

## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO INTERNACIONAL? OS DESAFIOS DA NORMATIVIDADE NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

### *CONSTITUTIONALIZATION OF THE INTERNATIONAL LEGAL REGIME? THE CHALLENGES OF NORMATIVITY IN THE AGE OF GLOBALIZATION*

Valéria Ribas do Nascimento

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilha (US); Pós-doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (PPGD); Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM; Coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional da UFSM;  
E-mail: valribas@terra.com.br.

Ademar Pozzatti Junior

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com estágio de pesquisa junto à École de Droit do Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po); Mestre em Direito pela UFSC; professor adjunto de Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/Brasil), onde coordena o NPPDI - Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (CNPq/UFSM); E-mail: ademar.pozzatti@ufsm.br.

Recebido em: 04/05/2017

Aprovado em: 11/10/2017

Doi: 10.5585/rdb.v18i7.666

*Somente ao se abandonar o conceito fechado e imóvel do ser,  
surge a real dimensão da esperança  
(Ernest Bloch)*

**RESUMO:** A constitucionalização e a internacionalização do direito sofreram grandes transformações, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, a tal ponto em que se chega a defender a possibilidade de um novo fenômeno, chamado de constitucionalização do direito internacional. A problemática deste trabalho trata, justamente, sobre quais elementos constitucionais poderiam ser identificados na ordem jurídica internacional a fim de contribuir com múltiplos acordos jurídicos e políticos que visem fortalecer a governança contemporânea. Também, destaca-se a influência da globalização na reformulação da sociedade internacional. Assim, a pesquisa foi dividida em duas partes, cada uma subdividida em outras duas. Na primeira delas, aborda-se sobre o constitucionalismo moderno, destacando-se características e alterações que levaram à formação do constitucionalismo contemporâneo, e, posteriormente, ao surgimento do fenômeno denominado constitucionalização do direito internacional, desenvolvido na parte dois. Para construir mencionado objetivo, utilizou-se fundamentação teórica adotando direito constitucional e no direito internacional, como por exemplo, Antonio Augusto Cançado

Trindade, Paulo Bonavides, Peter Häberle, Jurgen Habermas, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Quanto à metodologia, optou-se pela hermenêutica fenomenológica.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Internacionalização. Globalização. Governança. Direito.

**ABSTRACT:** The constitutionalisation and internationalization of the Law underwent major transformations, especially after the Second World War, to such an extent that one could defend the possibility of a new phenomenon, called the constitutionalisation of international law. The problematic of this work deals precisely with what constitutional elements could be identified in the international legal order as to contribute with multiple legal and political agreements that aim to strengthen contemporary governance. Also, the influence of globalization on the reformulation of international society is highlighted. Thus, the research was divided into two parts, each subdivided into two others. The first one deals with modern constitutionalism, highlighting characteristics and changes that led to the formation of contemporary constitutionalism, and later to the emergence of the phenomenon called constitutionalisation of international law, dealt with in part two. In order to construct this objective, it was used the theoretical foundation adopted in constitutional law and in international law, as for example, Antonio Augusto Cançado Trindade, Paulo Bonavides, Peter Häberle, Jurgen Habermas, Luigi Ferrajoli, among others. As for the methodology, phenomenological hermeneutics was chosen.

**Keywords:** Constitutionalisation. Internationalization. Globalization. Governance. Law.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Constitucionalismo moderno; 1.1. Características do constitucionalismo contemporâneo; 1.2. Da necessária inclusão cosmopolita ao debate constitucional: o pluralismo e o cooperativismo; 2. Constitucionalização do Direito Internacional?; 2.1 (Im)possibilidade da constitucionalização do direito Internacional; 2.2. Probabilidades e aporias para constitucionalização do direito internacional; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O que significa dizer constitucionalização do direito internacional? Dado que há uma série de questões que os regimes constitucionais costumam abordar (instituições, pertencimento político, organização judicial, leis e procedimentos para a tomada de decisões), pergunta-se como elas poderiam, ou deveriam, ser tratadas de forma a constitucionalizar a ordem jurídica internacional. O objetivo deste trabalho é demonstrar que a constitucionalização está realmente se desenvolvendo, por vezes de forma similar, por vezes de forma diferente do mesmo processo que aconteceu na ordem interna. Assim, não objetiva-se esboçar uma ordem constitucional global ideal, tarefa que caberia melhor aos filósofos morais, tampouco pretende-se fazer uma análise fria da política contemporânea à luz das teorias neorealistas.

Em vez disso, faz-se uma análise normativa do tema, ressaltando-se que pensar propositivamente de forma acurada é sempre um desafio. Caminha-se na linha limítrofe entre o idealismo e o realismo em excessos. Por um lado, pode-se errar pelo idealismo, que se transmuta em ingenuidade, defendendo teses abstratas ou irrealizáveis. Por outro lado, a ponderação em excesso reverbera em um realismo conservador, incapaz de promover as mudanças necessárias à evolução da sociedade.

Então, parte-se da seguinte pergunta: até que ponto o sistema jurídico internacional tem características constitucionais comparáveis com a que se encontra no direito nacional? Esta questão tem se tornado cada vez mais relevante contemporaneamente, com a proliferação de novas instituições internacionais e de muitos tribunais internacionais aos quais é incumbida a tarefa de ordenar uma complexa pluralidade de fontes jurídicas normativas. Se por um lado as

questões constitucionais têm centenas de anos de tradição em nível nacional, por outro lado, a relevância das questões constitucionais em nível internacional apareceu no debate político-jurídico apenas no final do século XX, no âmbito da União Europeia.

Este trabalho quer investigar sobre quais elementos é possível uma abordagem constitucional para a ordem jurídica internacional, atentando aos desafios das duas ordens jurídicas, afim de identificar as possíveis interações entre os diferentes arranjos jurídicos que venham a contribuir com a governança contemporânea – multilevel. Assim, o artigo desenvolve uma abordagem crítica do constitucionalismo em nível estatal, e sugere que as transformações do direito internacional tem caminhado para um processo de constitucionalização do mesmo. O artigo não se dedica a investigação de estudos empíricos, mas tão somente propõe alguns *insights* conceituais a partir de transformações legais operadas no âmbito de organizações internacionais. Estas transformações passam pela reestruturação da estrutura institucional das organizações internacionais, bem como das funções e do incremento de juridicidade do direito internacional.

Para fins de construção do eixo argumentativo deste trabalho, a primeira parte será dedicada ao constitucionalismo moderno contemporâneo, em nível nacional, a fim de investigar as suas características (1.1) bem como os seus desafios relacionados à internacionalização do direito (1.2). Já a segunda parte do artigo vai explorar o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, primeiramente identificando *insights* conceituais acerca da utilização das categorias nacionais em nível internacional (2.1) e posteriormente serão elencados alguns elementos do direito internacional que demonstram esta constitucionalização (2.2).

A pesquisa opta por não fazer uso de métodos tradicionais, utilizando a metodologia da fenomenologia, já que não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vez que, para interpretar, antes é preciso compreender as experiências concretas. Os *métodos tradicionais*<sup>1</sup> da ciência jurídica focalizam mais nas ideias, enquanto a abordagem fenomenológica foca mais nos processos concientes da realidade, por isso este trabalho enfoca mais a experiência do constitucionalismo do que em meras especulações metafísicas e abstratas. Trata-se aqui, então, de estudar o constitucionalismo internacional como um fenômeno que aparece à consciência, buscando explorá-lo e desvelar o sentido deste, mostrando aquilo que ele é.

## 1. CONSTITUCIONALISMO MODERNO

É a conceituação de constituição moderna a que oferece mais elementos para que se possa entender o significado de uma constitucionalização do direito internacional. Em primeiro lugar, surge a ideia de núcleo rígido e inalterável inerente à constituição<sup>2</sup>. Em segundo lugar, no ambiente pós-revolucionário, surgem as noções de limite do poder e de garantia de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2003). No direito internacional, a existência de núcleo rígido e inalterável de normas implicaria a existência de hierarquia entre obrigações, por conseguinte, uma ordem jurídica. Normas constitucionais, contidas nesse núcleo, seriam indisponíveis pelos Estados, inegociáveis. A rigidez de normas fundamentais é elemento essencial da constitucionalização do direito internacional, conforme será visto na segunda parte deste trabalho.

Este movimento constitucional que começa com a modernidade ganha novas roupagens contemporaneamente, a fim de dar conta da globalização econômica e da universalização dos

---

<sup>1</sup> Ressalta-se que Pedro Demo afirma que a metodologia hermenêutica realça a face subjetiva do conhecimento, sobretudo sua marca interpretativa, por isso seria uma técnica condizente com as ciências sociais. (DEMO, 1987, p.118).

<sup>2</sup> Na obra de Jean Bodin, surge a primeira grande ideia que distingue a constituição moderna de suas antecessoras. A constituição contém um núcleo rígido e inalterável do poder político. Trata-se de núcleo indisponível, isto é, que não pode ser alterado ou negociado. Hobbes acrescenta novo traço da constituição moderna: no lugar de um conjunto de leis fundamentais, trata-se de uma única lei. (BODIN, 1985).

direitos humanos (1.1) e, ainda mais do que tudo, quando as constituições passam a ser vista como condição de possibilidade para a eficácia interna dos tratados internacionais, em um ambiente de Estado Constitucional Cooperativo (1.2).

### 1.1. Características do constitucionalismo contemporâneo

O constitucionalismo contemporâneo – do Estado Democrático de Direito – estabeleceu seus principais traços característicos, sobretudo, a partir da Segunda Guerra Mundial. Com isso, ocorreram transformações significativas nas Constituições, principalmente nos textos fundamentais da Itália, em 1947; da Alemanha, em 1949; de Portugal, em 1976; da Espanha, em 1978. Também, em diversos países da América Latina, como na Argentina, com as respectivas reformas de 1957 e de 1994; na Colômbia, de 1991; e, logicamente, no Brasil, com a Carta de 1988<sup>3</sup>. (CARBONELL, 2007, p. 9).

Não são poucos os autores que se perguntam se, realmente, surge um novo constitucionalismo – neoconstitucionalismo – ou apenas se trata de uma nova roupagem para os mesmos problemas do passado. Nesse sentido, recorrendo à posição de Carbonell, acredita-se que, como explicação para a complexidade de fenômenos jurídicos, é possível admitir essa nova nomenclatura na teoria e na prática do Estado Constitucional. Talvez, ainda, para além de neoconstitucionalismo, igualmente se projete o termo neoconstitucionalismos, no plural, dependendo do enfoque abordado. (CARBONELL, 2007, p. 9). Convém ter presente que, quando se fala de neoconstitucionalismo, é necessário observar um processo complexo de questões, as quais podem ser experimentadas em separado, dificultando ainda mais a atribuição de uma definição.

O mencionado autor mexicano acredita que existem três distintos níveis a serem analisados ao tratar de neoconstitucionalismo. Dentre eles está a época histórica, pois este novo movimento constitucional pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem depois da Segunda Guerra Mundial, mais particularmente a partir dos anos setenta do século XX. Nas palavras do jurista, são Constituições que não se limitam à disposição de competências ou à separação dos poderes públicos, mas, para além disso, contêm um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meio de fins e objetivos. (CARBONELL, 2005, p. 9-10).

Em segundo lugar, estão as práticas jurisprudenciais, que exigem dos juízes novos parâmetros interpretativos. Aqui, entram em jogo técnicas hermenêuticas apoiadas em princípios constitucionais e em diferentes teorias, como a da ponderação, a da proporcionalidade, a da razoabilidade, a da maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outras. (STRECK, 2008). Isso leva os juízes a trabalharem com valores constitucionalizados, mas muitas vezes de difícil aplicação, o que pode acarretar em decisões disfarçadas de real poder constituinte. (CARBONELL, 2007, p. 9). A partir do que foi mencionado, é perceptível a dificuldade de se manter o equilíbrio das três funções estatais.

O terceiro e último nível para tratar do neoconstitucionalismo está ligado a novos desenvolvimentos teóricos, que partem do sentido material de textos constitucionais para tentar explicar os fenômenos jurídicos. Podem-se citar várias doutrinas, como por exemplo, a de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, Nino e Prieto Sanchís, para provar que diferentes âmbitos culturais têm contribuído não apenas para compreender as Constituições e práticas jurisprudenciais, mas também para ajudar a criá-las. Nessa linha de orientação, é possível

---

<sup>3</sup> Cita-se a tese de doutorado intitulada “O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita”, em que é abordada, paralelamente, a construção histórica do cosmopolitismo e do constitucionalismo a fim de identificar possíveis elementos que possam vir a fortalecer o processo de abertura do neoconstitucionalismo à internacionalização dos direitos humanos. (NASCIMENTO, 2010).

encontrar referência aos autores ora mencionados, nas Cortes Constitucionais de Colômbia, México, Brasil e vários outros países. (CARBONELL, 2007, p. 9).

Ao concluir os três distintos níveis de observação do neoconstitucionalismo, Carbonell acredita que a novidade consista no conjunto, não tanto em seus aspectos isolados, mas quando analisados no mesmo tempo e no mesmo espaço. (CARBONELL, 2007, p. 11). O novo constitucionalismo de direitos ou essa supremacia material da Constituição funciona como uma diretiva fundamental a orientar as três funções estatais, servindo, ao mesmo tempo, como limite e garantia do Estado Democrático de Direito. Estes três distintos níveis para pensar o constitucionalismo contemporâneo serão utilizados para afirmar a existência de um movimento similar no âmbito do direito internacional, pautado pela observância da *rule of law*.

Nesse sentido, verifica-se que o neoconstitucionalismo é um termo que entrou na linguagem jurídica há pouco tempo e que, mesmo não possuindo um significado unívoco, adquiriu grande aceitação. Geralmente, é empregado para indicar uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser um constitucionalismo antipositivista. Esta compreensão vai ser de fundamental importância para se pensar na constitucionalização do direito internacional, que parece estar ainda na labuta por afirmar a sua legalidade.

É possível trazer, ainda, a posição de Ricardo Guastini, que apresenta a constitucionalização do ordenamento jurídico, como uma transformação na qual existe uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar tanto a legislação, quanto a jurisprudência e o estilo da doutrina, bem como os atores políticos e sociais. (GUASTINI, 2005, p. 49). Para precisar este conceito, apresenta uma lista de condições de constitucionalização, de forma que, quanto mais estejam satisfeitos estes critérios, mais o ordenamento caracteriza-se como constitucional.

Dentre os requisitos estão: uma Constituição rígida (aquela que depende de um processo solene e complexo para ser alterada); a garantia de uma jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das leis); a força vinculante da Constituição (cultura jurídica de respeito às normas constitucionais); a sobreinterpretação (a Constituição mesma como vinculante); a aplicação direta das normas constitucionais (efeito imediato de seus artigos, independentemente da classificação); a interpretação conforme (possibilidade de interpretação adequada à Constituição) e a influência da Constituição nas relações políticas (dependendo de diversos elementos como a postura dos juízes, dos órgãos e atores políticos). (GUASTINI, 2006, p. 50-58).

Pode-se perceber que o neoconstitucionalismo ainda é um movimento que está para ser consolidado. Entretanto, já existe a certeza de que se vincula ao aprofundamento teórico do direito como um todo, não sendo mais possível uma percepção isolada da teoria do direito e do direito constitucional.

Com a ressalva de não cair em um exagerado otimismo ou pessimismo, Ferrajoli afirma que não existe outra resposta à crise da governança contemporânea – multilível – que não seja o direito. “Este é o único caminho para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do direito, também o futuro da democracia”. (FERRAJOLI, 2006, p. 34). E segue afirmando que “el proyecto jurídico que está en la base del constitucionalismo global es la única alternativarealista a la guerra, la destrucción, el surgimiento de una variedad de fundamentalismos, los conflictos étnicos, el terrorismo, el aumento del hambre y la miseria general”. (FERRAJOLI, 1998, p. 183). Por isso, a importância de se contemplar determinados aspectos do neoconstitucionalismo relacionados com o processo de abertura ao direito internacional dos direitos humanos.

## 1.2 Da necessária inclusão cosmopolita ao debate constitucional: o pluralismo e o cooperativismo

O desenvolvimento tecnológico e o incremento das telecomunicações globalizou um conjunto de fatores sociais, políticos e culturais que vem alargando as identidades políticas para incluir também o pertencimento a uma comunidade mundial. Para dar conta deste design da organização social e política contemporânea, Luigi Ferrajoli (2002; 2005) tem falado frequentemente em um constitucionalismo global.

Para Ferrajoli, o primeiro elemento que caracteriza o constitucionalismo global é a revisão da relação entre direito internacional e soberania estatal. Para ele, direito e soberania são categorias inconciliáveis:

a sua soberania externa, juntando-se a soberania paritária externa dos outros estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado. É assim que a criação do Estado soberano, como fator de paz interna e de superação do *bellum omnium* (guerra de todos) entre as pessoas de carne e osso equivale a fundação simultânea de uma comunidade de estados que, justamente por serem soberanos, transformam-se em fatores de guerra externa na sociedade artificial de Leviatãs por eles gerada. (FERRAJOLI, 2002, p. 20).

Nesse sentido, a partir de Ferrajoli pode-se afirmar que o constitucionalismo global pressupõe a limitação da própria soberania estatal que “deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativa da paz e a tutela dos direitos humanos” (2002, p. 29). Essa ideia de que a concepção clássica de soberania encontra-se em crise é amparada também na crise do Estado nacional, e na abertura para o constitucionalismo global, visto que:

[...] o Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes. É grande demais para a maioria das suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizadores. Mas, sobretudo, o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra. (FERRAJOLI, 2002, p. 50)

Assim, a perda de soberania dos Estados decorre justamente do deslocamento das fontes de Direito para além das fronteiras do Estado. Diante disto, Ferrajoli identifica uma debilidade do papel garantista das Constituições nacionais, o que demandaria uma integração jurídica e institucional global como complemento à integração econômica e política (FERRAJOLI, 2005, p. 20). E esta integração, que ele chama de constitucionalismo global, seria a forma de garantia idônea da paz e dos direitos humanos. Esta nova constitucionalização não serve para representar a vontade comum da humanidade, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função “não é expressar a existência de um *demos* homogêneo em todo o mundo, senão o contrário, de garantir a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito”. (FERRAJOLI, 2005, p. 24).

A partir desses interesses e sujeitos em conflito, advém o pluralismo como segundo elemento que caracteriza o constitucionalismo global. Na obra de Peter Häberle, o pluralismo aparece como pressuposto filosófico jurídico básico da democracia constitucional ou como axiologia de toda Constituição democrática, estando estreitamente relacionado com a ideia de

Constituição como cultura. (HÄBERLE, 2002, p. 13). Também aparece como multiplicidade de ideias e interesses no seio de determinada comunidade política. (HÄBERLE, 2002, p. 103).

Tanto a doutrina como qualquer ação baseada em um Estado Constitucional deve estar sempre submetida à revisão e à reflexão; por isso o constitucionalista alemão submete sua teoria à tríade: possibilidade, necessidade e realidade. De fato, ele afirma que o pensamento possibilista, entendido como problema de teoria constitucional, costuma ser desconhecido; enquanto o pensamento realista, ao contrário, é quase popular. Portanto, urge assumir uma posição intermediária, ou melhor, um pensamento necessário. (HÄBERLE, 2002, p. 61). Consequentemente, todas essas teorias apresentam-se como importantes ao debate sobre o Estado Constitucional.

Segundo Häberle:

(...) el primero de ellos, o posibilista, se muestra como *normativo*, ya incluso desde el ámbito constitucional pero siempre en la medida y en cuanto se mantenga abierto (de espíritu) en el sentido filosófico popperiano del término *apertura de espíritu*, de modo que este tipo de filosofía, junto con los otros dos restantes (necesarista y realista), sirva como mediador entre la teoría y la praxis de la siguiente forma, a saber: entre la teoría, de modo específico, y entre la praxis ante todo, de manera un tanto difusa de entrada – como así se demuestra en toda una multitud de ejemplos tomados de la legislación y de la realidad administrativa y jurisprudencial cotidiana. (HÄBERLE, 2002, p. 63).

Pode-se depreender dessa citação que a tríade cognitiva permanece sempre aberta ao tempo e à constante exegese constitucional, realizada tanto pelos políticos quanto pelos juristas, que, algumas vezes, podem se enfrentar e, outras, colaborar mutuamente. Destaca-se que jamais se defende o automatismo ou qualquer tipo de formalismo na busca pela efetividade das normas constitucionais.

A teoria de Häberle traz o pensamento possibilista como uma forma de pensar “em” e “desde” alternativas. Porém, não adota a denominação de pensamento alternativo para tentar evitar o perigo da associação com conceitos antitéticos “ou-ou”, ou seja, “ou um ou outro”, que são mutuamente excludentes. Essa reflexão possibilista parte de uma potencialidade intrínseca que existe em qualquer tipo de questionamento, ou melhor, busca a luz que permita o desenvolvimento das próprias possibilidades. Resumidamente: “¿Qué otra cosa podría también ser en lugar de lo que es lo que parece ser?”(HÄBERLE, 2002, p. 63).

Na verdade, “el pensamiento posibilista – léase, si se quiere pluralista alternativo amplia el horizonte visual para dar cabida en su seno a otras nuevas realidades”. (HÄBERLE, 2002, p. 64). Adverte-se que esse modo de reflexão não é melhor que o anterior simplesmente por ser inovador, mas pretende aprimorar com mais nitidez determinadas categorias constitucionais, como tolerância, direito das minorias e pluralismo, todos temas caros ao direito internacional.

Há que se concordar com Häberle, quando cita Ernest Bloch e seu famoso princípio esperança: “somente ao se abandonar o conceito fechado e imóvel do ser, surge a real dimensão da esperança”. (BLOCH, 2005. p. 28). Assim, o pensamento possibilista vincula-se à esperança de um futuro Estado de respeito aos direitos fundamentais, da mesma forma que agasalhe as outras dimensões – internacionais – da organização social e política.

Entretanto, essa esperança é de cunho realista, apontando para possibilidades. “El proyecto posibilista no se produce ni importándolo desde fuera, ni elevándolo a la cúspide más alta de la Constitución”. O amplo e múltiplo elenco de possíveis Constituições é precisamente o fator que permite relacionar o constitucionalismo com disciplinas como direito constitucional comparado, comparativismo, etc. Tudo isso preconiza pensamentos alternativos, projeções até o futuro, sem olvidar do passado e do presente. (HÄBERLE, 2002, p. 65-66).

Na verdade, Häberle defende o pluralismo positivado, ou seja, um tipo de pluralismo que aparece no seio do ordenamento jurídico – interior à Constituição positivada -, mas também abrange mais do que isso, surgindo na doutrina constitucional pluralista, sobretudo em sua projeção sobre a norma constitucional. (HÄBERLE, 2002, p. 107). Em outras palavras, o pluralismo normativo seria toda interpretação e política constitucional feita dia a dia, de forma dinâmica e plural.

É de se destacar que, para o constitucionalista, é importante que se respeitem as normas do jogo, ou melhor, o normativismo ostenta um mínimo de conteúdo da matéria e dos procedimentos que devem ser adotados por todos os participantes. Isso é que mantém o povo unido dentro dos parâmetros do pluralismo.

Para o jurista alemão:

(...) El pluralismo consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura. Dichos requisitos marco posibilitan que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal autónoma y una representación igualmente similar, al tiempo que de una proyección como grupo o de los grupos internos que la componen, en asociaciones (en Alemania) la inserción y estructuración de los propios *Länder* federados junto con los respectivos municipios y las restantes corporaciones estatalmente organizadas – incluso en régimen de administración autónoma (...). (HÄBERLE, 2002, p. 107-108).

Esses requisitos possibilitam que a sociedade disponha de meios de integração social e estatal autônomos, bem como de formas de representação e projeção de grupos populares<sup>4</sup>, como partidos, sindicatos, Igrejas, comunidades, organizações, etc. A Constituição da liberdade é sempre a Constituição do pluralismo.

Para Häberle, resumidamente e de forma panorâmica, toda democracia deveria pressupor uma teoria social realista, assim como toda a teoria que se repute científica “(científica en cuanto a su proyección más realista en materia de derechos fundamentales)” deveria se encontrar dentro do âmbito do pluralismo. (HÄBERLE, 2002, p. 110). Para finalizar, com relação aos passos sobre o pluralismo häberliano, é imprescindível mencionar os elementos que esse autor define como mais imediatos para esse possibilismo constitucional, que é o traço marcante do cosmopolitismo em seu raciocínio.

O possibilismo filosófico, aliado ao entorno constitucional, incluindo o âmbito cultural, tendo como paradigma o fundamento da liberdade e da soberania, pode contribuir com uma maior observância do princípio da divisão de poderes, também de base pluralista. Essas

---

<sup>4</sup> Em torno do povo é que se constitui o poder político moderno sob a fórmula da democracia representativa, e através desta é que se busca legitimar o poder estatal, pois o povo é constantemente evocado nos documentos constitucionais. Para Friedrich Müller, o conceito de democracia estaria relacionando, de forma aparente, dois componentes: povo e dominação. Na introdução da obra desse autor, Ralph Christensen refere que existe uma diferença entre povo enquanto fonte de legitimação e povo como objeto de dominação. O povo “enquanto totalidade não possui nenhum corpo unitário e não constitui nenhuma vontade unitária. Assim, a vontade que lhe é imposta (...) pelas estruturas de dominação necessariamente só pode ser uma vontade particular.” Isso leva à conclusão de que o ponto de partida para derivações legitimadoras, identificando a vontade do povo com a da nação, evidencia uma ficção. Não é mais possível imaginar transformações estatais que não discutam a questão de uma real participação popular e se desvencilhem da falsa ideia da “democracia feita pela regra da maioria ou da democracia feita pelo voto nas urnas”. (MÜLLER, 2000. p. 37).

características, juntamente com a ideia de tolerância cosmopolita, são visualizadas no Estado Constitucional Cooperativo. Atualmente, segundo Häberle, as Constituições carecem de efetivação de seus dons proféticos, mas o constitucionalismo do século XXI continua buscando, cada vez mais, a paz e a tutela dos direitos humanos e fundamentais – em nível doméstico e internacional.

O que Häberle quer enfatizar é sobre a necessidade de se libertar o conceito da Constituição de seus referenciais unicamente estatais. A União Europeia não seria um Estado, mas, segundo ele, já possuiria uma Constituição. Por isso, propõe que se diga que a União Europeia é uma comunidade constitucional, uma articulação de distintas partes de diferentes Constituições. (HÄBERLE, 2002, p. 110).

Ocorre que os elementos que norteiam o Estado Constitucional encontram-se em constante interação com fatores externos, principalmente, devido à globalização, fenômeno esse que, mesmo sendo criticado, é claramente constatado em todas as partes do mundo. Levando em consideração esse fato, Häberle indica que o Estado-Nação ou Estado Constitucional, individualmente considerado, depende do direito internacional ou, se assim se preferir, o direito internacional está implicado com ele. (HÄBERLE, 2002, p. 256).

A proposta häberliana de Estado Constitucional Cooperativo direciona-se ao que o autor já desenvolve quando trata de pluralismo ou de estrutura aberta, tanto indo do interior ao exterior, como vice-versa. Frente a todas estas características, está o ideal kantiano do projeto cosmopolita. Esse foi o sentido utilizado por Kant em sua proposta de paz perpétua.

Para o filósofo alemão, existe um nexó conceitual entre direito e manutenção da paz. Para entender a proposta de Kant para as relações entre os povos, convém recordar o que considerava o essencial em uma constituição estatal. O caminho que Kant propunha para uma constituição republicana fundamentava-se em dois princípios cardeais. O primeiro era o princípio da liberdade, que consiste na livre busca da felicidade por cada um, sempre que isso não impeça a busca por parte de outros indivíduos. O limite da liberdade individual haveria de ser dado pela lei. O segundo era o princípio da igualdade, entendido como a submissão de todos à mesma lei. Está claro, portanto, o papel fundamental do direito nas sociedades nacionais. Isto também pode ser o papel do direito internacional na sociedade internacional.

Assim, do mesmo modo como a pacificação da sociedade no interior do Estado ocorreria mediante *arule of Law*, determinado por uma constituição republicana, a pacificação das relações internacionais também ocorreria mediante a sujeição dessas relações à *rule of Law*, determinado por uma constituição cosmopolita. Para Kant, o “plano da natureza”, que conduz a história humana, reserva ao direito internacional papel significativo.

Dessa forma, na proposta de Häberle, vê-se o constitucionalismo cooperativo desenvolvido pelos Estados possuidores de uma identidade – nacional e internacional – aberta ao complexo de relações inter e supranacionais, assim como pelos Estados que tomarem consciência da necessidade de colaboração internacional. (HÄBERLE, 2002, p. 257-258).

O Estado Constitucional Cooperativo não se caracteriza somente por ser uma forma dentre outros modelos de Estado, mas ostenta uma tendência a configurar a realidade, “por lo que sobre todo es una forma necesaria de la estatalidad legítima del mañana. (HÄBERLE, 2002, p. 258). Devido à dificuldade em se desenvolver uma doutrina constitucional, Häberle, afirma que se busca apenas esboçar, a grosso modo e em grandes traços um novo Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse contexto, a cooperação possui um aspecto interno, quando relacionada ao bem-estar dos cidadãos, organizações ou instituições, e um aspecto externo, vinculado aos demais Estados ou organismos internacionais. O modelo de Estado Constitucional Cooperativo, de certa forma, assemelha-se a uma espécie constitucionalização do direito internacional.

## 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL?

Nos últimos cinquenta anos o direito internacional mudou drasticamente. Muitos aspectos desta evolução podem ser descritos e interpretados como constitucionalização, no sentido de uma evolução de uma ordem internacional baseada em alguns princípios organizacionais como “soberania” e “consenso” para uma ordem legal internacional que se apropriou de princípios do constitucionalismo doméstico.

Nesse sentido, a constitucionalização do direito internacional agrega juridicidade aos elementos normativos da governança global. Trata-se de um fenômeno em construção – entre avanços e retrocessos, não se trata de um processo linear – conduzido majoritariamente por acadêmicos, e em menor grau por alguns tribunais internacionais, mas que não encontra capilaridade no *treaty makers* e nos governos nacionais. De qualquer forma, o discurso da constitucionalização do direito internacional tem o mérito de tratar de algumas deficiências estruturais do direito internacional e contribuir com o desafiante processo de governança global. A fim de investigar algumas dessas deficiências, o próximo tópico do artigo abordará a possibilidade de pensar uma constitucionalização para o direito internacional (2.1), e no tópico final serão esboçados alguns elementos sobre a consistência dessa constitucionalização (2.2).

### 2.1 (Im)possibilidade da constitucionalização do direito Internacional?

Ainda que preso no contexto do século XVIII, Kant afirma que uma ordem constitucional internacional emergente consistiria de uma comunidade internacional, um sistema internacional de valores e de estruturas rudimentares para a sua aplicação. Um importante filósofo contemporâneo a dar continuidade ao projeto cosmopolita kantiano é Jürgen Habermas, para quem a crescente interdependência das sociedades favoreceria a implementação da paz no mundo. (HABERMAS, 2012, p. 154-156). O seu pensamento político representa uma contribuição importante para a problematização de temas como a constitucionalização do direito internacional. Mas qual proposta Habermas apresenta para que o projeto kantiano da paz perpétua possa manter-se vivo após 200 anos de sua edição?

O primeiro passo para delinear uma proposta de constitucionalismo cosmopolita é a revisão de alguns dos fundamentos propostos por Kant, já que a história não demonstrou a validade de alguns dos principais postulados kantianos. O pacifismo das repúblicas não se sustentou face aos nacionalismos e a distinção entre soberania interna e soberania externa. A defesa kantiana da força socializante do comércio não previu que o desenvolvimento capitalista conduziria a uma oposição entre classes sociais que ameaçaria duplamente tanto a paz e a característica supostamente pacífica das sociedades liberais. Por sua vez, a ideia de um espaço público político foi degenerada pela manipulação das mídias de massa e pela atomização dos indivíduos.

Além das inconsistências anteriores, Habermas aponta para a deficiência mais marcante no projeto de paz kantiano que é a ideia de uma aliança federativa entre os povos. Habermas entende que nesse ponto Kant fez uma concessão ao realismo estatalista. Na visão de Kant, seria suficiente uma aliança federativa de povos em que os Estados, cientes de suas obrigações morais, abandonariam o equilíbrio de forças. Habermas não se contenta com essa assertiva e afirma que Kant não estabeleceu a devida forma jurídica capaz de obrigar os Estados a permanecer na proposta aliança federativa. A crítica de Habermas é no sentido de que ao confiar no voluntarismo dos Estados, Kant fragilizou qualquer possibilidade de um direito público verdadeiramente internacional. (HABERMAS, 2012, p. 159).

A dificuldade essencial seria transportar para o nível das relações internacionais o mesmo raciocínio contratualista que pode ser desenvolvido no âmbito doméstico. Então, para tratar da questão da superação do voluntarismo dos Estados na ordem internacional Habermas

desenvolve uma concepção de constitucionalização do direito internacional “que leve em conta o equilíbrio federativo e a disseminação do poder em mecanismos procedimentalizados de participação cívica”. (HABERMAS, Jürgen, 2006. p. 134). Segundo ele, “adotando o ponto de vista de uma constitucionalização do direito das gentes, o qual, para além do *status quo*, aponta com Kant para um futuro estado jurídico cosmopolita”, seria uma forma de perquirir a existência de uma ordem jurídica internacional. (HABERMAS, Jürgen, 2006. p. 39).

Nas suas palavras, a “constitucionalização do direito internacional não pode ser entendida como a continuação lógica da domesticação de um poder estatal que surgiu naturalmente”, já que “o ponto de partida para a juridificação pacificadora das relações internacionais é constituído de um direito internacional que, do ponto de vista da sua forma clássica, inverte a relação entre Estado e constituição”. (HABERMAS, 2006. p. 135).

Essa inversão reside na assimetria de poder entre os Estados que, embora formalmente iguais, não se relacionam como sujeitos livres e iguais na mesma forma dos cidadãos no âmbito interno. Ademais, há a ausência de um poder de polícia supranacional capaz de impor aos Estados soberanos a realização das possíveis regras tal como ocorre no plano doméstico. (HABERMAS, 2006. p. 136).

Quanto à constitucionalização do direito internacional:

O direito internacional clássico já é uma espécie de constituição na medida em que produz uma comunidade jurídica entre as partes que formalmente têm direitos iguais. Traços essenciais desta proto-constituição do direito internacional a distinguem da constituição republicana. Não é composta por sócios jurídicos individuais, mas por atores coletivos; também não tem a função de constituir governos, mas sim formar poderes. Além disso, para ser uma constituição, em sentido estrito, falta à comunidade dos sujeitos do direito internacional a força do compromisso das obrigações jurídicas recíprocas. (HABERMAS, 2006. p. 136).

Nesse ponto, Habermas não confia apenas no voluntarismo dos Estados. No argumento de Habermas, é o direito que produz o fechamento da abóbada do edifício moral Kantiano. Para o direito regular as ações da comunidade cosmopolita, os Estados devem abandonar o exercício irrestrito de sua soberania para submeterem-se as leis públicas elaboradas em uma comunidade politicamente constituída. Nas palavras de Habermas:

[...] com a declaração voluntária da proscrição das guerras de agressão, os membros de uma liga de povos já satisfazem uma auto-obrigação que, mesmo sem um poder coercitivo supraestatal, gera um compromisso mais forte do que o de costumes jurídicos ou acordos interestatais. (HABERMAS, 2006. p. 136).

Assim, a “liga dos povos” se ampara no *compromisso* de abolir a guerra para fundamentar o direito internacional. A liga de estados necessita de uma complementaridade jurídica num plano transnacional que se encarregue da criação de órgãos e aplicação do direito, bem como da possibilidade de impor sanções aos membros da comunidade federativa. É justamente neste ponto que Habermas aprimora o pensamento kantiano com a ideia de um constitucionalismo no plano global. (HABERMAS, 2006, p. 136). Para exemplificar como aconteceria esse adensamento de juridicidade das relações internacionais Habermas cita três instituições que demonstram o desenvolvimento de uma ordem global sem Estado mundial: a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a União Europeia (UE)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> “Logo após o malogro da Liga das Nações e desde o final da Segunda Guerra Mundial – tanto com a fundação da ONU como com o início do processo de unificação europeu – instituiu-se, nas relações internacionais, uma

A partir desses exemplos ele denota a existência de uma ordem política mundial sem governo mundial caracterizado pela descentralização, ausência de um poder estatal e a multidimensionalidade (HABERMAS, 2006, p. 138). A sua proposta demanda o aprimoramento da relação de atores diferentes em diversos níveis para a sedimentação dessa ordem mundial.

Em primeiro lugar é necessário o estabelecimento de um parlamento mundial que faça com que a ONU deixe de ser concebida como um “congresso permanente de Estados” e se converta em uma espécie de congresso federal. Nesse parlamento os povos estariam representados como totalidade dos cidadãos do mundo, mas não por seus governos, e sim por representantes eleitos. (HABERMAS, 2012, p. 218). Seria a condição de legitimidade para afirmar a constitucionalização do direito internacional.

Em segundo lugar está a construção de atores multilaterais que conduziriam a formação de processos de regulação em nível mundial e regional em temas como ecologia, imigração, desenvolvimento e cooperação regional. Habermas defende que os processos integracionistas representam muito mais que um conjunto de esforços isolados de um grupo de países em recuperar certo protagonismo no contexto internacional. Ele reafirma sua esperança numa ordem cosmopolita, regida por princípios de solidariedade redigidos por todos os Estados. (HABERMAS, 2012, p. 219).

Em terceiro lugar está a reformulação de políticas do Estado-nação, que para Habermas desempenham um papel importante na construção de uma ordem cosmopolita. Dentre essas mudanças está a superação da dicotomia entre a soberania interna e a externa, a adequação da tomada de suas decisões no âmbito interno aos compromissos internacionais, e o reconhecimento de que suas decisões podem afetar os demais Estados e indivíduos de outros Estados. (HABERMAS, 2012, p. 219). Trata-se, assim, da efetivação do Estado Constitucional Cooperativo do qual falava Häberle.

Na visão de Habermas, é necessário redesenhar essas três instituições para a constitucionalização do direito internacional. Feito isso, a formação de uma ordem mundial cosmopolita deve ainda estar atrelada a *legitimação democrática*, que pode se dar através dos canais já existentes nos Estados e também através de uma opinião pública mundial. (HABERMAS, 2006, p. 143). Daí a importância da construção de uma esfera pública mundial que teria função acessória a esfera pública estatal. Um dos argumentos mais difíceis de ser rebatido pelos adversários no discurso habermasiano é que, amparada em uma esfera pública mundial, a sociedade cosmopolita não precisará das exigências de valorações éticas, pautadas em “traços pré-políticos”. (HABERMAS, 2006, p. 147).

É elemento essencial de uma legitimação verdadeiramente democrática a distinção entre soberania popular e soberania estatal. Nesse sentido, Habermas afirma que “o ceticismo mais persistente em relação a uma juridificação democrática da dominação política, que aponta para além das fronteiras nacionais, nutre-se, contudo, de uma incompreensão coletiva ao confundir soberania popular e soberania do Estado”. (HABERMAS, 2012, p. 54).

Habermas advoga pela prevalência da soberania popular, dando ênfase na pessoa humana, denotando o quão comprometido ele está com o projeto cosmopolita kantiano. Entretanto, a ênfase no indivíduo não negligencia o papel do Estado na construção da ordem cosmopolita. Se referindo ao Estado-nação, Habermas afirma que “só com ele é que se constroi

---

juridificação que aponta para além da tímida tentativa de delimitar a soberania estatal com base no direito das gentes (*ao menos in bello*). O processo civilizador, que tendeu a acelerar logo após o final da Guerra Fria, pode ser descrito a partir de dois pontos de vista complementares: a domesticação da violência interestatal se orienta imediatamente para uma pacificação dos Estados, mas imediatamente, isto é, com a contenção da concorrência anárquica pelo poder e com a exigência de cooperação entre os Estados, essa pacificação possibilitou de maneira simultânea a construção de novas capacidades de ação no âmbito supranacional. Pois apenas com tais capacidades transnacionais de controle podem ser domesticados os poderes sociais naturalizados que se desencadeiam no plano transnacional, vale dizer, as coerções sistêmicas que transgridem impassivelmente as fronteiras nacionais (hoje, em especial, as coerções oriundas do setor bancário global)”. (HABERMAS, 2012, p. 47-48).

uma simetria entre a ordenação jurídica do trânsito social e político, para além e para aquém das fronteiras do Estado”. (HABERMAS, 2012, p. 232). Daí o caráter derivativo da constitucionalização do direito internacional:

A constitucionalização do direito internacional, que restringe a dominação, mas é destituída de Estado, só poderá satisfazer as condições de legitimação de um ‘estado cosmopolita’ quando, seja no plano da ONU, ou no dos sistemas de negociação transnacional, tiver algum “respaldo” de processos democráticos de formação da vontade e opinião. Processos estes que – independentemente da complexidade destes Estados federativamente construídos e de dimensão continental – só poderão ser plenamente institucionalizados em Estados constitucionais de direito. A constitucionalização fraca, desprovida de Estado não pode prescindir da legitimação concedida pelas ordens constitucionais centradas em Estados. (HABERMAS, 2006, p. 145).

É justamente isto que Habermas chama de ordem internacional multifacetada, já que “os Estados nacionais formariam, ao lado dos cidadãos do mundo, o segundo sujeito constituinte da comunidade mundial”. (HABERMAS, 2012, p. 95). Essa ordem “não pode ser alcançada pelo caminho de uma moralização, mas apenas pela regulamentação jurídica das relações internacionais”. (HABERMAS, 2006, p. 107). Daí a proposta habermasiana de amparar essa constelação pós-nacional na *solidariedade cosmopolita* (direito e política internacional) ao invés de fazê-lo em elementos morais, pré-políticos. (HABERMAS, 2000, p. 118).

Mas será que esta constitucionalização do direito internacional ainda encontra-se no campo deontológico? Ou será que existem atualmente elementos que atestam uma constitucionalização em andamento? Os elementos apontados abaixo sugerem a segunda alternativa.

## 2.2. Probabilidades e aporias para constitucionalização do direito internacional

Em um mundo de mais de sete bilhões de pessoas, dividido em 200 Estados e um punhado de grandes religiões, culturas e tradições éticas, é improvável um acordo total sobre todos os temas políticos. Assim, na tradição de Häberle, comungando do pluralismo de valores, o constitucionalismo também tem de respeitar e acomodar o pluralismo. (KLABBERS; ULFSTEIN, 2009, p. 17). Da mesma forma, uma ordem constitucional precisa ser uma ordem legítima, no sentido de que a ideia de uma constituição carrega harmônicos de legitimidade política: uma ordem constitucional é uma ordem legítima, e uma ordem legítima é aquela em que todos os atores relevantes estão envolvidos na governança, de uma forma ou de outra. (KLABBERS; ULFSTEIN, 2009, p. 19).

Dentro desta lógica pluralismo-legitimidade, esta pesquisa constatou que existem elementos que permitem afirmar uma constitucionalização do direito internacional em curso, amparado nos seguintes elementos: incremento do conteúdo material do direito internacional; processo de formação de um direito internacional objetivo, que vincula as relações entre os sujeitos do direito internacional. Trata-se da “juridificação” dessas relações, que deve ser informado pelos princípios do pluralismo e da legitimidade, a fim de evitar um “universalismo” excluyente e a discricionariadade dos interesses de alguns atores das relações internacionais sobre os demais.

Dessa forma, a fim de verificar quais os elementos das relações internacionais contemporâneas denotam a existência de um constitucionalismo no âmbito do direito internacional, serão investigados os seguintes elementos.

### a) Incremento da cooperação internacional e do conteúdo material do direito internacional

O direito internacional tem passados por profundas transformações. A partir da paz de Westfália, em meados do século XVII, quando se formou o moderno sistema de Estados, o problema principal do direito internacional era permitir a convivência de unidades políticas soberanas por meio das regras de mútua abstenção. Ora, “O direito internacional, a partir do Congresso de Westphalia, apresentou-se como um direito de convivência e composto essencialmente de obrigações negativas de efeito na ordem jurídica internacional”. (LAGHMENI, 2008, p. 112).

A partir da segunda metade do século XIX, o modelo estatocêntrico do direito internacional de coexistência já estava ultrapassado pela evolução das técnicas e das ideias. Dessa forma, houve uma profunda transformação da sociedade internacional ocasionada pela crescente interdependência e houve uma tomada de consciência de certos interesses comuns que transcendiam o Estado. Dessa forma, o direito internacional contemporâneo passou a ser conhecido como direito internacional da cooperação, em virtude da prevalência da perspectiva jurídico-sociológica sobre a técnico-formal. Essa nova perspectiva do direito internacional é inaugurada com a Carta das Nações Unidas, de 1945, e correspondia aos novos objetivos da comunidade internacional, a partir de quando muitos autores falam de constitucionalização do direito internacional.

Esse diagnóstico da mudança da função do direito internacional foi dado por Wolfgang Friedmann, em 1964. Para ele, diferente do direito internacional clássico, no direito internacional contemporâneo, o recurso ao conflito como meio para realizar o interesse nacional foi substituído pelo recurso da cooperação em muitas áreas das relações internacionais. (FRIEDMANN, 1964). Dessa forma, Friedmann foi o primeiro a perceber que estava em curso uma mudança na função do direito internacional relacionada às mudanças da estrutura da sociedade internacional. Para Rüdiger Wolfrum, a principal característica do direito internacional da cooperação é a obrigação dos Estados de cooperar entre si. (WOLFRUM, 1986, p. 186).

Dever este de cooperação internacional que se sobressai quando se está a pensar na efetivação dos direitos humanos. (POZZATTI, 2016, p. 404-421). Diversos documentos internacionais, como no artigo 22 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 e o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966, justamente trazem essa interpretação da relação entre direitos humanos e cooperação. Questão essa decorrente do debate comum tanto aos direitos humanos como ao direito internacional relativo a aporia da implementação.

Ora, o âmbito substantivo da cooperação institucional internacional aumentou e os Estados se sentiram coagidos a participar dessa cooperação, denotando a emergência da constitucionalização do direito internacional. Entretanto, em função da ausência de um controle constitucional nacional, em que medida o controle democrático da tomada de decisão, as garantias relacionadas com o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos devem ser assegurados em nível internacional? Estas são questões contemporâneas cujo ensaio de respostas é demandado de quem pretende defender um constitucionalismo do direito internacional.

Dessa forma, pode-se assemelhar este fenômeno ao já mencionado “constitucionalismo invasor” apontado por Ricardo Guastini, visto que a nova roupagem do constitucionalismo – nacional e internacional – impõe uma ação positiva aos seus entes constitutivos, seja a garantia dos direitos fundamentais, no âmbito doméstico, seja a promoção da cooperação internacional para tutelar direitos humanos, em nível internacional.

## b) Pluralidade do processo legislativo internacional: tipos normativos e âmbitos culturais

A pluralidade do processo legislativo internacional, no sentido de que abarca uma pluralidade de tipos normativos (*hard law*, *soft Law*, princípios, indicadores) que provêm de diferentes âmbitos culturais.

Quanto à pluralidade de tipos normativos, é evidente que o processo legislativo internacional deve fazer jus à presença e gerência dos atores relevantes, e, portanto, não pode ainda acabar com a exigência de consentimento que caracteriza o direito internacional. Por outro lado, o processo legislativo também deve responder a necessidades comuns e não somente aos interesses particulares. Assim, o desafio para um regime legislativo constitucionalizado é que ele deve se curvar a dois mestres: precisa ser baseado no consentimento e deve ser vinculativa para todos.

Quanto ao consentimento, este deve abarcar além do consentimento dos Estados (como agentes para seus cidadãos), o consentimento de todos os envolvidos (os pobres e os dispostos incluídos), e o consentimento teria que ser real, não formal. (HABERMAS, 2008, p. 32). Ora, “o consentimento adquirido sob ameaça de recusa de assistência ao desenvolvimento não é consentimento, e apenas deslegitima o resultado”. (KLABBERS; PETTERS; ULFSTEIN, 2009, p. 59). Nesse sentido, imputado pelo dever de legitimidade, o direito internacional está submetido a uma limitação do poder, o que é uma característica marcante do movimento constitucionalista.

As fontes do direito internacional na contemporaneidade nem sempre são imediatamente reconhecíveis como lei: *soft law*, instrumentos de regras técnicas, acordos não juridicamente vinculativos ou memorandos de entendimento. Estes podem parecer lei e é suposto operar como lei, sem realmente ser lei. E para tornar as coisas mais complicadas ainda: há uma grande variedade de outras normas que exigem atenção e respeito. Estados e outros não são apenas supostosa seguir a lei, mas também devem aderir a injunções morais. (HABERMAS, 2008, p. 37).

Para além da diferença na estrutura normativa, também existe uma grande diferença de conteúdo nas regras do direito internacional, visto que são provenientes de uma pluralidade de fontes jurídicas normativas, cada uma delas preocupada em regular matérias relativas a sua especialidade. Isto é especialmente visível se considerarmos a proliferação de organizações internacionais de caráter específico na segunda metade do século XX. Esta preocupação com os diferentes âmbitos culturais de onde provém o direito internacional é o terceiro nível do constitucionalismo do qual falava Carbonel.

Assim, quanto à pluralidade de âmbitos culturais, está relacionado ao aumento significativo dos elementos transversais aos diversos Estados e ao alargamento do pertencimento político na contemporaneidade. É evidente que existe uma comunidade constitucional global composta por indivíduos, Estados, organizações internacionais, ONGs e atores empresariais. Os indivíduos adquirem mais direitos e obrigações internacionais "além" dos direitos humanos. (KLABBERS; PETTERS; ULFSTEIN, 2009, p. 107).

Algumas perspectivas do direito internacional ressaltam a chamada fragmentação do direito internacional e o desenvolvimento de um direito administrativo global. O relacionamento entre constitucionalização e fragmentação é ambivalente, no sentido de que, se por um lado, a abordagem constitucional não impede a busca por unidade do direito internacional, através das regras de colisão previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), por outro lado, a unidade e a hierarquia são características fortes do constitucionalismo desde a modernidade.

### c) O poder judiciário: aumento das instâncias de controle

Uma característica proeminente do direito internacional atual é a crescente importância dos tribunais internacionais. Isso significa que temáticas cada vez mais substanciais do direito são colocadas sob controle internacional, incluindo assuntos que, até agora, têm sido considerados questões nacionais. Isso significa que os tribunais internacionais exercem funções constitucionais no sentido de que podem interferir significativamente com as atividades dos órgãos nacionais legislativos, executivos e judiciais nacionais. (KLABBERS; PETERS; ULFSTEIN, 2009, p. 91).

No âmbito da típica repartição dos poderes do Estado, os juízes parecem ter um perfil mais universal que o legislativo e o executivo, já que devem assegurar a continuidade espacial da vida jurídica das pessoas. Estes tribunais internacionais devem ser sujeitos a controle democrático e garantias constitucionais comparáveis ao que é conhecido das constituições nacionais. Entretanto, discute-se até que ponto o judiciário internacional deve ser organizado em uma estrutura hierárquica conhecida como o Judiciário nacional e, além disso, quais devem ser os respectivos papéis constitucionais do Judiciário internacional e nacional. A proteção dos direitos humanos como uma característica constitucional essencial também merece ser ressaltada.

Nessa perspectiva, constata-se no direito internacional a presença da segunda necessidade de uma ordem constitucional: que as práticas jurisprudenciais exijam dos juízes novos parâmetros interpretativos que levem em conta a pluralidade de fontes jurídicas normativas.

### d) Objetivação do direito internacional para a proteção dos bens comuns

A constitucionalização do direito internacional público sugere que o direito internacional e as suas derivações alcançaram um grau de “objetividade” no sentido de limitar a soberania estatal, tal como acontece em uma ordem constitucional. Independe do consentimento (voluntarismo), pois traduzem o interesse geral, em contraste à esfera individual. Nesse sentido, o DIP reconhece um interesse comum da humanidade que transcende aos interesses estatais. Os interesses da humanidade são hierarquicamente superiores, denotando os princípios constitucionais que estabelecem limites para a irrefreável vontade dos Estados. Nesse sentido, as organizações internacionais se tornam relativamente independentes dos seus estados membro, visto que traduziriam não a vontade dos Estados que as constituem, mas os interesses objetivos da humanidade. (BROWNLIE, 1998).

Esta tese explica a gênese de normas constitucionais em uma discussão cooperativa das abordagens construtivistas da teoria das relações internacionais. Nesse sentido, a constitucionalização seria um processo de mudança de identidades e de auto-aprisionamento normativo no qual os Estados e outros atores estão envolvidos. (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 276).

A ideia de um direito internacional objetivo está fortemente associada ao que se denominou *jus gentium*, isto é, um direito que vincule Estados, povos e indivíduos. Esse direito internacional objetivo – com aplicação dos princípios básicos comuns a todos os povos – preexistiria à vontade dos Estados. Quanto ao conteúdo deste direito objetivo, alguns autores advogam uma origem naturalista, e outros, uma origem sociológica:

Como reação à predominância das teorias voluntaristas do direito internacional no início do século XX, parte da doutrina advogou, no entre-guerras, a existência de uma constituição internacional ou de princípios constitucionais internacionais. A escola germânica, de viés neonaturalista, recorreu a princípios constitucionais que traduzem ideais de justiça e de bem comum (Verdross, Simma, Mosler). A escola italiana, de viés sociológico, fundamentava a

constituição na existência de uma comunidade internacional (Santi Romano). (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 277).

A universalização dos direitos humanos está fundada nos indivíduos e, portanto, não está no âmbito do querer dos Estados. Por outro lado, a ideia de garantia de direitos equivale, no debate sobre a constitucionalização do direito internacional, à emergência da proteção internacional dos direitos humanos. O indivíduo, conceito intimamente vinculado ao constitucionalismo moderno, precisaria relacionar-se com o Estado para confeccionar as regras jurídicas. Por sua vez, para conferir à vontade o poder de criar uma norma jurídica, é necessário pressupor uma norma objetiva atribuindo essa qualidade à vontade. Haveria, portanto, princípios jurídicos superiores, anteriores à experiência jurídica. Tais princípios constituem o fundamento de um direito internacional objetivo. (KLABBERS; PETTERS; ULFSTEIN, 2009, p. 91).

### e) Hierarquizado e no Direito Internacional

A hierarquização das regras que compõe o direito internacional é um elemento chave da constitucionalização. A hierarquização descreve o fenômeno da relativa normatividade, com diferentes graus de peso normativo. A tese da constitucionalização pressupõe a emergência de uma ordem fundamental, superior às demais instâncias normativas. No direito internacional público, *ius cogens*<sup>6</sup> e obrigações *erga omnes*<sup>7</sup> são as normas constitucionais supremas. Acontece que o conteúdo dessas regras é controverso. (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 278). Além disso, quanto ao *ius cogens*, estas regras não são as fontes que autorizam a criação das regras de direito dispositivo. O *ius cogens* apenas se apresenta como um conteúdo material (incerto) cuja contraposição por um tratado internacional carreta a nulidade deste tratado internacional. Por isso, o *ius cogens* não pode ser definido como a lei suprema a partir da qual as leis hierarquicamente inferiores derivam sua validade. Para além desta argumentação, Habermas sustenta que a supremacia da Carta da ONU (art. 103) poderia ser utilizada para propor uma interpretação hierarquizada do direito internacional. (HABERMAS, 2012, p. 218).

Independentemente da posição adotada, a ordem constitucional internacional emergente seria caracterizada pela crescente hierarquização. Um sistema internacional de valores, composto por normas de forte conteúdo ético, tem adquirido posição hierárquica superior por meio da prática dos Estados. Nesse processo, a Carta da ONU desempenha papel fundamental, porquanto seus artigos 1<sup>o</sup>(3), 55, 56, 62 e 68 foram a base para a negociação e a adoção de normas de direitos humanos posteriormente elevadas ao núcleo desse sistema de valores.

Nesse sentido, o *jus cogens* e as regras *erga omnes* poderiam ser entendidas como componentes de um núcleo duro e inalterável inerente à Constituição, característica fundante do movimento constitucionallista desde a modernidade.

### f) Obrigatoriedade da *rule of law*

Também do desenvolvimento do direito da responsabilidade internacional do Estado se denota a existência da constitucionalização do direito internacional. Nesse sentido, a Parte II do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado (2001), preparado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, trata, precisamente, das consequências jurídicas de

<sup>6</sup> O art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) introduziu no direito internacional positivo o conceito de normas *jus cogens*, com o objetivo de torná-las indisponíveis, isto é, inderrogáveis pela prática dos Estados ou pela celebração de tratados.

<sup>7</sup> Normas *erga omnes* são normas, oriundas do direito costumeiro internacional, que tratam de bens jurídicos cuja proteção é de interesse e de responsabilidade de todos os Estados. No caso Barcelona Traction, a Corte Internacional de Justiça as definiu como: "tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que esses direitos sejam protegidos".

ilícitos internacionais, denotando a obrigatoriedade do direito internacional. (CRAWFORD, 2002).

A obrigatoriedade do direito internacional em si é uma consequência da constitucionalização do direito internacional. Segundo Verdross (1984), foi com a Carta da ONU que se formalizou a constituição da comunidade universal de Estados. A partir de então o termo é usado, diferentemente das concepções materiais anteriores, com o significado de constituição formal. É entendido, pois, como um conjunto de regras de direito internacional superiores em relação às demais normas. Sua existência é pré-condição para a validade das demais normas do ponto-de-vista lógico e jurídico. (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 279).

Alguns autores contemporâneos seguiram essa linha e têm identificado a Carta da ONU como uma constituição internacional. Em primeiro lugar, argumenta-se que a Conferência de São Francisco foi um “momento constitucional”. A profunda transformação na ordem internacional estaria refletida no preâmbulo e no capítulo I da Carta. Em segundo lugar, a Carta, a exemplo de qualquer instrumento constitucional, prevê as funções básicas de governo, isto é, o modo de criação e de aplicação do direito, ainda que sem a nítida separação orgânica de funções verificada no direito interno. (FASSBENDER, 1998, p. 530).

O mais sólido argumento a favor da Carta como constituição parece ser a hierarquia de normas criada pelo instrumento, característica fundamental de um regime Constitucional. Segundo essa leitura da Carta, alguns dispositivos (art 2.6) impõe a obrigação de Estados não membros da ONU observarem seus princípios e outros (era. 103) determinam a primazia das obrigações decorrentes da Carta sobre as demais. Apesar de a adoção da Carta da ONU ter sido momento decisivo na formação de uma comunidade internacional, trata-se de um aparelho inter-estatal, que não abarca toda a comunidade global contemporânea, pois não dá a devida voz aos indivíduos, organizações internacionais e a sociedade civil. Por consequência, ela não pode ser considerada a constituição da comunidade internacional.

Para outros autores, a constitucionalização do DI não está associada à Carta da ONU. Para estes autores a constituição da sociedade internacional são aquelas normas e princípios que dizem respeito à criação, validade e extinção do direito e não a um documento específico. (MOSLER, 1974). Esta corrente considera a sociedade internacional uma comunidade regida pelo direito, de forma que a sua constituição estabeleceria o fundamento da validade do sistema jurídico do qual derivam as obrigações nessa comunidade. Os valores jurídicos fundamentais da comunidade, por sua vez, formariam a ordem pública internacional. (CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 279).

Em que pese todas estas evidências, existem muitos autores que afirmam a impossibilidade do constitucionalismo internacional e os seus principais argumentos residem na ausência de um consenso internacional básico sobre o bem comum ou um projeto político compartilhado, elementos que seriam essenciais no constitucionalismo nacional. No entanto, a constitucionalização do direito internacional não deve ser entendida em um mimetismo com o processo político doméstico, mas tão somente de pensar instrumentos, a exemplo do direito constitucional, que tenham por finalidade, a garantia de direitos fundamentais dos seres humanos.

Isso deve levar em consideração um pluralismo positivado do qual falava Haberle, mas sem perder a relação entre o idealismo e o realismo. Se por um lado, o movimento neoconstitucionalista em nível doméstico promove um antipositivismo, no sentido de pensar a produção e interpretação do direito para além da lei, o embate do constitucionalismo internacional ainda deve afirmar a legalidade.

## CONCLUSÃO

A proposta deste artigo não foi a reconstrução da tese constitucional em uma perspectiva do direito internacional, mas tão somente identificar alguns elementos do direito internacional contemporâneo que expressam características da constitucionalização do mesmo.

A autonomização do direito internacional em relação aos Estados e a transferência de algumas funções das suas constituições domésticas para o direito internacional têm suscitados novos instrumentos jurídicos e desenvolvimentos conceituais para pensar o *enforcement* deste direito. Esse processo de autonomização foi acompanhado por uma mudança substantiva do direito internacional, que deixa de ser uma ordem inter-estatal para ser uma ordem legal, comprometida com a comunidade global de atores, dentre eles os indivíduos.

Os regimes constitucionalizados como modelos qualificados de legalidade são caracterizados por aplicação judicial do direito e esquemas de implementação orientados por regras. Ou seja, o uso da terminologia constitucional para certos regimes jurídicos sugere adensamento da legalidade, de aspectos institucionais e da legitimidade. Nesse sentido, a presente pesquisa confirma a hipótese de que existem elementos do movimento constitucionalista que podem ser utilizados para afirmar a constitucionalização do direito internacional. Estes elementos são:

(a) incremento da cooperação internacional e do conteúdo material do direito internacional, no sentido de que, assim como o neoconstitucionalismo em escala nacional, o direito internacional não se limita à disposição de competências, mas contém alto nível de normas materiais, que condicionam os Estados por meio de fins e objetivos;

(b) pluralidade do processo legislativo internacional, no sentido de que abarca uma pluralidade de tipos normativos (*hard law*, *soft law*, princípios, indicadores) que provém de diferentes âmbitos culturais;

(c) aumento das instâncias de controle judicial da aplicação do direito internacional e de um adensamento de juridicidade nos processos de solução de controvérsias dos tribunais internacionais;

(d) objetivação do direito internacional para a proteção dos bens comuns, na medida em que as teses voluntaristas são substituídas por teses objetivistas, comprometidas com a garantia dos direitos fundamentais;

(e) hierarquia *do* e *no* direito internacional, na medida em que permite pensar a existência de um núcleo duro e inalterável à constituição do regime jurídico internacional;

(f) obrigatoriedade da *rule of law*, no sentido de se reconhecer que existe limitação ao poder estatal pelo regime do direito internacional.

Assim, este artigo identificou elementos que permitem aplicar o paradigma constitucionalista ao direito internacional. Mas isto não se dá sem críticas. Muitos céticos do constitucionalismo global duvidam da realidade empírica da constitucionalização do regime jurídico internacional, seja questionando o seu valor analítico como abordagem acadêmica, temendo que o discurso seja normativamente perigoso porque é anti-pluralista ou prometendo um fim irrealista da política. Entretanto, pode-se reponder a estas críticas, inspirado no modelo de Häberle, afirmando que uma leitura constitucionalista do direito internacional pode servir como um dispositivo hermenêutico, e mais do que isso, que o vocabulário constitucionalista permite desvendar déficits de legitimidade do direito internacional e sugerir remédios. O constitucionalismo global tem, portanto, um potencial crítico e necessário ao desenvolvimento de uma sociedade internacional humana e solidária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLOCH, Ernest. *O princípio esperança*. Tradução de Nélio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2005.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Traducción de Pedro Bravo Gala. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, Otávio. A Constitucionalização do Direito Internacional: mito ou realidade? In: SENADO FEDERAL, *Revista de Informação legislativa*, n 178, abr/jun 2008, p. 276.
- CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- CARBONELL, Miguel (ed). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CRAWFORD, J. *The international law commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University, 2002.
- DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987.
- FASSBENDER, Bardo. *The united Nations charter as a constitution of the international community*. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nova York, n. 36, p. 529-619, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Neoconstitucionalismo(s). Miguel Carbonell (Org.). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. São Paulo: Rev. Isonomía, n. 09, nov. 1998.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *The changing structure of international law*. New York: Columbia University Press, 1964.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, M. (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique*. Paris: Arthème Fayard. Tradução de Rainer Rochlitz. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2000, p. 118.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de Teoría Política. Tradução de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HABERMAS, Jürgen. The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society. In: *Constellations Review*. Volume 15, n 4. Malden, 2008.

KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: University Press, 2009.

LAGHMENI, Slim. L'ambivalence du renouveau du jus gentium. In: RUIZ-FABRI, Hélène; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent (Editors). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Oxford: Hart, 2008.

MOSLER, Hermann. *The international society as a legal community*. Recueil des Cours, Haia, t. 140, n. IV, 1974.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura constitucional cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WOLFRUM, Rüdiger. International law of cooperation. In: *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: North-Holland, 1986, p. 186.