecanismos de solução de controvérsias; a questão gira, em parte, se e como os "panels" e AB usam a "non-trade law" em disputas	A não ser quanto às normas de *jus cogens,* não há consenso geral sobre a hierarquia de direitos humanos sobre outras normas de Direito Internacional

	internacionais				
Estabilidade	Difíceis de estabelecer, ou alterar, regras *jus cogens.* Em caso contrário, sob viés positivista, a norma é feita ou alterada somente com o consentimento do Estado. VCLT Artigo 56 pretende limitar a capacidade do Estado para sair regimes em face de Tratados, mas alguns Estados tem prática contrária. Estados recém-formados estão vinculados por normas de direito internacional consuetudinário.	As alterações exigem 2/3 de votos de todos os membros e a ratificação por 2/3 dos membros, incluindo todos os membros permanentes do Conselho de Segurança. Além disso, a Carta não tem previsão para o estado de retirar (em contraste com a Liga das Nações, na qual era permitida a retirada mediante notificação de dois anos)	Os tratados da UE são de fato difíceis de alterar; a legislação secundária é relativamente fácil de mudar. Tratados da UE são de duração perpétua e não permitem explicitamente a retirada	Mecanismos formais para alteração, mas normas de tratados informais exigem consenso para mudança; a retirada é possível mediante aviso de seis meses	A resistência à mudança não é mais ou menor do que outras áreas do Direito dos Tratados. Muitos tratados permitem retirada sob aviso (CAT, Direitos da Criança), outros não Permitem explicitamente a retirada (PIDCP, PIDESC). Comitê de Direitos Humanos da ONU manifestou que não é possível denunciar PIDCP e se retirada é permitida a partir de outros tratados de direitos humanos é contestada.
Direitos Fundament.	Como especificado no direito dos direitos humanos em geral. Direito Internacional dos direitos humanos determinados pode ser entendido como constitucionaliza ção suplementar	A Carta procura o respeito e a observância dos direitos humanos, mas não especifica o conteúdo. Vários instrumentos da ONU, incluindo a DUDH, detalham o conteúdo dos direitos humanos, e ao longo do tempo a ONU criou vários mecanismos para monitoramento de violações dos direitos humanos	Ao longo do tempo, ECJ tem incorporado um forte conjunto de direitos humanos fundamentais. Podem ser entendidos como constitucionalização suplementar	Os tratados não apresentam um conjunto robusto de direitos humanos fundamentais; não é claro se direitos fundamentais entram no sistema jurídico da OMC. Alguns demandam por constitucionalização suplementar.	Os tratados estabelecem um forte conjunto de direitos humanos fundamentais
Review	Nenhum órgão com jurisdição compulsória para rever a legalidade de ações de atores internacionais	A Corte Internacional de Justiça tem sido extremamente hesitante para rever a legalidade de atos de coordenação de organismos da ONU	Disposições jurisdicionais da ECJ, incluindo referências nacionais, proporcionam formas fortes de revisão	A solução de controvérsias da OMC é um extraordinariamente robusto mecanismo para revisão quanto à observância nacional; mas ainda sem "review" de atos da OMC[387]	Varia de acordo com o regime; alguns tratados garantem o acesso do indivíduo a Cortes, outros contam com vários Órgãos de revisão.
Accountability Democracy	Depende de normas específicas, ratificação	Preocupação periódica sobre a legitimidade da composição do Conselho de Segurança	Argumentos persistentes sobre déficit de democracia; direta	Reivindicações recentes da democracia e déficits de legitimidade	Mesmas características em geral

[387] Conforme anotam Dunoff e Trachtman, "Pode ser que no futuro, o efeito vinculativo de um ato legislativo da OMC possa ser contestado e revisto, dentro do contexto de um caso contencioso entre dois estados".

Essa tabela, no entanto, conforme esclarecem Dunoff e Trachtman,[388] não é hábil para identificar os pontos fortes e as deficiências em vários regimes, pois uma “matrix” de avaliação seria mais difícil de ser construída. Portanto, essa exposição não é capaz, por exemplo, de verificar as necessidades constitucionais reais, nem como as condições ou preocupações sociais são tratadas nos níveis observados. De todo modo, é útil para dar uma ideia comparativa do desenvolvimento constitucional em diferentes regimes internacionais.

3.5 RELAÇÕES DE APROXIMAÇÃO E DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DISCURSOS DO CONSTITUCIONALISMO ESTATAL E DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

Para Diggelmann e Altwicker, a utilização da linguagem constitucionalista no plano internacional contribuiria para a remodelação do mundo internacional como é percebido, além de servir para dar certa coerência e lógica ao conhecimento da esfera internacional. Com tal perspectiva, sugerem três caminhos estratégicos para a utilização da linguagem constitucional naquele contexto: primeiramente, concernente ao ajuste da linguagem constitucional atendendo às particularidades da ordem internacional, ou seja, por intermédio de uma redefinição conceitual para as condições relativas à sua aplicação, razão pela qual se trata de uma “estratégia semântica”; um segundo caminho parte da premissa de que há uma desconexão entre as esferas doméstica e internacional e a estratégia corresponderia à localização, por analogia, de funções ou elementos típicos do constitucionalismo na esfera internacional, dispensando adaptações, como, por exemplo, quanto à existência de valores comuns diante de uma hierarquia normativa para aplicação na esfera internacional; por último, a

[388] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 26.

perspectiva de se estender o discurso jurídico a argumentos éticos ou pragmáticos.[389]

Alguns aspectos derivados e discutidos a partir da ideia da constitucionalização do Direito Internacional podem assim ser apontados:[390]

Preliminarmente, tem-se a consideração da comunidade internacional como uma comunidade jurídica, cujas bases de legitimação, tradicionalmente ligada à característica de que a governança internacional é baseada na Soberania dos Estados e no efetivo exercício de poder, seriam direcionadas para por outros parâmetros como, por exemplo, interesses comuns globais, "*rule of law*" (Estado de Direito) ou a segurança humana. De fato, há que se reconhecer que o ordenamento internacional está mudando com relação ao conceito de Soberania, "e o respeito à Soberania está sendo vinculado ao respeito aos direitos humanos", ou seja, para uma ordem mundial baseada nessa Soberania modificada e na autonomia dos indivíduos.

Tal mudança não traria a ideia de separação entre as duas esferas (nacional e internacional), mas sim a complementação e um entrelaçamento entre ambas, que pode ser observada tanto nos princípios e instrumentos em nível interno dos Estados que passam para a esfera internacional (inclusive a democracia), como também no sentido inverso, quando as disposições internacionais influem no direito constitucional doméstico.

Pode-se perceber a influência nos ordenamentos estatais dos padrões que vem sendo desenvolvidos e de certa forma cobrados e fiscalizados por organizações internacionais, organizações não governamentais, e inclusive por órgãos governamentais de outros Estados, principalmente no que concerne à

---

[389] DIGGELMANN, Oliver; ALTWICKER, Tilmann. Is There Something Like a Constitution of International Law?: a critical analysis of the debate on World Constitutionalism. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – ZaöRV**, 2008, p. 632-642.

[390] Passa-se a se esboçar, sinteticamente, os referidos aspectos com base em: (PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 218-232). Assim também em: (PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 42 e seguintes).

observância e proteção dos direitos humanos e à democracia, demonstrando, se antes as esferas internacional e estatal apresentavam-se marcadamente separadas, atualmente caminham para uma relação de complementaridade que na percepção de Peters, essa relação aproximativa tende inclusive a se intensificar futuramente.

As mudanças no Direito Internacional encontram justificação em desenvolvimentos jurídicos setoriais, como no caso da erosão da exigência de consentimento manifestada na regra do "objetor persistente" [391], nos efeitos dos tratados a terceiros, e na questão do voto majoritário nos órgãos de tratados (*treaty bodies*) e nas organizações internacionais. Noutro lado, o desenvolvimento encontra justificação nos tratados com adesão quase universal, que atendem a interesses da comunidade global em áreas como dos direitos humanos, marítimo, ambiental, comércio mundial e direito criminal internacional, cujas obrigações transcendem, e aqui reside sua principal crítica, aos interesses individuais dos Estados-parte. Ademais, novos padrões de reconhecimento e de justificação de legitimação de Estados e Governos se estabelecem, inclusive com exigências de democracia e respeito aos direitos humanos, de forma que se pode vislumbrar uma modificação quanto ao conceito de independência (Soberania).

Outro aspecto importante que demonstra a erosão do requisito do consentimento, em que o constitucionalismo se sobreporia ao voluntarismo estatal, diz respeito ao fato que, desde 1989, o Conselho de Segurança da ONU resoluções gerais tidas como “leis”, obrigatórias em razão do art. 25 da Carta das Nações Unidas.

Por fim, outro desenvolvimento importante é a participação de novos atores não estatais no cenário internacional, o reconhecimento de interesses comuns globais (proteção dos seres humanos, patrimônio comum da humanidade, desenvolvimento sustentável, etc.).

Os caminhos apontam para a necessidade de aproximar os discursos entre os âmbitos nacional e internacional, inclusive no que concerne aos aspectos

[391] O “objetor persistente” ocorre quanto determinado Estado se opõe à regra consuetudinária em que não obteve aceitação de seu ponto de vista, de forma a não se obrigar juridicamente a esse costume. Portanto, é a não vinculação de um Estado com determinado costume da esfera internacional.

constitucionais formais e funcionais, além de fortalecer a concepção de valores para a comunidade internacional, cuja idealização teria por base o princípio democrático, em geral já existentes no domínio material do Direito Internacional.

Por outro lado, embora não se desconheça a existência de problemas e dificuldades oriundos da interpretação e da aplicação dos Direito Humanos, não se pode desconsiderar que, em vários níveis, podem ser tidos compreendidos com uma razoável aceitação universal. Essa observação tem significativa importância para a análise temática desta Tese.

3.6 OS ELEMENTOS DE SUSTENTAÇÃO DE UMA “TEORIA FORTE” PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: EXPLICAÇÃO QUANTO À OPÇÃO DA DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA

Os delineamentos esboçados ao longo desta Seção deixam transparecer que as perspectivas de compreensão e de abordagem que centram sua atenção no problema do Constitucionalismo Global são diversificadas. Pretendeu-se, a despeito dessa observação, apresentar algumas das principais vertentes e preocupações sobre a temática, que representa uma das possíveis propostas de organização política e jurídica do espaço que se projeta para além dos Estados nacionais. A identificação e a articulação das propostas e das tendências doutrinárias aqui mencionadas funcionam, por um lado, como apoio para a delimitação temática da pesquisa e, de outro lado, pelo menos em alguma medida, para servir como apresentação do panorama em que a concepção do Constitucionalismo Global pode ser examinada.

Em harmonia com o título desta Seção, pode-se considerar que os argumentos expostos deixam vislumbrar em seu conjunto aspectos que, de fato, fundamentariam a viabilidade do Constitucionalismo Global, ao menos sob o ponto de vista possibilista. Ao se introduzir esse conceito, faz-se alusão, embora sob outro objeto de análise, no pensamento possibilista conforme desenvolvido

por Häberle.[392] Afastando o sentido de “pensamento alternativo”, Häberle utiliza o conceito filosófico possibilista, ou o que denomina de “pensamento possibilista”, para significar um sentido “aberto a qualquer outra palheta de possibilidades”. Ou seja, trata-se de reflexão de ampliados horizontes a novas realidades. Mais precisamente,

> [...] esse tipo de forma de pensamento ou de reflexão possibilista parte da base de potencialidade intrínseca enquanto à questionabilidade de qualquer argumento, quer dizer, da busca de qualquer possível resquício que permita ampliar as próprias possibilidades inerentes ao mesmo, à luz do que poderia chamar-se o lema por antonomásia, que resumido seria: que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser.[393]

Nessa perspectiva, o pensamento possibilista, portanto, permite que se estabeleça um esboço de fundamentos para a concepção que ora se analisa.

O traçado metodológico que se escolheu como delimitador dos caminhos deste estudo, conforme já antecipadamente anunciado nas considerações introdutórias, tem por base a formulação do que se denominou de “teoria forte” do Constitucionalismo Global. É preciso deixar claro que esta opção apriorística não tem qualquer pretensão de considerar determinada perspectiva doutrinária da constitucionalização global como a mais correta ou mais verdadeira. A escolha de tal delimitação foi motivada por se entender que melhor permitira avaliar a confirmação da hipótese da pesquisa, que consiste em sustentar a afirmação de que "na delimitação do que se convenciona denominar de "teoria forte" da concepção, o Constitucionalismo Global não encontra

---

[392] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Estudo preliminar e tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. Título Original: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfasungstheorie der offenen Gesellschaft. p. 62-65. Vale lembrar, no entanto, que Aristóteles, em sua Metafísica, já atribuía três sentidos ao termo “possivel”: “1° O que não é verdadeiramente falso; 2° o que é verdadeiro; 3° o que pode ser verdadeiro”. A propósito: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 778.

[393] Livre tradução. No original: *“[…] este tipo de forma de pensamiento o de reflexión posibilista parte de la base de la potencialidad intrínseca en cuanto a la cuestionabilidad de cualquier argumento, es decir, de la búsqueda de cualquier posible resquicio que permita ampliar las propias posibilidades inherentes al mismo, a la luz de lo que podría llamarse el lema por antonomasia, que resumido sería: qué outra cosa podría también ser en lugar de lo que es o que parece ser?*”. Conforme HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Estudo preliminar e tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. Título Original: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfasungstheorie der offenen Gesellschaft. p. 63).

suficientes elementos de sustentação diante da realidade das relações internacionais contemporâneas".

Pois bem. Mas quais os critérios que animaram a escolha dos elementos de sustentação da “teoria forte” nos moldes propostos, conforme já revelados na Introdução deste trabalho? Essa indagação pode ser respondida pelo raciocínio de exclusão, com base no seguinte ponto de observação: somente pode-se conceber um Constitucionalismo ou uma Constituição de caráter Global se realmente corresponder a este qualificativo, ou seja, de servir para as relações da Comunidade Internacional como um todo, ou o mais idealmente próximo disso.

Nesse contexto, a constitucionalização regionalizada, como no caso de estudo da União Europeia, ou a constitucionalização de Organizações Internacionais determinadas, como no caso da Organização Mundial do Comércio - OMC, embora sugestivos modelos que sugerem a expansão da constitucionalização para além dos limites estatais, não teriam suficiente caráter “global”. Quanto a uma “Constituição Mundial sem Estados”, entende-se que se trata de proposta com alto teor de idealização, de forma que se desarmoniza com os estritos termos da hipótese desta pesquisa.

Da mesma forma, os subsistemas, próprios do “Societal Constitutionalism”, ou das “constituições civis globais” (Gunther Teubner). Uma primeira observação reside na própria natureza da concepção, que á a de configurar uma “constituição parcial” para determinado sistema social (economia, Internet, esporte, etc.). Para Canotilho, o obstáculo dessa proposta consiste “na dificuldade de articulação das fontes jurídicas autônomas e das fontes jurídicas heterônomas constitutivas da ‘Constituição Civil’ de um sistema social global autônomo”.[394]

No que concerne à avaliação da proposta de “constituições civis globais fora da política”, Canotilho aponta ainda outros pontos de crítica, como o fato de que “a regulação dos problemas societais globais dos subsistemas globais tem a pretensão de *vinculatividade global* sem qualquer suspensão reflexiva em torno da legitimação política desta vinculatividade”, de tal maneira que se

[394] CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 296.

apresenta como dificuldade quanto à legitimação da sua juridicidade. Num outro ponto consiste a dificuldade de conceber agendas políticas, por deixarem “na sombra os grandes problemas políticos globais”. As lacunas dos mencionados subsistemas constitucionais decorreria do fato de que “o constitucionalismo civil global pressupõe a *desestatização* e *comercialização/privatização dos sistemas civis globais*”. Um terceiro ponto de crítica é evidenciado por Canotilho quando considera que as constituições civis globais importariam em “altos graus de politicidade” sem condições de serem satisfeitos, a exemplo dos problemas relativos á saúde e ao fornecimento de medicamentos em países e continentes pobres ou, no âmbito ambiental, que exige decisões eminentemente políticas, ou ainda exemplificando, a dificuldade de se “conceber uma Constituição civil global sobre investigação genética com desprezo de dimensões ético-políticas a nível da eugenia global”.[395]

Por outro lado, conforme Volk, as acepções do Constitucionalismo Global e do “societal constitutionalism” contrastam-se entre si. Se o “*societal constitutionalism*” tem por argumento “o fim da política (estatal) numa sociedade mundial, o argumento constitucionalista “enfatiza a capacidade de moldar ativamente a governança global em termos jurídico-políticos”. Noutro aspecto, o “*societal constitutionalism*” tem uma abordagem no direito privado, enquanto que o Constitucionalismo Global, como um projeto jurídico-político, tem origem na tradição do direito público “e afirma o poder criativo do direito público, das cortes e juízes para a organização de uma ordem global”.[396]

Diante desses argumentos, preferiu-se, por uma escolha pessoal para enfrentar o tema proposto, concentrar a análise a partir da observação de duas concepções que se complementam: a) a primeira consistente num apanhado normativo-hierárquico de valores comuns para Comunidade Internacional. Nesse aspecto, entende-se que os Direitos Humanos, apesar da existência de críticas quanto ao caráter de universalidade, poderia servir para este fim, justamente pela expansão e assimilação que gradativamente estão a obter. Num outro aspecto,

---

[395] CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 298-300.

[396] Conforme VOLK, Christian. Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises. **Goettingen Journal of International Law**, v. 4, n. 2, 2012, p. 554-555.

conforme já mencionado na Seção 1, os Direito Humanos não implicariam necessariamente contradição com a Soberania estatal; b) a segunda concepção corresponderia à proposta da Constituição para a Comunidade Internacional com base na Carta das Nações Unidas. Algumas colocações podem ser levantadas para justificar a escolha dessa concepção: primeiramente, pelo marco representativo das Nações Unidas na história da humanidade e pelo *locus* privilegiado que ocupa no âmbito das Organizações Internacionais; por outro lado, pelo conjunto das reflexões acadêmicas a respeito dessa concepção, defendendo-a ou não, de tal maneira que podem facilitar as referências de análise.

Os mencionados elementos de sustentação para essa “teoria forte” do Constitucionalismo Global podem ser apreciados em conjunto, permitindo, em momento posterior, melhor avaliação crítica a respeito. Com base nessas explicações, que correspondem ao aprumo da delimitação metodológica, passa-se à próxima Seção, em que se almeja explorar as ideações quanto à perspectiva que defende um corpo normativo fundado em valores comuns a partir dos Direitos Humanos e, em complementaridade, a proposta de se considerar a Carta das Nações Unidas como uma Constituição para a Comunidade Internacional.

SEÇÃO 4

A CONFIGURAÇÃO DE UMA “TEORIA FORTE” DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: A BUSCA DE VALORES COMUNS COM BASE NOS DIREITOS HUMANOS, O PROBLEMA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVO-HIERÁRQUICOS E A CONCEPÇÃO DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS COMO A CONSTITUIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Na Seção antecedente, foi empreendido esforço no sentido de se articular algumas das principais argumentações acadêmicas que permitissem delinear fundamentos possibilistas para a compreensão do Constitucionalismo Global, cujos diversos pontos de vista apresentados puderam revelar um conteúdo temático ainda fragmentário e multifacetado. Embora possam ser vislumbradas diversas abordagens do fenômeno estudado, optou-se por escolher uma perspectiva que mais se aproxime de um conteúdo que tenha adequação a uma envergadura global de constitucionalização.

Esse modelo idealizado como predominante ajusta-se aos elementos de sustentação do que se convencionou denominar como "teoria forte" do Constitucionalismo Global. Conforme já foi exposta no intróito do trabalho, essa “teoria forte” tem por alicerce duas concepções que se complementam. Por um lado, um conjunto normativo-hierárquico de caráter equivalente a normas constitucionais, compreendidas com base em valores comuns para a Comunidade Internacional, especialmente fornecidas pelos Direitos Humanos Conforme anunciado no prelúdio deste estudo, o enfoque nos Direitos Humanos como valor e orientação para normas de caráter hierárquico relaciona-se ao seu significativo conteúdo para o âmbito da Sociedade Global, transcendendo aos limites estatais.

A análise da perspectiva de uma constitucionalização se desenvolvendo no cenário que ultrapassa os limites estatais comporta, assim, o exame a respeito da ideia que concebe a possibilidade de uma Comunidade Internacional que

compartilhe determinados interesses ou possa se servir de valores que tenham, pelo menos, uma tendência universalista. Nesse sentido, convém buscar no processo de internacionalização dos Direitos Humanos subsídios para considerá-los potencialmente capazes de caracterizar uma base comum de valores para a comunidade. Entende-se que o contexto dessa análise está imbricado na concepção de uma Constituição para a Comunidade Internacional materializada na Carta das Nações Unidas, ou seja, um corpo normativo fundamental com qualidade de uma Constituição Global.

Enfatizando tal contexto de análise, esta Seção tem por escopo explorar as noções que dão forma à percepção que nesse estudo atribui-se como "teoria forte" do Constitucionalismo Global para, posteriormente, avaliar em que medida tais concepções possam ser adequadamente sustentadas, tendo em vista a realidade complexa das relações globalizadas dessa nova ordem mundial.

4.1 A EMERGÊNCIA DE UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL E A BUSCA DE SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

4.1.1 A Paz Perpétua: o Projeto Kantiano de uma "República Mundial"

Ao se cogitar a ideação de um direito de cunho cosmopolita, na qual parece estar também inserida a concepção de um Constitucionalismo Global conforme permite de alguma forma entrever a delimitação finalística deste trabalho, não se pode deixar de ter presente o referencial do pensamento Kantiano sobre essa temática, especialmente a partir de obras como *Sobre a expressão corrente* (1793, Parte III), a *Ideia para uma História Universal de um ponto de vista cosmopolita* (1784), a *Doutrina do direito* (1797, §§ 53-62 e Conclusão), bem como a sua *A paz perpétua* (1795), dentre outros textos correlatos.

A ideia de uma "comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra", independente de serem amigos, mas que possam ter relações, já fora concebida na sua *Doutrina do Direito* não como um princípio moral ou filantrópico,

mas sim de direito, de um direito cosmopolítico.[397] Como observa Höffe, o estudo desenvolvido por Kant vincula duas abordagens teóricas: por um lado, a teoria do Direito e do Estado desde a antiguidade com o cosmopolitismo apolítico de base estoicista e, por outro, o Direito Internacional da Idade Moderna sob a perspectiva da paz perpétua.[398] Aliás, no âmbito do pensamento iluminista, a ideia de paz numa perspectiva cosmopolita já havia sido considerada anteriormente por Abbé de Saint-Pierre, com a obra intitulada *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, a qual posteriormente foi objeto da análise de Jean-Jacques Rousseau em seu *Extrait du Projet de Paix Perpétuelle de l'Abbé de Saint Pierre* (1761) e no *Jugement sur la Paix Perpétuelle* (ensaio escrito em 1756 mas publicado em 1782, portanto, após a morte de Rousseau).

Entretanto, circunscreve-se a presente análise em torno do ensaio de Kant intitulado *A paz perpétua* (1795), cuja referência é mais evidente. Contudo, antes de se traçar os sintéticos pontos para a compreensão geral do referido texto, cabe chamar atenção para os termos "guerra" e "paz", duas ideias opostas entre si que o título do ensaio revela. Comunga-se do entendimento de que o vocábulo "guerra" tem um sentido mais amplo do que a definição comumente utilizada, qual seja, a utilização de força ou violência para atingir um fim qualquer. Este é um estado real de guerra. Mas há outra acepção, aquela em que não existe uma situação de luta ou de desforço real, mas apenas um estado de guerra. [399] Nesse último sentido que Hobbes define que "[...] Guerra não consiste apenas na batalha ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida [...]." Ou seja, conforme Hobbes "[...] a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário.

---

[397] KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993. p. 201-202.

[398] Para Höffe, essa paz perpétua não seria reservada ao além, "mas ao aquém, e que seria realizada por meio do Direito, em conformidade com seu conceito moral". In: HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: Demokratie im Zeitalter der Globalisierung. p. 301.

[399] Este parágrafo inspira-se no Capítulo intitulado "Como Pensar sobre Guerra e Paz", da obra: ADLER, Mortimer J. **Como Pensar sobre as Grandes Ideias**: a partir dos grandes livros da civilização ocidental. Tradução de Rodrigo Mesquita. São Paulo: Realizações, 2013. p. 491-499.

Todo o tempo restante é a Paz". [400]

O mesmo sentido é empregado por Kant quando expressa o problema do estado de natureza (*status naturalis*). Para Kant, o estado de natureza é um estado de guerra, em que "embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre, no entanto, uma ameaça constante".[401]

Essa acepção pode ser aplicada tanto em face de períodos determinados, como aquele posterior a Segunda Guerra Mundial em que havia a divisão entre o Bloco Soviético e os demais Estados, denominado de "Guerra Fria", ou qualquer outro lapso temporal. Esse conceito é bem sugestivo para que se possa refletir a respeito das ainda difíceis relações contemporâneas entre os homens e as relações entre suas instituições, dentre as quais as nações.

A partir dessas acepções sobre a "guerra", pode-se também interpretar, portanto, o que se quer dizer por "paz" e, principalmente, no âmbito do tema ora apreciado, se é possível uma paz por intermédio de uma "República Mundial". Para Kant, diante do estado de natureza, ou seja, do estado de guerra em que existe uma ameaça constante, há que "instaurar-se o estado de paz, pois a omissão de hostilidades não é ainda a garantia da paz e se um vizinho não proporciona segurança a outro (o que só pode acontecer num estado *legal*), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança".[402]

Na primeira seção do ensaio *A paz perpétua* Kant apresenta os Artigos Preliminares para a consecução da paz perpétua entre os Estados por intermédio de um conjunto de seis preceitos de conteúdo proibitivo.[403]

---

[400] HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Organização de Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza das Silva. Revisão da Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes: 2003. p. 109.

[401] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc.p. 126-127.

[402] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc.p. 126-127.

[403] A primeira Seção da obra, composta pelos seis Artigo Preliminares, encontra-se em: KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc.p. 120-125.

O Artigo 1° estabelece que “Não se deve considerar como válido nenhum tratado de paz que tenha feito com a reserva secreta de elementos para um guerra futura”. Caso contrário, o tratado não seria de paz, situação em que se afastam todas as hostilidades, mas sim uma trégua. A respeito da reserva sobre questões antigas, sob a perversa intenção de utilizá-las, Kant assevera que embora possa fazer parte da “casuística jesuítica”, é indigna para governantes.

O Artigo 2° estabelece que “Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação”. Nesse preceito, está manifestada a ideia de que o Estado não pode ser tratado como se patrimônio fosse. Para Kant, mais do que um patrimônio, o Estado é uma sociedade de homens, de tal maneira que é equiparado a uma pessoa moral, que não pode desta forma ser disposta como se coisa fora.

Prescreve o Artigo 3° que “Os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer”, ou seja, está embutida nesse máxima a própria lógica da paz. A prontidão estimula a desconfiança e ocasiona o curso elevado com os armamentos, fatos que podem deflagar guerras. Ao que se vê, essa proibição tem um caráter dúplice, moral e utilitário.

O Art. 4° dispõe que “Não se devem emitir dívidas públicas em relação com os assuntos de política exterior”. Kant, com essa proibição, não afasta dos Estados o fomento da sua economia, seja interna ou externamente. Contudo, entende que o problema reside no “sistema de créditos, como instrumento de oposição das potências entre si”, pois a capacidade de crédito aumenta a capacidade de fazer guerra, além de poder causar a bancarrota.

O Art. 5° estabelece que “Nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado”, ou seja, afirma um princípio de não intervenção. A exceção desse princípio, para Kant, é quando o Estado estivesse dividido em dois numa guerra interna, em que cada parte agisse como um Estado particular. Parece tratar-se de um aspecto controvertido. Contudo, pode-se compreender que nesse caso seria uma ausência de Estado.

Finalizando a seção preliminar, o Art. 6 estabelece que “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível

a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (*percussore*s), envenenadores (*venefic*i), a rotura da capitulação, a instigação à traição (*perduelio*), etc.". Parece haver, aqui, aspectos de ordem moral, como também baseado em caráter utilitário. Por um lado, os meios desonrosos anunciados no preceito dificultariam a paz por instaurar desconfiança. De outro lado, poderiam provocar uma situação de extermínio. Além disso, os meios empregados poderiam ser transferidos para situações de paz, por exemplo, com a utilização de espiões, prejudicando, pois, "o propósito da paz".

Das leis acima expressadas, embora todas com caráter proibitivo, as disposições dos Artigos 1, 5 e 6 são consideradas por Kant como de eficácia rígida, ou seja, obrigam imediatamente. Com relação aos Artigos 2, 3 e 4, embora com as qualidades de norma jurídica, contêm autorização para o adiamento de sua execução diante das circunstâncias atinentes à sua aplicação.[404]

Na Segunda Seção da obra, Kant divide os preceitos definitivos para a paz perpétua entre os Estados em três artigos: o primeiro estipula que todos os Estados devem ter uma Constituição civil republicana, de maneira que se refere ao direito público interno; o segundo que o Direito das Gentes (Direito Internacional) deve fundar-se numa federação de Estados livres, ou seja, trata do direito público externo, e o terceiro estabelece que o "direito cosmopolita" deve limitar-se às condições da hospitalidade universal.

No Primeiro Artigo, argumenta que a Constituição republicana deve se basear nos seguintes princípios: na liberdade dos integrantes da sociedade, na dependência de todos os súditos em relação a uma única legislação, e na igualdade dos súditos enquanto cidadãos e derivada do contrato originário. Além da pureza de sua origem, a Constituição republicana deve ter por escopo a realização da paz. Kant ressalta que não se deve confundir uma constituição república com a democrática. Dessa forma, explica esquematicamente as formas do Estado, que classifica em duas: segundo as pessoas que governam (autocracia, aristocracia e democracia) e segundo o modo de governar (em que a

[404] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Enturf, etc. p. 125.

constituição é republicana ou despótica). Enquanto o republicanismo baseia-se na separação de poderes, o despotismo é o governo arbitrário, ou seja, a vontade do povo é dominada pelo governante a sua maneira. Das formas de Estado, entende que a democracia (todos conjuntamente governando) é um despotismo, porque haveria uma "contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade". Explica-se: onde todos decidem, pode decidir também contra um, que por sua vez não decidiria contra si.[405] Kant enaltece o sistema representativo, o único possível num governo republicano, "sem o qual todo o governo é despótico e violento (seja qual for a sua constituição)".[406]

Após estabelecer os preceitos do direito público interno, Kant trata no segundo Artigo Definitivo a respeito do direito externo. Nesse sentido, para se atingir a paz perpétua, além dos Estados serem republicanos, deveriam por acordo mútuo integrar-se numa constituição semelhante à constituição civil, de forma a assegurarem cada um o seu direito. "Isto seria uma federação de povos que, no entanto, não deveria ser um Estado de povos", ou seja, "não devem fundir-se em um só".[407] Para Bobbio, que percebe neste Artigo que o pacifismo político de Kant se imiscui no pacifismo jurídico, a federação de povos não deve ser um *superestado* pois estaria numa situação contraditória diante do princípio da igualdade dos Estados. Contudo, conforme anota Bobbio, "deve se distinguir de um puro e simples *tratado de paz*, porque este último se propõe a por fim a uma guerra, enquanto aquela se propõe a por termo a *todas as guerras e para sempre".* [408]

O terceiro Artigo Definitivo para a consecução idealizada de uma paz perpétua, em que "O direito cospomolita deve limitar-se às condições de

---

[405] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc.p. 129-130.

[406] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc. p. 132.

[407] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc. p. 132.

[408] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Título Original: Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. p. 164.

hospitalidade universal", Kant deixa claro ao se referir à hospitalidade que não está falando de filantropia, mas sim entende que aquela deve corresponder ao "direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território do outro". De todo modo, aduz que não há um "direito de hóspede", mas sim um "direito de visita", pois todos os homens têm a propriedade comum do planeta e, já que estão confinados nesse espaço determinado ao qual todos possuem igual direito, "devem finalmente suportar-se um aos outros".[409] Kant finaliza o mencionado Artigo da seguinte maneira:

> Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição.[410]

Portanto, conforme observa Bobbio, além do direito público interno e externo, esse gênero cosmopolita de direito acrescentado por Kant tem o sentido de amalgamar as relações que deverão se realizar não apenas entre Estado e cidadãos e Estados entre si, mas também deve haver uma relação entre "cada Estado particular e os cidadãos dos outros Estados, ou, inversamente, entre o cidadão e um Estado e um Estado que não é o seu com os outros Estados". Disso derivariam dois princípios: a hospitalidade e o direito de visita e, consequentemente, derivam dois outros, que os Estados devem permitir o ingresso de estrangeiros e que estes não devem se aproveitar da hospitalidade para agirem como atos de conquista. É o direito cosmopolita, um ordenamento da cidade do mundo, a última fase de um processo.[411]

---

[409] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc. p. 137.

[410] KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc. p. 140.

[411] Conforme BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 137-139.

4.1.2 A contribuição doutrinária de Alfred Verdross

Como enfatiza Werner, o surgimento da discussão do Constitucionalismo na esfera internacional pode ser parcialmente entendido como uma tentativa de dar sentido a algumas evoluções no Direito Internacional.[412] De tal maneira, parece indispensável um merecido destaque para a contribuição que representou a concepção de Verdross, tanto quanto ao paradigma tradicional do Direito Internacional, como por se revestir em marco doutrinário inaugural do debate a propósito da constitucionalização da esfera internacional, especialmente com a publicação no ano de 1926 do livro *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (A Constituição da Comunidade Jurídica Internacional).[413]

É importante mencionar que os estudos inaugurais de Verdross surgem justamente no período que corresponde ao auge da Liga das Nações.[414] Não se tem por objetivo, entretanto, diante dos limites propostos para este estudo, analisar com a completude e profundidade a contribuição do mestre vienense, aliás, tarefa que representaria complexo desafio, inclusive ante a mudança de concepções e ideias ao longo de mais de seis décadas de atividade acadêmica, conforme menciona Simma.[415] De todo modo, algumas observações relacionadas ao tema deste estudo podem ser aqui apresentadas, já de início ressaltando que o caminho percorrido por Verdross deixa transparecer a influência do monismo de Kelsen. [416]

---

[412] WERNER, Wouter. The Never Ending Closure: constitutionalism and international law. In: TSAGOURIAS, Nichola (Ed.). **Transnational Constitutionalism:** international and european perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 331.

[413] VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft** (The Constitution of the International Legal Community). Wien - Berlin, Springer,1926.

[414] A Liga das Nações, ou Sociedade das Nações, foi uma organização internacional, idealizada em 28 de abril de 1919 e formalizada em 28 de junho de 1919 com a assinatura do Tratado de Versalhes. O seu objetivo de assegurar a paz não foi atingido, inclusive porque foi deflagrada a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Posteriormente, foi sucedida pela criação da Organização das Nações Unidas - ONU.

[415] SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** (EJIL).vol. 6, n. 1, 1995. p. 33-54.

[416] Conforme FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 28.

Embora tenha iniciado a partir do positivismo que vigorava em seu tempo, a orientação moral e filosófica de Verdross, que pode ser notada em sua obra, tem importante embasamento no direito natural da tradição cristã e nos clássicos espanhóis do *direito das gentes* dos séculos XVI e XVII. Ao fazer uma síntese da contribuição de Verdross para a Teoria do Direito Internacional, Simma enfatiza que a concepção universalista do direito internacional do referido autor guarda raízes na visão estóico-cristã de que a humanidade como um todo constitui uma unidade jurídico-moral fundada no direito natural. Essa comunidade foi definida pelos estóicos como uma *cosmopolis*; Cícero referiu-se a uma *societas humana* que, partindo da família, estaria ampliada em uma comunidade que contemplaria toda a humanidade. Resquícios inaugurais da proposta de que, em vez do Império Romano, seria melhor para a humanidade a subdivisão em Estados, numa pluralidade de povos que coexistiriam pacificamente, pode ser atribuída a Santo Agostinho (*De civitate Dei*, IV, Ch. 15). [417]

Dos clássicos espanhóis que também influenciaram o pensamento universalista de Verdross destacam-se as obras de Francisco Vitoria e Francisco Suarez. Para Vitória (*Relectio de Indis*, HI, Tit 5, leg. 4; *De potestate civilli*, 13, 21), com a concepção tomista-aristotélica-estóico de que os homens são seres sociais por natureza, razão pela qual, quando organizados em Estados, formam uma comunidade universal por natureza, objetivando o bem-estar de todos os seres (*bonum commune omniun*), sendo necessária a ordenação de suas relações como uma *ius inter omnes gentes.* A abordagem de Vitoria foi posteriormente desenvolvida por Suarez, e especialmente utilizada por Verdross como motivo condutor de sua obra.[418]

---

[417] Conforme SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** (EJIL).vol. 6, n. 1, 1995. p. 38. Também sobre uma síntese quanto à evolução do pensamento de Verdross, ver: TRUYOL Y SERRA, Antonio. Verdross et la théorie du droit. **European Journal of International Law**. vol. 5, 1995. p. 55-69.

[418] Quanto à influência de Suarez, Simma (1995), entendendo a importância que representou para o pensamento de Verdross, resolveu transcrever parte essencial. Da mesma forma, a reproduzimos a seguir, conforme tradução da obra ***De legibus ac Deo legislators*** II, Ch. 19,9, de Suarez: *"However divided into different peoples and kingdoms it may be, mankind has nevertheless always possessed a certain unity, not only as a species, but also, as it were, as a moral and political unity, called for by the natural precept of mutual love and mercy, which applies to all, even to the foreigners of any nation. Therefore, although a given Sovereign State, Commonwealth, or Kingdom, may constitute a perfect community in itself, nevertheless, each of these States is also, in a certain sense ... a member of that universal society; for never are*

Entretanto, essa doutrina universalista, a partir do século XVII, tem sido contraposta por uma concepção individualista do direito e das relações internacionais. Verdross, contudo, em sua *Universelles Völkerrecht,* adota uma interpretação conciliatória das concepções do universalismo e do individualismo, aduzindo que ambas se complementam. A acepção universalista tem como pressuposto a ideia normativa da unidade moral da humanidade e a individualista certas situações factuais, com ênfase na rivalidade mútua entre os Estados e com vista para o interesse comum que todos os povos têm na preservação da paz. Para Verdross, portanto, são duas posições filosóficas que se complementam: a concepção universalista tem natureza normativa, enquanto que a individualista seria uma concepção sociológica. [419]

Analisando as raízes do que denomina projeto sobre a constitucionalização do direito internacional, Segura-Serrano também destaca a contribuição que os estudos do austríaco Verdross significaram para a escola germânica, o qual, em síntese, na referida obra de 1926 (*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*), "estabeleceu que a constituição da comunidade internacional compõe-se daquelas regras e princípios tão fundamentais do direito internacional que determinariam suas fontes, disciplinas, aplicação e a distribuição da jurisdição entre os Estados".[420] Ademais, refere-se também à outra

---

these States, when standing alone, so self-sufficient that they do not require some mutual assistance, association and intercourse, at times for their greater welfare and advantage, but at other times because of some moral necessity or lack, as is clear from experience. For this reason, such communities have need of some system of law whereby they may be directed and properly ordered with regard to this kind of intercourse and association. And although this is to a large extent effected by virtue of natural reason, such natural reason is not provided in sufficient measure and in a direct manner. Hence, it was possible for certain special rules of law to be introduced through the practice of these same nations. For, just as in one State or province law is introduced by custom, so with the human race as a whole it was possible for laws to be introduced by the habitual conduct of Nations. (tradução do alemão realizada por SIMMA, que a extraiu com base, mas não integralmente, da obra de VERDROSS and KÖCH, "Natural Law: The Tradition of Universal Reason an Authority". In: SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** (EJIL).vol. 6, n. 1, 1995. p. 38-39.

[419] A propósito das concepções universalista e individualista e a posição de Verdross ver: SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** (EJIL).vol. 6, n. 1, 1995. p. 39-41.

[420] Livre tradução de: *"…he stated that the constitution of the international community was made up of those rules and principles so fundamental for international law that they determined its sources, subjects, application and the allocation of jurisdiction between States".* SEGURA-SERRANO, Antonio. The Transformation of International Law. **Jean Monnet Working Paper** n. 12/2009. p. 16.

obra, que Verdross publicou com Bruno Simma em 1976 (*Universelles Völkerrecht. Theorie und Práxis*), em que o direito constitucional da comunidade internacional é identificado com a Carta das Nações Unidas, cujo conceito de Constituição foi utilizado no sentido normativo.[421]

De fato, é interessante acompanhar a evolução ou o desenvolvimento do pensamento de Verdross que, com base no monismo kelseniano, manifestava-se, na mencionada obra de 1926, que o Direito Internacional não seria simplesmente uma fragmentação desordenada, mas sim um sistema harmônico de normas se enraizando em uma ordem básica unificada, cuja concepção de Constituição para o cenário internacional não tem por base um documento, como no caso dos Estados ou, na época, a Liga das Nações, mas sim fundada no direito consuetudinário internacional (*international costumary law*). Para Verdross (1926),

> "... A partir deste sistema unificado de normas (Normenordnung) segue uma determinada comunidade, com base em normas (Normengemeinschaft) que justamente é chamada de comunidade jurídica internacional (Völkerrechtsgemeinschaft) porque é uma comunidade estabelecida pelo direito internacional geral. A ordem jurídica fundamental internacional é, assim, a constituição da comunidade jurídica internacional". [422]

Conforme esclarece Fassbender a propósito desse pensamento de Verdross, não seria nem a "norma fundamental" kelseniana nem o Direito Internacional propriamente dito que comporiam uma constituição da comunidade jurídica internacional, mas sim os princípios fundamentais do Direito Internacional

---

[421] O autor refere-se a seguinte obra: VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis** [Internacional Law. Theory and Practice] 5 (1976). In: SEGURA-SERRANO, Antonio. The Transformation of International Law. **Jean Monnet Working Paper** n. 12/2009. p. 16.

[422] VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft** (The Constitution of the International Legal Community). Wien - Berlin, Springer (1926).Tradução livre, conforme transcrição assim citada por FASSBENDER: "[t]his *constitution* is, however, not set down in a document as is the case in most modern states and the League of Nations, which is at present the most comprehensive partial international legal community. Instead, it is founded on international customary law… From this united system of norms (Normenordnung) follows a definite community, based upon norms (Normengemeinschaft) which is rightly called international legal community (Völkrrechtsgemeinshaft) because it is a community established by general international law. *The international legal fundamental order is, therefore, the constitution of the international legal community."* (*Apud* FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 28-29).

que determinariam suas fontes, temas e atribuição de jurisdição aos estados.[423]

Posteriormente, na segunda edição do seu Tratado sobre Direito Internacional, Verdross também abordou o tema, mas num aspecto mais amplo, referindo-se a uma constituição da comunidade de estados num sentido substantivo, que seria baseada no direito consuetudinário (*customary law*) e em certos tratados multilaterais. Por outro lado, desde a Liga das Nações (1919) e, após, a ONU (1945), esta comunidade de estados também teria um instrumento constitucional formal (*Verfassungsurkunde*), mas no âmbito do direito internacional geral. [424]

Na quinta edição do Tratado também se referiu à Constituição de uma comunidade universal de Estados,[425] que conforme Fassbender seria baseada naquelas normas que teriam validade quando o Direito Internacional foi criado, reiterando que tanto com a Liga das Nações como com as Nações Unidas (ONU) essa comunidade teria uma Constituição no sentido formal. Aliás, enfatiza que a Carta da ONU teria a tendência de se tornar a Constituição da Comunidade Universal dos Estados, até porque os poucos Estados não integrantes daquela Organização reconhecem seus princípios.[426]

No livro *Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, publicado em 1973, Verdross retoma a abordagem num Capítulo denominado "A Constituição da Comunidade Jurídica Internacional Universal", aduzindo que os princípios constitucionais da comunidade moderna de Estados surgem com a própria formação dos Estados soberanos, de tal forma que as normas formadoras da comunidade não se confundem com um acordo internacional formal ou com o costume, mas sim de um consenso informal reconhecendo certos princípios com juridicamente vinculativos. Portanto, os princípios constitucionais não são baseados no direito internacional consuetudinário, mas em normas não escritas.

---

[423] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 29.

[424] VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht.** 2. ed. Vienna: Springer, 1950. 5. ed. 1964 (em colaboração com Stephan Verosta e Karl Zemanek). p. 74.

[425] VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht.** 2. ed. Vienna: Springer, 1950. 5. ed. 1964 (em colaboração com Stephan Verosta e Karl Zemanek). p. 136.

[426] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 29-30.

Enfatiza, também, que as normas constitucionais necessárias são aquelas, em especial, atinentes aos sujeitos capazes de criar, de serem os destinatários, aquelas sobre o procedimento em que estas regras podem ser feitas, e, eventualmente, regras sobre os limites materiais do conteúdo das normas (*jus cogens*). [427] Ao comentar a propósito dessa obra, Fassbender esclarece que Verdross entende que esses princípios constitucionais originais, que inclusive poderiam sofrer modificação por igual procedimento de outras regras de direito internacional, são aquelas normas fundamentais sobre direitos e deveres dos Estados absolutamente necessárias para a sua coexistência pacífica, como, por exemplo, a regra *pacta sunt servanda,* o princípio da responsabilidade por danos causados a outro sujeito de direito internacional, bem como a obrigação de respeitar a soberania e a independência dos outros estados.[428]

Ainda conforme Verdross, os princípios constitucionais originários, que se desenvolveram a partir do direito internacional costumeiro e dos tratados multilaterais formariam uma constituição no sentido substantivo (*Verfassung im materiellen Sinne*), os quais teriam, em parte, sido incluídos, primeiramente, no Pacto da Liga das Nações e, posteriormente, na Carta das Nações Unidas, sendo que esta última, pelo seu caráter de tendência universal, configuraria uma antecipação da constituição da comunidade jurídica universal (*antizipierte Verfassung der universellen Völkerrechtsgemeinschaft*).[429]

Outra obra paradigmática para o tema em estudo é *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, [430] publicada em conjunto por Verdross e Simma (1976), em que sustentam que o direito constitucional da comunidade universal de Estados teria sua fundamentação na Carta das Nações Unidas. Conforme anota Fassbender, Verdross e Simma enfatizaram que no passado havia que se distinguir "direito internacional geral" do "direito" representado pela Carta das

---

[427] VERDROSS, Alfred. **Die Quellen des universellen Vökerrechts:** Eine Einführung. Freibur im Breisgau: Rombach, 1973. p. 13-37.

[428] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 29-30.

[429] VERDROSS, Alfred. **Die Quellen des universellen Vökerrechts:** Eine Einführung. Freibur im Breisgau: Rombach, 1973. p. 21 e 32.

[430] VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis** [Internacional Law. Theory and Practice] 5 (1976).

Nações Unidas, porque esta seria destinada apenas a uma parte da comunidade. Contudo, considerando que a ONU posteriormente veio a incluir quase todos os Estados e os poucos faltantes reconheceriam seus princípios fundamentais, a Carta das Nações Unidas passou a constituir-se em constituição da comunidade universal dos Estados.[431]

Ainda na terceira edição da obra "*Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis [International Law. Theory and Practice]*", após enfatizarem o papel da Liga das Nações como primeira organização política mais abrangente da comunidade de Estados, Verdross e Simma assim se referem ao papel da Carta da ONU, em razão da aceitação, pelos Estados de seus princípios fundamentais:

> "A ONU foi fundada... por um tratado multilateral com base no direito internacional geral, estando em vigor no momento. Ela redesenhou o clássico direito internacional da comunidade não organizada de Estados, que havia voltado à existência após a ruptura da Liga, como a ordem para a recentemente organizada comunidade internacional. No entanto, no início a Carta da ONU foi apenas a constituição de uma estrutura parcial (Teilordnung) dentro do sistema universal do direito internacional, porque a ONU originalmente incluía apenas cinquenta e um estados . Mas uma vez que quase todos os estados se tornaram membros dessa organização e os demais estados reconheceram os seus princípios fundamentais, a Carta das Nações Unidas ganhou o posto de ordem fundamental do direito universal internacional atual ... o direito internacional geral como tinha vigorado até agora foi incorporado à nova ordem universal".[432]

---

[431] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 31-32. A propósito, Fassbender extraiu (e traduziu) a seguinte citação da mencionada obra de Verdross e Simma: "*But since the UN [now] includes almost all states and the few states which remain outside have recognized its funtamental principles,* the UN Charter has gained the rank of the constitution of the universal community of states*. Therefore, we had to take the Charter as a starring point and explain the law which had been in force before the Charter became operative in the framework established by the latter because that earlier law is now binding only in so far as it has not been repealed by the Charter...*". (In: VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis vii-viii** (3. ed. 1984). Tradução livre: "Mas desde que a ONU [agora] inclui quase todos os Estados e os poucos Estados que permanecem fora terem reconhecido os seus princípios fundamentais, a Carta das Nações Unidas ganhou o posto da Constituição da Comunidade Universal dos Estados. Portanto, tivemos que tomar a Carta como um ponto referencial e explicar a lei que estava em vigor antes de a Carta tornar-se operacional no quadro estabelecido por esta última, porque a lei anterior é agora obrigatória somente na medida em que não foi revogada pela Carta ...".

[432] Livre tradução do seguinte trecho: *"The UN ... has been founded by a multilateral treaty on the basis of general international law being in force at the time. It redesigned the classical international law of the non-organized community of states, which had returned to life after the breakdown of the League, as the order to the newly organized international community. However, in the beginning the UN Charter was just the constitution of a partial structure (Teilordnung) within the universal system of international law because the UN originally included*

Conforme sintetizou Fassbender, Verdross e Simma apresentam uma noção de Constituição da comunidade internacional de Estados que oscila entre princípios gerais de direito comum aos Estados, permitindo-lhes relações jurídicas e a construção de uma comunidade jurídica, e um abrangente sistema de regras primárias com característica tanto formal como substantiva. Para os referidos autores, que utilizaram o termo "Constituição" em um sentido normativo, a Constituição da Comunidade Internacional, que por um lado pode ser vista como um acordo entre Estados, compõe-se de regras de Direito Internacional que têm prevalência sobre as outras normas tanto para validá-las como por decorrência da lógica jurídica.[433]

Em suas observações, Simma comenta a respeito da aceitação crescente da concepção da Carta das Nações Unidas como Constituição da Comunidade Internacional, bem como do reconhecimento de que as obrigações do referido instrumento teriam prevalência sobre outros compromissos internacionais, destacando, em homenagem ao seu antigo mestre, o pioneirismo de Verdross quanto a essas ideias. Aliás, Simma lembra que a concepção da Carta das Nações Unidades como Constituição é bem evidenciada no último tratado de Verdross (*Universelles Volkerrecht*), e mostra-se esperançoso quanto ao projeto universalista tornar-se realidade, argumentando que atualmente se desenvolve "o processo fundamental de transformação de um mero *jus inter potestates* para uma ordem legal para a humanidade como um todo".[434]

---

only fifty-one states. But since almost all states have become members of that organization and the remaining states have recognized its fundamental principles, the UN Charter has gained the rank of the fundamental order of present universal international law ... General international law as it had hitherto been in force was incorporated into the new universal order". In: VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis** (3. ed. 1984), p. 72. (*Apud* FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 32-33).

[433] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 33 e 175.

[434] Conforme SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** (EJIL).vol. 6, n. 1, 1995. p. 43.Transcreve-se do referido texto original: *"Despite such setbacks, however, I think it is fair to say that in contemporary international law the universalistic blueprint originally drawn up by natural law philosophy is slowly but steadily being turned into a reality. Thus, positive international law is moving in the direction of the 'ought' delineated by the school to which Verdross adhered. It is currently involved in a fundamental process of transformation from a mere ius inter potestates to a legal order for mankind as a whole".*

Esse ponto expõe a necessidade de se examinar o problema relacionado à própria noção de Comunidade Internacional: em que consiste? Em que medida pode ser concebida? O esboço que segue poderá estimular um avanço de reflexões a respeito do tema.

4.1.3 Argumentos aproximativos da concepção de uma Comunidade Internacional: rumo a uma comunidade de valores?

A ideia que compreende a possibilidade de se tomar a esfera internacional/global como uma comunidade pode ser relacionada com a concepção do Constitucionalismo Global. A propósito, cabe mencionar a importância da escola representada pelo grupo de acadêmicos, com influência da abordagem de Alfred Verdross, liderados por Hermann Mosler, ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (ICJ), Bruno Simma e Christian Tomuschat, que integram o conjunto de estudiosos que forma a chamada "doutrina da comunidade internacional". [435]

Numa das eventuais perspectivas, a abordagem pode ser apresentada em face da diferenciação entre as categorias “Sociedade” e “Comunidade”, cuja referência mais usual costuma ser relacionada aos estudos inaugurais formativos da disciplina da Sociologia, especialmente na preocupação quanto à explicação e à compreensão do fenômeno correspondente às transformações sociais e econômicas do capitalismo industrializado que se operavam no século XIX.[436]

Uma das referências essenciais pode ser observada a partir da obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (*Community and Society*), publicada em 1887 por

---

[435] Salienta-se que doutrina da comunidade internacional teve florescimento nos anos que sucederam a "guerra fria", mas pode ser vista a partir das aulas de Mosler, proferidas em Haia em 1974. Conforme enfatiza Fassbender, a "escola da comunidade internacional" é hoje a de maior influência e repercussão, em especial na Europa continental. FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 28.

[436] SCOTT, John (org.). **Sociologia**: conceitos chaves. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Consultoria técnica de Luiz Fernando Duarte. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Sociology: The Key Concepts. p. 47.

Ferdinand Tönnies, [437] e que apesar da distância temporal, ainda tem servido para compor o debate. Para Tönnies, a vida em comunidade compreendia vínculos de confiança, intimidade e vida em conjunto, enquanto que a sociedade é o público, o mundo. Ou seja, a comunidade implicaria relação de ordem emotiva ou de afeto entre os membros, razão porque seria uma decorrência natural. Assim, a modernização sentida na época implicava preocupação quanto à perda da ideia do vínculo existente nas comunidades locais, ou seja, pequenos núcleos de pessoas, ligadas por um sentido compartilhado, confrontados com os crescentes espaços urbanos, que se estruturavam com grande diversificação social. Portanto, a obra explora o conflito (político, econômico, jurídico, familiar, religioso e cultural) entre as comunidades de pequena escala, em que as pessoas compartilham certos valores da vida, com a sociedade que se apresenta em larga escala, de mercado e competitiva.

No entanto, pode-se argumentar que a diferenciação conforme acima exposta não existe em forma pura, nem com relação à Comunidade, nem quanto a Sociedade. Aliás, a noção em si de uma Comunidade Internacional é rica de controvérsias, cujo enfrentamento pode encontrar argumentos que vão desde a negação da existência real dessa categoria e de aspectos quanto ao problema de sua conceituação, até a concepção de que se trata de uma ideia cuja realização tende a se fortalecer.

Embora o termo Comunidade exprima, pelo menos num primeiro momento, a ideia de compartilhamento de interesses ou um mínimo de coesão entre seus membros, cenário que a globalização intensificada, pelo menos hipoteticamente, poderia permitir, sofre em contrapartida alguma desconfiança, principalmente se considerado o rumo tomado no planeta após a catástrofe representada pelo advento da derrubada das “Torres Gêmeas” do *World Trade Center* em Nova York (9/11) como culminação do ataque terrorista em território estadunidense. As contendas políticas e bélicas que se seguiram, no Afeganistão, no Iraque, e em outras regiões do globo, mas especialmente envolvendo o Islã,

[437] TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Society**. Tradução e edição de Charles P. Loomis. Mineola, New York: Dover Publications, Inc., 2002. Título original: Gemeinschft und Gesellschaft. Utiliza-se, aqui, a versão em língua inglesa. Originalmente publicada na Alemanha em 1887, a primeira publicação na língua inglesa foi em 1957 pela Michigan State University Press, com reimpressão em 1963 pela Harper & Row Publishers, Inc.

alavancaram nova preocupação com referência à paz mundial.

Esse cenário, no entanto, pode ser avaliado sob diversos pontos de vista no âmbito do Direito Internacional e é justamente com atenção a essa premissa que Paulus, ao examinar o problema da ideia de uma Comunidade Internacional, realiza sua análise enfocando as concepções institucionalista, liberal e posmoderna.[438] Embora aponte os problemas de cada concepção, conclui que a ideia de comunidade internacional não engloba e não se suporpõe aos demais sistemas, mas serve de atalho para as diversas relações para além das fronteiras dos Estados entre as autoridades estatais, as organizações não governamentais, empresas e cidadãos como esforço conjunto para a solução de problemas comuns.[439]

Mesmo que possa ser ambígua ou polissêmica, e apesar de ser uma ideia controvertida, a expressão "Comunidade Internacional" aparece recorrentemente em textos diversos.[440] É oportuno lembrar, nesse sentido, o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados quando dispõe que "[...] uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela *Comunidade Internacional* dos Estados no seu todo cuja derrogação não é permitida [...]",[441] mantida na posterior Convenção de 1986, que

---

[438] PAULUS, Andreas. International Law and International Community. In: ARMSTRONG, David (ed.). **Routledge Handbook of International Law**. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2009. p. 44-54.

[439] Paulus enfatiza o compromisso assumido por autoridades estatais na Cúpula em comemoração ao aniversário das Nações Unidas (2005), consistente na "responsabilidade de proteger" dos Estados em relação as suas sociedades e aos indivíduos, considerando tal evento como um "prenúncio mais recente para o advento da comunidade internacional nas relações internacionais contemporâneas". Conforme PAULUS, Andreas. International Law and International Community. In: ARMSTRONG, David (ed.). **Routledge Handbook of International Law**. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2009. p. 53.

[440] A propósito, ver: TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad Internacional (*Die Internationale Gemeinschaft*). Tradução de Ignacio Gutiérrez. *In*: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 93-119.

[441] Embora já citado, transcreve-se na íntegra: Art. 53. Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral com a mesma natureza. No original, na versão inglesa: "*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens"). A treaty is void if, at the time*

amplia para as organizações internacionais em sede de tratados, embora ainda não ratificada integralmente, sugerindo forte limitação à soberania estatal. Da mesma forma, o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional menciona a expressão "comunidade internacional em seu conjunto", tanto no Preâmbulo como no art. 5, onde estabelece a competência daquela Corte. [442]

O Tribunal Internacional de Haya, por sua vez, conforme anota Tomuschat, tem utilizado reiteradamente a noção de Comunidade Internacional, implicando que em certos casos os eventuais prejuízos ou danos não se circunscrevem meramente a relações bilaterais entre Estados, mas atingem a todos os membros de tal comunidade. Destaca o referido autor, com essa característica, a decisão paradigmática do caso *Barcelona Traction* em 1970, em que a Corte, no que se refere à proteção de bens jurídicos, afirmou a diferenciação entre aquelas que transcendem para uma Comunidade Internacional (ex.: proibição de genocídio, escravidão, discriminação racial, direitos humanos, etc), daquelas que se referem somente os Estados afetados. Igualmente, na decisão *Teheran,* de 1980, sobre a situação dos reféns na Embaixada dos Estados Unidos naquela Capital, foi mencionada a existência de ofensa a Comunidade Internacional ante a ofensa de regras tradicionais de

---

of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character." (Vienna Convention on the Law of Treaties. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331). Grifou-se. In: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. Acesso em 19/6/2013.

[442] Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Preâmbulo. "[...] Afirmando que os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto não devem ficdar sem castigo e que, para tal fim, há que se adotar medidas no plano nacional e intensificar a cooperação internacional para assegurar que sejam efetivamente subjetidos à ação da justiça,[...] Decididos, para os efeitos da consecução desses fins e no interesse das gerações presentes e futuras, a estabelecer uma Corte Penal Internacional de caráter permanente, independente e vinculada com o sistema das Nações Unidas que tenha competência sobre os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto [...]. Art. 5.1. A competênca da Corte se limitará aos crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto. A Corte terá competência, em conformidade com o presente Estatuto, com relação aos seguintes crimes:[...]. O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002. In: <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf> Acesso em 2/9/2013.

proteção aos diplomatas estrangeiros.[443]

Por outro lado, exortações e apelos à Comunidade Internacional também podem ser localizados na pratica da Assembleia Geral das Nações Unidas, exemplificados, dentre outros, no caso da atuação contra o regime de *apartheid* antes exercido pelo governo sulafricano,[444] e mesmo no Conselho de Segurança das Nações Unidas. [445]

Para Tomuschat, esses textos jurídicos, considerando que partem dos próprios Estados, abrigam a ideia de uma Comunidade Internacional de forma que dispensam as digressões jurídico-filosóficas.[446] Por outro lado, assevera que uma comunidade não pode ser estabelecida apenas por textos jurídicos oficiais, e que os valores fundamentais (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos) devam ser oportunizados a todos. Caso contrário, afirmar uma luta entre civilizações, como pode ser sugerido nas observações da atualidade, significa afastar a concepção de uma Comunidade Internacional. De outra forma, diz que mesmo quem entenda que a existência de uma Comunidade Internacional

---

[443] TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad Internacional (*Die Internationale Gemeinschaft*). Tradução de Ignacio Gutiérrez. *In*: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 96-97. Os casos apreciados pela Corte Internacional de Justica podem ser acessadas em: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2.

[444] Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 45/176 a, de 19 de dezembro de 1990, Preâmbulo, § 12 e Resolução 46/79 A, de 13 de dezembro de 1991, Preâmbulo, § 14. As Resolucões da Assembleia Geral podem ser localizadas no endereço: http://www.un.org/es/ga/67/resolutions.shtml.

[445] No que concerne ao Conselho de Seguranca das Nacoes Unidas, Tomuschat refere-se a decisões que envolvem meios financeiros e de outros tipos a disposição de ações humanitárias, como, por exemplo, as Resoluções 751, de 24 de abril de 1992, op. § 13; 767 de 27 de julho de 1992, op. § 5; 865, de 22 de setembro de 1993, Preâmbulo, § 4; 865, de 22 de setembro de 1993, Preâmbulo, § 4; 886, de 18 de novembro de 1993, Preâmbulo, § 6. Menciona, ainda, a Resolução 766, de 21 de julho de 1992, onde o Conselho de Seguranca reafirma o compromisso da Comunidade Internacional, como se fosse um órgão desta, com um processo em cujo marco a " Autoridade Provisoria das Nacoes Unidas no Cambodja" (United Nations Transnational Authority in Cambodia – UNTAC) pode verificar a retirada das tropas estranjeiras e garantir os acordos firmados. (TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad Internacional (*Die Internationale Gemeinschaft*). Tradução de Ignacio Gutiérrez. *In*: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 98-99). As Resoluções do Conse§lho de Seguranca pode ser localizadas em: http://www.un.org/es/documents/sc/index.shtml. Acesso em 2/9/2013.

[446] Vale mencionar que a ideia de uma comunidade não é nova. A propósito, Francisco Suárez já se referia, em 1612, em sua *De legibus, ac Deo legislatore*, ao fato de que a humanidade sempre conserva determinada "unidade moral e política".

é também um fenômeno real, tampouco "pode fechar os olhos ante o fato de que o grau de solidariedade internacional que constitui o elixir vital da Comunidade Internacional deve ser medido com certo realismo".[447]

Sem desconsiderar a polêmica em torno da questão ora examinada, entende-se que uma forma ideal, pura, de comunidade, é rara até em reduzida escala. No entanto, entende-se viável pensar numa comunidade que tenha certo grau de inclusividade, que permita relações plurilaterais entre os seus membros e que tenha alguns preceitos comuns a compartilhar. Nesse aspecto, não é despropositado pensar que, apesar do complexo cenário contemporâneo, projeta-se realisticamente a ideia de progressiva interdependência dos diversos atores e dos povos no sentido de um compartilhamento de determinados valores mínimos para uma satisfatória coexistência.

Dessa maneira, pode-se enfatizar o papel preponderante da afirmação dos Direitos Humanos para a realização de tal perspectiva. Por outro lado, acenaria nova percepção do Direito Internacional, no sentido da realização de fins que se harmonizem com a ideia de cooperação para a solução dos problemas que são comuns a todos. É nisso que se encontra o liame de identificação ou de comunidade: a ideia de humanidade.

---

[447] Extrai-se do texto original: "*Pero tampoco quien em principio afirme la existência de uma Comunidad internacional no solo em sentido jurídico, sino como fenómeno real, puede cerrar los ojos ante el hecho de que el grado de solidaridad internacional que constituye el elixir vital de la Comunidad internacional debe ser medido com cierto realismo*". Conforme TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad Internacional (*Die Internationale Gemeinschaft*). Tradução de Ignacio Gutiérrez. *In*: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 118.

4.2 SIGNIFICAÇÃO E NOÇÕES APROXIMATIVAS QUANTO AOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS

4.2.1 Delimitação dos Significados: a "força simbólica dos direitos humanos"

A expressão Direitos Humanos é largamente utilizada na vida cotidiana, tanto no âmbito de instituições nacionais e internacionais, como na imprensa, nos debates e pela população em geral, e costuma corresponder a uma resposta a toda uma gama de violações e arbitrariedades ofensivas ao que se pode considerar como os valores mais importantes para os seres humanos em sua essencialidade. Trata-se de um conjunto de exigências ou faculdades de ordem subjetiva que dizem respeito ao ser humano em razão dessa qualidade.

Apesar da intensidade no manejo da expressão, no entanto, pode-se constatar que as categorias "direitos do homem", "direitos humanos" e "direitos fundamentais" costumam apresentar certa confusão conceitual, própria dos diversos sentidos que o uso acaba concedendo a algumas expressões, ora também revelando a ambiguidade e a vagueza interpretativa que muitas vezes acompanham os sentidos possíveis das palavras e expressões.

Para melhor exposição do tema proposto, tornam-se necessárias algumas considerações que podem auxiliar na busca da delimitação dos sentidos de cada expressão. Entendendo que o termo "direitos humanos" possui mais amplitude e imprecisão que a noção de "direitos fundamentais", Pérez Luño apresenta como critério distintivo o seguinte:

> Os *direitos humanos* devem ser entendidos com um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas e positivadas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Enquanto que com a noção de direitos fundamentais se pretende aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos na sua normatização constitucional, e que devem gozar de uma tutela reforçada.[448]

[448] Livre tradução. O texto original é o seguinte: "*Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las*

Também procurando esclarecer as significações, Garcia e Melo expressam que é consenso na doutrina especializada que os termos “direitos do homem” e “direitos humanos” são utilizados quando integram declarações e convenções internacionais, enquanto “direitos fundamentais” aparecem positivados ou garantidos num ordenamento jurídico estatal. Quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam conforme suas preferências, indistintamente.[449] Para Sarlet, os “direitos fundamentais” correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional de um determinado Estado e, quanto aos “direitos humanos”, discordando de sua equiparação a direitos naturais (não positivados), são os positivados nos documentos de direito internacional e “aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[450]

Ao discorrer a propósito dessas controvérsias doutrinais, Pérez Luño[451] analisa particularmente as concepções teóricas dos Professores Antonio Fernández-Galiano e Gregorio Peces-Barba. Em síntese, Fernández-Galiano, ao utilizar como sinônimos os três termos acima mencionados, está se referindo a direitos humanos; enquanto valores enraizados numa normatividade suprapositiva, mas que devem ser reconhecidos, garantidos e regulados para o seu exercício pelo Direito Positivo.[452] Quanto à tese de Peces-Barba, Pérez Luño argumenta que a reflexão daquele se situa em torno do conceito de “direitos

---

exigências de la dignidad, la libertad, y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.” In: PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46.

[449] Argumento constante de nota de roda pé. No artigo, os autores utilizam as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais” como sinônimas. GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. p. 295.

[450] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33-34. Também com referência à distinção conceitual e terminológica, ver: KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 49-51.

[451] PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 48-51.

[452] PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.p. 49.

fundamentais", mas de forma dualista, que decorre de uma síntese da filosofia de tais direitos, como valores a serviço da pessoa humana e inseridos em normas jurídico-positivas. Tal positivação, no entanto, não se resume somente ao caráter declarativo, mas também constitutivo.[453] Independentemente das nuances de cada concepção, Pérez Luño argumenta que ambos os autores mencionados consideram que os direitos humanos configuram-se como categoria prévia e legitimadora dos direitos fundamentais, mas que tais valores prévios por eles expressados correspondem, em Fernández-Galiano, como ordem objetiva e universal de uma axiologia ontológica, e em Peces-Barba, como filosofia humanista de signo democrático.

Numa perspectiva histórica, é possível estabelecer como pressuposto que as conquistas dos direitos e as afirmações de valores são realizadas ao longo de um complexo processo de desenvolvimento da humanidade, e é no plano histórico que podemos encontrar a formalização de documentos que significativamente originam as declarações e garantias dos direitos humanos, como os *Bills of Rights* das colônias americanas que se insurgiram contra a Coroa Inglesa (1776), o *Bill of Right* inglês, fruto da chamada Revolução Gloriosa de 1689, embora este último, contudo trata não especificamente de direitos do homem, mas de direitos tradicionais do cidadão inglês, fundados na *common law*. Com forte significação simbólica, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, que proclamava o ideal de liberdade e igualdade, direitos naturais e imprescritíveis, como liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, como forma de legitimar toda a associação política. [454]

Quanto à origem dos direitos humanos, é interessante mencionar a controvérsia representada por dois autores clássicos: Georg Jellineck, para quem a origem dos direitos humanos se confunde com a história da América (EUA), desenvolvida segundo os *Bills of Rights* na Constituição da Virgínia de 1776 e nas

[453] PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 50.

[454] Nesse sentido histórico, ver o verbete Direitos Humanos (Nicola Matteucci), In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 353-354).

Constituições dos demais Estados americanos, em oposição a Emil Boutmy, compreendendo que a origem dos direitos humanos é francesa.[455] Para Boutmy, os direitos humanos se baseiam como ideia filosófica, e embora reconhecendo que as *Bills of Rights* americanas são anteriores a Declaração francesa de 1789, entendia que eram "apenas" direitos fundamentais. Ao contrário, Jellineck busca a realidade histórica.

Conforme Kriele, não se pode apontar uma dessas posições como vencedora, afinal, tanto a concepção de direitos humanos filosóficos como também a concepção de direitos fundamentais juridicamente institucionalizados devem ser contemporizadas diante da existência de "uma relação mútua entre a filosofia iluminista e a Declaração francesa dos Direitos humanos por um lado, e entre o desenvolvimento das Constituições americanas e a propagação do Estado Constitucional do mundo ocidental de outro".[456]

Na compreensão de Pérez Luño, os direitos humanos, como categoria histórica cuja gênese se situa no ambiente que inspirou as revoluções liberais do Século XVIII, trazem em sua formação ingredientes das correntes doutrinárias do jusnaturalismo racionalista e do contratualismo. No que concerne ao aspecto do jusnaturalismo racionalista, localiza-se a ideia de que todos os seres humanos possuem direitos naturais oriundos de sua racionalidade, direitos estes que devem ser reconhecidos na forma de sua positivação pelo poder político. Quanto ao aspecto do contratualismo, as normas jurídicas e as instituições políticas devem corresponder ao consenso ou vontade popular, e não ficar ao arbítrio dos governantes.[457]

---

[455] Sobre a controvérsia de Jellineck com Boutmy, ver: KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado:** os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Título original: Einführung in die Staatslehre: Die geschinchtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. p. 181-183.

[456] KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado:** os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Título original: Einführung in die Staatslehre: Die geschinchtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. p. 183-184.

[457] PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 206-207.

Partindo-se da ideia de que as conquistas dos direitos e afirmações de valores são realizadas ao longo de um complexo processo de desenvolvimento da humanidade, verifica-se que em determinados momentos históricos ocorre a formalização de marcos importantes, por intermédio de documentos de declarações e garantias de direitos humanos. Pode-se afirmar, então, sem embargo de outros posicionamentos e possibilidades teóricas, que os direitos humanos constituem-se como categoria prévia e legitimadora dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente.

Ainda no campo das significações, cabe ressaltar, em conformidade com a abordagem realizada por Neves, a dimensão simbólica ambivalente dos Direitos Humanos. Para essa acepção, Neves não afasta a compreensão do "simbólico" como dissociado do real, mas sim como "um plano reflexivo da realidade construída socialmente".[458] Nesse sentido, o "simbólico" constituiria "apenas uma dimensão (embora relevantíssima) do social [...]" e, se transportado para o campo do discurso, corresponde a um deslocamento do sentido para outras possibilidades de significações. Dessa forma, caracteriza-se como conotativo, pois "adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto", cuja exemplificação pode ser extraída do fato de que um texto jurídico pode ter um significado político mais relevante que aquele.[459]

No âmbito normativo, a ambivalência do simbólico pode sugerir tanto uma "superação de situações concretas de negação dos direitos" como também para encobrir a realidade de uma falta de efetivação e concretização normativa, de maneira que a força simbólica de quaisquer textos de caráter normativo "serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos".[460]

---

[458] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 509.

[459] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 510.

[460] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne

Essa ambivalência relacionada entre a força da expressão normativa e a força simbólica é aplicável aos Direitos Humanos, seja na esfera dos Estados, seja na esfera internacional/global. Não se pode deixar de mencionar que no âmbito interno os Direitos Humanos tiveram um notável desenvolvimento, muito embora, como anota Neves, a força simbólica positiva quanto à sua institucionalização "só prevaleceu nos Estados Constitucionais e Democráticos do Ocidente", ou seja, numa parcela ainda reduzida do sistema de Estados.[461]

Quanto ao campo do Direito Internacional Público, a análise de Neves aponta que a força simbólica dos Direitos Humanos nesse âmbito é um tanto tímida e, aqui, destaca um ponto bem significativo para os rumos desta Tese:

> Mesmo admitindo-se a existência de uma Constituição da "comunidade internacional" (Fassbender, 1998), que estaria estreitamente relacionada à proteção global dos direitos humanos, não se pode negar que essa Constituição teria características análogas às constituições simbólicas na esfera estatal: hipertrofia de sua função simbólica em detrimento de sua força normativa [...]". [462]

Essa percepção teria embasamento, em primeiro lugar, no problema da "dificuldade de determinar a competência orgânica, o domínio material e a capacidade de uma proteção generalizada dos direitos humanos", por intermédio de procedimentos específicos (*rule of law* e *due processo of law*) e, em segundo lugar, conforme Neves, haveria um uso imperialista dos Direitos Humanos por intermédio da imposição exercida por determinadas potências.

Especificamente com relação ao uso da força e à intervenção militar para a proteção dos Direitos Humanos, dificuldades outras podem ser ressaltadas no âmbito da Organização das Nações Unidas, podendo-se mencionar, nesse sentido, a vagueza interpretativa quanto à noção de "ameaça à paz e à segurança

---

Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 511.

[461] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 511.

[462] NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 529.

internacionais" e, inclusive em razão disso, as cosequentes atuações, ou inércia, do Conselho de Segurança, sem falar do problema quanto à sua legitimação, composição e direito de veto.[463]

4.2.2 O problema da fundamentação para os Direitos Humanos e o seu condicionamento histórico

A busca dos fundamentos dos valores que conformam os Direitos Humanos é uma tarefa que implica aspectos que, no mais das vezes, dizem respeito às inclinações ideológicas, assumidas ou não, em torno da própria noção de humanidade e, por outro lado, oferece uma série de dificuldades a se enfrentar, inclusive sobre o que se entende por fundamentação.

Para Atienza, a fundamentação, em sentido estrito, significa o oferecimento de razões últimas, que não dependam de outras. Com tal premissa e com base na esfera do que denomina de razão prática, entende que essa razão última é de ordem moral. Assim, mesmo que os Direitos Humanos tenham ligação com o poder político, são aqueles que fundamentam tanto a política como o próprio Estado, e não o contrário. No entanto, a fundamentação moral dos Direitos Humanos necessita uma delimitação de quais concepções da ética serviram para esse fim. Nesse aspecto, diz Atienza, há que corresponder a uma concepção minimamente cognoscitiva e universalista da moral, fatores estes que afastariam um relativismo moral em sentido forte.[464] Essa concepção, por outro lado, aparentemente contrariaria o pluralismo e o caráter histórico (dinâmico) da moral, mas que, conforme Atienza, ocorreria somente ao se considerar o pluralismo enquanto acepção normativa (em que nenhuma opinião moral valeria mais que outras). No que se refere ao pluralismo moral de acepção descritiva (em

---

[463] Nesse sentido: NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 529-530.

[464] Nesse sentido, se existe uma proteção de integridade física, seria equivocada a argumentação que admitiria, por exemplo, as mutilações genitais femininas, comuns em determinadas culturas.

que somente anuncia a existência de diversas opiniões ou códigos morais), não haveria incompatibilidade. [465]

Considerando que a fundamentação dos Direito Humanos dependeria, pois, de uma concepção universalista e cética da moral, e que somente poderiam ter proteção num modelo de governo democrático, Atienza argumenta que caberia outro passo para tal fundamentação, que seria a de identificar os princípios que se adequariam a essas características. Nesse sentido, seguindo a sugestão de Carlos Nino (1984), propõe os seguintes princípios: princípio da inviolabilidade da pessoa humana, princípio da autonomia da pessoa humana e o princípio da dignidade da pessoa humana. Entendendo, contudo, que se trata de um sentido restrito porque condizentes apenas com direitos individuais, complementa essa proposta com a acepção que denomina de "comunitarismo de esquerda", que inclui os seguintes princípios: princípio das necessidades básicas; princípio de cooperação, em que o desenvolvimento do ser humano exige cooperação dos demais, inclusive das instituições estatais e não estatais; e o princípio da solidariedade, pelo qual somente alguém teria direito a determinado grau de desenvolvimento e de possibilidade de bens caso estes fatos não impedissem outros a atingir grau equivalente.[466]

Bobbio já expressara que o problema fulcral de nosso tempo no que se refere aos Direitos Humanos não seria propriamente fundamentá-los, mas protegê-los, ou seja, transfere-se um tema de matiz filosófico para o campo jurídico. No entanto, consignou seu entendimento sobre os três modos pelos quais se poderia fundamenta-los: o primeiro deles seria de um dado objetivo constante, como a natureza humana. Contudo, em que consistiria essa natureza humana? Para Bobbio, as oscilações e até contrariedades concernentes às diversas concepções encontradas na história do jusnaturalismo demonstrariam as dificuldades de tal empreitada. Um segundo modo seria o apelo à evidência, mas que também seria impossibilidade pelas diferentes compreensões no curso do tempo. A evidência de um dado momento pode não ser assim considerada em outro. Por fim, o terceiro modo corresponderia ao consenso, que embora não

[465] ATIENZA, Manuel. **El Sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2012. p. 230-231.

[466] ATIENZA, Manuel. **El Sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2012. p. 235-236.

absoluto, seria o único possível de ser comprovado na realidade e, nesse sentido, aponta que a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas “pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. [467]

4.3 A EXPANSÃO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A GRADUAL EVOLUÇÃO DE UM SISTEMA DE VALORES

Sem embargo das longínquas raízes que deram possibilidade formativa ao que hoje se compreende como Direitos Humanos, é possível concordar com a observação de Tomuschat a propósito da íntima relação que possuem com o desenvolvimento histórico do Estado moderno. De igual forma, pode-se reconhecer o caráter dialético dos Direitos Humanos na superação da tensão entre as necessidades e os interesses dos cidadãos em face ao Estado: “Eles são concebidos para conciliar a eficácia do poder do Estado com a proteção contra esse mesmo poder do Estado”. [468] De tal maneira, poder-se-ia falar num standard

---

[467] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.25-27.

[468] Transcreve-se o trecho correspondente, do original: *“Thus, the challenge of human rights is inextricably bound with the history of the modern state: on the one hand, the state has been accepted as an organization well-suited to promote the interests of its members in the never-ending fight for resources among different communities; on the other hand, it has also been identified as a lethal threat to the life and wellbeing of its members. Human rights have a dialectical function in overcoming that tension. They are designed to reconcile the effectiveness of state power with the protection against that same state power. On the one hand, the state is the guarantor of human rights, the institutional framework called upon to safeguard the existence, the freedom, and the property of the individual citizen; at the same time, however, historical experience tells the observer that time and again persons or authorities vested with sovereign powers have infringed the rights of the citizen".* No original (livre tradução): “Assim, o desafio dos direitos humanos está intimamente ligado com a história do Estado moderno: por um lado, o Estado tem sido aceito como uma organização bem adequada para promover os interesses dos seus membros na luta interminável por recursos entre comunidades diferentes e, por outro lado, tem sido também identificado como uma ameaça letal para a vida e bem-estar dos seus membros. Os direitos humanos têm uma função dialética na superação dessa tensão. Eles são concebidos para conciliar a eficácia do poder do Estado com a proteção contra esse mesmo poder do Estado. De um lado, o Estado é o garantidor dos direitos humanos, o quadro institucional chamado para salvaguardar a existência, a liberdade e a propriedade do cidadão e, ao mesmo tempo, no entanto, a experiência histórica indica ao observador que o tempo e mais uma vez pessoas ou autoridades investidas com poderes soberanos têm violado os direitos do cidadão”. In: TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights:** Between Idealism and Realism. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 8.

moral para a legitimação política.[469] No âmbito da sociedade de Estados, a proteção internacional dos Direitos Humanos desenvolve-se de maneira interligada com a própria evolução da Comunidade Internacional, principalmente quando as instituições internacionais e os mecanismos de proteção e garantia se estabelecem e os Estados e governantes passam a se submeter, pelo menos em certa medida, a esse sistema abrangente.

A consolidação de conquistas dos cidadãos em face do Estado estabeleceu uma série de proteções, como contra o genocídio, a tortura e a escravidão, que mesmo independentemente de estarem formalizados em tratados já ingressavam no âmbito do Direito Internacional consuetudinário. Todavia, quando inseridos em tratados, "podem constituir obrigações *erga omnes* para os Estados signatários".[470] Nesse sentido, mais do que os aspectos da natureza dos Direitos Humanos, interessa nesta parte do trabalho evidenciar a evolução protetiva dos Direitos Humanos justamente em torno do sistema internacional e dos correlatos tratados que conferem aos mesmos um estatuto diferenciado.

Ante o perceptível rumo evolutivo que os Direitos Humanos tiveram após a Segunda Guerra Mundial, pode-se lembrar, como o faz Buergenthal[471] que anteriormente as proteções que se assemelhavam a tal categoria eram apenas princípios jurídicos difusos e não relacionados, ou mesmo algumas medidas institucionalizadas, por intermédio dos Estados, direcionadas a determinadas categorias ou agrupamentos de seres humanos. Como exemplo, pode-se mencionar a responsabilidade de caráter estatal por danos causados a estrangeiros, um arremedo de proteção de minorias, ou ainda a intervenção humanitária, embora sem uma delimitação adequada. Vale ressaltar também os acordos que tiveram por objeto a abolição da escravidão, bem como a

---

[469] DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 4. ed. Boulder (Colorado): Westview Press, 2013. (Kindle Book). pos. 948 de 6886.

[470] SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 212.

[471] BUERGENTHAL, Thomas. The Evolving International Human Rights System. In: KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. (Ed.). **International Law**: classic and contemporary readings. 3. ed. Bolder (USA)/London (GB): Lynne Rienner Publishers, 2009. p. 289.

preocupação com o tratamento de prisioneiros de guerra, ou de soldados feridos em combate.

Alguns direitos sociais, no final do século XIX e início do século XX, já ganhavam foros de preocupação e proteção. Dentre outros, cabe mencionar a criação, em 1919, da Organização Internacional do Trabalho, bem como a correlata proteção, previdência social e a situação dos trabalhadores, embora essa conquista ainda incipiente quanto a direitos sociais, devia-se, conforme anota Sommermann, "menos ao compromisso humanista-social destes do que ao interesse em criar condições iguais para a competência econômica".[472] Como se a beligerância humana pudesse, para compensar seus horrores, despertar de alguma forma novos horizontes para a humanidade, costuma-se ter como importante passo inaugural para a internacionalização dos Direitos Humanos o advento da Liga das Nações, após o término da Primeira Guerra Mundial, embora de maneira tímida. Conforme Buergenthal, não havia ainda, no entanto, "um amplo conjunto de direitos que se pudesse denominar como direito internacional dos direitos humanos".[473]

Outros importantes marcos poderiam ser mencionados para delinear os passos inaugurais do sistema ampliado de proteção internacional dos Direitos Humanos, mas para seguir a delimitação temática proposta para esta Tese, interessa enfatizar justamente o momento de suma importância correspondente

---

[472] Extrai-se do original da obra de referência: "El que en época tan temprana se pudiera alcanzar un consenso amplio entre los Estados acerca del reconocimiento de los derechos sociales seguramente se debió menos al compromiso humanista-social de éstos que al interés en crear condiciones iguales para la competencia económica". SOMMERMANN, Karl-Peter. El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948. *In:* PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique (Coord.). **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 97-112.

[473] No original: "These developements, however, did not result human rights law, although a few legal scholars promoted the concept". Burgenthal menciona também o Institute of International Law (Institute de droit international or Institute) e a adoção da Declaração dos Direitos Internacionais do Homem (Declaration of the International Rights of Man) em 1929, a qual em sem Preâmbulo consignava que "a consciência juridical do mundo civilizado exige o reconhecimento para os indivíduos de direitos preservados de toda a violação por parte do Estado" ("the juridical conscience of the civilized world demands the recognition for the individual of rights preserved from all infringement on the part of the State"). Constava também da Declaração o dever dos Estados de reconhecimento aos indivíduos, sem distinção de nacionalidade, sexo, raça, língua ou religião, o direito à vida, à liberdade e à propriedade. BUERGENTHAL, Thomas. The Evolving International Human Rights System. In: KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. (Ed.). **International Law**: classic and contemporary readings. 3. ed. Bolder (USA)/London (GB): Lynne Rienner Publishers, 2009. p. 289-290.

ao período que se segue ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, quando a Carta das Nações Unidas, firmada inicialmente por 51 países (atualmente são membros 192 Estados soberanos) em São Francisco – EUA, em 26 de junho de 1945, estabeleceu a Organização das Nações Unidas, com o objetivo da paz e segurança internacionais, do desenvolvimento de relações amistosas entre nações e de promover o progresso social, melhores níveis de vida e os direitos humanos. A Carta da ONU já prevê específicos dispositivos dirigidos aos Direitos Humanos, como na própria destinação principiológica da Organização, em seu art. 1°. A disposição do Art. 13, 1 determina que à Assembleia Geral caberá fazer estudos e recomendações para a efetivação dos Direito Humanos enquanto que o Art. 55 do Capítulo IX, que trata da cooperação econômica e social, prevê genericamente que as Nações Unidas devem promover medidas para o seu respeito universal e a sua concretização. [474] O Art. 56 prevê que "Para a realização dos propósitos enumerados no Art. 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente". Diante de certa vagueza dessas expressões e da interpretação conjunta com o preceito de não intervenção em assuntos internos aos Estados previsto no Art. 2 (7) da Carta,[475] no entanto, obstaculizou-se por algum tempo as necessárias ações de proteção dos Direitos Humanos. Essa obstaculização, no entanto, tem sido superada ao longo do tempo pela própria adesão a que os Estados tem se obrigado numa série de tratados perante a Comunidade Internacional.

A partir desse período, então, desenvolve-se o denominado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, por intermédio do sistema global e de sistemas regionais. O Sistema Global de Direitos Humanos tem as Nações

---

[474] **Carta das Nações Unidas**. Art. 55 - Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

[475] **Carta das Nações Unidas**. Art. 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...]. 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII.

Unidas – ONU como protagonista principal, tendo como marco a Declaração dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, mas que configura-se também por intermédio de diversos documentos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), dentre outros. A adesão a esses tratados pelos Estados membros tem impulsionado a expansão dos Direitos Humanos, inclusive por intermédio da criação de mecanismos e legislações no domínio interno. Portanto, o desenvolvimento dos Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais tem sido gradual e significante, apesar de ainda encontrar-se em processo inicial, fato que se vislumbra promissor.

Na estrutura organizativa das Nações Unidas, Buergenthal anota que a Assembleia Geral, com o passar do tempo, aumentou sua atuação e a exigência quanto as suas resoluções. Contudo, a eficácia é reduzida diante do caráter não vinculante. No que concerne ao Conselho de Segurança, embora seja dotado dos poderes conferidos pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas com a previsão de medidas para efetividade, como sanções econômicas e intervenções militares, raramente agiu nesse sentido. Contudo, com o fim da Guerra Fria, determinadas medidas foram implementadas ante a ocorrência de graves violações dos Direitos Humanos. Embora esteja envolvido em dificuldades e ambivalências quanto a tomada de medidas, Burgenthal, há uma tendência de uma nova visão, a qual atribui ao aumento de poder após a Guerra Fria e a tendência da Comunidade Internacional em contrapor as violações aos Direitos Humanos por intermédio de sanções econômicas e o uso da força.[476]

A operacionalização utilizada pelo sistema das Nações Unidas para a implementação dos Direitos Humanos, além do arcabouço dos tratados e convenções, tem impulso por uma diversidade de organismos, como a própria Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social, a Comissão de Direitos Humanos, comitês e grupos especializados, bem as agências especializadas,

[476] BUERGENTHAL, Thomas. The Evolving International Human Rights System. In: KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. (Ed.). **International Law**: classic and contemporary readings. 3. ed. Bolder (USA)/London (GB): Lynne Rienner Publishers, 2009. p. 295-296.

como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).[477]

Outros desenvolvimentos da expansão protetiva podem ser percebidos, como a criação de tribunais específicos para o julgamento dos casos que envolveram os conflitos de Ruanda e dos Bálcãs (Tribunal Penal Internacional para Ruanda e Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia) e, posteriormente, com o Estatuto de Roma, a criação do Tribunal Penal Internacional. Num outro aspecto, é importante também destacar a atuação, inclusive fiscalizatória, das organizações não governamentais.

Complementando o Sistema Global, encontram-se os Sistemas Regionais de Direitos Humanos, compreendido o da Europa, o das Américas e o da África.

O Sistema Europeu é organizado no âmbito do Conselho da Europa (CE)[478], fundado em 1949 possui atualmente 47 países membros e tem como fundamento geral a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950/1953). Substituindo a estrutura original, foi criada em 1998 uma Corte única, permanecendo a sede em Estrasburgo, na França. Possui instrumentos adicionais ou especializados como, por exemplo, a Convenção Europeia sobre Extradição (1957/60), a Convenção Europeia sobre Assistência Mútua em Assuntos Criminais (1959/62), a Carta Social Europeia (1961/65), a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Punições Desumanas ou Degradantes (1987/89), a Convenção para a Proteção das Minorias Nacionais (1995/98), a Carta Social Europeia Revisada (1996/99), a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina (1997/1999) e Convenção Europeia sobre Nacionalidade (1997-2000), dentre outros.

---

[477] Para um panorama geral ver, dentre outros: SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 232-262.

[478] Site oficial: http://www.coe.int/

O Sistema Interamericano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)[479], atualmente com 35 países membros, tem por estrutura a Corte (1979), sediada em San José, na Costa Rica, e a Comissão (1960, revisada em 1979), sediada em Washington, nos Estados Unidos. Possui como tratado geral de base a Carta da OEA (1948/51), lida conjuntamente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969/78), além de instrumentos adicionais ou especializados como, por exemplo, a Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura (1985/87), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988/99), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte (1990/91), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994/96), a Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (1994/95), a Convenção Interamericana sobre a Convenção sobe a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiências (1999/2001).

O Sistema Africano, ainda em fase inicial, foi inserido a partir de 2002 no âmbito da União Africana (UA)[480], cujos tratados gerais são a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981/85) e o Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos no estabelecimento da Corte Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1998/2004). A Corte de Direitos Humanos e dos Povos Africanos foi formalmente instaurada em 2006.

Enquanto o sistema global tem ênfase na universalidade, e este justamente é um elemento de dificuldade, em especial diante da diversidade cultural, religiosa, política e econômica, os sistemas regionais têm mais flexibilidade e atendem aos valores locais, muitas vezes não alcançados pelo sistema global.

Como se pode constatar, a Comunidade Internacional é dotada, por intermédio das Nações Unidas e dos diversos organismos regionais de uma ampla estruturação em termos de proteção dos Direitos Humanos. Contudo, como

[479] Sítio oficial: http://www.oea.org

[480] Sítio oficial: http://africa-union.org

ressalta Cassese, é preciso fazer mais, inclusive porque é um momento que se deve superar a excessiva retórica dos Direitos Humanos por “ações orientadas para resultados concretos”. Para tal conquista, sugere Cassese, é necessário que se tenham objetivos prioritários, um conjunto reduzido de direitos, e medidas efetivas para a sua concretização. Por outro lado, os mecanismos já existentes devem ser simplificados. Um dos recursos de grande importância que poderia ser aperfeiçoado é do julgamento e da punição na esfera penal. Sem embargo, o uso da força diante da necessidade de conter as atrocidades também deve ser utilizado, mas legitimado por decisões coletivas no âmbito da Comunidade Internacional. Por fim, é indispensável que, juntamente com os organismos internacionais, atuem conjuntamente os indivíduos, grupos e organizações não governamentais.[481]

4.4 É RELATIVA A IDEIA QUANTO À UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS?: VISLUMBRES DE CONVERGÊNCIAS PARA UM DIREITO COMUM

É fato que especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos de 1966 sobre os direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos e sociais simbolizam, sem dúvida, importantes marcos para a humanidade no que concerne à pretensão de generalidade e universalidade em relação a todos os seres humanos, bem como servem de parâmetro para o comportamento dos Estados envolvidos, pelo menos relativamente. Ao refletir sobre o tema, Cassese argumenta que a única coisa que os textos acima mencionados exigem são preceitos *mínimos* a serem observados na relação entre comunidade e Estado, consistindo no respeito a certos direitos humanos essenciais, de certa liberdade essencial e do direito de autogoverno, e que, portanto, cada Estado, apesar de vinculados aos tratados assinados, podem então ter certa margem de manobra, mas, não obstante, tanto a Declaração dos

[481] CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 229.

Direitos Humanos e os Pactos de 1966 têm no mínimo a tendência de servirem a todos os Países e a toda a população do planeta.[482]

Os parâmetros e preceitos de pretensão universal, mesmo que relativizados, no entanto, apresentam divergências tanto no aspecto filosófico como nos aspectos político e cultural. Sob tais sentidos, Antonio Cassese inicialmente menciona o fato de que os países ocidentais possuem matriz jusnaturalista com relação aos Direitos Humanos, ou seja, constituem elementos inerentes à essência humana e que, por isso, precedem ao Estado, cujos governos por esses direitos estão obrigados, embora possam tecer certos limites. Sob os aspectos cultural e religioso, também são anotadas diferenças, pois enquanto que para os ocidentais a afirmação dos Direitos Humanos tem importante relevo no que concerne à liberdade em face do Estado, de tal modo que as liberdades civis, o direito do livre pensar e de manifestação ficam bem evidenciadas, tal não ocorreria, entretanto em países de aproximação socialista, que privilegiam mais os aspectos econômicos e sociais no sentido de obtenção de uma pretensa igualdade. Por outro lado, os direitos civis não são respeitados em países ainda em processo de desenvolvimento. [483]

Ainda na análise de Cassese, as diferenças também parecem destacadas diante de países asiáticos, sejam, por exemplo, nos aspectos familiares que predominam nas sociedades de feição budista, sejam em razão da separação de castas e demais características do sistema ético-religioso da Índia. As diferenciações também são notadas com relação à base confucionista (China), bem como no modelo do Islã, cuja organização social em torno do Corão funciona como um "filtro" das exigências dos Direitos Humanos, pois o parâmetro deve ser de acordo com os preceitos da lei islâmica. Da mesma forma, são pronunciados e evidentes os aspectos diferenciados da tradição africana, baseada em geral em costumes tribais, aos quais os indivíduos seguem por imperativos sociais. Além disso, diversas outras divergências quanto ao universalismo podem ser apontadas, como o problema da liberdade de imprensa, da liberdade de circulação, das discussões diante das inovações científicas e tecnológicas, do

[482] CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 60-61.

[483] CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 61-63.

problema das mutilações genitais femininas, como ocorre, dentre outros locais, na Somália, Sudão, Mali, Etiópia, Nigéria, etc. e no Oriente Médio (Oman, Yemen, etc). Outro importante aspecto expressado por Cassese é referente à liberdade de culto, como atualmente ocorre quanto à limitação de exteriorização por intermédio de símbolos e vestimentas, como exemplifica a legislação específica francesa de 2004, embora não alheia à polêmica diante da significativa população islâmica naquele País que reage à pretensão de uma laicização do Estado. Assim, não se pode deixar de perceber que a matriz jusnaturalística e ocidental dos Direitos Humanos encontra uma série de divergências que interferem tanto na interpretação como na aplicação e, portanto, na sua característica da universalidade.[484]

Contrapontos à questão da universalidade dos direitos humanos nos âmbitos filosófico, político e jurídico também são relatados por Pérez Luño: No plano filosófico, destaca inicialmente a percepção de Jean-François Lyotard, que na obra “A condição pós-moderna” defende valores alternativos, em especial o particularismo e a diferença, numa revisão crítica aos valores da modernidade, como o da racionalidade, da universalidade e da igualdade. Numa outra obra, “A diferença”, Lyotard diz que o que enaltece o ser humano é seu esforço em se diferenciar dos demais. Nesse sentido, Pérez Luño também menciona o argumento de Bernard-Henri Lévy no sentido de que a racionalidade e a dignidade do ser humano se manifestam como o esforço por se diferenciar do grupo, em não se parecer com os demais. Por outro lado, o movimento comunitarista, também apresentaria contrariedades à universalidade dos Direitos Humanos, pois se opõe a uma visão abstrata e ideal forjados na modernidade. Quanto ao plano político, o ataque à universalidade tem como fundo o relativismo cultural, em que cada povo e cultura, historicamente, forma seu próprio modo de vida e, assim, não há que se falar em hegemonia. Assim, as sociedades livres e pluralistas não devem impor suas instituições aos demais. A crítica pode se referir, também, ao problema da imposição de valores como eurocentrismo, neoimperialismo ou neocolonialismo. Por último, no que concerne ao plano jurídico, a crítica ao universalismo pode ser localizada na heterogeneidade dos

[484] CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 63-70.

textos constitucionais comparados, em que dependendo do tipo de Estado (liberal ou social) pode existir tratamento privilegiado e, portanto, diferenciados entre liberdades individuais e direitos sociais.[485]

Tais críticas, no entanto, são rebatidas por Pérez Luño. Quanto às expressões modernidade e pós-modernidade, há que se compreendê-las na acepção cronológica, e não axiológica. Não significa que as novas concepções filosóficas ou pós-modernas sejam melhores que as antigas concepções. Quanto ao comunitarismo, a moral individual não se mostra mais adequada que o *ethos* social para os problemas ético-jurídicos contemporâneos. Deve-se afastar, contudo, o *ethos* social comunitário como um retorno de identidades coletivas nacionalistas e tribais. Aliás, enfatiza que o nacionalismo radical constitui-se num absurdo lógico e ético. No que se refere ao relativismo cultural, é difícil admitir, no atual momento do avanço da história, a mutilação genital feminina em países africanos e asiáticos, o analfabetismo e a violência imposta a mulheres em países em geral islâmicos, e toda uma série de violações e tiranias espalhadas por todo o planeta que atentam contra a dignidade humana revestidas de costume local. Por outro lado, é necessário enfatizar que não se pode confundir as categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os direitos humanos, diante da sua universalidade, possuem dimensão deontológica que, quando recepcionados nos ordenamentos positivos, caracterizam-se como direitos fundamentais. No entanto, nem todos os direitos humanos são recepcionados nos ordenamentos estatais. [486]

De fato, algumas percepções apontam para uma relativa convergência, pelo menos em alguns mínimos *standards*, que até mesmo podem reforçar o entendimento de que se desenvolve um processo, embora lento, de expansão de respeito aos Direitos Humanos independentemente das fronteiras políticas, religiosas e culturais. Nesse sentido, em face da fatalidade das críticas ao universalismo, é oportuna a menção aos argumentos articulados por Donnelly, que ao explorar os aspectos em que os Direitos Humanos, reconhecidos na

[485] PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 209-215.

[486] PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 215-224.

esfera internacional, podem ou não ser considerados universais e em que medida são ou não são relativos, defende a ideia de uma "universalidade relativa".[487]

A análise de Donnelly tem por ponto de partida o estabelecimento de uma distinção entre universalidade conceitual, que implica na ideia em si de Direito Humanos, da universalidade substantiva, a qual corresponde a uma concepção particularizada ou uma lista desses direitos. Inicialmente, a referência quanto ao efetivo cumprimento pelos Estados merece observações, eis que em demasiados Países não só existe recusa na efetivação dos Direitos Humanos como os violam e realmente a implementação e a concretização dos Direitos Humano é muito relativa no que concerne aos entes soberanos. Na análise quanto às diferentes sociedades e culturas sob a visão histórica e antropológica, Donnelly entende que a maioria dos argumentos referentes à universalidade são pronunciados como demonstração de sensibilidade e respeito. Entende que as sociedades islâmicas, confucionistas e africanas não desenvolveram práticas ou ideias a propósito dos direitos humanos anteriormente ao século XX, embora argumente que, atualmente, existe significativa ampliação no suporte de tais direitos por essas sociedades.[488]

No que concerne à universalidade no sentido funcional, o argumento de Donnelly difere do usual. Costuma-se atribuir aos Direitos Naturais ou Direitos Humanos uma origem ocidental, onde podem ser encontradas suas raízes, mas sua disseminação deveu-se não com a pecha de ocidentalidade, mas porque acompanharam as transformações sociais, políticas e econômicas da modernidade, de maneira que sua relevância deve-se àquelas transformações, independentemente da cultura pré-existente do local. A universalidade funcional dos Direitos Humanos depende da capacidade de proporcionar soluções para as ameaças a dignidade humana, pois independentemente de nossos outros

---

[487] DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. In: **Human Rights Quarterly**. V. 29, n. 2. Baltimore (MD): Johns Hopkins University Press, 2007. p. 281-306.Mais especificamente, afirma: *"I defend what I call funcional, international legal, and overlapping consensus universality"* (p. 281).

[488] DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. In: **Human Rights Quarterly**. V. 29, n. 2. Baltimore (MD): Johns Hopkins University Press, 2007. p. 282-286.

recursos (religião, moral, jurídico e político), todos necessitamos desses direitos de caráter inalienável e universal para nossa proteção.[489]

Enfim, a acepção da universalidade relativa dos Direitos Humanos, sem embargo das diversidades sempre presentes, tem o mérito de constituir-se, como enfatiza Donnelly, num poderoso recurso que podemos utilizar para auxiliar, tanto em nível nacional como internacional, na construção de uma sociedade mais justa e humana.[490]

São, portanto, percepções que devem ser levadas a sério. A propósito, Piovesan, ao adotar a acepção desenvolvida por Donnelly, enfatiza que a Declaração de Viena de 25 de junho de 1993, firmada por 171 Estados, acolheu a corrente do forte universalismo ou fraco relativismo cultural,[491] em que embora possam ser admitidas variações culturais no modo de interpretação dos direitos humanos, é necessário insistir na sua universalidade moral e fundamental. É o que se extrai da referida Declaração, que assim estabelece:

> 1. A Conferência Mundial de Direitos Humanos reafirma o solene compromisso de todos os Estados de cumprir suas obrigações de promover o respeito universal, assim como a observância e proteção de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos em conformidade com a Carta das Nações, aos outros instrumentos relativos aos direitos humanos e ao direito internacional. O caráter universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas. Nesse contexto, o fortalecimento da cooperação internacional na esfera dos direitos humanos é essencial para a plena realização dos propostos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são patrimônio inato de todos os seres humanos: sua promoção e proteção é responsabilidade primordial dos governos.
>
> [...]
>
> 5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade, e com a mesma ênfase. Embora o significado das particularidades nacionais e regionais e diversos contextos históricos, culturais e religiosas devem ser tidos em conta, é o dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais,

---

[489] DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. In: **Human Rights Quarterly**. V. 29, n. 2. Baltimore (MD): Johns Hopkins University Press, 2007. p. 286-288.

[490] DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. In: **Human Rights Quarterly**. V. 29, n. 2. Baltimore (MD): Johns Hopkins University Press, 2007. p. 306.

[491] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 160-161.

> para promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.[492]

Compartilha-se nesta Tese a ideia de que é perceptível o processo em expansão dos Direitos Humanos, que cada vez mais passam a fazer parte do cotidiano das pessoas e das instituições, tanto as vinculadas ao Estado como as diversas outras entidades que, direta ou indiretamente, estão envolvidas na promoção, defesa ou mesmo na vigilância pela efetivação dos valores afetos aos valores inerentes à condição humana. Se, contudo, as diferenciações acima mencionadas ainda indicam que há um longo caminho a percorrer, parece induvidoso reconhecer que diversos pontos de convergência já são observáveis.

Nesse sentido, Antonio Cassese aduz que há certo consenso verificável no grau de importância de diversos direitos, pois se nota que a quase totalidade dos Estados, por exemplo, concordam que o genocídio, a discriminação racial, a prática de tortura, a recusa quanto ao reconhecimento ao direito de autodeterminação, fato que ao mesmo tempo leva a conclusão de que há consenso em valores como a igualdade, a proteção contra tratamentos desumanos ou degradantes, bem como a autodeterminação dos povos. Por outro lado, apesar das divergências quanto à interpretação e à aplicação, os Estados recusam expressar qualquer dúvida quanto ao valor e ao significado global da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos

---

[492] "*1. The World Conference on Human Rights reaffirms the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Charter of the United Nations, other relating to human rights, and international law. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question. In this framework, enhancement of international cooperation in the field of human rights is essential for the full achievement of the purposes of the United Nations. Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of Governments."* […]. "*5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms".* A/CONF.157/23. WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS. Vienna, 14-25 June 1993. VIENNA DECLARATION AND PROGRAMME OF ACTION. In: http://www.un.org/en/development/devagenda/humanrights.shtml. Acesso em 4 de julho de 2013.

Civis e Políticos (1966) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), como uma meta a ser alcançada.[493]

Da mesma maneira, também a regionalização e a setorização contribuem para o processo de universalização dos Direito Humanos, ao contrário do que se poderia pensar. No caso da regionalização, pode-se verificar a ocorrência de recuperação ou intercâmbio de conceitos e interpretações de um âmbito regional a outro e, além disso, pode-se perceber um movimento de expansão. Quanto à setorização dos Direitos Humanos, ou mesmo diante das Convenções Internacionais sobre problemas específicos, como discriminação, igualdade entre homens e mulheres, liberdade religiosa, etc, ou por categorias específicas (refugiados, mulheres, crianças, idosos, prisioneiros, deficientes físicos, etc), Cassese assevera que se tratam de medidas abrangidas por uma extensa rede normativa, de tal forma que facilita aos Estados chegarem a entendimentos que talvez anteriormente tivessem mais dificuldades, num cenário que transcende as suas questões ideológicas, econômicas e políticas. Dessa maneira, os caminhos são otimistas para os consensos em relação a temas que acabarão angariando, se já não atingiram, conotação universal. [494]

Por oportuno, pode-se perceber que o problema da universalidade tem sido mais enfaticamente levantado por líderes e governantes do que pelas populações, estas sim as destinatárias últimas dos Direitos Humanos. Como enfatiza Tomuschat, a confiança expressada sobre valores nacionais ou regionais tem sido usada mais para o jogo político do que verdadeiramente no sentido de uma preocupação sobre a perda da identidade nacional em face de valores desnacionalizados.[495]

---

[493] Conforme CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 72. Extrai-se do original: *"Um altro elemento che mi sembra importante mettere in rilievo attiene al valore della Dichiarazione e dei due Patti. Malgrado Le divergenze circa la loro interpretazione e la loro applicazione, nessuno Stato (tranne forse l'Iran, almeno qualche anno fa) mette oggi esplicitamente in dubbio il significato complessivo di quegli atti, che rappresentano uma 'meta da raggiungere' (standard of achievement, per riprendere Le parole della Dichairazione)".*

[494] CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 73-74.

[495] Tomuschat cita, neste sentido, a fala de Kofi Annan, ex Secretário-Geral da ONU, assim pronunciada, em tradução livre: "Nunca foi o povo que reclamou da universalidade dos direitos humanos, nem o povo considera os direitos humanos como uma imposição ocidental ou do Norte. Foram frequentemente seus líderes que o fizeram". No original: "*It was never the people who complained of the universality of human rights, nor did the people consider human rights as*

Se Walzer defende um código moral mínimo e universal (*minimal and universal moral code*), em que inclui a proibição da tortura, da escravidão, do assassinato e do genocídio,[496] Tomuschat complementa com o argumento de que nenhuma autoridade pública estatal afirma que seria permitido lidar com a vida, a liberdade e a integridade física dos cidadãos arbitrariamente. Aliás, avança sua abordagem para além dos argumentos de Walzer. Ora, as atitudes e ideologias de governos autoritários e arbitrários são tratadas como exceções ou como comportamento a ser superado, em tal medida que Tomuschat constatou diante de suas análises em relação aos principais sistemas religiosos e políticos que não há contrariedades com referência, por exemplo, ao conteúdo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (exceto pelo seu caráter de direitos individuais). Ademais, inexistem doutrinas que exteriorizem que o Estado deva limitar a liberdade de expressão, de reunião ou de associação de acordo com suas conveniências, além de haver consenso generalizado de que os cidadãos devem gozar de uma vida com respeito a sua dignidade. Pelo contrário, as tentativas de meio arbitrários são inaceitáveis pelos povos e pela maioria dos governos. [497]

---

a Western or Northern imposition. It was often their leaders who did so". In: TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights:** Between Idealism and Realism. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 94.

[496] WALZER, Michael. **Interpretation and Social Criticism**. Cambridge, Massachusetts: Harward University Press, 1987. p. 24.

[497] Para Tomuschat, quanto aos direitos oriundos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a única controvérsia consistiria em decidir se ao individuo deve ser proporcionada a exigibilidade de direitos, ou se o deveria haver mecanismos para a confiabilidade de que se daria automaticamente por um sistema abrangente de proteção de direitos. Por outro lado, no que concerne ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a avaliação não é a mesma, até porque os Estados apresentam dificuldades para a redistribuição social exigida pelo Pacto. Assim, o consenso sobre questões de direitos humanos encontra seus limites onde os comandos para a interferência com estruturas sociais existentes são transmitidos.[...]. Um conceito de direitos humanos confinados a restrições que limitam a ação governamental tem muito mais chances de reconhecimento universal do que um conceito mais abrangente, que considera os direitos humanos como elementos de ordem pública para o Estado e a sociedade também. Transcreve-se, nesse último sentido, do original: "*The CESCR requires a different assessment. Although this Convenant, which has been conceived of as an instrument for the establishment of social justice, generally enjoys large sympathy, it only has weak ideological foundations. When the strong religious and ethical currents determining the world of today came into being, the state as provider of public goods and services to individual persons was more or less unknown. In today's world, not only failing or failed states experience great difficulties in bringing about the kind of social redistribution which the CESCR requires. The consensus on human rights issues meets its boundaries where commands for interference with existing societal structures are imparted. In this regard, marriage and family constitute a true minefield. A human rights concept confined to constraints limiting governamental action has*

Por fim, vale mencionar o sempre lembrado voto dissidente do juiz Kotaro Tanaka, anexado ao julgamento da Corte Internacional de Justiça, de 18 de julho de 1966, que tratava de apreciação de pleitos conjuntos da Etiópia e da Libéria envolvendo o caso da África do Sudoeste, cujo teor tornou-se símbolo de promoção de respeito pela dignidade humana e pelos direitos humanos. Trata-se de importante referência e pertinente ao estudo do problema que ora se examina, razão pela qual se transcreve o seguinte trecho, que é bem ilustrativo:

> O problema aqui não é uma questão de ordem internacional, no sentido de interesses entre Estados, mas a preocupação é com a questão da validade internacional dos direitos humanos, isto é, a questão de saber se um Estado tem a obrigação de proteger direitos humanos na esfera internacional, da mesma forma que é obrigado a fazê-lo no âmbito doméstico. O princípio da proteção dos direitos humanos é derivado do conceito próprio de homem como pessoa e sua relação com a sociedade, que não pode ser separado da natureza humana universal. A existência de direitos humanos não depende da vontade de um Estado, nem internamente em sua legislação ou de qualquer outra medida legislativa, e no plano internacional, não depende nem de tratados, nem de costumes, na qual a vontade expressa ou tácita de um Estado constitua o elemento essencial. [498]

É claro que a universalidade suscita diversas e complexas questões de ordem ética, antropológica, metafísica, mas é necessário vislumbrar os Direitos Humanos diante de aspectos práticos e concretizáveis. Ora, é fato notório que nem todos têm tais direitos reconhecidos e que não são aplicados igualmente em todas as delimitações espaciais. Na avaliação de Calera, parece próprio do gênero humano a meta de encontrar um mínimo ético de direitos e deveres e que, nessa busca, há uma "tendência histórica especialmente expansiva em favor de uma universalidade dos direitos humanos". Nesse sentido, conforme Calera, a

---

much better chances of universal recognition than a more comprehensive concept which considers human rights as public order elements for state and society alike". In: TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights:** Between Idealism and Realism. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 95-96.

[498] Livre tradução. Transcreve-se do original, conforme segue: "*The question here is not of an "international", that is to say, inter-State nature, but it is concerned with the question of the international validity of human rights, that is to Say, the question whether a State is obliged to protect human rights in the international sphere as it is obliged in the domestic sphere. The principle of the protection of human rights is derived from the concept of man as a person and his relationship with society which cannot be separated from universal human nature. The existence of human rights does not depend on the will of a State; neither internally on its law or any other legislative measure, nor internationally on treaty or custom, in which the express or tacit will of a State constitutes the essential element".* ICJ REPORTS (1966). p. 297. In: http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf Acesso em 5 de julho de 2013.

vocação universalista não ficaria adstrita a concepções jurídico-filosóficas com base no jusnaturalismo e na Ilustração, mas corresponderia a consensos no plano internacional, como exigência ética, política e jurídica, especialmente consignada na Declaração de 1948 das Nações Unidas.[499]

Se ambas as perspectivas, a do universalismo e a do particularismo, podem comportar críticas, Calera prefere propor uma concepção dialética da história para melhor compreensão do problema. E nesse sentido parece lógico admitir que não seria possível conviver socialmente se não existe nada em comum, razão pela qual se pode afirmar que não é qualquer disparate o compartilhamento desejável ou necessário de valores comuns na dimensão universalista, sob pena dos seres humanos se destruírem no que é mais próprio, no mais constitutivo, ou "acabam reduzidos a uma existência que se entende que não mereça a pena ser vivida. Os direitos humanos são, pois, uma demanda e inclusive às vezes um grito desgarrado em favor de uma igualdade ontológica (universal)", sem a qual não haveria convivência, mas apenas uma coexistência pela dominação.[500]

Contudo, como é próprio da historicidade e da dialética humana, não se pode negar o contraponto ao universalismo, que é representado pelo relativismo antropológico ou sociológico. Há que se evitar, no entanto, as atitudes excludentes, que poderiam levar a pontos extremos não desejáveis: no caso de um universalismo radical, a uma ditadura ontológica, e no caso de um particularismo excessivamente diferenciador, ao caos ontológico.[501]

---

[499] CALERA, Nicolás María López. **Filosofía des Derecho** (I). Granada: Comares, 1999. p. 258-260.

[500] Transcreve-se do original: "*No es, pues, ningún dislate afirmar la posibilidad y la necesidad de tener, exigir y desear 'cosas' que consideramos 'comunes' para entendernos y convivir em paz. Esta es la dimensión universalista que encierra el concepto y la realidad de los derechos humanos: aquellas 'cosas comunes' (valores, fines, intereses, deseos, etc.) sin las cuales los seres humanos se destruyen en lo más proprio, en lóo más constitutivo o quedan reducidos a uma existencia que se entiende que no merece la pena ser vivida. Los derechos humanos son, pues, uma demanda e incluso a veces um grito desgarrado a favor de una igualdad ontológica (universal), sin la que habría seres absolutamente distintos, seres que serían de distinto género y entre los que ya no podrían haver convivencia, sino coexistencia em la dominación*". (CALERA, Nicolás María López. **Filosofía des Derecho** (I). Granada: Comares, 1999. p. 263).

[501] CALERA, Nicolás María López. **Filosofía des Derecho** (I). Granada: Comares, 1999. p. 264.

Portanto, com as considerações e os aspectos acima expostos, pode-se perceber que se desenvolve um processo em que determinados valores vão adquirindo, ao poucos, feição universal. Tal percepção, no entanto, não exclui as divergências e as dificuldades em que a operacionalização dos Direitos Humanos se insere, notadamente quanto aos aspectos que envolvem a interpretação e a aplicação.

De todo modo, apresenta-se como real a existência de consenso quanto a um conjunto mínimo de valores que possuem caráter universal, de maneira que as relativizações e as divergências devem ser vistas como fatores da própria natureza social da humanidade, mas que não implicam a impossibilidade de serem superadas. O entendimento resultante, conforme se compreende neste estudo, é o que permite a convivência de toda a humanidade. Portanto, não é só desejável e possível, mas imperativo de necessidade social.

4.5 A CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS COMO UMA CONSTITUIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: UMA CONCEPÇÃO CONTROVERTIDA

A atribuição de caráter constitucional à Carta das Nações Unidas não é uma tarefa que se mostre tranquila, mas é indiscutível que o tema permanece bem palpitante e atual.

Ao tecer a apresentação de obra em que se reflexionava a propósito do aniversário de 50 anos das Nações Unidas, Tomuschat (1995, p. ix) já expressava a convicção de que, se no seu período inicial a Carta das Nações Unidas representava um dos diversos tratados multilaterais, principalmente em razão dos critérios para a admissão no Conselho de Segurança, a dimensão que adquiriu a reveste da qualidade de "constituição da comunidade internacional". Se não satisfaz plenamente as exigências para ser considerada uma constituição mundial ou global, é certo que consiste no único documento escrito pelo qual se estabelecem princípios e determinações vinculativas a todos os Estados, já que poucos não integram a Organização das Nações Unidas, cujo conteúdo serve aos

temas pertinentes a quaisquer dos sistemas de governança. Por suas características, configura-se como texto fundamental da ordem mundial. [502]

No entanto, essa convicção, cujo significado se situa no campo material ou substantivo, necessita ser melhor examinada para se verificar em que medida pode-se considerar aceitável o caráter constitucional da Carta das Nações Unidas. Primeiramente, é preciso ter em vista que toda comunidade, inclusive a comunidade internacional, necessita certo acordo quanto a padrões ou comportamentos mínimos. Nesse sentido, pode-se considerar que a comunidade internacional dispõe de limitados, mas suficientes, valores e regras fundamentais, como o respeito aos Direitos Humanos, a proteção ambiental, a proibição geral do uso da força. O caráter universal das Nações Unidas, aplicável a quase todos os Estados, parece servir como construção estrutural de um conjunto desses valores.

Seguindo-se a análise de Dupuy para desvendar o caráter constitucional da Carta das Nações Unidas, inicialmente é apropriado mencionar-se dois dos eventuais sentidos que o termo “constituição” pode ter. Quer-se

[502] Transcreve-se da obra o trecho pertinente, em livre tradução: "Tornou-se evidente nos últimos anos que a Carta nada mais é do que a constituição da comunidade internacional. Após os horrores da II Guerra Mundial, percebeu-se que a humanidade precisava de pelo menos uma estrutura política fundamental, a fim de ser capaz de preservar a paz internacional, a condição básica de uma vida com dignidade e felicidade. E ainda, durante a primeira década, quando o Conselho de Segurança aplicava critérios seletivos de admissão, a Carta poderia ter sido classificado simplesmente como um tratado multilateral entre muitos outros. Agora que a universalidade foi quase alcançada, destaca-se como o instrumento primordial da comunidade internacional, não para ser comparada a qualquer outro acordo internacional. Pode não ser totalmente satisfatória como uma constituição mundial, não tendo sido concebida para essa função em 1945. Mas é o único texto escrito que vincula a todos os estados deste planeta em que se estabelecem firmes determinações sobre as questões gerais que compõem o núcleo essencial de qualquer sistema de governança. A ordem mundial atual repousa inteiramente sobre a Carta ". Colhe-se do original: "*It has become obvious in recent years that the Charter is nothing else than the constitution of the international community. After the horrors of World War II, it was generally realized that humankind needed at least some elementary political framework in order to be able to preserve international peace, the basic condition of a life in dignity and happiness. And yet, during a first decade, when the Security Council applied selective criteria of admission, the Charter could have been categorized simply as one multilateral treaty among many others. Now that universality has almost been reached, it stands out as the paramount instrument of the international community, not to be compared to any other international agreement. It may not be fully satisfactory as a world constitution, not having been conceived of for that function in 1945. But it is the only written text binding upon all states of this globe which sets forth firm determinations on the general issues which make up the hard core of any system of governance. The present-day world order rests entirely on the Charter*". In: TOMUSCHAT, Christian (Ed). **The United Nations at Age Fifty**: a legal perspective. Hague(Netherlands): Kluwer Law International, 1995. p. ix.

referir, pois, ao sentido material (ou substancial), correspondendo a um conjunto principiológico, de primordial importância hierárquica, destinado a regrar determinada comunidade social, e, por outro lado, ao sentido institucional ou orgânico, com a designação dos órgãos públicos, a separação de poderes e as consequentes competências das instituições. Com esse pressuposto de análise, Dupuy examina qual a função e a posição da Carta das Nações Unidas a partir de dois pontos destacados: no sentido substancial, a confrontação dos princípios estabelecidos na Carta e aqueles mais evidenciados entre as normas que se compreendem como *jus cogens* e, no sentido instrumental ou formal, cabe verificar a eficiência dos mecanismos para garantir a implementação do conteúdo substancial da Carta por todos os Estados membros, especialmente em razão de aspectos práticos envolvendo a Corte Internacional de Justiça (ICJ) e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.[503]

O caráter substancial normativo pode ser identificado no estabelecimento dos Artigos 1 e 2 da Carta das Nações Unidas (manutenção da paz e segurança, proibição do uso da força, solução pacífica dos litígios, princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, princípio da cooperação, especialmente no que concerne aos aspectos econômicos, sociais, culturais e humanitários, o respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais sem que exista qualquer forma de discriminação e o respeito a igualdade soberana dos Estados membros. Diante da repetição desses princípios na A/RES/2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970 (Declaração sobre Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amigáveis e Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas) [504], e diante do conteúdo de decisão da Corte Internacional de Justiça envolvendo o Caso Concernente as Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua[505], e ainda na *Advisory Opinion*

---

[503] DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 3-4.

[504] A/RES/2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970. Declaration on Principles of International Law Concerning Friedly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations. In: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement> Acesso em 3/8/2013.

[505] ICJ Reports 1986, 14 (100), parágrafo 188.

da Corte Internacional de Justiça referente à Legalidade do Risco ou Uso de Armas Nucleares (8 de julho de 1996)[506], pode-se entender, conforme Dupuy conclui, a existência de uma relação entre as "normas constitucionais" estabelecidas na Carta das Nações Unidas, com algumas das mais importantes regras de Direito Internacional consuetudinário e outras normas caracterizadas como peremptórias.[507] Entretanto, ao passo que a Carta das Nações Unidas não explicita todas as normas peremptórias do Direito Internacional, as normas que nela não estão incluídas podem ter nela um *link*, ou seja, a Carta serve, com caráter constitucional substantivo, como matriz ética e jurídica de todas as regras passíveis de serem qualificadas como peremptórias.[508]

No aspecto orgânico ou institucional, Dupuy menciona o papel destacado do Conselho de Segurança ante a interpretação alargada do Capítulo VII da Carta, especialmente no que concerne ao conceito de "ameaça à paz", que num período reduzido (1990-1993), em especial quanto às crises do Golfo, da Somália e da Bósnia, trouxe a ideia de que se trata de órgão responsável pela manutenção da paz internacional, e que nesse sentido caberia à defesa das "obrigações essenciais". Essa breve situação, porém, modificou-se com a perda de credibilidade do Conselho de Segurança, ante outros fatores, por suas decisões ocorridas a partir de 1993, de forma que se afigura fragilizada sua legitimidade, da qual depende sua posição e seu papel como "Executivo Mundial". Sem dúvida, trata-se de papel que deve ser chancelado e reconhecido pela comunidade internacional. Dessa maneira, parece adequado pensar-se numa reformulação do organismo, buscando maior representatividade e melhor distribuição do poder ente as demais nações.[509]

Sem embargo das dificuldades, Dupuy enfatiza, tanto pelos aspectos

---

[506] ICJ Reports 1965, 3 (39), parágrafo 63.

[507] DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 6-7.

[508] DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 11.

[509] A propósito do aspecto institucional, ver: DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 19-30 e 32).

políticos como jurídicos, a importância da promoção da Carta das Nações Unidas como uma constituição da comunidade internacional, pois representaria um ambicioso projeto de cooperação envolvendo os Estados membros. Conforme conclui, "é ao mesmo tempo o convênio básico da comunidade internacional e a constituição mundial, já realizada e ainda por vir".[510]

A proposta da qualidade constitucional da Carta das Nações Unidas tem em Fassbender outro destacado referencial doutrinário. O referido autor desenvolve sua análise concernente à verificação do caráter constitucional da Carta das Nações Unidas com base na concepção normativa de Constituição, identificando esta categoria como um "conjunto de normas fundamentais sobre a organização e execução das funções governamentais em uma comunidade". Utilizando como ponto de referência a a acepção metodológica do tipo ideal (*ideal type*) de Max Weber, identifica características de uma Constituição "ideal" na Carta das Nações Unidas, a seguir sintetizadas[511]:

a) A primeira característica a ser observada é quanto ao momento constitucional *(constitutional moment)*. O advento da I Guerra Mundial e a criação da Liga das Nações configuraram-se como importantes marcos que sinalizaram as transformações que se operavam no cenário histórico, mas principalmente a II Grande Guerra acrescentou profunda significação quanto aos novos rumos a serem trilhados pela humanidade. Com essa noção, o estabelecimento da Carta das Nações Unidas em São Francisco correspondeu a um momento constitucional diferenciado, pois justamente decorre de uma nova situação, de uma nova realidade, uma nova ordem mundial. Com efeito, a destinação do Conselho de Segurança, as disposições do artigo 2 (6) e do art. 103 podem ser vislumbrados como rupturas aos tradicionais conceitos de Soberania e do bilateralismo.

---

[510] No original: "*It is at the same time the basic convenant of the international community and the world constitution, already realized and still to come*". Conforme DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 33.

[511] FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 86-115.

b) Por outro lado, a Carta consiste num programa constitucional (*constitutional program*) para a realização da paz, da segurança, e das relações amistosas entre nações, ou seja, um programa que estabelece e legitima uma nova ordem mundial.

c) Outra característica diz respeito à própria denominação como uma Carta (*Charter*) como que a revelar uma especial categoria de instrumento jurídico, termo utilizado na época como equivalente a constituição escrita. Saliente-se que a escolha dessa denominação não seguiu o usual termo "convênio" (*convenant*), como se utilizou para o estabelecimento da Liga das Nações.

d) Não menos importante, a expressão "We the People of the United Nations" consignada no Preâmbulo da Carta pode ser compreendida como uma alusão ao poder constituinte (*constitutional power*) que estabelece uma Constituição, como a dos Estados Unidos (1787). Portanto, refere-se a um momento constitucional em que se formalizou uma manifestação de especial significado. Por outro lado, a formalização como um tratado assinado por representantes dos Estados não retira sua qualidade constitucional.

e) A concepção de uma história constitucional (*constitutional history*) da comunidade internacional desde o ano de 1945 orbita em torno da Organização das Nações Unidas, que serve de foro natural para o debate e iniciativas concernentes aos temas de amplitude global, como direitos humanos, descolonização, autodeterminação dos povos, definição de agressão, meio ambiente, armas nucleares, etc. Essa perspectiva parece indicar que da sua destinação como fórum natural de temas de interesse global determina a aquisição de certa expressão de legitimidade.

f) A estruturação das Nações Unidas e do seu funcionamento encontram dispositivos que a dotam de um sistema próprio de funções de governança (*system of governance*), com previsões específicas de cunho administrativo, legislativo e decisório, com atribuições de responsabilidades e poderes, com respectivas limitações, aos diversos órgãos, inclusive com estabelecimento de um sistema de *checks and balances*. Nesse sentido, tratam-se de características equivalentes aos aspectos tradicionais de governança

existentes nas Constituições estatais.

g) Também num exercício comparativo, observa-se que é próprio das Constituições a definição dos membros (*defines de members*). Contudo, muito embora o Capítulo II da Carta das Nações Unidas estabeleça regras para aquisição, suspensão e perda da qualidade de membro, na atualidade pretende-se que se trate da Constituição da humanidade como um todo.

h) Quanto ao aspecto da hierarquia das normas (*hierarchy of norms*), é necessário que uma constituição situe-se no ápice da cadeia normativa, de tal maneira que todos os atos e normas produzidas em determinada sociedade estejam em sintonia com as disposições constitucionais. Este aspecto encontra consonância com o disposto no art. 103 da Carta das Nações Unidas, que estabelece a primazia em relação a qualquer outro acordo ou tratado internacional. Aparenta, consequentemente, a existência de "uma ordem jurídica internacional sob as Nações Unidas".

i) Outra característica pode ser mencionada: a aspiração de ser duradoura (*eternity*), aspecto que é percebido na Carta. Por outro lado, registra-se que existe previsão para emendas qualificadas, dificultadas no aspecto prático (arts. 108 e 109).

j) Por fim, o caráter de universidade (universality), em razão do qual Fassbender entende que é destinada a todos os membros da comunidade jurídica internacional, independentemente de sua qualidade de membro da Organização das Nações Unidas.

Portanto, ao apresentar esses atributos comparativos da Carta com o "tipo ideal" de Constituição, Fassbender conclui que "se revela uma similaridade suficientemente forte para atribuir a qualidade constitucional ao referido instrumento".

Embora reconhecendo que o tema é extremamente controvertido na literatura jurídica especializada, Habermas destaca três evoluções em relação ao antigo estatuto da Liga das Nações que conferem qualidades constitucionais à Carta das Nações Unidas, assim identificadas:

> "- a associação explícita do objetivo de garantia de paz, com uma política de direitos humanos; - a vinculação da proibição do uso da força com uma ameaça realista de persecução penal e de sanções, assim como – a do caráter includente da organização mundial e a universalização do direito por ela estabelecido." [512]

Habermas enfatiza que a Carta não teria sido criada com uma natureza de constituição global, mas que, "Como numa pintura cujas formas se alteram, o texto da Carta revela-se como uma constituição, seja a um modo de ler convencional ou a uma interpretação" [513]

Contudo, embora se possa atribuir qualidades constitucionais ao sistema da Carta das Nações Unidas, parece prematuro assumir que se trata de uma Constituição para a Comunidade Internacional. No entanto, num sentido normativo pode-se até reconhecer, pelo menos em forma embrionária, que as características constitucionais podem significar prospectivamente um avanço em tal sentido. Modificações no âmbito das Nações Unidas, embora seja uma tarefa de difícil concretização na atualidade, podem ser um importante passo, principalmente da efetividade e da legitimidade.

[512] HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. Título Original: Der gespaltene Westen. p. 165.

[513] HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. Título Original: Der gespaltene Westen. p. 165.

SEÇÃO 5

CRÍTICA QUANTO À CONCEPÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO GLOBAL: OBJEÇÕES EM FACE DA REALIDADE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS CONTEMPORÂNEAS

As considerações expostas na Seção antecedente permitem compreender que as perspectivas complementares que formariam a “teoria forte” do Constitucionalismo Global autorizam a se vislumbrar como suas precondições a existência de uma Comunidade Internacional que se reuniria em torno de certos valores comuns, para os quais seria enfatizado o papel dos Direitos Humanos, e que compartilharia de um conjunto de normas fundamentais com caráter superior. Tais exigências seriam relacionadas à Carta das Nações Unidas, sob o viés de que desempenharia o papel de Constituição para a Comunidade Internacional. Trata-se de uma perspectiva que se afina mais propriamente a um perfil de matriz cosmopolita.

O conteúdo exposto, de certa maneira, apresenta um quadro promissor, se for analisado sob o pensamento possibilista, e revela indicativos que deixam antever que a ordem mundial que se renova na atualidade caminha para outras formas de relações e entendimentos. Entretanto, as esperanças e os desejos devem ser confrontados com os eventuais obstáculos e dificuldades que a realidade das relações insiste em mostrar.

Nesta Seção, objetiva-se exercitar algumas reflexões que correspondam a um apanhado crítico, com base nos aspectos levantados a partir da perspectiva da “teoria forte”, cuja abordagem, em consonância com a hipótese metodológica proposta na Introdução, concentra-se na apreciação dos principais obstáculos que prejudicariam a sustentação da concepção do Constitucionalismo Global.

É necessário consignar, contudo, que a identificação de eventuais desafios e obstáculos à operacionalização da constitucionalização na esfera

ultraestatal não tem o condão de reconhecer que se deva abandonar essa perspectiva. Essa afirmativa merecerá outras considerações por ocasião das conclusões sugeridas ao final do estudo.

5.1 DESCRIÇÕES SUGESTIVAS DE TENDÊNCIAS QUE OBSTACULIZAM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA ALÉM DO ESTADO

A tentativa de conhecer o mundo dos fatos e das ideias pode se dar a partir de uma variedade de pontos de observação, cujo resultado é então dependente das diversas maneiras de olhar as coisas que nos cercam. Dito de outra forma: a compreensão do que é próprio da realidade tem sido uma das grandes preocupações temáticas da filosofia e, portanto, não se pode ter a pretensão de elaborar, ingenuamente, uma descrição isenta de equívocos quanto à correta interpretação dos fenômenos que porventura possam ser considerados obstáculos ao empreendimento da constitucionalização na esfera global. De todo modo, algumas tendências que prejudicariam essa concepção costumam ser aventadas pelos estudiosos mais acostumados ao tema.

Inicialmente, cabe esclarecer que as presentes observações são realizadas com ênfase na delimitação da “teoria forte”, a qual já se explicitou anteriormente e cuja escolha foi justificada ao final da Seção 3, oportunidade na qual se afastou, por exemplo, a concepção de uma “Constituição Mundial sem Estados” ou as propostas de Constituições supranacionais regionais, como no caso da União Europeia. A primeira, por ser irrealista, a segunda, porque não teria o conteúdo global. Também se optou por excluir a proposta teórica identificada com o “*Societal Constitucionalism*”, ou com as “constituições civis globais” (Teubner).

De fato, é apropriada a menção expressada por Varella, quando afirma que “o conceito de constituição de Teubner, embora diferente, se aproxima daqueles que defendem a ideia oposta: ser impossível uma constituição”, cuja noção poderia ser comparada à perspectiva de Krisch,[514] na qual, conforme a

[514] KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford:

interpretação de Varella, “defende que a estruturação de múltiplas fontes, setores, camadas e atores em um direito pós-nacional seria melhor definida como um pluralismo e não como um constitucionalismo”. Tanto os “fragmentos constitucionais” (Teubner) como o “pluralismo” tenderiam ou para a autonomia, em que seria privilegiada a “acumulação de lógicas distintas” nos diversos setores, ou para a coordenação, situação esta que geraria a ideia de “metaregras” que possibilitariam o diálogo entre os diversos fragmentos setoriais constitucionais, que a realidade contemporânea parece não confirmar. No dizer de Varella, qualquer conclusão a respeito seria vista como um “exercício de futurologia”. [515]

Há ainda que se observar as diferenças entre as duas acepções: o Constitucionalismo Global tem matriz de direito público, e pretende um projeto político-jurídico de ordem global nesta espera, enquanto que o “*societal constitutionalism*” tem uma abordagem de direito privado, por intermédio de constituições parciais a partir de uma sociedade mundial “fora da política”.[516]

Contudo, em certo ponto, as ponderações críticas que ora se exterioriza podem ser aplicadas não exclusivamente para a percepção da mencionada “teoria forte”, mas também, no que couber, a outras vertentes do Constitucionalismo aplicadas no cenário internacional. Cabe ressaltar, nesse sentido, inclusive porque já transparece da abordagem realizada na Seção 3, que o âmbito de análise teórico-jurídica, o Constitucionalismo Global pode compreender um processo em que se sobrepõem e se interconectam diversas ordens jurídicas (nos níveis subnacional, supranacional, internacional e privado), de forma que sua conceituação abriga diversos autores e pontos de vista que descrevem a ordem jurídica atual em termos constitucionais – que se ajustam a modelos como o cosmopolita, o *multi-level* e o heterárquico – ou, como Habermas, que almejam por um desenvolvimento constitucional da “constelação

---

Oxford University Press, 2010.

[515] VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 455-456.

[516] Conforme VOLK, Christian. Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises. **Goettingen Journal of International Law**, v. 4, n. 2, 2012, p. 554-555.

pós-nacional.[517]

De tal maneira, podem ser trazidas à discussão as considerações de Schwöbel, quando identifica as limitações do discurso do Constitucionalismo Global. [518] Para Schwöbel, muitas dessas deficiências teriam "relação com o fato de que as ideias centrais do constitucionalismo global são ao mesmo tempo os princípios centrais da democracia liberal".[519]

Ao considerar alguns dos pressupostos comuns do Constitucionalismo Global, Schwöbel argumenta que, com relação à ideia de constituição para além dos limites estatais, o risco adviria de se aplicar analogias com modelo do Estado-nação, o que ocasionaria racionalização e simplificação da complexidade e singularidade próprias da esfera internacional. Quanto à pretensa unidade/homogeneidade da esfera internacional, além de encontrar as objeções diante dos argumentos de fragmentação e hegemonia, as objeções poderiam se situar em face da legitimidade e do perigo da uniformidade que tal discurso poderia ocasionar. Por fim, a ideia de que o Constitucionalismo Global é de fato "global" poderia ser confrontada com o argumento de que a maioria da literatura especializada é européia, mais especificamente alemã. [520]

Rememorando as considerações da subseção 3.1 (Seção 3) deste estudo, verifica-se que foi exposta uma sistematização proposta por Schwöbel, a qual identifica quatro distintas dimensões que compreenderiam as diversas formas que a concepção do Constitucionalismo Global se apresenta ("Constitucionalismo Social", "Constitucionalismo Institucional", "Constitucionalismo Normativo" e "Constitucionalismo Analógico"). A partir dessa sistematização, Schwöbel, após examinar os temas principais de cada dimensão,

---

[517] Conforme VOLK, Christian. Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises. **Goettingen Journal of International Law**, v. 4, n. 2, 2012, p. 554.

[518] As considerações de Schwöbel sobre as limitações, omissões e deficiências do Constitucionalismo Global situam-se, especificamente, no Capítulo 3 ("Questioning the Contrubutions of Public International Law") da obra em referência: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 87-132.

[519] SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 5 e 87.

[520] SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 89-109 e 130.

fornece sua apreciação crítica a respeito.

Considerando que seus argumentos podem auxiliar a análise deste estudo, é importante sintetizá-los, conforme segue: Com referência ao "constitucionalismo social", a mencionada autora entende que é suscetível à concentração de poder em um único *locus*, de forma que poderia contribuir não só na prevalência da cultura da maioria, como também poderia gerar a marginalização de determinados grupos minoritários. No que concerne ao "Constitucionalismo Institucional", caracteriza-se por desconsiderar a fragmentação e o problema da hegemonia, e assumiria uma irrealística defesa de um conjunto normativo para enquadrar toda a esfera internacional. Por outro lado, nessa dimensão poderia ocorrer uma "institucionalização de marginalizações intrínsecas aos modelos políticos da democracia liberal". No que tange ao "Constitucionalismo Normativo", a crítica reside na utilização de meios que poderiam ocasionar exclusões, como o caso dos direitos individuais, que se caracterizariam pela indeterminação. Por último, na dimensão do "Constitucionalismo Analógico", seria "aberto à possibilidade de encobrir as particularidades da esfera internacional". Outra crítica a essa dimensão estaria no favorecimento às tradições que são associadas ao modelo de constitucionalismo inspirado nas concepções da democracia liberal. [521]

Aos percalços e dificuldades já evidenciados pode-se ainda acrescentar outras tendências que obstaculizam o processo de

[521] Transcreve-se, do texto original de Schwöbel, a conclusão de forma sintetizada, conforme segue: *1) "Social Constitutionalism" strongly relies on a model of ´constitutional democracy´. Such a model is susceptible to a concentration of power in a single locus, thus potentially contributing to the marginalisation of vulnerable groups and the domination by a majority culture. 2) "Institutional Constitutionalism" is in the spotlight for not taking fragmentation and hegemonic tendencies of international law into account, instead rather idealistically advocating for a certain set of umbrella norms to frame the international sphere. Institutional Constitutionalism could also cause an institutionalising of the marginalisations intrinsic to liberal democratic political models. 3) "Normative Constitutionalism" was examined in regards to the self-legitimating nature of its approach to international law. This dimension was also criticised for making use of means such as individual rights that are inherently indeterminate and could thus occasion exclusions. 4) "Analogical Constitutionalism" is criticised for being open to the possibility of glossing over the particularities of the international sphere. Furthermore, it is alleged to foster the imposition of certain traditions generally associated with liberal democratic ideas of constitutionalism".* In: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 131-132.

constitucionalização da esfera que refoge aos limites jurídico-políticos estatais. Nesse sentido, mostra-se importante também trazer à reflexão o problema das consequências advindas para as relações em toda a escala planetária após o simbólico atentado que culminou com a espetacular explosão das Torres Gêmeas (9/11), fato já comentado na Seção 3, que sinalizou uma forte repercussão nos mais diversos campos da atividade humana em razão da situação que ficou conhecida como “guerra ao terror”. De fato, as exasperações das medidas de combate ou em razão do terrorismo parecem ter despertado sentimentos que bem se aproximam de um choque civilizatório (Huntington) e que, como já acontecera com o período polarizador em que se conviveu com a chamada “guerra fria”, acrescentou uma renovada forma de divisão ao mundo. Mais do que contrapontos de ordem econômica, as evidenciações de cunho religioso e ideológico, especialmente relacionadas à expressão radical do Islamismo, parecem ter provocado mais uma cisão da população mundial em dois ou mais grupos.

Colocou-se essa observação num plano destacado porque se entende que está relacionada a um grande desafio da atualidade, o qual se tem a esperança de que seja superado, mas que consiste num sensível problema para o estreitamento de relações, as quais seriam indissociáveis da ideia de Comunidade Internacional nos moldes tratados na Seção antecedente. Da mesma maneira, as evidentes confrontações que decorrem desse “choque” ideológico (ou de outros) tornam mais dificultoso o compartilhamento de valores comuns, que é um dos pressupostos básicos para a realização do Constitucionalismo em nível global. Ademais, a beligerância se entende, também por outros motivos, a diversos lugares do planeta, de forma a dificultar um estreitamento civilizatório necessário para uma normatização baseada em valores comuns. Assim, reside aqui o primeiro obstáculo a superar.

No mesmo raciocínio podem ser aventadas outras tendências contrárias à constitucionalização na esfera global, como no aspecto que se pretende a ideação de um “povo constitucional”, inclusive quando se procura considerar situações analógicas com o constitucionalismo doméstico. Esse aspecto pode também repercutir negativamente quanto à percepção de uma sustentação de legitimação constituinte, pois não se afigura comparável ao

constitucionalismo estatal no que concerne à teorização de um "poder constituinte". Ao que parece, essa deficiência comprometeria, pelo menos na perspectiva que busca analogias com a história constitucional dos Estados, a proposta que tem por base os elementos da "teoria forte" do Constitucionalismo Global. Um aspecto correlacionado diz respeito à legitimidade democrática que, embora sujeita aos relativismos conceituais, é atributo inerente à vida política em determinada sociedade, que no âmbito estatal já se traduz em requisito constitucional essencial. Esse problema também é anotado por Dunoff e Trachtman, ao mencionarem a crítica que muitos fazem a propósito do déficit democrático encontrado em várias ordens jurídicas internacionais, justamente diante da “possibilidade que as normas jurídicas internacionais possam ser mais isoladas das práticas de legitimação democrática que nós vemos no plano doméstico”.[522] Por outro lado, também cabe enfatizar que a democracia é desigual no âmbito do sistema de Estados. Não parece fácil tratar de um sistema constitucional global que se pretenda democrático se muitas das unidades políticas estatais ainda caminham a passos lentos nesse campo.

Por não existir um estado mundial unitário que seja servido por um governo único numa estrutura centralizada, a perspectiva de uma ordem global constitucional necessitaria maneiras para tratar da relação entre o todo e suas partes. É justamente partindo dessa realidade que Klabbers realiza sua análise partindo dos dois modelos os quais identifica como predominantes para a constitucionalização: a) uma ordem mundial baseada na noção tradicional do federalismo que acolhe a ideia de divisão de atribuições (poderes) entre as partes integrantes e o todo; b) uma ordem baseada numa estrutura hierárquica. No que concerne ao modelo do federalismo, a dificuldade quanto à viabilidade residiria especialmente na perspectiva pluralista, ou seja, pela variedade de valores que circulam globalmente. Quanto à estruturação hierárquica, trata-se de concepção que encontra dificuldades no campo do Direito Internacional, pois é um sistema que tem como uma das bases principais a ideia de igualdade ante a Soberania

[522] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitucionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 24.

dos Estados. Portanto, para Klabbers, haveria problema não só quanto à hierarquia normativa, como por exemplo, no caso das normas *jus cogens*, como também em se admitir uma posição soberana de outro ente.[523] Tal é o jogo na realidade das relações internacionais, principalmente se tomado pelo ponto de observação do realismo.

Por outro lado, especialmente diante da perspectiva da "teoria forte" do Constitucionalismo Global, a fragmentação setorial e das instâncias decisórias também aparece como um importante fenômeno a se considerar, tendo em vista que suas consequências e seus reflexos desafiam a ideia de unidade e coerência para o Direito Internacional, conforme já se expôs no item 2.6 da Seção 2 deste trabalho. De fato, a proliferação de regimes normativos especializados no campo internacional, tais como os atinentes aos Direitos Humanos, à proteção ambiental, ao comércio, etc. e, além de tribunais internacionais, uma série de diversos órgãos de solução de conflitos setoriais, configuram um cenário fragmentado. Como consequência, os conflitos de ordem normativa e jurisdicional costumam ser aventados para indicar prejudicialidade com relação à pretensão de unidade sistêmica. É bem verdade que, como já se tratou na Seção 2, principalmente diante dos resultados obtidos pelo Grupo de Estudos no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que tratou do tema "Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades derivadas da diversificação e expansão do Direito Internacional", a especialização setorial e as instâncias decisórias internacionais constituem um aspecto natural na sociedade mundial pluralista e complexa, principalmente no atual contexto da Globalização. As técnicas de solução de conflitos normativos, inclusive com auxílio do princípio da harmonização, e as normas já existentes, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, constituem-se como importantes rumos de enfrentamento da situação.

Se os organismos ou organizações que configuram os setores

[523] Considerando, entretanto, que nenhum desses modelos teria plausibilidade, Klabbers sugere que o Constitucionalismo Global poderia ter como auxílio as técnicas da subsidiariedade, da margem de apreciação e da proporcionalidade, identificadas como formas que propiciariam mais especificidade e limitação. A propósito das formas e técnicas, ver: KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 31-36.

especializados podem ser considerados como “constituições parciais”, tal concepção não parece corresponder ao modelo simbólico do constitucionalismo estatal e, muito menos, ao qualificativo global, como já se mencionou acima. Não se quer dizer, no entanto, que a fragmentação seria um óbice intransponível para a constitucionalização para além dos limites do Estado, mas parece induvidoso que esse fenômeno prejudique a assimilação da ideia, tanto pela comunidade jurídica, mas principalmente pela sociedade civil global. Entretanto, como já se deixou evidenciado na Subseção 2.6 da Seção 2, não estão afastados os preceitos e normas do Direito Internacional Geral, muito menos os conceitos de *jus cogens* e de obrigações *erga omnes*. Contudo, acredita-se que são conceitos que necessitam melhor aperfeiçoamento, razão pela qual se entende que a fragmentação do Direito Internacional é um importante obstáculo, embora superável, para a realização do Constitucionalismo Global na sua perspectiva forte conforme aqui foi desenvolvida.

Alguns outros obstáculos costumam ser aventados ao Constitucionalismo Global, como a carência de uma “dimensão simbólico-estética” nos mesmos moldes como existe na esfera constitucional nacional (ausência de uma mitologia constitucional), bem como por criar erroneamente a ilusão da legitimação de um governo mundial por intermédio da própria carga de forte conotação oferecida pelo termo “constitucionalismo”. Outra objeção tem por fundamento atribuir à proposta constitucionalista um excesso de otimismo que poderia configurar um aspecto não realista.[524]

O argumento de que se trata de uma proposta apolítica, ou de se constituir o constitucionalismo uma promessa política irrealista também constitui um dos obstáculos apontados.[525] Conforme Peters, a crítica nesse sentido refere-se ao fato de que a leitura constitucionalista do Direito Internacional seria idealista e desconsidera que os governos são “calculistas” e “interessados”. Dessa maneira, “não repousa sobre uma vontade política comum real e é desprovido de

[524] Conforme PETERS, Anne. Reconstruction Constitutionnaliste du Droit International: arguments pour et contre. In: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of International Law**. Vol. 1, 2006. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 364-366.

[525] KLABBERS, Jan. Constitutionalism Lite. In: **International Organizations Law Review**, v. 1, 2004, p. 48.

estruturas de poder e de sanções no nível internacional que permitam implementar eficazmente a constituição internacional".[526]

Por derradeiro, um dos maiores obstáculos decorre da realidade própria de um sistema em que, apesar do crescimento da importância dos demais atores internacionais, ainda predominam os interesses econômicos e políticos dos entes estatais em razão do que, independente do nome que se queira dar, gravitam em torno do conceito de Soberania, mesmo que relativizado.

5.2 DESAFIOS PARA UMA GOVERNANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: HAVERÁ ESPAÇO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DESSA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL?

Os argumentos desenvolvidos nesta Tese reconhecem que a ideia de uma hierarquia normativa baseada nos Direitos Humanos tem forte vinculação ao sistema da Organização das Nações Unidas por intermédio de sua Carta, e que uma constitucionalização considerando esses elementos teria uma evidencia mais marcante para ser qualificada de global.

De fato, as Nações Unidas configuram um foco privilegiado para se avaliar a proposta da convergência de valores e práticas que possam ser aplicadas na ampla gama de relações no campo internacional/global, seja porque tem um caráter universal, seja porque congrega a quase totalidade dos Estados-membros, seja pelos seus ideais e propósitos previstos no Art. 1° (paz e segurança; amizade entre as nações, com base na igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; cooperação internacional para a resolução de problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário; respeito aos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem qualquer

[526] "[...] *ne repose pas sur une volonté politique commune réele et est dépourvue de structures de pouvoir et de sanctions au niveau international qui permettraient d'appliquer efficacement la constitution international*". PETERS, Anne. Reconstruction Constitutionnaliste du Droit International: arguments pour et contre. In: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of International Law**. Vol. 1, 2006. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 365.

discriminação; por fim, destina-se a funcionar como um centro aglutinador para harmonizar a ação das nações para a consecução objetivos comuns).

Para tal desiderato, o Art. 2° da Carta das Nações Unidas estabelece uma série de princípios observáveis pela Organização e por seus membros, sempre afirmando a relação igualitária e a solução pacífica de controvérsias. Especificamente à intervenção da ONU aos assuntos internos dos Estados-membros, há disposição que veda, embora exista ressalva para a aplicação das medidas coercitivas previstas no Capítulo VII (Art. 2, item 7, da Carta).

Tal ressalva prevê atribuição ao Conselho de Segurança, dentre outros aspectos, à tomada de medidas para restabelecer a paz e segurança, que poderão efetivadas ser sem o uso de forças armadas, tais como interrupção de relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, etc. bem como o rompimento de relações diplomáticas, facultado o convite a Estados-membros para a efetivação (Art. 41, da Carta), como, no caso de tais medidas se mostrarem inadequadas, poderá o Conselho de Segurança recorrer à utilização de ações que julgar necessárias, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, podendo compreender demonstrações bloqueios e outras operações pelas forças dos Membros das Nações Unidas (Art. 42, da Carta).

O caráter das funções acima mencionadas tem ainda um diferencial relevante e que coloca a Carta da Organização das Nações Unidas num patamar importante no âmbito da hierarquia normativa das normas internacionais, consistente na já mencionada disposição do seu Art. 103, que afirma que na eventualidade de conflito entre as obrigações constantes da Carta e as obrigações de qualquer outro acordo internacional, as suas obrigações ao abrigo da Carta deverão prevalecer.

Para os fins propostos na sua Carta, as Nações Unidas têm sua estruturação por intermédio de diversos órgãos, cujos principais são a Assembleia Geral (Arts. 9 a 22 da Carta), o Conselho de Segurança (Arts. 23 a 54 da Carta), o Conselho Econômico e Social (Arts. 61 a 72 da Carta), o Conselho de Tutela

(Arts. 86 a 91 da Carta), a Corte Internacional de Justiça (Arts. 92 a 96 da Carta) e o Secretariado (Arts. 97 a 101 da Carta).

A Assembleia Geral é o órgão plenário das Nações Unidas e é constituída por todos os Membros (Art. 9). Reúne-se regularmente uma vez a cada ano e possui atribuições para discutir temas no âmbito das finalidades da Carta, tais como a paz, a segurança, a promoção de direitos humanos e a cooperação internacional nos campos econômico, social, cultural, educacional e da saúde, ou mesmo que tiverem relações com os demais órgãos nela previstos. Poderá fazer recomendações aos membros e ao Conselho de Segurança quanto às questões de suas atribuições (Art. 10).

Contudo, não poderá fazer recomendações sobre disputas ou situações que envolvam temas que estão sob o exercício das atribuições do Conselho de Segurança, a menos que por este seja solicitado a fazê-lo (Art. 12). É necessário enfatizar que suas resoluções (recomendações, declarações, etc.) não possuem força jurídica vinculante para os Estados *per se*, exceto no que diz respeito à vida interna da Organização. Cada Estado-membro tem direito a um voto e as deliberações sobre assuntos que a própria Carta reputa importantes (manutenção da paz, segurança, eleição dos membros do Conselho Permanente, etc.) são tomadas pelo voto de dois terços, enquanto que, para as demais, pela maioria simples (Art. 18). A Assembleia Geral conta ainda com vários órgãos subsidiários, como, por exemplo, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

O Conselho de Segurança é composto por quinze Estados-membros, dos quais cinco são membros permanentes (China, França, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos da América). Os outros dez membros são eleitos pela Assembleia Geral para um período de dois anos (Art. 23). Os Estados-membros, para a eficácia das ações das Nações Unidas, conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade para a manutenção da paz e da segurança internacional, e exprimem concordância que para garantir o cumprimento desses objetivos aja em seu nome (Art. 24). Tais deveres, no entanto, ficam sempre limitados aos propósitos e princípios das Nações Unidas

(as atribuições para esse cumprimento estão elencadas nos Capítulo VI, VII, VIII e XII da Carta).

É necessário evidenciar que pela disposição do Art. 25 as decisões do Conselho de Segurança são vinculativas, na medida em que os Estados-membros das Nações Unidas consignaram sua concordância em aceitá-las e executá-las, de acordo com a Carta. Ao contrário da Assembleia Geral, o Conselho de Segurança tem funcionamento permanente (Art. 28). Para as decisões tomadas pelo Conselho de Segurança, cada membro terá um voto. As decisões referentes a questões processuais serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, independentemente de serem permanentes ou não (Art. 27, 2).

As demais decisões, ou seja, aquelas de cunho substantivo propriamente dito, são tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, incluídos os membros permanentes. A abstenção somente é cabível quando expressamente previsto na Carta, como é o caso exemplificativo em que um membro permanente esteja envolvido numa controvérsia, situação em que deve se abster (Art. 27, 3). De tal maneira, verifica-se consequentemente não só a existência de veto, pois é exigido o voto afirmativo, bem como a preponderância de decisões com caráter de supremacia de membros permanentes, conforme adiante se voltará a comentar.

O Conselho Econômico e Social é composto por cinquenta e quatro Estados-membros eleitos pela Assembleia Geral e tem a função primordial de realizar estudos e relatórios sobre temas internacionais que possuam caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário (e conexos), além de poder formular recomendações aos Estados-membros, à Assembléia Geral e a entidades especializadas interessadas em tais temas. Caberá também a realização de recomendações para promover o respeito aos Direitos Humanos, bem como preparar projetos de convenções para serem submetidos à Assembleia Geral ou ainda convocar conferências internacionais (Art. 62).

Quanto ao Conselho de Tutela, foi criado com caráter temporário para suprir o problema de povos que não possuíam condições de autogoverno em seu território. Conforme o Art. 77, o sistema de tutela era destinado a territórios que na época estavam sob mandato, a territórios que podiam ser separados de “Estados

inimigos” em consequência da Segunda Guerra Mundial ou aqueles colocados em tal sistema por Estados responsáveis pela sua administração. O sistema começou a ser superado na década de 60 do século passado pelo advento da descolonização, especialmente pela Declaração sobre a Concessão de Independência para os Países e Povos Coloniais. A inoperância e a suspensão ocorreram em 1994 com a independência de Palau, o último território sob tutela.

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judicial das Nações Unidas, embora não seja o único, pois também há o Tribunal Internacional de Direito do Mar e o Tribunal Penal Internacional. Conforme o Art. 92, a CIJ funciona de acordo com um Estatuto anexo à Carta do qual todos os membros das Nações Unidas são partes. Alguns aspectos sintéticos podem ser mencionados: compõe-se de quinze juízes eleitos por nove anos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança e possui competência contenciosa e consultiva. As controvérsias apreciadas na Corte Internacional de Justiça dizem respeito apenas a litígios entre Estados, cuja jurisdição é facultativa. Contudo, vigora o princípio denominado de “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória”.

Diante da dicção do Art. 94, cada Estado-membro compromete-se em acatar a decisão no caso em que for parte. Em caso de descumprimento de sentença, poderá a parte interessada recorrer ao Conselho de Segurança, que poderá fazer recomendações ou decidir sobre outras medidas para a execução da respectiva decisão.

Conforme o Art. 95, os Estados poderão buscar a solução de seus litígios em outros tribunais, sejam os que forem constituídos após a entrada em vigor da Carta, seja em outros tribunais em razão de acordos já existentes. Além das disposições constantes da Carta, do Estatuto e de seu regimento interno, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados confere à Corte Internacional de Justiça a função de interpretar e aplicar os preceitos normativos com qualificativos de *jus cogens*, quando provocada pela parte interessada em casos específicos.[527]

[527] A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estipula o seguinte quanto ao processo de solução judicial, de arbitragem e de conciliação: Art. 66 Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução foi alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado: a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64

O Secretariado consiste no *staff* das Nações Unidas, composto pelo pessoal exigido pela Organização e pelo Secretário-Geral, este indicado pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança (Art. 97). O Secretário-Geral deve atuar em todas as reuniões da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social e do Conselho de Tutela (Art. 98) e deve provocar a atenção do Conselho de Segurança por qualquer questão que constituir, no seu entender, ameaça à paz e à segurança internacionais (Art. 99). O Art. 100 garante a independência do trabalho, pois nem o Secretário-Geral nem o pessoal do *staff* poderão solicitar ou receber instruções de governos ou autoridades externas.

Além desses órgãos, as Nações Unidas contam com agências especializadas, por intermédio de organizações internacionais autônomas, formadas por acordos intergovernamentais e afiliadas nos termos do Art. 57 da Carta, com uma ampla gama de atribuições (cultura, educação, saúde, etc.). Como organizações com status de agências especializadas pode-se destacar a União Internacional de Telecomunicações (UIT), a União Postal Universal (UPU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas (UNESCO), a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização da Agricultura e Alimento (FAO). No campo das instituições financeiras, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), as duas últimas formadas não necessariamente por Estados-membros da ONU.

Note-se, a propósito, a intensa atividade legislativa proporcionada por intermédio dessas agências especializadas diante da necessidade que surge das mais diversas áreas, como a da comunicação, do transporte e do comércio internacional. Nesse sentido, podem ser mencionados os diversos tratados que se originam no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para a proteção e segurança dos trabalhadores, nas regras sobre a navegação aérea, no âmbito da Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO), bem como na saúde, no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS), dentre outras.

---

poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem; b) [...]. Da mesma forma, o art. 66, n. 2, da Convenção de 1986.

A elevada missão conferida à Organização das Nações Unidas, fruto das esperanças que a natureza da humanidade insiste em fazer brotar em compensação aos infortúnios que por si própria cria, a exemplo das sucessivas tragédias bélicas da I e II Guerras Mundiais, parece até ter superado as intenções iniciais de sua fundação, em 24 de outubro de 1945 na cidade de São Francisco (EUA), inicialmente por 51 Estados-membros, hoje ampliados para mais de 192.

Para fazer frente às ameaças à paz e à segurança mundial, sua criação teve como basilares alicerces as noções de amizade e harmonia entre os povos do planeta por intermédio da cooperação internacional e que, diante da amplitude dos seus princípios, estende sua atuação para as mais diversas áreas que representam os valores mais elevados da humanidade.

Nesse sentido, basta se mencionar como exemplos de seus acertos o fato de que quase todos os Estados soberanos hoje figuram como membros, o progresso na proteção dos Direitos Humanos, não só a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também com a adoção dos demais instrumentos e ações nessa área. Igualmente elogiável as conquistas concernentes à promoção da democracia no mundo, bem como no papel desempenhado no processo de descolonização e ainda, dentre outros aspectos, no fomento do Direito Internacional. A Organização das Nações Unidas tem empreendido esforço de inegável contribuição em diversas áreas essenciais para a convivência da Comunidade Internacional com base em valores que comportam a essência da dignidade humana.

O cenário histórico em que se desenvolveu a criação das Nações Unidas sofreu profundas mudanças e, apesar das deficiências porventura apontadas, não se pode desconsiderar que a mencionada Organização não só é útil como também por intermédio dela a Comunidade Internacional obteve importantes conquistas, que de fato em certa medida pode ser observável, tendo em vista algumas das ações que se efetivam na esteira do multilateralismo e da cooperação internacional.

A análise de Habermas quanto ao processo evolutivo das Nações Unidas ressalta, contudo, certo retrocesso ambíguo no período da Guerra Fria, em que “os arranjos jurídicos não podem senão refletir constelações de interesse

instáveis e transitórias entre potências", bem como pela desvinculação da realidade em nome do cálculo do poder, principalmente no que concerne aos Direitos Humanos. Para Habermas, somente com o conflito recente da Guerra do Iraque é que se percebeu, no ocidente, "a falta de uma perspectiva comum". [528]

Alguns passos importantes foram tomados pelo Conselho de Segurança com autorizações de sanções econômicas, intervenções de paz e ações militares no período de 1990 a 1994, embora agisse de forma mais contida após "os reveses" na Bósnia e na Somália. No entender de Habermas, o maior peso político das Nações Unidas pode ser percebido a partir das seguintes circunstâncias: a) porque o Conselho de Segurança intervém não somente em conflitos entre Estados, mas também internamente (reações contra a violência, como na antiga Iugoslávia, na Libéria, Angola, Burundi, Albânia, Timor Leste, etc.; a violações de Direito Humanos e "limpezas étnicas, como na Rodésia, África do Sul, Somália, Ruanda, etc.; e instauração de uma ordem democrática, como no Haiti e Sierra Leoa); b) porque o Conselho de Segurança deu continuidade a tradição de julgamentos diante de crimes de guerra, como os tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia; c) embora com contrapontos pela "penetração de uma atitude fundamentalista na retórica do poder dirigente do ocidente", também pelos esforços quanto ao reconhecimento do direito internacional, principalmente em face das violações de Direito Humanos.[529]

Por outro lado, a avaliação da adequação de sua Carta como uma Constituição para a Comunidade Internacional pode enfrentar uma série de problemas em torno da governança da Organização das Nações Unidas e das dificuldades na consecução de seus fins. Algumas dessas dificuldades podem ser apontadas a partir do fracasso de determinadas operações de paz, como em Ruanda e Srebenica, ou mesmo na intempestiva resposta na crise do Sudão, bem como nas limitações quanto à cooperação para o desenvolvimento, na

[528] HABERMAS, Jürgen. **The Divided West**. Edited and Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008. Título Original: Der gespaltene Westen. p. 166-168.

[529] Conforme HABERMAS, Jürgen. **The Divided West**. Edited and Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008. Título Original: Der gespaltene Westen. p. 169-170.

imparcialidade quando lida com Direito Humanos, a unilateralidade dos Estados Unidos, etc. [530]

É evidente, em muitos casos, que algumas das intervenções no âmbito nas Nações Unidas não tiveram o êxito desejado, como pelo fracasso na guerra civil da Somália, quando os Estados Unidos retiraram suas tropas, ou a própria ausência de intervenções quando seriam necessárias. Um dos fracassos mais marcantes foi quanto à hesitação para agir em razão do massacre étnico em Ruanda ocorrido em 1994, mesmo sob a obrigação de providências que a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 assinalava, cuja tragédia resultou no assassinato de mais de 800.000 pessoas. Obviamente, seria ingenuidade atribuir as eventuais deficiências somente ao sistema das Nações Unidas, mas importa aqui examinar se tais falhas afetariam a ideia de legitimação e de efetividade constitucional de sua Carta.

Não se pode desconsiderar que as diversas crises e atrocidades que ameaçam a segurança internacional a partir dos anos 1990, especialmente diante da vitimação da população civil, exigem pronta e eficiente atuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Aliás, como enfatizam Weiss e Thakur ao analisarem a ideia da responsabilidade de proteger, "dada a natureza mutável e as vítimas de conflitos armados, a necessidade de clareza, consistência e confiabilidade no uso de força armada para a proteção civil está no cerne de credibilidade da Organização das Nações Unidas". [531]

Em uma análise a respeito das conquistas e das deficiências das Nações Unidas, Antonio Cassese identificou que, em diversas vezes, a Organização apresentou falhas na manutenção da paz e segurança, no desarmamento, bem como em aproximar as distâncias entre os países industrializados dos países em desenvolvimento. Além disso, são conhecidas

---

[530] Conforme FONSECA JR., Gelson. **O Interesse e a Regra**: ensaios sobre o multilateralismo. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 72.

[531] Livre tradução. No texto original: *"Given the changing nature and victims of armed conflict, the need for clarity, consistency, and reliability in the use of armed force for civilian protection lies at the heart of the UN´s credibility".* A expressão "responsabilidade de proteger" (Responsability to Protect - R2P) foi introduzido no ano de 2001 no relatório da *International Comission on Intervention and State Sovereignty*. In: WEISS, Thomas G.; THAKUR, Ramesh. **Global Governance and the UN**: an unfinished journey. Bloomington: Indiana University Press, 2010. posição 4191 de 5748 (Kindle book).

outras deficiências, como o problema da burocratização e da própria governança, ou ainda na insistência em infindáveis discussões sobre temas polêmicos. Da mesma forma, a crença em que os discursos e a proliferação de textos escritos possam, por si, produzir mudanças nas esferas da política, da diplomacia e da economia. Para Cassese, tais deficiências não podem ser imputadas necessariamente à ONU, e sim "rastreadas até os Estados por trás dela, principalmente as grandes potências".[532]

Um dos recorrentes objetos de crítica é relacionado ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, notadamente em razão da desproporcional concentração de poderes pelos cinco Estados preponderantemente vitoriosos da Segunda Guerra Mundial (China, França, Reino Unido, Rússia e Estados Unidos da América), na qualidade de membros permanentes. Tal crítica também tem em vista a amplitude de poderes do Conselho de Segurança, principalmente em razão das disposições dos Arts. 39 a 43 do Capítulo 7 da Carta das Nações Unidas, que garante a efetividade do uso da força, seja por intermédio de sanções, seja militarmente, tudo com o escopo de restaurar a paz e a segurança internacional.

Além disso, o Conselho de Segurança tem forte participação na escolha do Secretário-Geral, bem como pode recomendar a admissão de novos Estados membros e, juntamente com a Assembleia Geral, realizar a escolha de juízes para a composição da Corte Internacional de Justiça. Por outro lado, o poder de veto (Art. 27, 3), acima mencionado, também fortalece a desproporção de poderes, de forma que, ao se analisar de forma conjunta, podem ser percebidos déficits de legitimidade democrática em relação ao referido Órgão. Algumas críticas são bem contundentes, conforme a realizada por Oslé, para quem através do Conselho de Segurança a ONU, após sua instituição, se tornava um instrumento dos vencedores da Segunda Guerra que, segundo o autor, buscavam seus próprios interesses, embora os camuflando sob um princípio de unidade. Para Oslé, "O Conselho de Segurança logo se converteu em uma camarilha política em que se decidia o destino do mundo".[533]

---

[532] CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 336.

[533] No texto original: "[...] *camuflando sus intereses, em um principio con unidad de intenciones [...]*

Diante dos eventuais acertos e fracassos, alguns pontos para uma agenda de reforma das Nações Unidas costumam ser apontados, conforme enfatiza Habermas: a) adequação do Conselho de Segurança à nova situação geopolítica do mundo, tanto para aumentar sua capacidade de ação como na representação, para que os interesses das superpotências sejam considerados nos termos da Organização; b) a atuação do Conselho de Segurança deve seguir sua própria agenda, nos termos das regras estabelecidas que o justificam a agir, independentemente dos interesses nacionais; c) a necessidade de reforço da executiva da ONU quanto ao recursos financeiros, bem como na garantia para a efetividade de suas resoluções; d) embora instituídos um Tribunal Internacional (Tratado de Roma de 1998), ainda carece de amplo reconhecimento e necessita, por intermédio da prática judicante, melhor definir os crimes de competência internacional. Ao contrário do que ocorre no nível doméstico, não há uma estrutura adequada para a proteção das populações contra arbítrios em razão das intervenções da ONU; e) devem ser empreendidos esforços para a legitimação e eficácia das decisões legislativas do Conselho de Segurança e para a Assembleia Geral. Um dos importantes mecanismos é o controle por organizações não governamentais e pela apresentação de relatórios; f) for fim, Habermas entende que a deficiente legitimação será suficiente para a ONU apenas se suas atividades se restringirem às mais elementares tarefas para assegurar a paz os direitos humanos.[534]

Outro ponto de análise pode revelar a percepção de uma dualidade de sentidos no âmbito da Organização das Nações Unidas, observável em torno da sua finalidade existencial confrontada com sua prática. Conforme Cassese,[535] ao tempo em que foi concebida com base no “paradigma Grociano”, na tentativa de coordenar a ação numa sociedade anárquica em que os Estados se comportam de forma egocêntrica (cada um com seus próprios interesses e, portanto, não preocupados com os valores da comunidade), gradualmente a Organização das

---

El Consejo de Seguridad pronto se convirtió em uma camarilla política em la que se decidia el destino del mundo”. OSLÉ, Rafael Domingo. **Que es el Derecho Global?** 5. ed. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2009. p. 156.

[534] HABERMAS, Jürgen. **The Divided West**. Edited and Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008. Título Original: Der gespaltene Westen. p. 173-174.

[535] CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 336.

Nações Unidas foi adquirindo características típicas do modelo Kantiano, "que gira em torno da cooperação e promoção de valores comuns, meta nacionais", ou seja, de uma comunidade mundial. Contudo, apesar da tendência a esse novo modelo, "a sua estrutura e orientação são significativamente diferentes (e é por isso que ainda parece questionável se falar da Carta das Nações Unidas como a constituição da comunidade mundial)". A sugestão de Cassese, ante a contradição entre os mencionados modelos, é de que a Organização deve empreender seus esforços "para reunir todos ou a maioria dos Estados em razão de alguns princípios gerais, a fim de orientar e canalizar suas ações de forma a conduzir para a promoção desses valores e objetivos comuns".[536] Do contrário, ao que parece, privilegiando-se o "paradigma Grociano", poderia se estar enfatizando a intransponibilidade da Soberania e a dominação pelas grandes potências.

As deficiências aqui relatadas podem ainda ser acrescidas a outros importantes aspectos que prejudicam uma leitura constitucionalista da Carta das Nações Unidas. Para alguns, possui qualidade constitucional apenas no sentido de ser uma Constituição da ONU, e não no sentido global ou cosmopolita. Nesse sentido, Cohen ressalta algumas outras problematizações: a inexistência de Corte para garantir o respeito formal e material; não há uma separação de poderes nem um "sistema de pesos e contrapesos" tal qual nos Estados; carece de proteção real dos direitos humanos; bem como é deficiente na garantia da *accountability.* A crítica de Cohen é contundente em atribuir a perspectiva constitucionalista para a Carta da ONU apenas como uma aspiração. Com maior destaque, argumenta que, além do caráter constitucionalista rudimentar, a maior falha é justamente com o sentido normativo que uma Constituição deve ter, principalmente no que concerne a estruturação e limitação do poder e do respeito a certos valores substantivos.[537]

---

[536] Colhe-se do texto original: *"With the passage of time, gradually the UN has come to be increasingly reared to the Kantian model. At present, although the world community and the 'UN community' almost coincide as far as their membership is concerned, their strcuture and orientation are significantly different (this is why is still seems questionable to speak of the UN Charter as 'the constitution' of the world community). As a result of the substantial chasm between the two models, the Organization must strive hard to rally all or most member States behind some general principles, in order to orient and channel their actions in a way conductive to the promotion of those common values and goals".* In: CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 336.

[537] COHEN, Jean L. **Globalization and Sovereignty**: rethinking legality, legitimacy, and

Diante dos aspectos aqui abordados, pode-se perceber que a indagação inserida no título desta parte do estudo, especificamente quanto à existência de espaço para a constitucionalização por intermédio da Organização das Nações Unidas, não encontra uma resposta aperfeiçoada e definitiva. Contudo, parece que tal perspectiva não pode dispensar adequações e mudanças nessa Organização Internacional, mesmo compreendendo-se tratar-se de tarefa que apresenta uma série de contrapontos e complexidades a serem superadas, cuja envergadura refugiria ao enfoque deste trabalho ante a observância de suas delimitações.

5.3 INDICATIVOS DE CAMINHOS A PERCORRER E SEUS CONTRAPONTOS EM FACE DO PLURALISMO

O panorama de observação do fenômeno que se designa como constitucionalização no âmbito internacional/global permite uma agenda com perspectivas distintas de análise, mas que em seu conjunto podem servir para uma compreensão geral dos caminhos a percorrer. [538]

Um aspecto bem evidente diz respeito ao cenário pluralista do mundo contemporâneo, que qualquer abordagem que envolva o tema da constitucionalização não pode deixar de enfrentar. Sem descuidar do problema da legitimação, mas cauteloso com esta noção, Klabbers tece suas conclusões no capítulo inaugural da obra *The Constitutionalization of International Law* asseverando que parece claro que uma ordem global constitucional não poderia deixar de reconhecer a necessidade do pluralismo. Nesse sentido, identifica quatro aspectos importantes: primeiramente, no caso do pluralismo político, em

---

constitucionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 288-290.

[538] Para uma noção geral quanto às formas como a constitucionalização poderia se dar, é oportuna a menção de importante referencial teórico da obra *The Constitucionalization of Internacional Law*, resultado de esforço conjunto dos professores Jan Klabbers, Anne Peters e Geir Ulfstein, embora com abordagens diferenciadas e apresentadas separadamente. Diante da relevância das referidas contribuições para a reflexão sobre o tema do Constitucionalismo Global, destaca-se nesta Subseção alguns pontos que permitem a sua compreensão geral, cuja obra em referência é a seguinte: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

respeito às diversidades de ideias e interesses, essa ordem global constitucional não deveria adotar um único conjunto de valores, sejam eles liberais, marxistas ou religiosos. De outro lado, o pluralismo nessa ordem global, diferentemente da relação tradicional entre Estados, também levaria ao pressuposto de que os diversos outros atores precisam encontrar seu espaço apropriado, desde os povos indígenas às associações voluntárias de indivíduos, e das corporações às organizações intergovernamentais. O terceiro aspecto é que esse pluralismo deve evitar a ideia de homogenização e da tirania de um poder mundial que não respeite a característica diversificada da humanidade. Assim, conforme Klabbers, esta ordem constitucional global deveria se pautar pela heterarquia, até porque a ideia de uma autoridade mundial não seria realizável. Por último, Klabbers assevere que esta ordem global de cunho constitucional deve buscar um pluralismo normativo, afinal, estamos todos submetidos não somente a lei, mas as diversas outras normas, como as atinentes às profissões, as religiosas, as que decorrem das atividades esportivas, dos costumes locais, etc. Se, portanto, uma ordem constitucional global deve ter por pressuposto a legitimação e o pluralismo, não seria coerente a ideia de um único centro de produção normativa. [539]

Outro campo a se avaliar é quanto à possibilidade da concepção constitucionalista no âmbito das instituições internacionais, seja para estabelecer controle e limites desses entes, seja para servir de integração e relacionamento hierárquico entre diversas organizações no plano internacional. Ao apreciar o tema, Ulfstein argumenta que o aumento da relevância das organizações internacionais é uma consequência perceptível no mundo globalizado, de forma que revela a necessidade de um comportamento baseado em cooperação. Por outro lado, temas de amplitude global, como os direitos humanos, acabam sendo internacionalizados, razão pela qual as instituições internacionais adquirem competências e poderes. Obviamente, em razão de sua soberania, os Estados teriam liberdade em seguir ou mesmo integrar tais organizações internacionais,

[539] KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 43-44. Nesse sentido, caberia indagar, e essa é a tarefa proposta pela obra mencionada, como organizar a estrutura dessa produção normativa, como verificar se há consonância com os preceitos democráticos, bem como examinar os aspectos concernentes aos valores e aos destinatários/ membros desta ordem global.

mas sem dúvida, na prática, teriam consequências no âmbito das relações da comunidade internacional. Portanto, para Ulfstein, instituições internacionais podem tomar decisões e estabelecer políticas além do controle individual de cada Estado. Percebe-se, nesse sentido, que as decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais afetam não só os Estados como também os indivíduos. Se os Estados somente podem controlar até certa parte os efeitos das atividades dessas organizações, cabe perquirir se não caberia transferir um controle de padrão constitucional para o nível internacional. [540]

Em síntese, Ulfstein, ao examinar aspectos relativamente às organizações internacionais formais, aos órgãos dos tratados (*treaty bodies*), às organizações baseadas em *soft law* (*soft law organizations*), por intermédio das quais se expressam as formas de cooperação internacional, estabelece algumas conclusões: a) garantias constitucionais em nível nacional podem ser relevantes na esfera internacional, tais como a separação de poderes, garantias processuais e revisão judicial. Embora as garantias constitucionais, próprias do nível doméstico, não possam ser transplantadas integralmente, nada impede que considerações, como equilíbrio entre o controle político, a integridade dos órgãos executivos e um judiciário independente, possam servir de comparação no plano internacional; [541] b) considerando que as tarefas exercidas pelas organizações internacionais implicam relação de poder em face de pessoas, deveriam se submeter às normas de Direitos Humanos, inclusive respondendo nos casos em que ocorram violações; c) as organizações baseadas em *soft law* e nos órgãos de tratados (*treaty bodies*) quando atuam assemelhadas a organizações internacionais formais deveriam estar sujeitas, como estas, a controle de feição

---

[540] Conforme ULFSTEIN, Geir [2009a]. Institutions and Competences. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 45-80.

[541] Extrai-se do original: "*International decision-making will continue to suffer from a democratic deficit in the foreseeable future. It is important to ensure political control through the plenary organs of international organizations. But decision-making also requires other forms of legitimacy. The constitutional guarantees known from the domestic level need not be copied at the international level. But the considerations may be comparable, such as the balance between political control, executive organs with integrity, and an independent judiciary. Hence, most constitutional guarantees known domestically may be relevant at the international levels, such as the separation of powers, procedural safeguards, and judicial review".* ULFSTEIN, Geir [2009a]. Institutions and Competences. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 80.

constitucional; d) a constitucionalização do direito internacional poderia conferir integração e uma relação hierárquica entre as instituições como forma de minorar os problemas decorrentes da fragmentação da estrutura internacional; e e) as relações entre os Estados e as organizações internacionais deveriam basear-se no princípio da legalidade, a fim de garantir que não sejam ultrapassados os poderes que foram conferidos as mesmas, e no princípio da subsidiariedade, para que não avancem para além dos poderes inerentes aos objetivos da própria ideia de cooperação. [542]

Num outro plano de análise, o crescente número de tribunais internacionais que exercem poderes para além do controle dos Estados tem importante significação na caracterização do Direito Internacional contemporâneo. Aliás, embora sob enfoque diferente, Cassese, nos seus estudos a respeito do desenvolvimento do direito no âmbito ultraestatal, aponta o papel fundamental a ser exercido pelos tribunais no espaço global. Destaca principalmente a função de integração para colmatação dos espaços vazios entre os diversos regimes regulatórios, além da contribuição para a tentativa de constituir uma unidade na ordem plural própria do mundo globalizado.[543]

Essa importância dos tribunais internacionais também foi destacada por Ulfstein, considerando, principalmente, a característica de estarem exercendo funções em áreas que tradicionalmente eram circunscritas aos Estados, como também o fato de que tais funções atingem patamares compulsórios, tanto em termos jurídicos como políticos. Assim, para Ulfstein, os tribunais internacionais, a exemplo do que ocorre com as cortes nacionais, deveriam seguir preceitos constitucionais e de direitos humanos, a serem observados não só quanto a sua composição como também com relação a sua independência, igualdade de acesso e garantias de um julgamento cujo procedimento seja justo equitativo. [544]

---

[542] Conforme ULFSTEIN, Geir [2009a]. Institutions and Competences. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 80.

[543] CASSESE, Sabino. **Il Diritto Globale**: giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: Einaudi, 2009.

[544] ULFSTEIN, Geir [2009b]. The International Judiciary. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 150-151.

Especificamente no que se refere aos Direitos Humanos, Ulfstein assinala a que, de acordo com a estrutura existente, em determinados casos, a violação de Direitos Humanos ocorrida no âmbito dos Estados pode ser submetida para apreciação aos tribunais internacionais competentes. Contudo, caso a violação seja exercida no âmbito dos tribunais internacionais, as cortes nacionais não deveriam respeitar tais decisões, de tal maneira que o valor constitucional de proteção dos Direitos Humanos teria prevalência. Parte-se do princípio que a proteção dos Direitos Humanos é essencial tanto no âmbito nacional como internacional. [545]

Outro relevante aspecto a examinar quando se trata do Constitucionalismo ultraestatal diz respeito aos membros da comunidade internacional, compreendidos nessa categoria os Estados, as organizações internacionais, as organizações não governamentais (ONGs), as corporações transnacionais (TNCs), os indivíduos bem como eventuais outros atores. Na mencionada obra conjunta intitulada *The Constitutionalization of International Law*, que reúne perspectivas diversas que exploram o debate sobre o tema, Peters elabora específicas considerações a propósito dos integrantes do que denomina de "Comunidade Constitucional Global", estabelecendo que o paradigma constitucionalista identifica-se com o conceito de comunidade internacional, de forma que não só privilegia o princípio democrático como também poderia servir para combater os supostos privilégios de determinados Estados, inclusive com relação aos membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas. [546]

---

[545] ULFSTEIN, Geir [2009b]. The International Judiciary. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p.152.

[546] Para Peters, a "comunidade internacional" seria uma precondição ou o resultado da constitucionalização da ordem jurídica internacional. Uma comunidade, ao contrário de uma mera aglomeração, apresentaria objetivos comuns e certa integração e relações mútuas entre os componentes. Denotaria, portanto, alguma medida de identidade. Por outro lado, pode-se encontrar crítica no sentido de que essa noção esconderia uma oligarquia de alguns Estados em detrimento dos demais, inclusive para a difusão de determinado viés ideológico do sistema jurídico. Contudo, Peters propõe que o paradigma constitucionalista serviria tanto como uma extensão do conceito de comunidade internacional como para conter a crítica quanto a eventual oligarquia. In: PETERS, Anne [2009c]. Membership in the Global Constitutional Community. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 153-154.

Na avaliação apresentada por Peters, o paradigma constitucionalista poderia, então, servir para: a) explicar a existência de normas com caráter *erga omnes,* podendo funcionar como elemento de integração dos atores da comunidade internacional, mesmo inexistindo um específico texto constitucional escrito; b) pode servir para a superação da dicotomia entre as questões próprias da produção jurídica internacional dos Estados da dos demais atores, de maneira que suplantaria a distinção entre questões originais e derivadas. Por outro lado, tal superação pelo viés constitucionalista teria importante significação na evolução do Direito Internacional, inclusive no sentido de proporcionar, em longo prazo, determinados e limitados poderes (*law-making powers*) a pessoas naturais; c) a leitura pela perspectiva do Constitucionalismo também oferece uma modificação da perspectiva baseada na Soberania estatal como fonte material das normas institucionais. Assim, consistiria num novo fundamento para o Direito Internacional em que a consideração jurídica última seria referente às pessoas naturais, à humanidade (humanity), não à Soberania; d) a comunidade global seria vista como um conjunto ampliado de integrantes, no sentido de se considerar incluídos outros atores além do Estado, como as organizações internacionais, os indivíduos, as organizações não governamentais (NGOs), as corporações transnacionais (TNCs), os atores híbridos (parcerias público-privadas) e as organizações "quase governamentais", e até mesmo, defende Peters, grupos terroristas, de forma que essa contextualização pode ser apreciada pela perspectiva do constitucionalismo. Considerando que não caberia mais a adoção de uma concepção estreita, típica do século XIX, que limita as relações apenas aos Estados, bem como, ante o pluralismo que existe atualmente, não seria viável recorrer ao direito natural, essa tendência de inclusividade e de empoderamento (*empowerment*) se destinaria à realização de preceitos próprios do constitucionalismo. [547]

Um problema que também merece atenção é decorrente do aspecto que se percebe como déficit de democracia, tanto no cenário do Direito

---

[547] Conforme PETERS, Anne [2009c]. Membership in the Global Constitutional Community. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 154-156.

Internacional como no âmbito da governança global. Aliás, a democracia é um dos essenciais princípios do constitucionalismo, do qual decorrem inclusive os valores da *rule of law*, *due process* e a proteção dos direitos fundamentais e das minorias. Nesse sentido, faz-se referência à análise de Peters sobre o problema referente à aplicação do princípio da democracia na ordem constitucional global, cuja abordagem é destacada em parte específica, intitulada *Dual Democracy*, na obra *The Constitutionalization of International Law*, em que a autora estabelece a proposição de que não deve ser considerada como irrealizável. Ao contrário, para Peters, a leitura constitucionalista serviria como uma tentativa de democratizar a ordem global tanto em nível estatal como supraestatal, embora possa ser tratada diferentemente nos diversos níveis de governança. [548]

Um dos pontos a se destacar da mencionada abordagem é a ideia de que o Constitucionalismo Global necessita de um mecanismo de democracia que funcione em diversos níveis, decorrente tanto na esfera dos governos nacionais como no âmbito de governança "acima" dos Estados. Uma ordem mundial democrática não pode prescindir da democracia doméstica, que além de funcionar como base irradiadora para a governança global, serve para fomentar bens de alcance global, como a paz e a segurança. Para Peters, essa importância eleva a significação da democracia como um princípio constitucional global. Por outro lado, na esfera "acima" e interestatal, a democratização se dá em duas vertentes: o estatista e a individualista. Na via estatista, o pressuposto é que, embora o fim último da democracia sejam as pessoas naturais, os Estados é que são os representantes dos cidadãos. Dessa maneira, diz a referida autora, a via estatal implicaria que uma ordem global somente estaria plenamente democratizada quando no nível doméstico também fosse atingida a democracia, de tal forma que enquanto nem todos os Estados atinjam esse patamar, muitos deixam de ser bem representadas nas instituições internacionais. A via individualista diz respeito à participação dualista, Estados e cidadãos, na

[548] PETERS, Anne [2009a]. Dual Democracy. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 263-341.

accountability das instituições internacionais. [549] Isso, sem dúvida, seria um grande avanço para a realização democrática, embora ainda distante de ser alcançada ao se considerar, francamente, a realidade que se apresenta.

Ao se destacar acima, embora de forma sintética, alguns dos diferenciados pontos de análise de Klabbers, Peters e Ufstein, convém mencionar também que os raciocínios expostos são sujeitos a uma série de críticas.[550] É bem verdade que a abordagem do Constitucionalismo Global tem em seu âmago uma ruptura com um modelo baseado num forte positivismo e na predominância da Soberania estatal no cenário internacional. De fato, conforme Dunoff e Trachtman, a obra *The Constitutionalization of International Law* inverte a visão tradicional do Direito Internacional porque: a) coloca as pessoas como os principais sujeitos do cenário jurídico internacional e os principais membros da comunidade constitucional global; b) inclui diversas outras categorias normativas que não se encaixam facilmente na visão tradicional (esforços informais em rede, *soft law,* acordos não vinculativos, memorandos de entendimento, *lex mercatoria* de comerciantes privados, etc.); c) "a presunção é que os enunciados normativos

---

[549] Conforme PETERS, Anne [2009a]. Dual Democracy. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 264-265.

[550] Com relação a essas críticas, ver os contrapontos apresentados pelos Professores Dunoff, Trachtman, Steven Wheatley, Jean Cohen e Dan Bodansky no espaço de discussão **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law, mais especificamente nos seguintes textos**: DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. The Lotus Eaters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 16 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters>; WHEATLEY, Steven. Constructing the Global Constitutional Community: a response to Anne Peters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 21 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/constructing-the-global-constitutional-community-observations-on-chapter-5-'membership-in-the-global-constitutional-community'/#more-2359>; COHEN, Jean L. Thinking Politically about Global Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/a-response-to-anne-peters>; BODANSKY, Daniel. The Constitution of Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 15 de julho de 2010. Disponível em: < http://www.ejiltalk.org/the-constitution-of-constitutionalism>. Em relação a esses contrapontos, no entanto, Peters e Ulfstein apresentam seus argumentos de resposta: PETERS, Anne. The Constitutionalization of International Law: a rejoinder. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 3 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-a-rejoinder>. Acesso em 10 nov. 2013; ULFSTEIN, Geir. Constitutionalization: Wuat is the value added? *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 19 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/constitutionalization-what-is-the-value-added>. Acesso em 10 de nov. 2013.

são juridicamente válidos e vinculativos, a menos e até que possa ser demonstrado que eles não são".[551]

Algumas falhas, entretanto, são apontadas por Dunoff e Trachtman quanto às abordagens da obra mencionada, seja porque "empregam uma concepção heróica do poder do Direito", seja porque tratam da constitucionalização como um "deus ex machina", capaz de solucionar todos os problemas. Não estaria tal percepção, indagam Dunoff e Trachtman, produzindo euforia e distorcendo a necessidade de esforços mais pragmáticos para a obtenção de resultados concretos quanto aos Direitos Humanos e ao Estado de Direito (*rule of law*)? Pelo que se pode extrair, tal crítica apoia-se no fato de que a abordagem da obra *The Constitutionalization of International Law* estaria a minimizar o papel da política, seja por acreditar que os resultados sociais poderiam ser alcançados apenas pela positivação das normas, seja porque incorrem, dizem os referidos autores, num paradoxo: por um lado, enfatizam a posição dos indivíduos na comunidade global constitucionalizada que inclusive poderiam se valer dos tribunais internacionais para pleitearem seus direitos mas, por outro lado, reconhecem que os juízes internacionais (*international adjudicators*) "são até menos legitimados democraticamente que os reguladores internacionais e que os controles (accountability) das cortes e tribunais não podem compensar os déficits de controle democrático". [552]

Naturalmente, é necessário atentar-se que Dunoff e Trachtman possuem uma particular visão do Constitucionalismo Global, a partir de uma

---

[551] Essa ruptura é bem demarcada por Dunoff e Trachtman, que aludindo à paradigmática decisão do "Caso *Lotus*", enfatizam que a visão tradicional do Direito Internacional seria baseada em três aspectos: a) os Estados são os principais sujeitos; b) numa visão altamente positivista, as normas emanam do consentimento do Estado; c) pressupõe que os Estados tem liberdade de ação a menos que exista uma restrição juridicamente positivada. Portanto, a abordagem de Klabbers, Peters e Ulfstein invertiria essa tradição. In: DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. The Lotus Eaters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 16 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters>. p. 1-2.

[552] Conforme DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. The Lotus Eaters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 16 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters>. p. 2-3. Quanto aos "international adjudicators" no âmbito da OMC e ao problema da accountability dos tribunais, Dunoff e Trachtman referem-se aos argumentos de Peters, respectivamente, nas páginas n. 292 e 340 da obra: PETERS, Anne [2009a]. Dual Democracy. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

análise funcionalista,[553] a qual contrastaria com a abordagem produzida na obra *The Constitutionalization of International Law* porque "não pressupõe um conjunto normativamente desejável de resultados". Dunoff e Trachtman enfatizam que a abordagem funcionalista teria o mérito de se valer mais de processos legislativos internacionais, além de destacarem o papel da política internacional. Afirmam que o funcionalismo que defendem tem enfoque "sobre o que as normas constitucionais fazem, o papel que desempenham, como resposta as necessidades reais dos Estados e de outros atores jurídicos internacionais". Pelo que se pode obsevar, deixam evidenciado que as soluções que almejam não desconsideram a prática real e, por consequência, a visão de mundo em torno do paradigma do "Caso Lótus", daí porque criticam a inversão provocada pelas propostas da obra *The Costitutionalization of International Law*.[554]

Por sua vez, a análise de Wheatley especificamente com relação ao Capítulo 5 da obra *The Constitutionalization of International Law*, intitulado *Membership in the Global Constitutional Community*, no qual Anne Peters abordou o problema dos membros que formariam uma Comunidade Constitucional Global (Estados, indivíduos, organizações internacionais, organizações não governamentais, corporações transnacionais, etc.), aponta sua crítica a partir algumas indagações. Num aspecto, perquire se analiticamente faz sentido se falar em uma comunidade política global, tendo em vista que, mesmo em termos de um sistema de normas fundamentais, e mesmo no sistema da ONU, entende que "não é evidente que os indivíduos concebam a si mesmo (ou são concebidos pelos reguladores) como co-membros de uma comunidade global de destino definida em relação ao Direito Internacional Público"; por outro lado, diz Wheatley, considerando-se os sistemas fragmentados, também é difícil imaginar que no âmbito de uma pluralidade de regimes regulatórios possa ser possível uma Comunidade Constitucional Global.[555]

---

[553] DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitutionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009.

[554] DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. The Lotus Eaters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 16 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters>. p. 4.

[555] Conforme WHEATLEY, Steven. Constructing the Global Constitutional Community: a response

Cohen faz seu contraponto especificamente em relação a abordagem de Anne Peters, no último Capítulo da obra, intitulado “Dual Democracy”, especialmente no que se refere ao déficit democrático, pois a constitucionalização do Direito Internacional exigiria que todos os Estados fossem democráticos.Contudo, mesmo que a democracia estivesse presente em todos os Estado, diz que “isso seria insuficiente”. Após diversas considerações críticas, Cohen deixa algumas indagações, tais como “o que seria uma federação de Estados e povos que não é em si um Estado?”, “A constitucionalização do direito internacional significa tornar o interno externo? De que maneira?”. Por derradeiro, conclui expressando que o discurso da constitucionalização do direito internacional “não pode evitar a questão da forma política e depois de todos os argumentos normativos intermináveis e teorização idealizada sobre concepções de utopias viáveis ou inviáveis, isto é aonde nos não devemos gastar nossas energias”.[556]

Em suas observações, Bodanski, num primeiro momento, levanta a afirmativa inaugural da obra *The Constitutionalization of International Law* no Capítulo de autoria de Jan Klabbers (p. 4), em que este sugere que a obra não pretende “demonstrar que um processo de constitucionalização está realmente acontecendo” (p.4). De outro lado, diz Bodanski, parece curioso Klabbers argumentar então que a constitucionalização “não existe apenas nas mentes dos juristas” (p.5), e que “a sociedade internacional parece estar passando por um processo de constitucionalização” (p. 7). Num outro aspecto, Bodanski identifica nas abordagens de Peters e Ulfstein argumentos normativos. De todo modo Bodanski afirma que “nem sempre é claro o tipo de argumentos que eles estão fazendo”, ou seja, nem sempre os argumentos são satisfatoriamente explícitos. Assim, por exemplo, com relação à afirmação de Peters de que os indivíduos são os principais sujeitos da comunidade constitucional global, indaga se seria uma afirmação descritiva. Nesse caso, qual a evidência empírica? Por fim, Bodanski

---

to Anne Peters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 21 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/constructing-the-global-constitutional-community-observations-on-chapter-5-‘membership-in-the-global-constitutional-community’/#more-2359>. p. 1-2.

[556] COHEN, Jean L. Thinking Politically about Global Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/a-response-to-anne-peters>. p.

levanta o que denomina uma “meta questão”: qual o valor, o sentido ou a utilidade de analisar o Direito Internacional com base no Constitucionalismo?[557]

Claro que tanto os caminhos apontados pela obra *The Constitutionalization of International Law* como seus contrapontos não devem ser vistos num sentido acabado, tanto no que concerne a viabilidade como a inviabilidade do discurso do Constitucionalismo. O exame do tema a que se pretendeu analisar nesta Tese pode justamente revelar que o debate, diante de sua amplitude e seu caráter fragmentário, ainda está em seu ponto de partida. Certamente que o amadurecimento das reflexões e o aperfeiçoamento das análises poderão fornecer outros caminhos mais seguros onde se possa trilhar na busca de soluções adequadas à realidade jurídica e social da complexa realidade que envolve o continuo desenvolvimento da Comunidade Internacional.

Ao perceber as dificuldades a serem enfrentadas pelas diversas abordagens do Constitucionalismo Global (Social, Institucional, Normativo e Analógico), cada qual com suas particularidades e idiossincrasias que lhes são próprias e que poderiam inclusive apontar para que se abandonasse a ideia, Schwöbel elabora a proposta de uma reorientação da discussão a partir de uma concepção que denomina de “Constitucionalismo Global Orgânico” (*Organic Global Constitutionalism*). Segundo a referida autora, essa perspectiva difere das demais para enfrentar o debate a respeito do Constitucionalismo Global e tem por base a sugestão de quatro pontos destacados: a) inicialmente, essa reconfiguração vislumbra o Constitucionalismo Global como um processo contínuo, de maneira que rejeita a estabilidade e privilegia a flexibilidade. Nesse sentido, diferentemente das abordagens usuais, que utilizam, segundo a autora, a linguagem do constitucionalismo na perspectiva da democracia liberal e, portanto, causadora de exclusão, a perspectiva “orgânica”, por sua característica flexível, respeita a diversidade e o pluralismo; [558] b) um segundo ponto é relacionado ao

---

[557] No texto original: *“I argue that the discourse of the constitutionalisation of international law cannot avoid the issue of politica form and after all the endless normative arguments and ideal theorizing about design feasible or infeasible utopias, this is where we should not spend our energies”*. BODANSKY, Daniel. The Constitution of Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 15 de julho de 2010. Disponível em: < http://www.ejiltalk.org/the-constitution-of-constitutionalism>. p. 3.

[558] Sobre a perspectiva do constitucionalismo como um processo contínuo ver: SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**.

problema da politização do discurso, pois não deve ser encarado como apolítico ou neutro. Dessa forma, em vez de uma visão baseada em valores comuns "prepolíticos", o Constitucionalismo Orgânico se baseia num discurso político com ênfase na participação. Reconhecendo o pluralismo e a "desunião do mundo", não se orienta no sentido de buscar um conjunto mínimo de valores comuns;[559] c) rejeita o constitucionalismo global numa visão "*positive universal*", que seguiria a linha da democracia liberal, e privilegia a visão "*negative universal*". Nesse sentido, emerge do discurso das particularidades e não possui valores predeterminados e nem princípios comuns. "Diversos interesses podem ser representados em uma esfera global que não pressupõem fundamentação comum";[560] d) por fim, no que concerne ao aspecto normativo, a proposta do Constitucionalismo Global Orgânico sugere que é uma "promessa para o futuro, um constitucionalismo por vir".[561]

A proposição de Schwöbel tem o mérito, pelo que se pode perceber, de identificar e classificar as principais abordagens do Constitucionalismo Global (Social, Institucional, Normativo e Analógico) e, a partir disso, extrair as principais falhas e críticas de cada uma das concepções. Por outro lado, a autora apresenta a sugestão de uma reconfiguração do debate por intermédio de elementos que integrariam uma perspectiva que denomina de "Constitucionalismo Global Orgânico" pelos quais pretende enfrentar cada uma das dificuldades encontradas nas abordagens acadêmicas usuais.

Apesar da grande contribuição no sentido de organizar uma categorização do debate, não se pode ter a clara percepção de que se trate, o Constitucionalismo Global Orgânico, de uma concepção que seja mais concretizável que as demais. A ênfase no pluralismo da maneira como argumenta a autora, aliás, parece mais distante do que a própria perspectiva que se apresenta nesta Tese como uma "teoria forte" do Constitucionalismo Global.

Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 149-152.

559 Conforme SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 158.

560 Conforme SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 160.

561 Conforme SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 161-162.

Principalmente por pretender a participação discursiva sem um conjunto adequado de valores comuns, parece, ao contrário do que argumenta a autora, mais irrealizável do que a esperança de um “constitucionalismo por vir”.

Ao contrário, a perspectiva da “teoria forte”, com base em *stardards* mínimos comuns a partir dos Direitos Humanos, de onde se extrairia a normatividade hierárquica, aliada às características da Carta das Nações Unidas que a erigem como um texto fundamental para a Comunidade Internacional, possuem, pelos argumentos que já parecem bem delineados ao final deste estudo, bem mais condizentes com a pretensão de um Constitucionalismo Global, muito embora transpareça a dificuldade em face das realidade das relações internacionais da atualidade.

CONCLUSÕES

Ao se encerrar o exame proposto como tema nuclear desta Tese, em que se objetiva analisar a viabilidade de sustentação da perspectiva que identifica e defende a constitucionalização na esfera jurídica ultraestatal, tem-se a sensação que a envergadura da tarefa não permite conclusões precipitadas, ou mesmo simplistas, de forma que é recomendável o exercício da prudência e do rigor para que os desejos das utopias não suplantem os imperativos da razão.

Considerando-se os complexos problemas inerentes a essa controvertida questão, tão cara aos estudiosos do Direito Internacional, mas que repercute de forma desafiante também nos demais campos dos saberes jurídicos e sociais, já no início da pesquisa não se desconhecia o fato de que o tema apresenta-se num campo de análise teórico-jurídica de forma multifacetada. De tal maneira é que abriga uma diversidade de autores e pontos de vista que examinam a ordem jurídica atual em termos constitucionais – que se ajustam a modelos tais como o cosmopolita, o *multi-level* e o heterárquico, ou que almejam por um desenvolvimento constitucional da "constelação pós-nacional".

Tendo em vista essa primeira dificuldade a ser enfrentada, entendeu-se que a delimitação temática deveria se adequar a um campo de análise que mais estivesse próximo ao qualificativo "global". Assim, estabeleceu-se *a priori* a perspectiva de uma "teoria forte" do Constitucionalismo Global, para a qual se atribuiu como elementos conformadores duas vertentes que se complementariam: a proposta de um conjunto normativo-hierárquico a partir de valores comuns, especialmente com base nos Direitos Humanos, e a concepção pela qual a Carta da Organização das Nações Unidas caracterizar-se-ia como uma Constituição para a Comunidade Internacional.

A delimitação desse campo de análise permitiu, então, que se estabelecesse o objetivo central que nortearia os rumos da pesquisa, o qual assim pode ser expresso: examinar a hipótese de que, circunscrita na perspectiva de uma "teoria forte" conforme aqui proposta, a concepção do Constitucionalismo

Global não encontra suficientes elementos de sustentação diante da realidade das relações internacionais contemporâneas.

No entanto, antes de se avaliar em que medida a hipótese restou confirmada, afigura-se necessária a organização de algumas considerações pontuais com base nos argumentos disseminados ao longo do trabalho, que foram construídos por intermédio da apreciação dos objetivos específicos propostos na Introdução, que poderão auxiliar na compreensão do quadro em que se apresenta o problema. Essa providência poderá favorecer o vislumbre de alguns aportes que melhor orientarão as reflexões sobre a gama de aspectos envolvidos e a resposta mais adequada à hipótese proposta.

O pressuposto inaugural teve por base a constatação de que a intensificação do processo de Globalização está a ocasionar diversos reflexos que modificam as noções tradicionais referentes às categorias típicas ligadas ao modelo estatal que se desenvolveu a partir da modernidade, o qual se denominou, para os fins desta Tese, como modelo Westfaliano de Estado. Por outro lado, estabeleceu-se que esse modelo possui caráter dinâmico e cambiável, de forma que as transformações que se operam são naturais e inerentes a qualquer tipo de sociedade política.

Com essa constatação, entende-se que há indicativos que permitem perceber que o aparato estatal não dispõe mais de condições para lidar de forma adequada com a nova realidade do mundo globalizado, notadamente com a aumentada ocorrência de interações que são decorrentes do fluxo e da circulação de capitais e bens, das transações econômicas, do grande deslocamento de pessoas entre países, das ampliadas relações culturais e sociais entre a população planetária, e de todos os demais aspectos que intensificam a sociedade global.

Embora as características estatais ainda se mostrem evidentes, o produto da intensificação da Globalização influiria sensivelmente no exercício do poder político e na noção de Soberania, ocasionando déficits nos espaços jurídicos e políticos da organização estatal. Como consequência, pode-se admitir a existência de incompatibilidades ou dissonâncias da nova realidade do mundo globalizado com os critérios que definem a realidade estatal tradicional, razão

pela qual poderia levar à conclusão de que as categorias paradigmáticas e simbólicas do Estado encontrariam-se num processo de erosão, em que estariam afetadas as pretensões de segurança jurídica, a efetividade da administração estatal, a Soberania, a identidade coletiva das nações bem como a própria noção de legitimidade democrática.

Esse contexto, aliado à percepção da indiferenciação entre os limites do espaço doméstico dos Estados com relação ao âmbito externo, bem como da confusão entre o público e o privado (Grimm), poderia ser compreendido como um diagnóstico da desconexão entre as Constituições e os respectivos entes estatais (Preuss). Dito de outra maneira, o Constitucionalismo, vinculado ao modelo de organização política estatal, modifica-se em consequência das interações e influências das relações do ambiente doméstico com o ambiente internacional/global, cuja transformação decorre do intenso processo de Globalização.

Os aspectos acima abordados necessitaram ser complementados com um breve exame realizado ao longo da Seção 2, no qual se analisou o arranjo evolutivo da sociedade mundial, em que se evidenciou a expansão e a complexidade do Direito Internacional, também decorrente da nova realidade do mundo contemporâneo globalizado. Essa complementação é essencial para a apreciação do tema proposto, pois é no cenário internacional que se destinaria verificar os limites e possibilidades de se transferir e aplicar as noções do Constitucionalismo.

De fato, os desafios do Direito Internacional no limiar do século XXI correspondem a problemas que não se circunscrevem somente ao âmbito dos Estados, como ocorre com a questão ambiental, com o combate ao terrorismo e à criminalidade internacional, com o da proteção do sistema financeiro, com as intervenções humanitárias, com os Direitos Humanos, dentre outros temas. Ademais, o contexto internacional adquire maior complexidade com a presença de novos atores, a multiplicação de fontes normativas, a internacionalização dos direitos com as interações entre nações e sistemas regionais, a multiplicação de instâncias decisórias, bem como a fragmentação.

Nessa feição de complexidade, mostra-se especialmente desafiador o vislumbre de possibilidades, ou mesmo de tendências, da noção de uma comunidade jurídica que possa compartilhar temas e interesses comuns, tal como a perspectiva universalista dos Direitos Humanos. Sem embargo do desafio mencionado, a realidade que se procurou descrever nas Seções 1 e 2 serve como um quadro em que se objetivou caracterizar como premissa justificadora para a reflexão a respeito de alternativas aos paradigmas tradicionais ligados ao Estado, os quais se encontrariam em processo de erosão, ou de transformação, decorrente da intensificação da Globalização, conforme já se expôs.

Mas como lidar, juridicamente, com esse cenário da realidade contemporânea, em que a integração da sociedade mundial não mais permitiria que os problemas fiquem circunscritos à ordem jurídica estatal, no âmbito de seus territórios? E como lidar com a complexidade do Direito Internacional, especialmente considerando-se a interação das ordens jurídicas e a fragmentação setorial, tanto normativa como decisória? Caminhamos para uma sociedade mundial mais sofisticada com relação à cooperação entre os atores internacionais e ao compartilhamento de valores comuns para a Comunidade Internacional? Poderemos ainda nos organizar por intermédio do tradicional sistema de Estados?

Das diversas abordagens teóricas a respeito dessas problematizações, que são exaustivamente propostas, optou-se por examinar como objeto desta Tese a perspectiva que defende a aplicação de linguagem e de princípios de matriz tipicamente constitucional na esfera internacional/global. Mais especificamente, aquela que indaga se seria possível transferir os aportes do constitucionalismo, que tradicionalmente são ligados ao âmbito territorial dos Estados, para a esfera internacional/global, muito embora com a delimitação já explicitada.

Naturalmente que a amplitude das problematizações e suas correlatas possibilidades de respostas são dependentes das variadas óticas pelas quais se pode tentar exercitar a compreensão do real como objeto do conhecimento. Nesse sentido é que se chama atenção para o ponto de observação. Assim, as análises dos fenômenos que giram em torno da concepção do Constitucionalismo

Global estão sujeitas às interpretações próprias das diferentes tradições teóricas, seja do realismo, do positivismo, do jusnaturalismo, do idealismo, do liberalismo, e de tantas outras escolas de pensamento.

Esse aspecto também pode ser percebido na inclinação desta Tese, muito embora esta não esteja fundamentada nos compartimentos de uma corrente específica. Se por um lado analisa-se uma perspectiva que se aproxima do idealismo, por se entender que é viável a existência de uma Comunidade Internacional que compartilhe um conjunto de valores comuns que podem ser organizados normativamente, por outro lado, no que concerne ao tratamento constitucional desse espectro, é que se traz à discussão os obstáculos que se situam no campo do realismo. Esses dois pontos de observação, portanto, de alguma maneira refletem na interpretação final da avaliação da hipótese proposta.

Alguns argumentos extraídos das diversas abordagens acadêmicas permitem um esboço de delineamentos que podem servir como fundamentos para o Constitucionalismo Global. De uma maneira geral, pode-se ver que o debate segue duas grandes vertentes: a) a constitucionalização global por intermédio de uma forma abrangente e unitária; b) a constitucionalização global como perspectiva pluralística, em uma série reunida de processos diferenciados.

As abordagens dos elementos que servem de alicerce para o Constitucionalismo Global ainda podem ser reforçadas por outras tendências teóricas, no campo das propostas na esfera das “constelações pós-nacionais”, como as concepções da Governança Global, do Direito Administrativo Global, das “Constituições Civis” globais sem Estado, do Transconstitucionalismo, do Constitucionalismo Multinível e do problema da constitucionalização da União Europeia, da Constitucionalização no âmbito da OMC, do Constitucionalismo Compensatório, bem como das concepções de Alfred Verdross e da doutrina da Comunidade Internacional, da *New Haven School* e a abordagem construtivista. Essas tendências, além de outros aspectos importantes, revelam uma convergência de ideias que podem auxiliar no enfretamento dos desafios referentes às feições de uma “nova ordem mundial” que parece se descortinar.

Importa considerar, como também se expressou na Seção 3, que um conjunto de indicativos aponta para a existência de uma interação entre Direito

Internacional e Direito Constitucional, ou seja, a transferência de funções constitucionais tradicionalmente afetas ao âmbito doméstico para o âmbito internacional (internacionalização do Direito Constitucional). Nessa perspectiva, uma série de fatores apontaria para um processo de “desnacionalização”, tanto jurídica como de fato, aferida pela transferência de tarefas antes próprias da regulação interna dos Estados para estruturas de governança na esfera supranacional ou internacional.

Por outro lado, estaria a se desenvolver, ainda que de forma incipiente, um processo inverso, o de constitucionalização da esfera internacional, perspectiva esta que poderia contribuir para dar alguma coerência ou relativa estabilidade, principalmente ao se considerar a natureza complexa e fragmentada do Direito Internacional, sem embargo das controvérsias que o tema poderia comportar.

Diante da adoção do conceito de Constitucionalismo Global como uma agenda que pretende a aplicação de princípios constitucionais (estado de direito, *checks and balances*, proteção de direitos humanos, democracia, etc.) na esfera internacional, tratou-se também de abordar as analogias com as características do Constitucionalismo doméstico. Da mesma forma, também se ressaltou aspectos concernentes à relação de aproximação, bem como de diferenciação, dos discursos do Constitucionalismo estatal e do Constitucionalismo Internacional/Global.

Além dos fenômenos acima mencionados, a ideia de Constitucionalismo Global pode também buscar justificação, mesmo que timidamente, em alguns outros aspectos, como a existência de normas jurídicas internacionais com características *erga omnes* e *jus cogens*, portanto, de natureza normativo-hierárquica de valores globais, ou diante da disposição do art. 103 da Carta das Nações Unidas, que determina a prevalência das obrigações assumidas na Carta em caso de conflito entre outras obrigações assumidas por Estados membros em acordos internacionais.

Acrescem-se as decisões com cumprimento obrigatório, como no caso da Organização Mundial do Comércio, ou de decisões vinculantes emitidas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Ainda, pode-se mencionar, dentre

outros aspectos, a presença de Tribunais Penais Internacionais e, muito especialmente em razão da delimitação temática, a expansão e as exigências no âmbito dos Direitos Humanos.

Entretanto, a identificação de elementos que poderiam sustentar a ideia do Constitucionalismo Global, por si só, não é suficiente para se concluir pela verificação empírica do fenômeno. Diante disso, ao que parece, o Constitucionalismo Global poderia ser considerando, mas sob o viés do "pensamento possibilista" (Häberle), ou seja, como "potencialidade intrínseca" a novos horizontes ("que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser"), razão pela qual a proposta não deveria ser descartada, mesmo que a realidade das relações internacionais, por ora, possa demonstrar o contrário.

Essa base possibilista também permitiu a análise da proposta do Constitucionalismo Global por intermédio de elementos que se denominou para os fins de apreciação neste estudo como uma "teoria forte", cuja escolha e configuração já foram explicadas, constituída por um arranjo sob a forma de complementaridade de um conjunto normativo-hierárquico de valores equivalentes a normas constitucionais fundamentais, interpretado concomitantemente com a concepção de uma Constituição para a Comunidade Internacional materializada na Carta das Nações Unidas, ou seja, um corpo normativo fundamental com qualidade de uma Constituição Global. Essa perspectiva está imbricada, pelo que se pode perceber, na ideia da existência de uma Comunidade Jurídica Internacional que compartilhe valores comuns.

Portanto, o conjunto desses elementos considera o Constitucionalismo Global e a sua consequente análise sob a perspectiva abrangente e unitária, de tal maneira que as menções ao constitucionalismo sob a perspectiva pluralística em uma série reunida de processos diferenciados foram realizadas ao longo do trabalho apenas de forma subsidiária.

Subsidiariamente foi também tratado o viés constitucionalista multinível, como no caso da União Europeia, que embora seja importante referencial, não tem a qualidade global. Da mesma forma é a concepção do "societal constitutionalism" (constituições civis globais), bem como das outras estruturas de governança fragmentadas em diferenciados setores, níveis e fontes,

os quais se ajustam sim ao pluralismo, mas difícil seria a apreensão abrangente equivalente a características constitucionais de forma “global”, sem falar na dificuldade de avaliação empírica em cada um dos diferenciados setores e níveis.

A escolha em delimitar a análise a partir dos elementos escolhidos para formar uma perspectiva “forte” do Constitucionalismo Global mostrou-se acertada, cujas razões que podem ser destacadas a partir dos aspectos abordados na Seção 4 podem apontar algumas considerações. Em primeiro lugar, é perceptível que há sinalizações tendentes a permitir a interpretação de que se desenvolve um continuado processo de aperfeiçoamento da Comunidade Internacional em torno do compartilhamento de determinados valores comuns.

Por outro lado, conforme se tratou na Seção 1, pode-se admitir que não existe contradição entre os Direitos Humanos e a Soberania estatal. Ademais, argumentou-se que a noção de Soberania sofre influência em razão dos Direitos Humanos ou, mais precisamente, a pessoa humana, a humanidade (Peters), é que constituiria a fonte, a finalidade e a razão da Soberania estatal.

Mesmo que relativizada a pretensão de universalidade dos Direitos Humanos, e mesmo que se possam suscitar questões de ordem ética, antropológica e metafísica, outra razão é a real existência de consenso quanto a um conjunto mínimo de valores que possuam caráter de compartilhamento universal. Assim, a relativização e as divergências poderiam ser vistas como fatores da própria natureza social, mas que não implicam a impossibilidade de serem superadas.

Como se tratou na Seção 4, pode-se apontar para uma relativa convergência, pelo menos em alguns *standards* mínimos, aptos a reforçar a ideia de que se desenvolve, embora de maneira lenta, um processo de expansão e de respeito aos Direitos Humanos independentemente das fronteiras políticas, religiosas e culturais. Parece que essa ideia seria não só desejável e possível, mas imperativo de necessidade social ante a intensificação das relações humanas em escala planetária. Ademais, essa noção é adequada para propor a afirmação de que os Direitos Humanos, pelo menos no que se refere a preceitos mínimos dotados de maior aceitação geral, revestem-se de especial importância para permitir o desenvolvimento de integração da Comunidade Internacional.

O *locus* privilegiado das Nações Unidas no sistema internacional é um fator essencial para o aperfeiçoamento da Comunidade Internacional, inclusive pela própria abrangência dos seus serviços (paz, Direito Humanos, comunicações, intervenções humanitárias, saúde, alimentação, meio ambiente, etc.). Sem embargo, essa especial amplitude é que também permite os embates em razão dos interesses que se manifestam no jogo político característico do multilateralismo. Afinal, convém ressaltar que a Organização das Nações Unidas não se comporta independentemente em relação ao interesse dos Estados que lhe dão forma.

No que concerne a sua Carta, apresenta algumas características que se assemelham a preceitos e qualidades constitucionais, seja no sentido substancial (o conteúdo normativo, principalmente diante das disposições dos Arts. 1 e 2 da Carta da ONU e do caráter *erga omnes* que pode ser identificado), como no sentido orgânico ou institucional. A exposição da Seção 4 mostrou que os estudos de Pierre-Marie Dupuy e Bardo Fassbender são bem importantes para tal análise, ao lado de diversas outras abordagens acadêmicas a respeito.

Por fim, o elenco dos argumentos e indicativos reunidos em torno da perspectiva da “teoria forte” permite vislumbrar indicativos ao menos sugestivos para se persistir no exame da proposta de um Constitucionalismo Global. Nesse sentido, pelo que se pode avaliar, os Direitos Humanos e os seus inerentes atributos desempenham um papel nuclear e contribuem para a avaliação e interpretação da agenda, tanto na dimensão política como jurídica, que defende a utilização dos preceitos do Constitucionalismo na esfera Internacional/Global.

Mas os indicativos promissores da concepção do Constitucionalismo Global, especialmente se considerados sob a ótica possibilista, não podem ser dissociados dos seus eventuais obstáculos. De tal maneira, podem ser evidenciadas algumas tendências e dificuldades que influirão decisivamente, dentre outros aspectos, na confirmação da hipótese do trabalho. Cabe, então, a confrontação aproximativa com alguns dos argumentos críticos, necessários para uma reflexão mais ampliada. Com base nos argumentos de juristas especializados, disseminados principalmente na Seção 5 desta Tese, uma breve

síntese crítica pode ser elaborada, cujos pontos principais adiante são mencionados.

Inicialmente, destaca-se o problema da pertinência simbólica. Não parece haver na Comunidade Internacional, salvo diante de momentos eventuais, o sentimento de pertencer a um “povo constitucional”, talvez pelo fato de que não se possa apreender simbolicamente o momento instituidor, a marca do poder constituinte.

Naturalmente que se poderia alegar que o Constitucionalismo Global teria outras particularidades se comparado ao Constitucionalismo doméstico, de tal maneira que poderia ser compreendido como um processo, e não como algo acabado. De todo modo, parece haver uma carência geral e simbólica quanto ao pertencimento a uma Comunidade constitucionalizada.

Por outro lado, esse valor simbólico, quando não preterido, pode ainda ser superdimensionado, principalmente pela crença nas soluções que o Constitucionalismo Global poderia de fato realizar. Essa prospecção levaria a uma simplificação da complexidade e amplitude temática das relações e do Direito Internacional.

Outro obstáculo está relacionado à ampla gama das divisões na sociedade global. A humanidade encontra-se dividida não só por limites geográficos e políticos, mas também pelas diferenciações tanto de ordem econômica, como social, ideológica, religiosa e cultural. São inegáveis, é verdade, as conquistas advindas após a Segunda Guerra Mundial, inclusive com a criação das Nações Unidas e das novas esperanças de paz e harmonia pelo intermédio da cooperação internacional. As rupturas, contudo, ainda são presentes. O exemplo próximo mais marcante, após a quase superada divisão da guerra-fria, surge com o ataque terrorista que culminou com a destruição das Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova York (EUA) e o novo divisionismo impulsionado pela “Guerra ao Terror”, principalmente direcionado por algumas potências em face do que alguns setores atribuem como radicalismo muçulmano.

Não obstante, diversas outras situações beligerantes, pelos mais diversos motivos, ainda proliferam em torno do planeta, sem contar nas consequências que vitimizam boa parte da população, notadamente civil e menos

favorecida economicamente. Da mesma maneira, o desenvolvimento econômico e social dos países e das populações ainda é bastante desigual, muitos ainda vivendo na extrema miséria, em todos os sentidos da expressão. Se a enumeração de tal ordem pode ser extensa, esses breves apontamentos parecem suficientes para demonstrar que o compartilhamento de valores comuns, inclusive de ordem constitucional, é realizável, mas ainda muito há que se empreender em tal sentido. Nesse ponto, há uma divisão geral: o mundo das esperanças e a realidade a ser superada.

É também essencial mencionar-se o problema da legitimidade e do déficit democrático. A ideia de legitimidade e de democracia é inerente ao constitucionalismo doméstico. Contudo, ao se transportar essas categorias para o cenário internacional/global as dificuldades se intensificam. Por um lado, porque os Estados são desiguais no aspecto democrático e na legitimidade do poder, cujas diferenças são marcantes. Por outro lado, as instituições e organizações internacionais também possuem déficits de democracia.

Aliado a esses dois aspectos subsiste ainda o problema de legitimação democrática com relação ao conjunto normativo: as normas internacionais são mais distantes e isoladas do que as normas produzidas nos Estados. Por outro lado, além de um excesso de otimismo, o Constitucionalismo Global poderia configurar-se numa ilusão quanto à proposta de um governo mundial, ou seja, irrealista. Assim, fica a indagação: como lidar com o problema da legitimação e do critério democrático para compelir a Comunidade Internacional a se submeter a um conjunto hierárquico-normativo?

Acrescenta-se ainda outra preocupação: o problema da formação e da limitação dos poderes (executivo, legislativo, judiciário) na esfera global/internacional e das correspondentes divisões de atribuições, tema este próprio e característico do Constitucionalismo doméstico, mas ainda distante no plano internacional/global. Por fim, o Constitucionalismo Global enfrenta problema também quanto à percepção de seu caráter apolítico, desde a inexistência de elementos de base, como também por inexistir uma estrutura real de poder para sua implementação.

A pretensão de unidade do ordenamento internacional/global e o problema da fragmentação constituem-se campo de importante dificuldade. A unidade jurídica na esfera internacional encontra resistência em face da proliferação de regimes normativos especializados (comércio internacional, Direitos Humanos, esporte, Internet (ICANN), transporte, proteção ambiental, etc.) aliado ao diversificado número de tribunais internacional e órgãos de solução de conflitos setoriais. Esse panorama fragmentado, com multiplicidade de atores e ordens jurídicas com graus de autonomia, notadamente porque implicaria conflitos de ordem normativa e decisória e diferentes racionalidades próprias a cada setor, é sem dúvida um importante aspecto de dificuldade para a unidade e a coerência de um ordenamento jurídico global/internacional.

Os conflitos nesse cenário de complexidade podem ser superados pelas técnicas de solução, notadamente com o princípio da harmonização ou pelas regras já existentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Contudo, o quadro fragmentado e pluralista correspondente às diversas ordens jurídicas e aos múltiplos centros de poder (nacional, internacional, transnacional, global, supranacional), inclusive desterritorizalizados, parece sim desafiar a noção unitária de um direito, ou uma Constituição comum, principalmente em tempos de intensificação da Globalização. Num sentido diverso, a ideia de unidade num sistema pluralista poderia fomentar o perigo de corresponder aos ideais de uniformidade, ou seja, o risco de violar a autonomia e a liberdade dos indivíduos.

Há que se mencionar igualmente a ainda distante efetividade do direito dos Direitos Humanos. É inegável que a expansão dos Direitos Humanos e dos correlatos mecanismos de proteção tiveram importantes avanços, especialmente após a consolidação da Organização das Nações Unidas. De todo modo, trata-se de um processo que ainda necessita evoluir, especificamente em razão da deficiência quanto a sua efetividade em diversos Estados.

Acredita-se, por outro lado, que o problema da universalidade não seja o maior obstáculo, e sim a concretização de um conjunto mínimo de valores fundamentais comuns, já bem espargidos na Comunidade Jurídica Internacional, mas ainda em vias de afirmação.

A predominância do interesse dos Estados ainda é um ponto relevante a considerar, muito embora os avanços do Direito Internacional e da Comunidade Internacional são indicativos de que a visão de mundo baseada exclusivamente na vontade dos entes estatais não mais é adequada aos tempos contemporâneos. A pluralidade de atores e da importância destes no cenário internacional, a diversificação de fontes normativas e a interação jurídica entre os diversos sistemas bastariam para indicar os novos tempos. No entanto, a presença evidente dos Estados, principalmente daqueles que detém o poder econômico, ainda é um fator marcante da vida internacional. Nesse contexto, a assimetria de poderes entre Estados também pode ser anotada como um contraponto ao Constitucionalismo Global.

As deficiências no âmbito das Nações Unidas, por outro lado, são ainda difíceis de serem superadas. De fato, a Carta das Nações Unidas constitui-se num fundamental para toda a humanidade, diante dos seus elevados princípios e valores. Já se expressou acima, no entanto, que os atributos constitucionais que a revestem e a sua normatividade vinculativa a quase todos os Estados não implicam necessariamente que possa ser concebida como a Constituição de toda a Comunidade Internacional, seja pelos mesmos motivos expostos nos itens acima, seja diante das deficiências encontradas no próprio âmbito da ONU.

Dentre outros aspectos, pode-se resumir apenas no seguinte: a inexistência de uma legitimação suficiente e igualitária para todos os atores internacionais (inclusive aqueles externos à Organização), e não só com relação aos Estados membros; o problema do Conselho de Segurança e da preponderância decisória das potências que são membros permanentes (China, França, Reino Unido, Rússia, Estados Unidos da América).

A consideração da Carta das Organizações das Nações Unidas como a Constituição da Comunidade Internacional trata-se, pois, de uma concepção bastante controvertida cuja aceitação confunde-se justamente com o reforço de legitimação. Possivelmente, a assimilação dessa ideia passaria por uma reflexão sobre o papel da Organização das Nações Unidas e, quem sabe, em medidas necessárias ao seu aperfeiçoamento. A amplitude de tal tarefa, entretanto, necessitaria exame específico e mais aprofundado.

Parece confuso o fato que se possa conceber o Constitucionalismo Global sem as características moldadas através da experiência no âmbito dos Estados. Nesse sentido, é muito difícil admitir que já existam no âmbito global/internacional as características constitucionais aperfeiçoadas (separação de poderes, *check and balances*, *rule of law*, democracia, *accountability*, etc.), embora possam até ser vislumbradas, mas de maneira ainda frágil.

A perspectiva de um constitucionalismo global e unitário não encontra, pelo menos até o momento, campo atual para se realizar eficazmente. Por um lado, a esfera internacional/global carece de uma estrutura central adequada de poder com os consequentes limites, bem como uma separação adequada das atribuições, tal qual a exigência constitucionalista ligada aos Estados.

Além disso, pode-se constatar deficiência no sentido normativo, tendo em vista que embora possa haver um núcleo mínimo de valores a serem obedecidos por toda a Comunidade Internacional, não existem mecanismos eficientes para a garantia de sua implementação e, o que é mais importante, de sua exigibilidade.

Se não é possível avaliar a concepção do Constitucionalismo Global diante das analogias com o Constitucionalismo doméstico no que se refere aos seus elementos característicos, de outra coisa se estará falando, mas não de constitucionalismo.

Portanto, diante do conjunto dos argumentos e das considerações expostas ao longo do trabalho consigna-se o entendimento no sentido da confirmação da hipótese em que se delimitou a abrangência do estudo, ou seja, que na delimitação do que se convencionou tratar como uma “teoria forte”, a concepção do Constitucionalismo Global não encontra suficientes elementos de sustentação diante da realidade das relações internacionais contemporâneas.

A perspectiva possibilista, no entanto, permite que o debate perdure e que agenda do Constitucionalismo Global continue a produzir reflexões acadêmicas e iniciativas de ordem prática, como forma de se articular o conhecimento para melhor compreender os desafios contemporâneos inerentes a uma nova ordem mundial. Nesse sentido, as possibilidades de efetivas realizações trascendem os limites metodológicos que consubstanciam a hipótese

desta Tese. Sob tal enfoque, caberia então compreender o Constitucionalismo Global como uma ideia ainda a se realizar.

Tratar, pois, do Constitucionalismo nos tempos atuais, significa estar em consonância com os problemas que são inerentes a cada Estado, mas sem desconsiderar que os problemas comuns a toda população planetária requerem uma mentalidade universal. Nessa seara é que a concepção do Constitucionalismo Global deve estar inserida e, justamente por tal razão, a temática que apenas desperta poderá de fato oferecer inestimável contribuição.

A percepção dos fenômenos que se espraiam no limiar de uma nova era, embora ainda no cenário desafiador das ambivalências, parece sugerir que o desenvolvimento da sociedade mundial está implicado na aproximação das dimensões do singular e do universal, de tal maneira que os rumos não podem se afastar de uma ética em que a fraternidade esteja incluída no pensamento e nas ações de toda a humanidade.

Na emergência de um novo paradigma e vislumbrando que as conquistas da humanidade se inserem num continuado processo de aprendizagem e aperfeiçoamento, cabe expressar a convicção de otimismo e de esperança que valores comuns de convivência harmônica e de paz entre todos podem de fato se tornar reais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ADLER, Mortimer J. **Como Pensar sobre as Grandes Ideias**: a partir dos grandes livros da civilização ocidental. Tradução de Rodrigo Mesquita. São Paulo: Realizações, 2013. Título Original: How to Think about the Great Ideas: From the Great Books of Western Civilization.

ALLOTT, Philip. **Eunomia:** New Order for a New World**.** Oxford: Oxford University Press, 1990.

ALLOTT, Philip. The Concept of International Law. In: **The European Journal of International Law – EJIL**, n. 10, 1999. p. 31-50.

ARISTOTELES. **A Política.** Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

ARMSTRONG, David; FARRELL, Theo; LAMBERT, Hélène. **International Law and International Relations**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

ATIENZA, Manuel. **El Sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2012.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the uses of the study of Jurisprudence**. Indianápolis: Hackett Publisching Company, 1998.

AVELÃS NUNES, A. J. **A Constituição Europeia**: a constitucionalização do neoliberalismo. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J. Em torno a la unidad sistêmica del Derecho Internacional. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 263-311.

BARTELSON, Jens. **A Genealogy of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. (Cambridge studies in International Relations: 39).

BARTELSON, Jens. The Concept of Sovereignty Revisited. In: **The European Journal of International Law,** vol. 17, n. 2, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences.

BEAULAC. Stéphane. **The Power of Language in the Making of International Law:** The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

BEDERMAN, David J. **International Law in Antiquity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: Stato, Governo, Società: per una teoria generale della política.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Título Original: Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2.

BODANSKY, Daniel. The Constitution of Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 15 de julho de 2010. Disponível em: < http://www.ejiltalk.org/the-constitution-of-constitutionalism>. Acesso em 10 nov. 2013.

BODIN, Jean. **Los seis libros de La República**. Seleção, tradução e estudo preliminar por Pedro Bravo Gala. Apresentação e estudo preliminar por Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2010 (Reimpressão). Título original: Les Six Livres de La République (1576).

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Principles of Public International Law.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra, 2008.

BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System.** United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 1-47.

BRYDE, Brun-Otto. International Democratic Constitutionalism. *In*: MACDONALD, Ronald St. John; JOHNSTON, Douglas M. (Eds.). **Towards World Constitutionalism**: Issues in the Legal Ordering of the World Community. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas. The Evolving International Human Rights System. In: KU, Charlotte; DIEHL, Paul F. (Ed.). **International Law**: classic and contemporary readings. 3. ed. Bolder (USA)/London (GB): Lynne Rienner Publishers, 2009. p. 289-317.

BULL, Hedley. **The Anarchical Society**: a Study of Order in World Politics. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1995.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAN, Standish. **História da Civilização Ocidental**: do homem das cavernas às naves espaciais. Tradução de Donaldsdon M. Garschagen. 38. ed. V. 2. São Paulo: Globo, 1997. Título original: Western Civilizations: Their History and their Culture.

BUTKEVYCH, Olga V. History of ancient international law: challenges and prospects. **Journal of the History of International Law**, v. 5, p. 193, 2003.

BYERS, Michael. Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules. **Nordic Journal of International Law**, v. 66, p. 220 e seguintes, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALERA, Nicolás María López. **Filosofía del Derecho** (I). Granada: Comares, 1999.

CANANEA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009).
In: < www.zaoerv.de/70_2010_2_a_283_318.pdf >. Acesso em: 21 mai. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASS, Deborah Z. The "Constitutionalization" of International Trade Law: judicial

norm-generation as the engine of constitutional development in International Trade. In: **The European Journal of International Law – EJIL**, v. 12. n. 1 p. 39-75, 2001.

CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CASSESE, Antonio. For an Enhaced Role of Jus Cogens. In: CASSESE, Antonio (Ed). **Realizing Utopia**: the future of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CASSESE, Sabino. **Global Administrative Law:** an introduction. 22/2/2005. In: <www.iilj.org/gal/documents/Cassesepaper.pdf>. Acesso: 22/05/2013.

CASSESE, Sabino. **Il Diritto Globale**: giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: Einaudi, 2009.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma: Laterza, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 3.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **História das Idéias Políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Título original: Histoire des Idées Politiques.

COHEN, Jean L. **Globalization and Sovereignty**: rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

COHEN, Jean L. Thinking Politically about Global Constitutionalism. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/a-response-to-anne-peters>. Acesso em 10 nov. 2013.

COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The Prospects of 21st Century Constitutionalism. A. Von BOGDANDY and WOLFRUM, R. (eds.). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. v. 7, p. 261-328, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2001.

De WET, Erica [2006a]. The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. **Leiden Journal of International Law**, v. 19, p. 611-632, 2006.

De WET, Erika [2006b]. The International Constitutional Order. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 55, p. 51-76, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les Forces Imaginantes du Droit**: le relative et l'universel. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

DIGGELMANN, Oliver; ALTWICKER, Tilmann. Is There Something Like a Constitution of International Law?: a critical analysis of the debate on World Constitutionalism. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – ZaöRV**. V. 68, p. 623-650, 2008.

DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 4. ed. Boulder (Colorado): Westview Press, 2013. (Kindle Book).

DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. In: **Human Rights Quarterly**. V. 29, n. 2. Baltimore (MD): Johns Hopkins University Press, 2007. p. 281-306.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitutionalism**.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (edit). **Ruling the World:** Constitutionalism, International Law, and Global Governance. New York: Cambridge University Press, 2009.

DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. The Lotus Eaters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 16 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters>. Acesso 10 nov. 2013.

DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law.** Vol. 1, 1997. p. 1-33.

DUPUY, René-Jean. **O Direito Internacional**. Tradução de Clotilde Cruz. Coimbra: Almedina, 1993. Título original: Le Droit International.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**: formação do Estado e Civilização. Tradução de Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2. v. Título original: Über den Prozess der Zivilisation, v. 2.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2. v. Título original: Über den Prozess der Zivilisation, v. 1.

EMMERICH-FRITSCHE, Angelika. **Vom Völkerrecht Zum Weltrecht (From International Law to World Law**. Berlin: Duncker & Humboldt, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. **Columbia Journal of Transnational** Law, v. 36, p. 529-546, 1998.

FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e de Márcio Lauria Filho. Revisão de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título Original: La Sovranità nel Mondo Moderno.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion:** de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001. Título original: Constituzione.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. *In*: FIORAVANTI, Maurizio (Ed.). **El Estado Moderno en Europa**: instituciones y derecho. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004. Título original: Lo Stato Moderno in Europa.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung (The Emergence of the Global Constitution). **Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (ZAÖRV)**, v. 63, 717-760, 2003. In: <http://zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf> (Resumo na língua inglesa). Acesso em 2 de julho de 2013.

FONSECA JR., Gelson. **O Interesse e a Regra**: ensaios sobre o multilateralismo. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano:** o mundo globalizado no século XXI. Tradução de Cristiana Serra (*et alii*). 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Título original: The World is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century.

FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University Press, 1964.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens**. Belo Horizonte, Forum, 2004.

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via e seus Críticos**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001. Título original: The Third Way and Its Critics.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Título original: The Consequences of Modernity.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology.

GIEGERICH, Thomas. The Is and the Ought of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a "Well-Considered Constitucionalization of International Law"? *In*: **German Law Journal**, v.10, p. 31-62, 2009.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 3-22.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Estudo preliminar e tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. Título Original: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfasungstheorie der offenen Gesellschaft.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays.

HABERMAS, Jürgen. **The Divided West**. Edited and Translated by Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008. Título Original: Der gespaltene Westen.

HALL, Stuart. The state in question. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 1-28.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título Original: Grundlinien der Philosophie der Rechts.

HELD, David. Central perspectives on the modern state. In: McLENNAN, Gregor; HELD, David; HALL, Stuart (Edits.) **The Idea of the Modern State**. Milton Keynes (England)/Philadelphia: Open University, 1984 (reprinted 1987, 1990, 1993). p. 29-79.

HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: An Introduction to the Globalization Debate.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título Original: Staatslehre.

HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of

Governance. In: **Internacional Social Science Journal,** v. 50, p. 105-113, 1998.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão.** Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: Philosophical Rudiments Concerning Government and Society.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Org. por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza das Silva. Revisão da Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

HOBSBAWM, Eric. **Sobre História**. Tradução de Cid Knipel. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Título original: On History.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: Demokratie im Zeitalter der Globalisierung.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998. Título original: The clash of civilizations and the remaking of world order.

IANNI, Otavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ILGEN, Thomas L. (ed.). **Reconfigured Sovereignty:** Multi-Layered Governance in the Global Age. Aldershot: Ashgate, 2003.

JACKSON, John. The WTO "Constitution" and Proposed Reforms: Seven "Mantras" Revisited. **Journal of International Economic Law**. v. 4, 2001. p. 67-78.

JACKSON, Robert. **Sovereignty**: evolution of an idea. Cambridge (UK): Polity Press, 2007 (reprinted in 2010, 2011).

JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. **Introdução às Relações Internacionais**. Tradução de Bárbara Duarte. Revisão técnica de Arthur Ituassu. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Título original: Introduction to International Relations (Theories and approaches).

JOUANNET, Emmanuelle. **The Liberal-Welfarist Law of Nations**: a history of international law. Tradução do francês por Christopher Sutcliffe. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Título original: Le Droit International Libéral-Providence: une histoire du droit international. [Kindle Book].

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. International Law – a Constitution for

Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles. Duncker & Humblot (Publish.). **German Yearbook of International Law**. n. 50. Berlim: Duncker & Humblot (Publisher), 2008. Disponível em: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/7786>. Acesso em 15 jan. 2014.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entururf, etc.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título Original: General Theory of Law and State.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The Emergence of Global Administrative Law. **International Law and Justice Working Papers 2004/1 (Law and Contemporary Problems)**, vol. 68. p. 15-61, 2005.).In: <http://www.iilj.org/publications/documents/10120502_KingsburyKrischStewart.pdf > Acesso em 22/05/2013.

KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **Constitutionalization of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

KLABBERS, Jan. Constitutionalism Lite. **International Organizations Law Review**, v. 1, 2004, p. 31-58.

KLABBERS, Jan. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1-44.

KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism? In: **Goettingen Journal of International Law.** V. 4, n. 2: 2012. p. 385-416.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia**: the structure os international legal argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 32-57.

KRASNER, Stephen D. **Power, the State, and Sovereignty**: essays on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009.

KRASNER, Stephen D. **Sovereignty**: organized hypocrisy. Princeton: Princeton University Press, 1999.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado:** os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Título original: Einführung in die Staatslehre: Die geschinchtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates.

KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISCH, Nico. The Pluralism of Global Administrative Law. **The European Journal of International Law (EJIL)**, v.17, p. 247-278, 2006.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012. (50th Anniversary Edition – with an introductory essay by Ian Hacking).

KUMM, Matthias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. **The European Journal of International Law**, v.15, p. 907 e seguintes, 2004.

KUO, Ming-Sung. Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism. **San Diego International Law Journal**, v.10, p. 439-467, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. 619 p. Título original: Verfassungslehre.

LACHS, Manfred. O Direito Internacional no Alvorecer do Século XXI. Tradução de Durval Ártico e Maria Letícia G. Alcoforado. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 8, n. 21, Aug. 1994 . Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n21/07.pdf. Acesso em 15 dez. 2013. Título Original: Le Droit International a l'aube du XXIe Siècle.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas** (Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate). Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência Brasileira e Transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Soberania, OMC e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001. In: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2605>. Acesso em 22 nov. 2013.

MACDONALD, R. St John; JOHNSTON, D.M. (eds). **Towards World Constitutionalism**: Issues in the Legal Ordering of the World Community. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Il Principe**. 13. ed. Milão: Feltrinelli, 2007. [Con uno scritto di G.W.F. Hegel. Cura di Ugo Dotti].

MCDOUGAL, Myres S.; REISMAN, W. Michael. The Changing Structure of International Law: Unchanging Theory for Inquiry. **Columbia Law Review**, v. 65, n. 5, p. 810-835, 1965.

MCDOUGAL, Myres S.; REISMAN, W. Michael. International Law in Policy-Oriented Perspective. In: **The Structure and Process of International Law**: Essays in Legal Philosophy. Doctrine and Theory 103 (R.St. J. Macdonald & Douglas M. Johston eds., 1986).

MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete "Soberania") In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1179-1188.

MILEWICZ, Karolina. Emerging Patterns of Global Constitutionalization: toward a conceptual framework. In. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol.16. Issue 2. Article 3. p. 412-436, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** (Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais). Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. 1. Parte Histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. (reimpressão da segunda edição de 1955).

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORRIS, Christopher W. **Um ensaio sobre o Estado moderno.** Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. Título original: An Essay on the Modern State.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: LIMA, Martonio

Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 507-541.

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

ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law,** v.5, p. 1-19, 1994.

ONUMA Yasuaki. When Was the Law of International Society Born: an inquiry of the History of International Law from an intercivilizational perspective. **Journal of the History of International Law** 2 (2000), 63.

OPPENHEIMER, Lassa Francis Lawrence. **The Future of International Law.** Oxford: Clarendon Press, 1921. [Publicado primeiramente em 1911, sob o título Die zukunft des völkerrechts – Traduzido para o inglês por BATE, John Pawley] – (ebook Kindle).

OSLÉ, Rafael Domingo. **¿Qué es el Derecho Global?** 5. ed. Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Politica (CEDEP), 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo.** 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PAULUS, Andreas. International Law and International Community. In: ARMSTRONG, David (ed.). **Routledge Handbook of International Law**. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2009. p. 44-54.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **La Tercera Generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review, n. 36 (1999)**. (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999).

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. WHI – Paper 5/02. **Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin**. In: <www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 21/05/2013.

PERNICE, Ingolf. Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and "Multilevel

Constitutionalism". in: RIEDEL, Eibe. (ed.). **German Reports on Public Law, 1998.** p. 40-65.

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review, n. 36 (1999)**. p. 703-759 (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999).

PERNICE, I.; MAYER, F. Mayer. De la Constitution composée de l'Europe. **Revue trimestrielle de droit européen 36 (2000)**. p. 629 e seguintes. PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **Columbia Journal of European Law 15 (2009)**. p. 349 e seguintes.

PERNICE, Ingolf. The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalization. In: DUPUY, P.-M. (ed). **Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat.** Kehl: Engel, 2006. p. 973-1006.

PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 207-261.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures. In: **Leiden Journal of International Law**. N. 19, 2006. p. 579-610.

PETERS, Anne [2009a]. Dual Democracy. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 263-341.

PETERS, Anne [2005a]. Global Constitutionalism Revisited. **International Legal Theory.** v. 11, 2005. [Publication of the American Society of International Law Interest Group on the Theory of International Law]. p. 39-65.

PETERS, Anne [2005b]. Global Constitutionalism in a Nutshell. In: DICKE, K. (ed). **Weltinnenrecht:** Líber amicorum Jost Delbrück. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 535-550.

PETERS, Anne [2009b]. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, 2009. p. 513–544.

PETERS, Anne [2009c]. Membership in the Global Constitutional Community. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 153-262.

PETERS, Anne. Reconstruction Constitutionnaliste du Droit International: arguments pour et contre. In: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. **Select Proceedings of the European Society of**

International Law. Vol. 1, 2006. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 361-375.

PETERS, Anne. The Constitutionalization of International Law: a rejoinder. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 3 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-a-rejoinder>. Acesso em 10 nov. 2013.

PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 397-411.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. **Journal of International Economic Law,** v.3, p. 19-25, 2000.

PETERSMANN, Ernst-Ulcrich. Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. In: **The European Journal of International Law**, n. 13, p. 621 e seguintes, 2002.

PHILPOTT, Daniel. **Revolutions in Sovereignty**: how ideas shaped modern international relations. Princeton: Princeton University Press, 2001.

PHILLIPSON, C. **The International Law and Customs of Ancient Greece and Rome**. London: Macmillan, 1911.

PINTO, Mónica. **El derecho internacional:** vigencia y desafíos en un escenario globalizado. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. 176 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Edits.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23-46.

REISMAN, Michael W. Les vues de la New Haven School of International Law (Artigo traduzido por Nicolas Castoldi). In: **L'Ecole de New Haven de Droit International.** Tradução sobre a direção de Julien Cantegreil. Paris: Pedone, 2010.

RENAULT, Marie-Hélène. **Histoire du Droit International Public**. Paris: Ellipses, 2007.

RODILES, Alejandro. La Fragmentación del Derecho Internacional. Riesgos u oportunidades para México? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. IX, 2009, p. 373-413.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Título original: L'Ordinamento Giuridico – Sansoni Editore – Firenze.

ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; McGREW, Anthony. **Governing Globalization:** power, authority and global governance. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010).

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa reformation projetée**. Oeuvres complètes de J. J. Rousseau : avec les notes de tous les commentateurs. T.6. Paris: Dalibon, 1826. Documento eletrônico obtido na Bibliotèque Numérique Gallica. (Bibliotèque Nacional de France). <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2051816.r=+considerations+sur+le+gouvernement+Rousseau%2C+Jean-Jacques.langPT>. Acesso: 11 jul. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social.** Paris: Flammarion, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Political Theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Tradução para o inglês de Georg Schwab. Prefácio de Tracy B. Strong. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

SCHWÖBEL, Chistine E. J [2011b]. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. (November 22, 2010). **German Law Journal**, Vol. 13, n. 1, pp. 1-22, 2011. http://ssrn.com/abstract=1713201.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCOTT, George. **The rise and fall of the League of Nations**. New York: Macmillan, 1974.

SCOTT, John (org.). **Sociologia**: conceitos chaves. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Consultoria técnica de Luiz Fernando Duarte. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Sociology: The Key Concepts.

SCRUTON, Roger. **Kant.** Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2011. Título original: Kant.

SEGURA-SERRANO, Antonio. The Transformation of International Law. **Jean Monnet Working Paper** n. 12/2009.

SHAW, Malcom. **Direito internacional**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla,

Lenita A. do Nascimento e Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: International Law.

SIMMA, Bruno. The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law. **European Journal of International Law** , vol. 6, n. 1, 1995. p. 33-54.

SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practiotioner. In **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, 2009. p. 265-297.

SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. The "International Community": Facing the Challenge of Globalization. In: **European Journal of International Law**, v. 9, p. 266-277, 1998.

SKINNER, Quentin. **The Foundations of Modern Political Thought**. Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, p. 191-219, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-139, 1994-1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000.

SOMMERMANN, Karl-Peter. El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948. *In:* PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique (Coord.). **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 97-112.

STEIN, Eric. Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. **American Journal of International Law** (1981) 75. p. 1-27.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalization and Its Discontents**. New York/London: W.W. Norton & Company Ltd., 2002.

STRAYER, Joseph. **On the Medieval Origins of the Modern State.** Prefácio de Charles Tilly e Willian Chester Jordan. Princeton: Princeton University Press, 2005. (Primeira Edição em 1970).

SUÁREZ, Francisco. **Selections from Three Works**. Oxford: Oxford University Press, 1944. vol. 2.

TEUBNER, Gunther [2003a]. A Bukowina Global: sobre a emergência de um

pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005.
TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: **Transnational Governance and Constitutionalism** (Christian Joerges, Inger, Johanne Sand & Gunther Teubner eds., 2004).

TEUBNER, Gunther [2003b]. **Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie** (Global Civil Constitutions: Alternatives to a State-Centred Constitutional Theory), 63 ZAÖRV 3, 6 (2003).

TILLY, Charles. **Coercion, Capital and European States**: AD 990-1992. Cambridge (MA) e Oxford (UK): Blackwell, 1990.

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights:** Between Idealism and Realism. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TOMUSCHAT, Christian. **International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century**. General Course on Public International Law 281 Recueil des Cours de L'Académie de Droit International 237(1999).

TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad Internacional (*Die Internationale Gemeinschaft*). Tradução de Ignacio Gutiérrez. *In*: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional.** Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 93-119.

TOMUSCHAT, Christian (Ed). **The United Nations at Age Fifty**: a legal perspective. Hague (Netherlands): Kluwer Law International, 1995.

TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Society**. Tradução e edição de Charles P. Loomis. Mineola, New York: Dover Publications, Inc., 2002. Título original: Gemeinschft und Gesellschaft.

TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. Título original: Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Verdross et la théorie du droit. **European Journal of International Law**. vol. 5, 1995. p. 55-69.

ULFSTEIN, Geir. Constitutionalization: What is the value added? *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 19 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/constitutionalization-what-is-the-value-added>. Acesso em 10 de nov. 2013.

ULFSTEIN, Geir [2009a]. Institutions and Competences. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 45-80.

ULFSTEIN, Geir [2009b]. The International Judiciary. *In:* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 126-152.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. A/CN.4/L.682 13 April 2006. International Law Commission. Fifty-eighth session. Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006. **Fragmentation of International Law:** Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. p. 441-465.

WALKER, N. [2003a] Post-national Constitutionalism and the Problem of Translation. In: WEILER, J.; WIND, M. (eds). **European Constitutionalism Beyond the State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WALKER, Neil (ed.). [2003b] **Sovereignty in Transition**. Oxford: Hart, 2003.

WALZER, Michael. **Interpretation and Social Criticism**. Cambridge, Massachusetts: Harward University Press, 1987.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. v.2. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie.

WEILER. Joseph H.H (Ed.). **The EU, the WTO and the NAFTA**: Towards a Common Law of International Trade? Oxford: Oxford University Press, 2000.

WEISS, Thomas G.; THAKUR, Ramesh. **Global Governance and the UN**: an unfinished journey. Bloomington: Indiana University Press, 2010.

WELLER, Marc. The Struggle for an International Constitutional Order. In: ARMSTRONG, David (Edit.). **Routledge Handbook of International Law.** London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. (Kindle Edition – Kindle E-book).

WELSCH, Wolfgang. Rationality and Reason Today**.** *In:* GORDON, Dane R; NIZNIK, Józef. **Criticism and Defense of Racionality in Contemporary Philosophy**. Netherland/Georgia (GA): Rodopi, 1998. p.17 e seguintes. [Texto também encontrado no seguinte sítio eletrônico: <http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>]. Acesso em 31/5/2010.

WELSCH, Wolfgang. **Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995, stw 1996.

WERNER, Wouter. The never-ending closure: constitutionalism and international law. In: TSAGOURIAS, Nicholas (Edit.). **Transnational Constitutionalism**: international and European perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 329-330.

WHEATLEY, Steven. Constructing the Global Constitutional Community: a response to Anne Peters. *In*: **EJIL: Talk! The Blog of the European Journal of International Law**. Publicado em 21 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/constructing-the-global-constitutional-community-observations-on-chapter-5-'membership-in-the-global-constitutional-community'/#more-2359>. Acesso 10 nov. 2013.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: The Rise and Decline of the State.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VEGA GARCIA, Pedro de. Mundialização e direito constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual. Tradução de Agassiz Almeida Filho. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 476-525.

VERDROSS, Alfred. **Die Quellen des universellen Vökerrechts:** Eine Einführung. Freibur im Breisgau: Rombach, 1973.

VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft** (The Constitution of the International Legal Community). Wien - Berlin, Springer (1926).

VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht.** 2. ed. Vienna: Springer, 1950. 5. ed. 1964 (em colaboração com Stephan Verosta e Karl Zemanek).

VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. **Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis** [International Law. Theory and Practice] 5 (1976].

VERZIJL, J.H.W. **International Law in Historical Perspective**. Leyden: A. W. Sijthoff, 1968. Vol. 1, 444.

VOLK, Christian. Why Global Constitutionalism does not Live up to its Promises. **Goettingen Journal of International Law**, v. 4, n. 2, 2012, p. 551-573.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título Original: Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Tradução de Karin Praefke – Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre.