

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO SANTIAGO TORRECILHA CANCIO

OS REGIMES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO
FUNDAMENTO PARA A EXISTÊNCIA NORMATIVA DO
CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL E DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

Campo Grande – MS

2018

GUSTAVO SANTIAGO TORRECILHA CANCIO

**OS REGIMES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO
FUNDAMENTO PARA A EXISTÊNCIA NORMATIVA DO
CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL E DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Dra. Livia Gaigher Bósio
Campello

Campo Grande – MS

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Gustavo Santiago Torrecilha Cancio

Título: Os regimes internacionais de direitos humanos como fundamento para a existência normativa do constitucionalismo universal e do tribunal constitucional internacional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 05/02/2018.

Banca Examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Livia Gaigher Bósio Campello

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

Instituição: UFES

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Campo Grande – MS

2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, maior
incentivadora dos meus estudos.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Maria Lúcia Torrecilha, meu pai Marcelo Cancio, e minha irmã Camila Cancio, que estão presentes durante toda a minha caminhada, sempre me dando todo suporte, dedicação e carinho, fundamentais para o meu crescimento e desenvolvimento.

À minha namorada Nátali Nunes, e seu filho Pablo Nunes, que continuamente estão ao meu lado, sempre acreditando e apoiando as minhas decisões, com muito amor, sabedoria e companheirismo, de mãos dadas rumo a um objetivo comum.

À toda a minha família (tias, avós e primos), que, de longe ou de perto, me apoiaram durante todos os meus estudos.

À Eliana Ferreira, que há 26 anos ajuda na minha formação como pessoa.

Aos meus grandes amigos Angela Calixto, Enrique Vianna, Fernando Carmona e Marcos Vinícius Favero, que fazem parte da minha história, dando sentido a cada dia do valor da amizade sincera e leve.

Aos amigos que construí durante estes últimos dois anos no mestrado, brilhantes juristas e acadêmicos que acompanharam e dividiram alegrias, frustrações e conquistas, Aline Aparecida, Dafne Reichel, Marianny Alves, Leonardo Chaves e Welington Costa, cada um(a) me cativando com seu carisma e dedicação únicos.

A todos professores que fizeram parte desta jornada acadêmica, pelos ensinamentos e pelo apoio, em especial à minha orientadora Livia Gaigher Bósio Campello pela disposição em aconselhar-me em cada dificuldade enfrentada, pela confiança depositada na produção desta pesquisa e, essencialmente, pela parceria que construímos ao longo destes dois anos.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma puderam me ajudar durante todo meu percurso como estudante e para a realização deste trabalho.

Age externamente de tal maneira que o uso livre
do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de
todos segundo uma lei universal.

Immanuel Kant

RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo de investigar os elementos dentro do Direito Internacional que atestam a existência normativa do constitucionalismo universal e que apontam para a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional Internacional. Nesse contexto, o trabalho analisa os regimes internacionais de Direitos Humanos, que ganharam corpo no cenário internacional a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, para compreender suas capacidades de estabelecer, em conjunto com o sistema ONU, um núcleo formal e materialmente constitucional no ordenamento jurídico internacional. Busca-se indicar quais são os diplomas jurídicos aceitos pela sociedade internacional que legitimam esse processo de constitucionalização do Direito Internacional. Para o entendimento dessa complexa dinâmica jurídica interestatal são utilizadas as teorias de Relações Internacionais, que fornecem uma significativa contribuição para a compreensão do fenômeno constitucional em âmbito global. Inserida numa intersecção de diferentes áreas do conhecimento, a temática justifica-se dentro da sua linha de pesquisa no programa por sua intensa conexão com a afirmação dos Direitos Humanos como normas imperativas do Direito Internacional geral e pela atualidade dos desafios e debates que envolvem os objetos em estudo. Como procedimentos metodológicos foram adotados a revisão bibliográfica e documental do tema, assim como os métodos descritivo e exploratório para delinear as características do fenômeno trabalhado.

Palavras-chave: Constitucionalismo Universal; Direito Internacional; Regimes Internacionais de Direitos Humanos; Relações Internacionais; Tribunal Constitucional Internacional.

ABSTRACT

This research has the objective to investigate the elements within International Law that attest to the normative existence of universal constitutionalism and which point to the need for the creation of an International Constitutional Court. In this context, this master's thesis analyzes the international human rights regimes that have gained form in the international arena since the Second World War in order to understand their ability to establish, together with the UN system, a formal and material constitutional nucleus in the international legal system. It seeks to indicate which are the legal diplomas accepted by the international society that legitimize this process of constitutionalisation of International Law. In order to understand this complex inter-state legal dynamics, International Relations theories are used to provide a significant contribution to the understanding of the constitutional phenomenon at a global level. Inserted in an intersection of different areas of knowledge, the theme is justified within its line of research in the program for its intense connection with the affirmation of Human Rights as peremptory norms of general International Law and the actuality of the challenges and debates that involve the objects in study. As methodological procedures were adopted the bibliographic and documentary revision of the subject, as well as the descriptive and exploratory methods to delineate the characteristics of the phenomenon analyzed.

Keywords: Universal Constitutionalism; International Law; International Human Rights Regimes; International Relations; International Constitutional Court.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Representação ilustrativa da relação existente entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público.....	30
Figura 2 – Análise do posicionamento das Relações Internacionais em comparação com o Direito Internacional.....	47
Figura 3 – Recomendações para a busca da paz perpétua propostas por Kant	54
Figura 4 – Número de casos no século XX nos quais o Conselho de Segurança recorreu ao Capítulo VII da Carta da ONU	72

LISTA DE SIGLAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CVDT	Convenção Internacional de Viena sobre o Direito dos Tratados
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DI	Direito Internacional
DIP	Direito Internacional Público
DIPr	Direito Internacional Privado
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais
RI	Relações Internacionais
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
TCI	Tribunal Constitucional Internacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O FENÔMENO CONSTITUCIONAL: DO SEU SURGIMENTO NO INTERIOR DOS ESTADOS AO SEU ESTÁGIO UNIVERSAL	16
2.1 A formação dos Estados constitucionais	16
2.2 Elementos conceituais inerentes do constitucionalismo	20
2.3 O poder constituinte	22
2.4 O modelo constitucional na atualidade	24
2.5 Origem e conceito do constitucionalismo universal	26
2.5.1 Primórdios do estágio universal	26
2.5.2 O poder constituinte supranacional	29
2.5.3 Bases conceituais do constitucionalismo global	31
2.6 O constitucionalismo universal no ordenamento jurídico internacional	33
2.6.1 O fundamento do sistema jurídico internacional: A norma hipotética fundamental do Direito Internacional	33
2.6.2 Visão ordenamental	35
2.6.3 As normas imperativas de Direito Internacional geral: <i>jus cogens</i>	39
2.7 O constitucionalismo universal e as relações internacionais	42
2.7.1 As relações internacionais e o Direito Internacional	42
2.7.2 A perspectiva realista	50
2.7.3 A corrente liberal-idealista	55
2.7.4 A visão construtivista	57
2.7.5 A teoria crítica	59
2.7.6 Aproximação das relações internacionais e o constitucionalismo universal	61
2.8 Desafios ao constitucionalismo universal	62
3 REGIMES JURÍDICOS COMO EXPRESSÃO DA EXISTÊNCIA NORMATIVA DO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL	68
3.1 O Sistema ONU	68

3.1.1 A Carta da Nações Unidas.....	68
3.1.2 Os mecanismos de intervenção coercitiva.....	71
3.1.3 A produção dos efeitos para Estados não-membros e a responsabilidade de proteger e ao proteger	76
3.1.4 A mitigação do <i>res inter alios acta</i> e do <i>pacta sunt servanda</i>	83
3.2 Os regimes internacionais de Direitos Humanos.....	84
3.2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	84
3.2.2 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP).....	87
3.2.3 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)	90
3.2.4 A Declaração de Viena de 1993.....	91
3.2.5 Os Direitos Humanos e os <i>jus cogens</i>	94
4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL?	99
4.1 Projeto e implementação: por que precisamos de um Tribunal Constitucional Internacional?.....	99
4.1.1 A CIJ, a violação dos direitos humanos e o TCI.....	99
4.1.2 Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e o TCI.....	101
4.1.3 O projeto em curso de criação do TCI.....	102
4.2 Estrutura e composição do TCI.....	104
4.2.1 Instrumento constitutivo estruturante.....	104
4.2.2 A composição do tribunal.....	105
4.3 Competência internacional do TCI.....	106
4.4 O TCI e sua relação com as cortes constitucionais internas dos Estados: uma pluralidade de ordenamentos, um monismo internacionalista ou um dualismo de ordens jurídicas?	110
4.5 Os controles de constitucionalidade e convencionalidade no TCI.....	114
5 CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de se afirmar teoricamente um constitucionalismo que seja universal é uma questão que há muito vigora no espectro do ordenamento jurídico internacional. Contudo, recentes são os debates que discutem a sua efetiva existência normativa, apontando seus elementos constitutivos, sua conceituação e sua legitimidade na sociedade internacional.

O constitucionalismo nasce inegavelmente na esfera interna dos Estados e tardou séculos em sua evolução histórica para se consolidar como um fenômeno recorrente na vida política, jurídica e social dos países do globo. Alvo de diversas transformações em sua concepção, o constitucionalismo na atualidade reflete um progressivo alargamento da esfera pública dos direitos fundamentais no interior dos Estados modernos. Uma das mudanças mais atuais nessa distensão jurídica das garantias básicas a todos os cidadãos é justamente a busca pela universalização desses direitos.

A dimensão universalista do direito constitucional moderno ainda é tratada com cautela. Se comparada historicamente com o fenômeno constitucional doméstico, a constitucionalização do Direito Internacional é um processo que ainda está em seus primórdios, havendo um longo caminho a percorrer. Em que pese inexista no cenário internacional um documento pactuado que leve a denominação de “constituição global”, existem diversos elementos que apontam para a presença do constitucionalismo no sistema jurídico internacional.

Nesse sentido, pesaria a favor da existência do constitucionalismo universal a Carta da ONU, tratado constitutivo da Organização das Nações Unidas, tendo em vista que há referência em seu texto à composição da comunidade internacional (povos e governos), ao seu passado (escória da guerra), às suas crenças (direitos humanos fundamentais) e ao seu projeto de futuro (estabelecimento da justiça, progresso econômico e social e autodeterminação dos povos).

Seguindo entendimento semelhante, o argumento de que a Carta da ONU pode produzir efeitos sobre Estados não membros da organização (art. 2º, item 6), bem como sobre obrigações decorrentes de outros tratados (art. 103), significaria exceção a dois princípios fundamentais do direito das gentes – *res inter alios acta* e *pacta sunt servanda* –, o que indicaria a existência de um direito superior representado pelo instrumento constitutivo.

Além do sistema ONU, o mundo erigido com base na superação do paradigma westfaliano tem nos regimes internacionais de Direitos Humanos a consagração de valores internacionais

compartilhados que permitem vislumbrar a formação de um núcleo normativo hierarquicamente superior dentro das fontes do Direito Internacional. Exemplo dessa superioridade normativa são os *jus cogens*, caracterizados como normas imperativas de Direito Internacional geral e que também indicam a presença no seio da sociedade internacional de características do fenômeno constitucional.

É certo, contudo, que a tentativa de provar a existência do constitucionalismo universal esbarra em diversos desafios. Entre estes obstáculos figuram a ausência de coerência sistêmica no plano jurídico internacional, as tensões advindas das desigualdades econômicas entre os países, as particularidades culturais muitas vezes antagônicas entre os Estados, além da dificuldade em se desenvolver meios de preservação do princípio democrático e da igualdade soberana num quadro de produção normativa internacional descentralizado e fragmentado.

Tais desafios perpassam, inclusive, pelo debate sobre a efetividade e eficácia do Direito Internacional e de conceitos consagrados nas relações internacionais como o da anarquia internacional, escorando-se no fundamento de que inexistente hierarquia entre os órgãos das Nações Unidas na interpretação da Carta, assim como na ausência de freios e contrapesos entre esses mesmos órgãos perante a sociedade internacional e os diplomas constitutivos internos de cada país. Nesse processo, a complexidade de se construir um sistema constitucional internacional também reside na tentativa de manter a vontade geral dos povos e, concomitantemente, limitar o poder hegemônico ou contra-hegemônico exercido pelos Estados.

Uma possível saída para a tentativa de superação de tais obstáculos surge com o fortalecimento do projeto de criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI). Capaz de solucionar as controvérsias em âmbito internacional de questões afetas a um núcleo materialmente constitucional do Direito Internacional e que fogem da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, o TCI atuaria em violações sistemáticas de Direitos Humanos e de direitos políticos que extrapolem, em suas consequências, o direito interno de determinado país.

É dentro dessas análises e diferentes perspectivas que se justifica a presente pesquisa, que visa observar, por meio dos diplomas jurídicos que buscaram universalizar os Direitos Humanos, se há elementos suficientes para qualificar o constitucionalismo como um fenômeno universal. Assim, serão pontuadas as possíveis fontes desse processo, de modo a demarcar-lhe os limites, enunciando seus atributos e traçando pontos de convergência com a possibilidade de se sustentar o constitucionalismo universal.

A dissertação também se justifica perante sua área de concentração e linha de pesquisa dentro do programa, tendo em vista sua ampla conexão com os debates e desafios atuais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, apontando para a necessidade de afirmação dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico global e sua maior proteção perante os órgãos judiciais do sistema ONU.

O procedimento metodológico a ser adotado quanto aos meios de investigação corresponde à pesquisa bibliográfica, constituída essencialmente de artigos científicos, livros e teses de doutorado sobre a temática em questão e, ainda, à pesquisa documental, com o acesso a relatórios de pesquisa, documentos oficiais, tratados internacionais, entre outros.

Quanto aos fins, serão utilizados o método descritivo, com o escopo de descrever o fenômeno da existência normativa do constitucionalismo universal, expondo suas características e estabelecendo correlações entre variáveis, e o método exploratório, com a finalidade de desenvolver e esclarecer conceitos e ideais afetas ao constitucionalismo universal, provendo critérios de compreensão do fenômeno pesquisado.

Para organizar e discutir os dados coletados será utilizado o método de análise de conteúdo com a finalidade de, a partir dos conteúdos manifestos nos textos, inferir deduções lógicas que respondam ao problema da pesquisa. Desse modo, a análise de conteúdo da revisão bibliográfica permitirá um caminho multifacetado, produzindo sentidos e significados na diversidade de amostragem presente neste trabalho.

Tal metodologia será aplicada para se atingir o objetivo geral do trabalho que é identificar os elementos – dentre os quais se inclui o Tribunal Constitucional Internacional – que atestam a existência normativa do constitucionalismo universal nos regimes internacionais de Direitos Humanos. Com efeito, a dissertação buscará descrever os aspectos que caracterizam o constitucionalismo universal, traçar a existência normativa do fenômeno constitucional na sociedade internacional, explicitar a força da norma constitucional universal nos regimes internacionais de Direitos Humanos e elencar as principais questões que envolvem o Tribunal Constitucional Internacional.

Com o escopo de melhor abordar os objetivos traçados, a pesquisa será dividida em três capítulos. No primeiro deles serão enfocados os aspectos históricos e conceituais que assinalam a transformação do constitucionalismo de um fenômeno nacional para seu estágio universal. A partir desse panorama histórico-conceitual, serão expostas as linhas de aproximação do

constitucionalismo universal dentro do Direito Internacional e das Relações Internacionais. Ademais, figurarão ao término do capítulo os principais desafios que o constitucionalismo enfrenta para ser considerado um fenômeno existente no ordenamento jurídico internacional.

No segundo capítulo, os regimes jurídicos que dão fundamento normativo ao constitucionalismo global serão apresentados. Dentro dessa análise, o sistema ONU e os principais diplomas que dão universalidade aos Direitos Humanos serão destacados com o objetivo de expor quais características presentes em tais instrumentos jurídicos permitem a formação do constitucionalismo universal no Direito Internacional.

O terceiro e último capítulo será destinado a abordar uma possível solução a uma das mais profundas críticas que o sistema jurídico internacional sofre na atualidade: a falta de efetividade das decisões emanadas pelos intérpretes dos órgãos político-jurídicos internacionais. É dentro desse contexto que surge o projeto do Tribunal Constitucional Internacional e a sua força institucional para uma mudança de paradigma na divisão de competências ora estabelecidas no cenário internacional.

2 O FENÔMENO CONSTITUCIONAL: DO SEU SURGIMENTO NO INTERIOR DOS ESTADOS AO SEU ESTÁGIO UNIVERSAL

2.1 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS

Karl Loewenstein (1970), em sua obra *Teoría de la Constitución*, revela que os anseios do homem político em limitar o poder absoluto exercido pelos detentores deste, bem como os esforços de estabelecer uma justificação espiritual, moral e ética da autoridade, no lugar da submissão, cega a facilidade daquele que detém o poder. Tais aspirações se concretizaram na necessária aprovação, por parte dos destinatários do poder, dos controles sociais exercidos pelos dominadores e, conseqüentemente, na participação ativa dos dominados no processo político.

Loewenstein identifica que o surgimento, mesmo que timidamente, do constitucionalismo se deu, na antiguidade, com o povo hebreu, que erigiu dentro de um Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Outra experiência, ainda na antiguidade, segundo o mencionado autor, se deu com as Cidades-Estados gregas, tendo em vista que a formação da democracia deflagrada na Grécia consagraria um modelo de sistema político que apresenta plena identidade entre governantes e governados, em que o poder político estava igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos (LOEWENSTEIN, 1970).

A partir do século XIII, o advento de diplomas jurídicos que paulatinamente insculpiram em forma de norma a proteção do cidadão frente ao poder soberano do Estado construiu o histórico do constitucionalismo moderno, assegurando inicialmente direitos e garantias individuais, como a Magna Carta de 1215 durante a Idade Média, e, posteriormente, coletivas, a partir da Idade Moderna com a Convenção Constitucional da Filadélfia¹, de 1787, e, mormente da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*², de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada pela França durante a Revolução que marcou a segunda metade do século XVIII, merece detida atenção, não somente

¹ Realizada entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, discutiu e aprovou a Constituição dos Estados Unidos da América.

² A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante da Revolução Francesa e que estabelece, em linhas gerais, os direitos individuais e coletivos dos homens como universais.

pelo seu anseio de se propagar pela sociedade internacional como referência de respeito aos direitos humanos, mas também pelo modo como foram erigidos os seus parâmetros, utilizados até a atualidade como referência do constitucionalismo contemporâneo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) trazia consigo o seguinte preâmbulo:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar seus direitos e deveres; de modo que seus atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser a qualquer momento confrontados com o fim de toda instituição política, sejam mais respeitados, para que as reclamações dos cidadãos, fundamentadas em geral em princípios simples e incontestáveis, voltem-se sempre para a manutenção da Constituição e a felicidade geral.

Por conseguinte, a Assembleia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão.

Em que pese tal documento tenha sido elaborado pela nação francesa, seus preceitos possuem nítido anseio de se propagarem pela comunidade internacional, ainda que não possuam a carga normativa sobre os outros Estados, característica da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos³.

A Revolução Francesa trazia consigo a “iluminação” e a esperança para um novo Estado Moderno, que pudesse igualar o abismo existente entre as classes sociais, fraternizar com os oprimidos e marginalizados, libertar uma nação da dominação de uma oligarquia, e irradiar os direitos fundamentais exigindo-se as liberdades essenciais. Com esses princípios a revolução apresentou-se para o mundo em 1789.

Dentre os muitos ideais e conceitos propagados pelo movimento revolucionário e que fazem referência direta ao estudo do Direito Constitucional, pode-se destacar o pioneirismo do abade Emmanuel Joseph Sieyès. Em sua principal obra publicada em forma de panfleto dias antes da deflagração do movimento revolucionário – *Qu'est ce qu'est le Tiers État?*⁴ –, Sieyès (2002) faz uma abordagem crítica sobre a importância do Terceiro Estado dentro da conjuntura francesa da época.

³ Os aspectos relacionados à Carta da ONU e à Declaração Universal dos Direitos Humanos serão analisados mais detidamente no próximo capítulo.

⁴ Da tradução livre do francês para o português: “O que é o Terceiro Estado?”.

Sieyès levanta e responde a três questões clássicas em seu discurso: “Qu’est-ce que le Tiers état? — TOUT. Qu’a-t-il été jusqu’à présent dans l’ordre politique? RIEN. Que demande-t-il? À ÊTRE QUELQUE CHOSE”⁵ (SIEYÈS, 2002, p. 01). Atrás do caráter político e social intrínsecos a tais questionamentos, nota-se uma linha jurídica que é utilizada até hoje nos ensinamentos de Direito Constitucional: o poder constituinte.

A concepção de poder constituinte para Sieyès está relacionada com o conceito de poder originário, autônomo e onipotente. Diante disso, o poder constituinte se origina primeiramente como forma de realizar uma luta contra o Estado monárquico absolutista que dominava a França desde o declínio do feudalismo.

Sieyès (2002) pontua, a partir da teoria do poder constituinte, que a nação (entendida não como uma emoção ou como algo metafísico, mas sim como uma categoria política prática) é quem possui a titularidade do exercício desse poder constituinte (uma vez que ela é o instrumento direto da ideia de direito) e, acima de tudo, esse poder, como já foi dito, é originário e soberano. Dessa forma, a nação, vista como sendo o Terceiro Estado na França⁶, estaria livre para criar uma Constituição, uma vez que não se sujeitaria mais a formas, limites e condições impostas por regimes totalitários e que já preexistiam.

O poder originário pertence, então, ao indivíduo ou ao grupo social no qual se polariza, num instante dado, a ideia de Direito. Tal vontade popular seria, assim, concretizada em uma Assembleia Nacional Constituinte, que, para não carecer de legitimidade, deveria ser eleita diretamente pelo povo.

Emmanuel Joseph Sieyès, já no século XVIII, portanto, deu continuidade na Idade Moderna a um movimento revolucionário que, hodiernamente conhecido como constitucionalismo, oportuniza uma situação favorável para o surgimento de um novo referencial concreto do poder soberano do Estado. A substituição do rei teocrático do *Ancien Régime* por uma nova Constituição posta ganha divulgação universal com a Revolução.

Esse desenvolvimento do constitucionalismo, segundo Luigi Ferrajoli (2007), é a história de um progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, tendo em vista que todos os direitos foram conquistados em rupturas institucionais (nas

⁵ Da tradução livre do francês para o português: O que é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido até agora na ordem política? Nada. O que pede? Ser alguma coisa

⁶ O Primeiro Estado era formado pelo clero e o Segundo Estado pela nobreza.

revoluções, americana e francesa, nos movimentos oitocentistas, nas lutas operárias, feministas, pacifistas e dos ecologistas do século passado). Assim, segundo Ferrajoli

Todas as diversas gerações de direitos correspondem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários: das revoluções liberais contra o absolutismo que regia os séculos passados [...]. Daquela história faz parte também a extensão, ainda embrionária, do paradigma constitucionalista ao direito internacional. Também a história das relações internacionais foi criada com a instituição da ONU e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, uma ruptura da época: a ruptura do antigo regime internacional nascido três séculos antes, no Pacto de Westfália, fundado sobre o princípio da soberania absoluta dos Estados e junto à sua falência com a tragédia das duas guerras mundiais (FERRAJOLI, 2007, p. 52).

Conclui-se, a partir do breve esboço histórico apresentado, que, pelos próprios objetivos fundamentais propostos, aliados à visão apresentada por Ferrajoli, não é custoso notar que o constitucionalismo teve, quase como regra, um caráter revolucionário. Sobre esse aspecto, não há como fugir da reflexão trazida por Rudolf Von Ihering em sua importante obra *A Luta pelo Direito*.

Isso porque Ihering (2009) não hesita em afirmar que todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta, tendo em vista que todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. Nesse sentido, o mencionado autor conclui com propriedade que

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos (IHERING, 2009, p. 27).

A partir desse panorama histórico, Vladimir Oliveira da Silveira (2006) elenca determinadas conquistas desse movimento constitucional, como por exemplo a queda da monarquia absolutista (substituída pelo modelo constitucional) e a utilização da divisão orgânica e racional do poder. De fato, “mais do que criar o conceito, o constitucionalismo universalizou esses valores e formou um padrão de Estado totalmente diferente do que já havia existido antes” (SILVEIRA, 2006, p. 12).

Essa transformação do Estado no constitucionalismo dá ensejo para que Dalmo de Abreu Dallari (2009) assinale três grandes objetivos que, conjugados, resultaram no fenômeno constitucional, a saber: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do

poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder⁷.

Trazendo tal modelo constitucional para a atualidade, Uadi Lammêgo Bulos (2009) aponta que na contemporaneidade há um chamado “totalitarismo constitucional”, ou seja, os textos constitucionais sedimentam um importante conteúdo social e programático (normas a serem cumpridas e atingidas pelos Estados), incorporando aspectos de um constitucionalismo globalizado, que busca difundir a ideia de proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações.

É justamente com base nesses pilares iniciais erguidos pelos primórdios do fenômeno constitucional que irão se erigir as principais características conceituais observadas no constitucionalismo na atualidade, que serão trabalhados no próximo tópico.

2.2 ELEMENTOS CONCEITUAIS INERENTES DO CONSTITUCIONALISMO

As características que fazem do constitucionalismo um dos fenômenos jurídicos mais recorrentes da vida política dos Estados são trabalhadas e debatidas por diversos autores. O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, um dos mais proeminentes na atualidade no tema em questão, elucida, ao pontuar acerca das bases conceituais do constitucionalismo, que:

O constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Já para Kildare Gonçalves Carvalho “em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição [...]; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder [...]” (CARVALHO, 2006, p. 211).

A concepção de constitucionalismo apontada por André Ramos Tavares (2007) é baseada em quatro sentidos para o termo: numa primeira acepção, utiliza-se como referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário; em uma segunda análise, é entendido como uma imposição para que haja cartas

⁷ Este último objetivo – a *racionalização do poder* – funcionando quase como um instrumento para criação das condições que permitissem a consecução dos demais foi claramente manifestado pelos autores que mais de perto influíram na Revolução Francesa.

constitucionais escritas; em um terceiro viés, indica os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; por fim, o constitucionalismo seria a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

O conceito histórico-universal de constituição, citado por Tavares, tem Ferdinand Lassalle um dos seus expoentes. Manifestada na célebre conferência *Über Verfassungswesen*⁸, tal visão traduz que: “[...] cada país possui e sempre possuiu uma constituição real e efetiva [...] é tão simples como isso [...] contrariamente à opinião largamente difundida segundo a qual uma constituição seria uma particularidade dos tempos modernos” (LASSALE, 1985, p. 16). De acordo com tal premissa, portanto, a constituição surgiria como um fenômeno inerente a todos os tempos e lugares, qualquer que seja a sociedade política em causa.

Entretanto, o constitucionalismo moderno é marcado pela proliferação de constituições escritas nacionais, *ab initio* utilizadas para conter qualquer arbítrio decorrente do poder soberano. Avança, assim, no sentido de que os textos constitucionais contenham regras de limitação a tal poder, de organização administrativa e política do Estado e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão autoritária do antigo regime.

O constitucionalismo atual opera a partir de três premissas fundamentais, quais sejam: a) normatividade da Constituição, ou seja, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade; b) a superioridade da Constituição sobre o restante do ordenamento jurídico; e c) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos (BARCELLOS, 2005). Como se observa, todas as características mencionadas são oriundas do processo histórico alhures assinalado, que fez a transição da Constituição como diploma meramente político e dotado de pouca imperatividade para uma norma jurídica suprema de um Estado.

Dentro dessa perspectiva, o constitucionalismo pode ser visto como um fenômeno, não somente sob a ótica jurídica, mas também social, política e ideológica, por intermédio do qual emanam as constituições nacionais, em sentido mais restrito. De outro vértice, como se analisará adiante, em aspectos universais, constitui-se como forma de estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico que possa disciplinar a sociedade internacional.

⁸ Traduzida para a edição brasileira como “A Essência da Constituição”, trata-se, segundo Aurélio Wander Bastos (em Nota Explicativa à edição brasileira de *Über die Verfassung*, “A Essência da Constituição”, Rio e Janeiro: Liber Juris, 1985. p. ix), de uma conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia. Já Konrad Hesse (1991) afirma se referir a uma conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 16 de Abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim.

Tanto o constitucionalismo observado a partir de uma visão jurídica interna quanto aquele oriundo da ordem internacional, tem como ponto de partida um elemento em comum que, dada a sua relevância, será observado no próximo item: o poder constituinte.

2.3 O PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, em seu sentido originário, é pré-jurídico, ou seja, é uma manifestação de força ou uma energia social não encontrada no mundo das normas positivadas. Destarte, o poder constituinte originário (também chamado de inicial ou inaugural) é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.

Os adeptos da doutrina *jusnaturalista*, no entanto, discordam de tal corrente pré-jurídica. Inaugurada na teoria constitucional por abade Sieyès (ver item 2.1), os autores *jusnaturalistas* por entenderem que há um direito superior decorrente da própria natureza humana, além do Direito positivo, que precede o próprio Estado, o poder constituinte seria uma manifestação eminentemente jurídica.

É importante salientar, a partir do exposto, que a temática em tela foge do alcance da Ciência do Direito, uma vez que os operadores jurídicos ao descreverem a latência social e política, elementos que constituem o poder constituinte, esbarram com as fórmulas axiológicas usadas na interpretação das normas jurídicas. Desse modo, o que se faz ao estudar o poder constituinte está também intimamente vinculado às práticas da Filosofia, da Política e/ou da Sociologia, e não tão somente da seara jurídica, já que esta tem por padrão referencial final o direito positivo que, por sua vez, surge na atualidade com a instituição da Constituição.

Celso Ribeiro Bastos defende, nesse sentido, que “[...] descabe qualquer indagação a respeito de um poder constituinte, nos lindes da Ciência Positiva do Direito, pois se trata de um conceito metajurídico. [...] em vista do que ficou acima exposto, parece certo concluir que o poder constituinte não é um poder jurídico” (BASTOS, 2001, p. 28).

Com efeito, o poder constituinte originário, por não ter que seguir nenhuma regra de Direito que seja anterior à sua manifestação, pode ser considerado como uma questão de fato, e não de Direito propriamente dita. José Horácio Meirelles Teixeira faz, contudo, uma importante ressalva

[...] esta ausência de vinculação, note-se bem, é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia

significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão. Todas estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitadas pelo poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente (TEIXEIRA, 2001, p. 213).

O limite possível ao poder constituinte originário seria a vedação do retrocesso. Também conhecida como efeito *cliquet*⁹, tal vedação busca garantir que os direitos fundamentais assegurados ao longo da história jurídica de determinado país não podem retroagir, com margem apenas para avançar nas proteções dos indivíduos. Esse efeito, de acordo com Canotilho (2002), significa afirmar que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

Deve-se ressaltar que a ordem rompida nem sempre é uma ordem constitucional formalizada, como se verifica no caso francês da Revolução de 1789¹⁰. O poder constituinte, em regra, significará o exercício de uma latência sociopolítica que culminará na quebra da ordem político-jurídica que a nova ou primeira constituição formalizará. Desse modo, no momento de elaboração de uma nova Magna Carta, identificam-se dois momentos de atuação do poder constituinte originário, que se sucedem: um momento material e um momento formal.

Em uma primeira fase, tem-se o poder constituinte material, ou seja, o poder de autoconformação do Estado, a decisão política de criação de um novo Estado. Em seguida surge o poder constituinte formal, dotado de forma e força jurídica, transformando as regras elaboradas no plano abstrato no momento material em normas positivas, momento em que se dá juridicidade e forma à Constituição (FERNANDES, 2015).

Em síntese, Silveira (2006, p. 36) assinala que:

Pode-se dizer que o Poder constituinte originário é um poder criador de poder, à medida que institui o Poder político e dará ao ordenamento o seu direito positivo. Diferentemente do período de formação dos primeiros Estados-nações, hoje o

⁹ A expressão francesa "cliquet" utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao mesmo subir, não lhe sendo possível retroceder, em seu percurso.

¹⁰ A monarquia não era detentora de uma Carta Política solenemente aprovada e que regia o seu governo e servia como fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Não havia, na época, Constituição formal. Esta é produto do constitucionalismo moderno que passou a positivizar Cartas formalizadas, solenemente, a partir das Constituições dos Estados Unidos da América e da França. De qualquer modo, a primeira Constituição formal francesa, elaborada pelo poder constituinte revolucionário, desestabilizou o antigo regime. Com isso, quer-se dizer que esta Constituição francesa promoveu uma superação de sistema ao quebrar a ordem absoluta monarquista que a antecedeu.

Poder constituinte é uma obra reflexa, na medida que é criado por um fato legítimo e irá posteriormente regulamentar esse fato.

Cumpra assentar, por fim, as características principais do poder constituinte originário. A doutrina constitucionalista, de forma geral¹¹, traz os seguintes aspectos essenciais como caracterizadores: inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado e soberano.

O poder constituinte originário é tido como inicial porquanto instaura uma nova ordem jurídica, como já dito, rompendo com a ordem jurídica anterior. É um poder autônomo, por seu turno, porque sua latência sociopolítica será determinada autonomamente por quem exercê-lo. Nesse particular, resta a discussão a quem caberia a titularidade de tal poder. A tese de que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo por ter sido adotada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88) é a mais difundida em território nacional. Não custa repisar, no entanto, que Sieyès entendia como titular do poder a nação (conceito traçado no item 2.1).

O poder constituinte inaugural também é ilimitado juridicamente, uma vez que não tem de respeitar os limites postos pelo direito anterior, ressalvadas as hipóteses já explanadas anteriormente (vedação ao retrocesso e efeito *cliquet*).

Outra característica é a de ser um poder incondicionado por não estar sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade, ou seja, não está vinculado a procedimento predeterminado para sua elaboração.

Por derradeiro, por ser um poder de fato e político, é caracterizado por ser uma energia social e, portanto, soberana na tomada de suas decisões.

O caráter permanente também é tido como uma característica do poder constituinte originário, uma vez que não se esgota no momento do seu exercício (na própria elaboração da Constituição). Desse modo, ele subsiste fora da carta constitucional e está apto para manifestar-se novamente a qualquer tempo, quando convocado pelo povo, que detém sua titularidade.

2.4 O MODELO CONSTITUCIONAL NA ATUALIDADE

¹¹ Apenas à guisa de exemplo, tal divisão aparece nas obras de Direito Constitucional de José Afonso da Silva, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de Gilmar Ferreira Mendes, de Celso Ribeiro Bastos, de Luis Roberto Barroso e de Bernardo Gonçalves Fernandes.

A passagem do século XX para o século XXI trouxe consigo uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, não mais atrelando tal conceito apenas à ideia de limitação do poder político, mas, sobretudo, na busca pela eficácia da Constituição e de seu conteúdo material. Tal fenômeno é chamado pela doutrina de neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou, ainda, pós-positivismo constitucional.

Walber de Moura Agra elucida que

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser concretizado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008, p. 31).

Nota-se que o modelo normativo neoconstitucional não é mais caracterizado como meramente descritivo, mas sim axiológico. É a partir desse aspecto que Agra (2008) entende que há diferenças entre o constitucionalismo moderno e o neoconstitucionalismo. Se no primeiro a distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas hierárquica, no segundo a diferença também é axiológica. Outrossim, no constitucionalismo moderno, o caráter ideológico possuía apenas o escopo de limitar o poder, ao passo que, no neoconstitucionalismo, o seu elemento ideológico é o de concretizar os direitos fundamentais.

A partir dessa análise, Ana Paula de Barcellos (2005) atesta que o neoconstitucionalismo, além de consolidar as premissas na esfera teórica do constitucionalismo, busca concretizar tais preceitos na prática. Verifica-se essa discussão na eficácia jurídica dos princípios constitucionais, nas possibilidades de omissões legislativas e na efetivação técnica das noções de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição.

Barcellos identifica que, do ponto de vista material, o conteúdo axiológico do texto constitucional possui dois elementos que caracterizam o neoconstitucionalismo

[...] a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 03).

Em outros termos, percebe-se que a partir do momento em que os axiomas são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva concretização.

Em importante abordagem sobre o fenômeno em tela, Luis Roberto Barroso expõe que o neoconstitucionalismo (ou novo direito constitucional como denomina) identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas

[...] (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2009, p. 26).

A neoconstitucionalização do Direito importa, de acordo com Barroso, na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. A aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.

Conclui-se, assim, que tal fenômeno atual do Direito Constitucional potencializa a importância do debate acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário e abre a possibilidade para discussão de novas formas globais do fenômeno constitucional, como se verá no próximo tópico.

2.5 ORIGEM E CONCEITO DO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

2.5.1 PRIMÓRDIOS DO ESTÁGIO UNIVERSAL

A deflagração da Primeira Guerra Mundial em 1914 em conjunto com o surgimento de uma teoria social do Estado criada como obstáculo aos abusos humanitários decorrentes das omissões

que o simples Estado de Direito Liberal apresentava na concretização dos direitos fundamentais (tema abordado nos itens 2.1 e 2.3), marcaram a necessidade de flexibilização do direito nacional.

Já na primeira metade do século XX iniciou-se a necessidade de se erigir um núcleo constitucional que fosse quase uníssono entre os países, mormente entre os ocidentais, e que exigisse uma postura mais proativa do ente estatal na efetivação dos direitos sociais, ao contrário dos textos anteriores, que se limitavam a manter um campo de força em favor unicamente do indivíduo contra potenciais violações do Estado.

É nessa conjuntura, por exemplo, que surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, considerada por Marcelo Dias Varela (2005) o ponto de partida da expansão e prevalência das normas internacionais sobre o direito interno.

Em seguida, e ainda no interregno entre guerras, a Sociedade das Nações, criada com o propósito de tratar da resolução dos conflitos pelo diálogo, evitando a guerra, foi pensada tomando por base a proposta de paz conhecida como Quatorze Pontos¹², feita pelo então presidente americano Woodrow Wilson, em mensagem enviada ao Congresso dos Estados Unidos em janeiro de 1918.

Wilson tinha por escopo fixar os fundamentos para o que o mesmo chamou de “paz duradoura”, a partir de uma reorganização das relações internacionais ao fim do conflito. O pacto para a criação da Sociedade das Nações constituiu os trinta primeiros artigos do Tratado de Versalhes¹³. O Senado Americano, porém, não ratificou o tratado, e, por consequência, os Estados

¹² Os *Quatorze Pontos* foram são 14 proposições criadas para a reconstrução europeia após a Primeira Guerra Mundial. Com o objetivo de garantir a paz e evitar novos confrontos motivados pela vingança ou interesses políticos e econômicos, os pontos eram os seguintes:

- 1) Acordos e negociações públicos (abolição da diplomacia secreta);
- 2) Liberdade dos mares;
- 3) Eliminação das barreiras econômicas entre as nações;
- 4) Redução dos armamentos nacionais;
- 5) Redefinição da política colonialista, levando em consideração o interesse dos povos colonizados;
- 6) Retirada dos exércitos de ocupação da Rússia;
- 7) Restauração da independência da Bélgica;
- 8) Restituição da Alsácia-Lorena à França;
- 9) Reformulação das fronteiras italianas;
- 10) Reconhecimento do direito ao desenvolvimento autônomo dos povos da Áustria-Hungria;
- 11) Restauração da Romênia, da Sérvia e de Montenegro e direito de acesso ao mar para a Sérvia;
- 12) Reconhecimento do direito ao desenvolvimento autônomo do povo da Turquia e abertura permanente dos estreitos que ligam o Mar Negro ao Mediterrâneo;
- 13) Independência da Polônia; e
- 14) Criação da Liga das Nações, ou Sociedade das nações.

¹³ O Tratado de Versalhes (1919) foi um tratado de paz assinado pelas potências europeias que pôs fim oficialmente à Primeira Guerra Mundial. O tratado foi assinado como uma continuação do armistício de Novembro de 1918, em Compiègne, que tinha posto um fim aos confrontos. O principal ponto do tratado determinava, em síntese, que a

Unidos da América não se tornaram membros da Liga das Nações, fato que precipitou o seu enfraquecimento e contribuiu para o seu fracasso, estampado com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, em 1945.

A segunda grande guerra do século XX trouxe, além da descrença no arranjo internacional dos Estados por meio da Liga das Nações, uma intensificação da necessidade de atribuição de capacidade normativa pelos países aos organismos internacionais, até então esquecidos ou pouco utilizados pela sociedade global.

O emblemático ano de 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento Carta das Nações Unidas, instrumento constitutivo da Organização das Nações Unidas, é um marco significativo tanto para o direito internacional contemporâneo quanto para as relações internacionais. Conforme elucida Álvaro Osório do Valle Simeão (2008, p. 7): “é o início de uma capacidade normativa que tem por esteio político não o poder soberano de um Estado, mas a conjugação de vontades nacionais voluntárias na tentativa de coordenar ações mínimas para garantir a paz e a segurança mundiais”.

Esse movimento de internacionalização da capacidade normativa espalhou-se com a publicação de diversos outros diplomas internacionais. O conteúdo dessas normas demonstra que as maiores outorgas de poder do Estado têm ocorrido em relação aos direitos humanos, direito econômico e direito ambiental, ainda que esta separação entre ramos pareça cada vez mais dificultosa, tendo em vista que dignidade do homem, o comércio e meio ambiente estão, hoje, cada vez mais interligados.

Dentro dessa perspectiva, existe um elemento comum nesses direitos que os credenciam a figurarem em um ordenamento universal que seja uniforme: a natureza difusa dos mesmos. Assim, sua amplitude é de tal grandeza que o desrespeito a esses preceitos criaria riscos globais, como, por exemplo, as violações ao meio ambiente e à paz e à segurança internacionais (STONE, 2004).

As duas guerras mundiais chamam, portanto, a atenção da comunidade internacional de que os direitos humanos extrapolam o poder de positivação estatal. Destarte, foi justamente o sofrimento e o horror extremos provocados pelas práticas de extinção étnica vividas nos conflitos que marcaram a primeira metade do século XX que fizeram com que surgisse a percepção de que determinadas ações dos Estados criam um “risco globalizado”, de maneira que a soberania não

Alemanha aceitasse todas as responsabilidades por causar a guerra e que fizesse reparações às nações da Tríplice Entente.

deve ser vista como absoluta, assim como o direito interno não se sustenta, em todas as situações, como inflexível e ocupando lugar no ápice hierárquico de um ordenamento jurídico que seja global.

Ademais, não restam dúvidas que tais acontecimentos inauguram, essencialmente após a Segunda Guerra Mundial, o espaço para o debate a respeito de um futuro direito mundial e um constitucionalismo que seja universal. A partir dessa possibilidade, Simeão entende que

O lugar do político no direito nacional, considerando-se a concepção liberal ainda reinante, encontra-se na Constituição, principal e primeira demonstração de soberania estatal, de modo que é forçoso concluirmos que a ideia de mundialização normativa impõe a necessidade de revisão quanto a alguns dogmas do constitucionalismo. Reforça tal necessidade um consenso mínimo ou padrão ético comum baseado no caráter cada vez mais difuso, em nível planetário, dos direitos imanentes à pessoa humana. A unificação do direito, no que diz respeito às relações internacionais, constitui uma das mais importantes tarefas de nossa época. Alguns, ligados à visão particularista do século XX, denunciam-na como uma quimera; no entanto, a posição quimérica é bem mais a das pessoas que julgam poder perpetuar, no estado atual do mundo, uma situação que consagra a anarquia nas relações internacionais de direito. No século XX era quase impossível pensar numa realização da unificação internacional do direito substituindo os diferentes direitos nacionais. Essa etapa, contudo, resta transposta, e as legislações internas de quase todos os países cedem a preceitos fundamentais positivados internacionalmente. Hoje representa desafio, diante do que entendemos por democracia, pensar num direito supranacional uniforme decretado por um legislador mundial (SIMEÃO, 2008, p. 03).

Uma vez estabelecida a base histórica em que se fundou o constitucionalismo universal, cabe observar doravante como surge o elemento pré-jurídico do fenômeno constitucional em seu estágio universal.

2.5.2 O PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

Assim como existe no constitucionalismo afeto aos direitos internos dos Estados o poder constituinte originário (tratado no item 2.3), há, no âmbito internacional, o poder constituinte supranacional, poder constituinte transnacional ou global, caracterizado como um poder de fato e encarregado de fazer/reformular as Constituições transnacionais, supranacionais ou universal.

Tal poder tem sua fonte de validade na cidadania universal, na multiplicidade de ordenamentos jurídicos, no desejo dos povos de se integrarem e interagirem, propondo um redimensionamento no conceito clássico de soberania, com o fim de elaborar Constituições que

extrapolem fronteiras domésticas de um Estado, em nome de uma integração maior, com vistas a alcançar uma comunidade de nações.

Segundo Maurício Andreiuolo Rodrigues, agindo de fora para dentro, o poder constituinte supranacional busca estabelecer uma Constituição supranacional legítima, uma vez que

[...] faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional (RODRIGUES, 2000, p. 12).

Assim, ao se abordar o poder constituinte supranacional é inevitável a sua comparação com o poder constituinte originário, tendo em vista que ambos são iniciais e inauguram uma nova ordem jurídica.

De forma pouco técnica poder-se-ia assinalar que o poder constituinte supranacional também é, de certo modo, um poder constituinte originário. Existem, contudo, diferenças, tanto no que tange à titularidade quanto ao alcance. Nesse norte, se no primeiro o fundamento repousa na cidadania universal e sua atuação é verificada em um bloco de Estados soberanos, no segundo, como visto, temos o povo como titular e sua atuação é observada no âmbito interno dos Estados¹⁴.

São quatro as forças legitimadoras do poder constituinte supranacional: a doação de parcelas de soberania dos Estados-membros a um órgão comunitário; a cidadania universal que se alicerça na dignidade da pessoa humana e na ética universal; a vontade de integração baseada no anseio de se conduzir por uma Lei Fundamental; e o pluralismo político que se fundamenta na diversidade de ordenamentos jurídicos convivendo harmonicamente (RODRIGUES, 2000).

Há quem opine no sentido de não ser possível o exercício de um poder constituinte supranacional. Isso porque quem defende a não existência de um constitucionalismo universal, também ignora, por consequência, a possibilidade de haver um poder que o crie. Tal discussão será vista com maior profundidade mais adiante no item 2.8.

¹⁴ Há uma diferença na titularidade do poder constituinte originário para Sieyès e para outros autores como, por exemplo, Jean-Jaques Rousseau. Para Sieyès, o titular do poder constituinte é a nação, entendida como o povo durante os tempos, ou seja, uma encarnação aistórica do povo. Já para Rousseau, a titularidade do poder constituinte originário pertence à soberania popular, porque apenas é legítimo o governo que respeita e representa a vontade geral (SILVEIRA, 2006).

Porém, cumpre adiantar que, conforme pontua Alexandre Coutinho Pagliarini em seu artigo *Novo Mundo e Constituição Global*, as críticas à existência do poder constituinte supranacional esbarram no que o autor denomina de “equivoco óptico”, ou seja, leem um novo momento constitucional com os olhos de um antigo *status* constitucional.

Pagliarini continua sua argumentação afirmando que

Nos moldes tradicionais, um poder constituinte é tido como uma latência responsável pela feitura de uma Constituição, incidente sobre um povo, um território e uma soberania. Estas são as conclusões do constitucionalismo clássico. E não poderiam ser diferentes tais conclusões, uma vez que o constitucionalismo moderno é o movimento representativo do Estado-nação, que teve o delineamento de seus contornos impulsionados pela Revolução Francesa. Nesta esteira, tecem-se críticas, segundo as quais: (i) o poder constituinte não poderia ser exercido por meio de tratado internacional; (ii) os povos reunidos não poderiam produzir um poder em latência, um poder constituinte supranacional, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar um só Estado e nele positivar uma só Constituição (PAGLIARINI, 2008, p. 11).

O poder constituinte supranacional ao encontrar sua fonte de validade no pluralismo de ordenamentos jurídicos, no consenso e na busca pela integração e na soberania remodelada abre a possibilidade de discussão acerca da existência de um conceito de constituição global, a ser analisada no próximo tópico.

2.5.3 BASES CONCEITUAIS DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

A concepção de constitucionalismo universal agrega conceitos tanto do Direito Constitucional quanto do Direito Internacional. A fim de bem elucidar a relação entre essas áreas do direito público que compõem a base teórica do constitucionalismo universal, é possível representá-las simbolicamente por círculos não concêntricos que se sobrepõem em alguma medida (ver Figura 1 abaixo).



Figura 1: círculos não concêntricos representativos do Direito Constitucional e do Direito Internacional Público.

O ponto de toque entre ambos é exatamente onde reside o conceito de constitucionalismo universal. Com efeito, em virtude de já ter sido traçado os principais aspectos acerca do Direito Constitucional no que se refere ao constitucionalismo, passar-se-á agora a alguns elementos que fundamentam o Direito Internacional Público (DIP) e o caráter universal das normas jurídicas.

Nessa senda, Francisco Rezek (2011) elucida que o Direito Internacional Público, também conhecido como direito das gentes¹⁵, é “um sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, [...] o qual repousa sobre o consentimento” (REZEK, 2011, p. 27).

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011) entende que o Direito Internacional Público poderia ser conceituado, de forma sintética, como a disciplina jurídica da sociedade internacional. Em uma definição mais abrangente, o mencionado autor aponta que

O Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais (MAZZUOLI, 2011, p. 63).

Percebe-se, desse modo, que o Direito Internacional Público objetiva regular por meio de normas jurídicas as relações internacionais, sendo, assim, apenas um dos componentes do cenário internacional. Igualmente, o DIP, como, de modo geral, todo ramo do Direito, está intrinsecamente ligado ao meio social que pretende regular, nesse caso, a sociedade internacional.

É com fulcro nessas premissas, em conjunto com os preceitos de Direito Constitucional anteriormente apresentados, que se insere o constitucionalismo universal em uma intersecção das duas áreas. O conceito de constituição global, portanto, não seria outra coisa que não fosse o corolário de uma sequência natural de circunstâncias, incluindo aspectos conceituais, ligando-se, assim, à concepção histórico-universal de Constituição.

Nessa esteira, o jurista português Paulo Ferreira da Cunha (2010), entendendo que a dimensão universalista do direito constitucional moderno é uma constante, se posiciona no sentido de que o “constitucionalismo de hoje tem de ir mais longe. Já está a ir mais longe. O constitucionalismo global funda-se sobre valores e princípios constitucionais gerais, também eles

¹⁵ Expressão, utilizada até hoje no sentido de direito das nações ou dos povos, mas que vigorava como principal até o surgimento da expressão “Direito Internacional”, cunhado pelo jurista inglês Jeremy Bentham em 1780.

globalizados. Um dos primeiros exemplos desta universalização é precisamente a busca da felicidade¹⁶ (CUNHA, 2010, p. 11).

Cunha continua seu raciocínio concluindo que

O direito constitucional global é, assim, muito mais vasto e muito mais complexo que o seu pai, o direito constitucional que se apresentava como estritamente nacional (embora já tivesse um fundo comum nos princípios, muitas vezes), e que o seu avô, o direito político. O novo direito constitucional do mundo globalizado tem um novo rosto. Começa por ser muito mais técnico (e implica assim um procedimento e um processo constitucionais subtis), e é assim mais eficaz. O constitucionalismo global é uma ideia dinâmica. Ele fará o seu caminho, com as mesmas dificuldades e as mesmas esperanças que a globalização pacífica e intercultural. Não deve nunca tratar-se de uma globalização uniformizadora, mas de uma globalização que respeite as diferenças (CUNHA, 2010, p. 09-10).

Em outros termos, o constitucionalismo universal, a partir de uma visão constitucional contemporânea, seria um conjunto de normas jurídicas no âmbito internacional que regulam as relações de coexistência e cooperação entre Estados, limitando o poder e a soberania destes – uma vez que são dotados de diferentes graus de desenvolvimento socioeconômico e de poder –, e, além disso, implicando na irradiação desses valores abrigados em um diploma normativo internacional por todo o ordenamento jurídico mundial.

2.6 O CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

2.6.1 O FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL: A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL DO DIREITO INTERNACIONAL

Ao buscar uma justificativa para a vigência da norma de Direito Internacional, Hans Kelsen (2003) assinala que se se considera que o Direito Internacional é apenas parte integrante da ordem jurídica nacional representada como soberana, seu fundamento de vigência é a norma fundamental referida à Constituição eficaz (visão dualista¹⁷).

¹⁶ A chamada *pursuit of happiness*, já presente na declaração de independência dos EUA.

¹⁷ Para os denominados dualistas, o DIP e o direito interno dos Estados formariam duas ordens jurídicas completamente distintas e independentes; os dualistas justificam essa afirmação defendendo que as normas internas e internacionais regulariam relações distintas, possuindo objetivos diferentes.

Por outro lado, Kelsen aponta que quando o Direito Internacional é considerado não como parte integrante da ordem jurídica nacional, mas sim como uma única ordem jurídica soberana, supra ordenada a todas as ordens jurídicas nacionais, delimitando-as nos respectivos domínios de validade. Nesse sentido, se partiria não do primado da ordem jurídica nacional, mas do primado da ordem jurídica internacional (visão monista internacionalista¹⁸).

É com base nessa segunda posição que se funda a possibilidade de existência do constitucionalismo universal, uma vez que nessa hipótese a norma de Direito Internacional representa o fundamento de vigência da ordem jurídica nacional. Nos dizeres de Hans Kelsen:

[...] uma norma do Direito Internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base numa Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção. Ela legitima assim, para o domínio territorial de sua eficácia real, esta ordem jurídica como válida, assim como legitima como Estado, no sentido do Direito Internacional, a comunidade constituída através desta ordem legítima (KELSEN, 2003, p. 240).

Nesse caso, o fundamento de vigência do direito interno pode ser, segundo Kelsen, a norma fundamental do Direito Internacional, ou seja, o fundamento de vigência de determinado ordenamento jurídico nacional não reside numa norma pressuposta, mas sim numa norma jurídica positiva do Direito Internacional. A norma fundamental do Direito Internacional, por sua vez, é uma norma pressuposta e representa o pressuposto sob o qual as normas globalmente eficazes (as que regulam as condutas dos Estados entre si) são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados.

Denota-se esse *unilateralismo internacionalista*, expressão apresentada por André de Carvalho Ramos (2012), a partir da própria visão que o Direito Internacional apresenta de si mesmo por meio da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que, em seu artigo 27, dispõe que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Assim, o ponto de liame entre o pensamento kelsiniano e a possibilidade de se afirmar a existência do constitucionalismo universal reside justamente dentro dessa análise: se o fundamento

¹⁸ Segundo a visão monista internacionalista ou radical, apresentada por Kelsen ao longo do início de sua carreira acadêmica, a norma fundamental que justificaria a validade de todo o Direito seria a norma internacional, ou seja, o direito interno dos Estados não poderia contrariar o DIP, sob pena de invalidade. É importante notar que já ao final de sua cátedra, Kelsen adota uma postura mais moderada em relação ao monismo, posicionando-se no sentido de que tudo dependerá do disposto na Constituição de um Estado: em certos conflitos prevaleceria o DIP, em outros deveria ser aplicado o direito interno dos Estados.

de vigência das ordens jurídicas nacionais se encontra numa norma da ordem jurídica internacional, esta é concebida como uma ordem jurídica superior àquelas e, portanto, como a ordem mais elevada de todas, como a ordem soberana, fatores esses inegavelmente presentes no constitucionalismo global.

Uma vez estabelecida a contribuição do pensamento de Kelsen para o fenômeno constitucional universal contemporâneo, passa-se à análise no próximo tópico do porquê a visão presente em uma obra do início do século XX traz importantes elementos para a compreensão de um processo jurídico que está em curso na atualidade.

2.6.2 VISÃO ORDENAMENTAL

Conhecido por possuir uma visão ordenamental do direito público positivo, o autor italiano Santi Romano figura no rol dos teóricos que buscam descentralizar a produção normativa do monopólio do aparelho estatal, deslocando o eixo jurídico do Estado para a sociedade, ou seja, enquanto o ente governamental é compacto e representa somente uma projeção parcial do direito, a sociedade hospeda manifestações marcadas pela mais clara diversidade substancial, operando a partir de suas próprias distinções e valorações sociais.

Essa ótica da Ciência do Direito aparece, principalmente, em sua obra *O Ordenamento Jurídico* (do original italiano *L'ordinamento Giuridico*) publicada oficialmente em 1918. Paolo Grossi (2008), professor da Universidade de Florença, responsável pela introdução do referido livro, aponta que a revolução cultural de Romano está, antes de tudo, na substituição de uma visão objetiva a uma visão subjetiva, tendo como êxito consequente e relevantíssimo uma notável reavaliação da realidade de ordenar.

Santi Romano inicia o cotejo da instituição como ordenamento jurídico internacional com uma pergunta-problema de cunho ontológico: seria a ordem jurídica internacional uma instituição? Para responder ao questionamento, não restam dúvidas, para o autor, de que se deve buscar em uma outra indagação: a comunidade dos Estados apresenta as características estruturais que são também as características essenciais de todo sistema jurídico?

Nesse norte, a doutrina clássica, segundo escólio de Romano, impõe dois obstáculos para aceitação do ordenamento jurídico internacional como uma instituição: a sociedade internacional não é uma pessoa jurídica e que a comunidade de Estados não é juridicamente organizada. Esses

dois aspectos colocam, pois, nítidas dificuldades para a afirmação do direito internacional como instituição, tendo em vista que esta é, justamente, sinônimo de organização; igualmente, em virtude de faltar um poder ao qual os Estados estivessem individualmente submetidos, não haveria que se falar em uma sociedade internacional organizada juridicamente.

Romano, no entanto, advoga no sentido contrário. Em se afirmando que todos os Estados deveriam estar sujeitos a tal poder supranacional, que faria com que nenhum Estado e nem mesmo uma maioria destes tivesse preeminência sobre os outros, este poder poderia se referir somente à comunidade, o que importaria dizer que ela necessariamente deveria ser constituída em uma pessoa jurídica. Assim, Romano aponta que

[...] ao ser admitido que as comunidades onde subsiste uma igualdade em sentido absoluto – como é o caso da comunidade internacional –, somente se tornariam juridicamente organizadas quando fossem pessoas jurídicas [...] é uma tese arbitrária e indemonstrável. [...] deve ser considerado que a condição de igualdade e recíproca independência em que se encontram os membros das ditas sociedades seja somente uma característica da sua organização ou, se assim se quer, um efeito desta mesma (ROMANO, 2008, p. 98).

Do mesmo modo, o conceito de organização não há de implicar necessariamente em uma relação de superioridade e de correlativa subordinação. Ou seja, considera-se que o acordo, fonte que origina o direito internacional, produz uma vontade que não é mais a dos Estados individualmente, mas uma vontade única, sendo superior àquela. Desse modo, o Direito Internacional – que adquire o caráter de *ius supra partes* – passa a se dirigir em comandos ou imperativos aos Estados.

Todos esses fatores concatenados dão fulcro a existência de uma organização da comunidade interestatal. A partir dessa ideia, Romano elucida que a sociedade internacional organizada juridicamente

[...] não terá órgãos próprios no mesmo sentido dos entes que possuem personalidade, não encontrará fundamento na subordinação e na independência de alguns Estados em relação aos outros, mas implicará uma sujeição de todos os Estado que são seus membros em relação a um poder impessoal, não subjetivo, o mesmo que permite e determina a existência da comunidade (ROMANO, 2008, p. 98-99).

Observa-se, justamente por intermédio de tal visão do jurista italiano em tela, uma conexão essencial do seu pensamento com o fenômeno do constitucionalismo universal. Isso porque, ao apresentar o sistema jurídico internacional como instituição/organização que pode existir sem a

necessidade de subordinação formal nem a superioridade de normas ou Estados sobre outros no cenário internacional, mas sim conectados juridicamente de forma unitária por um preceito (poder) impessoal objetivo – que marca a existência da comunidade internacional – vai exatamente ao encontro do que postula o constitucionalismo universal, tendo em vista que este prega a possibilidade de preceitos jurídicos universais pactuados pela sociedade dos Estados que regulamentem (sem hierarquia formal, mas sim material) as relações entre estes.

O Direito Internacional, portanto, assim como o direito interno, ao se afirmar em seu primeiro momento como instituição, como produto necessário da organização interestatal, da estrutura com a qual, de fato e de direito juntos, esta forma, concretiza o ordenamento jurídico internacional.

Com esse entendimento, Romano conclui que

O direito internacional é o ordenamento imanente da comunidade dos Estados; que nasce com ela, sendo dela inseparável; que é necessário procurá-lo na instituição em que se concretiza tal comunidade, mais do que em normas advindas de acordos particulares; e que este é, portanto, antes de tudo e no seu aspecto unitário, organização ou instituição (ROMANO, 2008, p. 104).

Ao tratar da temática, Romano parte da ideia sustentada pelo filósofo alemão Georg Friedrich Hegel segundo o qual o Estado não pode ser submetido a uma vontade superior à sua própria, afirmando que o direito internacional não consiste em uma vontade geral constituída acima dos Estados, mas se resolve na vontade particular de cada um desses. Tal assertiva equivale, pois, a uma negação do Direito Internacional, que se transforma em um direito público do Estado.

Essa discussão traz à baila o debate das correntes doutrinárias que tem por objetivo explicar a prevalência do direito interno ou do Direito Internacional, quando da ocorrência de conflito normativo entre as duas esferas de atuação, tradicionalmente divididas em monismo e dualismo.

Para os autores dualistas, segundo Rezek (2011), o Direito Internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional.

Por seu turno, os teóricos monistas dividiram-se em duas linhas. Uma delas sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do Direito Internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas, ou seja, voltam-se para a perspectiva de que se instaure uma ordem jurídica que

seja única. A outra entende que o primado do direito nacional de cada Estado soberano, segundo o qual a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária, dando relevo, desse modo, à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional.

Trazendo tal cizânia para a obra de Romano, este assevera que a tentativa de encontrar um meio termo que significasse salvar o dogma da incoercibilidade do Estado – através e com o concurso da sua própria vontade – e, ao mesmo tempo, salvar a autonomia do Direito Internacional, busca se resolver entre duas afirmações contraditórias: que o Direito Internacional depende da vontade dos Estados e que tal vontade se impõe.

Nessa senda, Romano se posiciona no debate entre monistas e dualistas do seguinte modo:

[...] pode-se compreender melhor a separação que atualmente se admite, em geral, entre a ordem jurídica estatal e a internacional. Daí advém a possibilidade de que o primeiro contenha elementos contrários ao segundo e vice-versa, sem que tal fenômeno invalide ou detraia alguma coisa ao seu respectivo caráter jurídico. Cada um desses é independente e possui uma própria autonomia, fazendo com que, no seu âmbito, desenvolva livremente a sua vida e a sua força. Partindo de premissas diferentes, o contraste entre o direito internacional e o estatal não deveria ser considerado admissível (ROMANO, 2008, p. 144).

É importante repisar, por oportuno, a antítese de que o Direito Internacional depende da vontade dos Estados e que tal vontade se impõe. Dentro dessa análise, observa-se que “o direito internacional parece verdadeiramente direito somente enquanto vincula e domina a vontade estatal, ou seja, enquanto transcende e se afirma como entidade em si” (ROMANO, 2008, p. 144), que, conforme já pontuado, se refere ao ordenamento da comunidade internacional, cujos Estados individualmente são, ainda que materialmente, subordinados aos preceitos jurídicos universais.

Reside nesse aspecto, por assim dizer, uma das maiores contribuições da obra de Santi Romano para o entendimento do fenômeno atual do constitucionalismo universal por intermédio da consolidação de um ordenamento jurídico internacional.

Isso porque ao descentralizar a produção normativa do monopólio do Estado, deslocando o eixo jurídico do ente estatal para a sociedade internacional, juntamente com a visão do direito como instituição, Romano é capaz de demonstrar que a figura de um ente governamental no cenário internacional como uma entidade superior aos Estados não precisa necessariamente existir, tendo em vista que tal ente é compacto e representa somente uma projeção parcial do direito. É, pois, no

próprio corpo social internacional que residem as manifestações marcadas pela mais clara diversidade substancial, operando a partir de suas próprias distinções e valorações sociais.

Diante dessa possibilidade, estando consolidada a ordem jurídica internacional, o constitucionalismo universal, entendido como um conjunto de princípios e normas institucionalizadas nessa própria ordem internacional (que regula as relações de coexistência e cooperação entre Estados), decorreria da própria vontade da sociedade internacional em manifestar preceitos universais de respeito a determinados valores (mormente paz e a dignidade da pessoa humana).

Esse acordo que emana da comunidade internacional seria assim uma manifestação pré-jurídica da vontade dos atores internacionais, que, para que se possa falar em um diploma constitucional universal, deveria ser materializado em um documento normativo. Essa é a situação, conforme será demonstrado no próximo capítulo, da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diplomas que expressam a mundialização do direito e o constitucionalismo universal.

2.6.3 AS NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL: *JUS COGENS*

No âmbito do Direito Internacional Público, é importante diferenciar as normas de direito dispositivo (*jus dispositivum*), a maior parte delas, e as normas de direito imperativo (*jus cogens*), em número bem reduzido.

Nessa esteira, as primeiras são definidas com base no acordo realizado entre dois ou mais Estados, os quais podem excluir a sua aplicação ou modificar seu conteúdo, ao passo que as segundas não admitem a exclusão ou a modificação do seu conteúdo e declaram nulo qualquer ato contrário ao mesmo.

As normas de direito dispositivo visam satisfazer os interesses individuais e comuns dos Estados. Já as *jus cogens* buscam dar resposta aos valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade, o qual pressupõe um nível hierárquico superior das mesmas diante das restantes.

Dessa forma, as normas *jus cogens* são dispositivos internacionais imperativos e não admitem derrogação a não ser por outra norma de *jus cogens*.

Coube à Convenção Internacional de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT)¹⁹ a função de explicitar a conceituação jurídica do termo *jus cogens*. Nesse sentido, o artigo 53 da mencionada convenção dispõe que:

Art. 53. A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza (BRASIL, 2009).

A Convenção de Viena de 1969 também menciona os efeitos que as normas cogentes têm sobre as demais fontes de Direito Internacional em seus artigos 64 e 71, *in verbis*:

Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Art. 71. 1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e

b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:

a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;

b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral (BRASIL, 2009).

É certo, contudo, que a CVDT foi propositalmente omissa quanto à determinação do rol de normas pertencentes ao *jus cogens*. Isso porque havia um entendimento de que mesmo um grupo meramente exemplificativo de normas cogentes poderia limitar a sua própria interpretação e alcance no sistema jurídico internacional.

Em que pese não haja na norma convencional internacional exemplos práticos de normas imperativas, Cláudio Finkelstein (2013) pontua que, tendo como base a definição firmada pela CVDT, para que uma norma internacional seja considerada *jus cogens*, são necessárias três condições:

(i) em primeiro lugar, a norma deve ser geral e vincular a maioria dos Estados – o que implica a exclusão de normas regionais do conceito de *jus cogens*.

¹⁹ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com reserva aos artigos 25 e 66, por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

(ii) a definição requer que a norma seja aceita e reconhecida pela comunidade internacional como não derogável, não sendo necessário que todos os Estados comunguem dessa opinião: o que é necessário é que ao menos vasta maioria dos Estados reconheçam a norma como peremptória. Como resultado, a abordagem puramente consensualista do direito internacional é parcialmente abandonada, uma vez que a maioria qualificada dos Estados pode vincular a minoria. [...]

(iii) em terceiro lugar, nenhuma derrogação será permitida à norma de *jus cogens*. Isso não é pré-requisito para as normas peremptórias, mas também uma consequência delas, já que o objetivo principal das normas de *jus cogens* é proteger os interesses fundamentais da comunidade internacional. Como resultado, os Estados não podem adotar ações que contrariem normas de *jus cogens* que serão consideradas nulas (FINKELSTEIN, 2013, p. 184-185).

Em virtude da falta de exemplificação na norma convencional, diversos autores em Direito Internacional Público passaram a discorrer sobre qual seria o conteúdo do *jus cogens*.

Em importante análise, Guido Fernando Silva Soares (2008), na tentativa de assinalar um melhor detalhamento das regras de *jus cogens*, enumera alguns casos que poderiam ser utilizados como referência para os conteúdos de tais normas: a) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz ou da segurança internacionais, como a que proíbe a agressão; b) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito à livre determinação dos povos, como a que proíbe o estabelecimento ou a manutenção, pela força, de uma dominação colonial; c) uma violação grave e em grande escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o *apartheid*; e d) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e a proteção do meio ambiente humano, como as que proíbem a contaminação maciça da atmosfera ou dos mares.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2016) o rol das normas imperativas figura no costume internacional, mas seria possível os Estados em conjunto editarem tratado com tal finalidade (inobstante, como visto, inexistir na atualidade uma convenção que esclare o conceito). Ramos pontua que, extraem-se, da prática internacional, os seguintes conjuntos normativos que possuem caráter hierarquicamente superior dentro da ordem internacional: “1) proibição do uso ilegítimo da força, agressão e da guerra de conquista; 2) autodeterminação dos povos; 3)

determinadas normas de direitos humanos²⁰, incluindo as que tratam de crimes internacionais, como o genocídio e a tortura” (RAMOS, 2016, p. 199).

Assim sendo, o papel decisivo dos valores propostos pelo *jus cogens* é inegável, principalmente na confecção de normas jurídicas aptas a regulamentar as mais diversas decisões de política internacional, quer impondo-lhes limites, quer, até mesmo, direcionando-as para determinados objetivos. Isso porque, na ordem do direito dos tratados, segundo ensinamento de Accioly, Nascimento e Silva e Casella (2012), o *jus cogens* confirma a existência de uma estrutura normativa internacional materialmente hierarquizada, em razão do conteúdo e da importância social de tais regras substanciais.

O jurista português Jorge Miranda, ao traçar um paralelo entre as normas cogentes e o constitucionalismo universal, afirma que:

Alguns recentes fenômenos permitem salientar normas com diferentes funções: são os princípios de *jus cogens*, as normas (ou algumas delas) da Carta das Nações Unidas e do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, ou as normas constantes das Convenções de Viena sobre conclusão, interpretação, validade, aplicação e cessação de vigência de tratados. Poder-se-á então falar em direito internacional fundamental ou constitucional, em direito estruturante das relações internacionais e da própria comunidade internacional; num conjunto de normas de várias origens, mas de função nuclear, e algumas das quais (as de *jus cogens*) possuem um valor superior (MIRANDA, 2002, p. 29-30).

A figura do *jus cogens* assume, dentro dessa conjuntura, um papel importante no estágio atual do Direito Internacional, reforçando a existência de um constitucionalismo e de regras imperativas a serem seguidas pela comunidade internacional em sua seara jurídica, para que sirva de parâmetro no campo jurídico internacional. O tema voltará a ser debatido de modo mais específico no item 3.2.5.

2.7 AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

2.7.1 AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNACIONAL

As teorias das Relações Internacionais, por possuírem o escopo de elaborar métodos e conceitos que possibilitem compreender a natureza e o funcionamento do sistema internacional,

²⁰ A relação entre as normas imperativas e os Direitos Humanos será devidamente analisada no item 3.2.6.

assim como explicar os acontecimentos mais importantes que moldam a política mundial, contribuíram para a análise do fenômeno do constitucionalismo universal e da mundialização do direito, uma vez que estes ocorrem no palco do cenário internacional e se desenvolveram, de forma geral, concomitantemente.

Ao assinalarem a relevância das teorias de Relações Internacionais, os autores João Pontes Nogueira e Nizar Messari elucidam que

Precisamos de um corpo particular de teorias para entender um universo específico da atividade humana cuja característica é desenvolver-se para além das fronteiras nacionais, no espaço pouco conhecido em que as ações, interações, conflitos e negociações têm lugar nas margens da jurisdição dos Estados: o espaço internacional. Os estudiosos das questões internacionais argumentam que elas possuem uma qualidade distinta dos problemas investigados pelas ciências sociais que se ocupam dos processos que ocorrem no espaço doméstico. Por isso, precisamos de uma teoria que dê conta dessa especificidade e de uma disciplina acadêmica que congregue os estudos e reúna os pesquisadores dedicados às relações internacionais (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 02).

Observa-se, portanto, que as teorias propostas para explicar o funcionamento do cenário internacional e do comportamento dos Estados também auxiliarão e darão supedâneo à compreensão do arranjo do ordenamento jurídico global.

A análise das relações internacionais passou a ter sua importância reconhecida no início do século XX. Até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o estudo das relações internacionais estivera a cargo de diplomatas, historiadores e juristas. A partir dessa data a situação mudou: notáveis esforços passaram a ser realizados no sentido de fazer, das Relações Internacionais, um campo de estudo específico e autônomo.

Desse modo, a apresentação convencional da origem e da evolução da disciplina de Relações Internacionais situa os primeiros passos para a formação da disciplina no período imediatamente posterior a tragédia da Primeira Guerra Mundial e nos rastros de destruição que ela havia deixado. Nesse ponto, já se denota que a preocupação com o estudo específico das relações internacionais coincide com o surgimento do fenômeno da mundialização do direito.

Quando o conflito chegou ao fim, os líderes das potências vencedoras foram fortemente pressionados, pela opinião pública de seus respectivos países, para punir, duramente, os responsáveis pela guerra e, também, para tomar as providências necessárias a fim de que outra guerra como aquela não voltasse a acontecer. Assim, em função da enorme capacidade bélica decorrente das conquistas tecnológicas do capitalismo oligopolista, como também o alcance

geográfico mundial do conflito, percebeu-se a necessidade de ser promovido o conhecimento da realidade das relações internacionais, particularmente dos mecanismos que engendram as guerras.

Para cumprir essa finalidade foi criada, em 1919, na Universidade de Gales (Aberyswyth), a Cátedra Woodrow Wilson de Política Internacional, a primeira escola de Relações Internacionais do mundo. Dessa forma, o primeiro departamento de Relações Internacionais foi pensado com uma preocupação normativa: os acadêmicos que se reuniram naquele departamento tinham como objetivo organizar uma disciplina em torno do estudo da questão da guerra e, mais precisamente, com a finalidade de livrar a humanidade de suas consequências nefastas. Era preciso, então, estudar o fenômeno da guerra e suas causas para poder evitar a repetição de tragédias similares às acontecidas na então chamada Grande Guerra.

É bom que se frise, contudo, que as relações internacionais, na verdade, sempre foram estudadas, ou seja, desde que o sistema europeu de Estados formou-se, a partir da Paz de Westphalia (1648), estadistas e intelectuais em geral passaram a se dedicar à reflexão sobre os fenômenos da paz e da guerra entre os Estados²¹.

A evolução teórica das Relações Internacionais é comumente apresentada pelos chamados “Grandes Debates”, os quais registram o confronto das teorias emergentes com as teorias dominantes (GONÇALVES, 2008).

O primeiro desses “Grandes Debates”, de acordo com Gonçalves (2008), aconteceu ao longo da década de 1930, opondo a corrente dominante liberal-idealista à corrente emergente do realismo. A primeira corrente acredita na perfectibilidade humana, no Direito Internacional e nas possibilidades de haver paz entre os Estados. Para os idealistas, a realização desses ideais depende do aperfeiçoamento das instituições internacionais, o qual, por sua vez, deve resultar da cooperação entre os estadistas.

Para a corrente realista, por outro lado, as relações internacionais são determinadas pelas relações de poder. Os realistas desdenham do Direito Internacional, por considerarem que o direito prevalece somente enquanto não colidir com os interesses daqueles Estados que dispõem de recursos para impor seus interesses aos demais. Na realidade, acreditam que o direito e a ordem internacional decorrem diretamente, da correlação de forças entre aqueles que detêm maior poder.

²¹ Pensadores como Nicolau Maquiavel, Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, entre outros, já haviam demonstrado, cada qual em seu tempo, a importância desses fenômenos para a definição das instituições políticas. Portanto, o fato para o qual se procura, aqui, chamar a atenção, é o de que a decisão das elites intelectuais europeias e norte-americanas de fazer, ao fim da Primeira Guerra Mundial, das relações internacionais, um objeto de ciência, não constituiu algo rigorosamente inovador.

Foi nesse contexto que Edward Hallett Carr, um diplomata britânico aposentado, escreveu o clássico livro *Vinte anos de crise*, publicado em 1939, poucos meses antes do início da Segunda Guerra Mundial. Na obra, Carr entende que a preocupação normativa dos primeiros acadêmicos da área de Relações Internacionais acabou por cegá-los. Tal preocupação obrigou esses primeiros teóricos a pensarem em termos do dever ser do mundo, em vez de estudar como o mundo realmente funcionava.

A concentração desses primeiros acadêmicos, a quem Carr chamou de utópicos ou idealistas, em problemas ético-morais, impediu-os de elaborar instrumentos analíticos que permitissem perceber os sinais anunciadores da proximidade da Segunda Guerra Mundial. Ao contrário desses idealistas, Carr definiu um segundo grupo que chamou de realistas, que estudava como o mundo realmente era e que defendia uma visão menos utópica e mais sintonizada com as dimensões do poder e do interesse que permeiam a política internacional²².

O início da Segunda Guerra Mundial, que enfatizou a vitória da lógica da sobrevivência, acabou dando razão aos realistas e enterrando os idealistas: o pensamento normativo dos últimos revelou-se perigoso porque subestimava as ameaças à sobrevivência dos Estados. O realismo saiu, então, desse primeiro grande debate, como o grande vencedor²³.

O segundo “Grande Debate” apresentado por Gonçalves (2008) aconteceu no final dos anos 1950, numa polêmica que marcou a maior participação do mundo acadêmico norte-americano na discussão teórica das Relações Internacionais. O conteúdo desse debate foi, fundamentalmente, de ordem metodológica, opondo behavioristas a tradicionalistas. O interesse dos críticos Behavioristas não era demonstrar a ineficácia da teoria Realista, mas sim, elevar sua credibilidade, por meio da introdução de metodologias científicas.

Com a chamada revolução behaviorista nas Ciências Sociais em geral, a crítica que passou a ser feita à área de Relações Internacionais deixou de ser ontológica e tornou-se metodológica. O segundo grande debate na área não foi mais um debate sobre o que estudar, mas como estudá-lo.

²² A caracterização feita por Carr desse debate como um confronto entre idealistas e realistas, como dito, ficou conhecida na área acadêmica de Relações Internacionais como o primeiro grande debate da teoria das Relações Internacionais. Era um debate ontológico sobre uma disciplina recém-criada, em que as partes eram o dever ser dos idealistas e o ser dos realistas. O primeiro grupo queria estudar como mudar o mundo para torná-lo mais pacífico, enquanto o segundo grupo queria estudar os meios à disposição dos Estados para que pudessem garantir sua sobrevivência.

²³ A publicação do livro de Hans Morgenthau *A política entre as nações*, em 1948, e sua enorme influência nas décadas seguintes vieram confirmar essa supremacia.

Os realistas científicos defendiam maior rigor científico e maior influência dos métodos das ciências exatas. Criticavam, também, a falta de diálogo com outras áreas de conhecimento científico, nas quais avanços expressivos na formulação de métodos empíricos de observação e análise da realidade objetiva haviam sido feitos. Portanto, esses realistas científicos defendiam a importação de métodos e conceitos de outras áreas, das ciências exatas em particular, como a cibernética e a biologia, assim como um uso mais intensivo de métodos quantitativos para o estudo das Relações Internacionais. Segundo eles, o realismo clássico pecava por sua falta de rigor e sua metodologia subjetiva demais²⁴.

No contexto desse mesmo segundo debate, ao lado da corrente behaviorista, veio à tona o modelo sistêmico. A denominada corrente funcionalista introduziu e consolidou o uso do conceito de sistema nas Relações Internacionais. Embora, em sua concepção original, a ideia de sistema esteja voltada para a análise de ambientes políticos restritos, dada a necessidade de controlar as variáveis passíveis de influenciar o comportamento dos atores e do sistema como um todo, estudiosos, como Morton Kaplan, deram ao conceito de sistema internacional, caráter heurístico, o qual deveria conduzir o analista, mediante o uso de sistemas possíveis, ao conhecimento geral da realidade das relações internacionais.

O terceiro “Grande Debate”, conhecido também como o “Debate dos Paradigmas”, transcorreu ao longo dos anos 1970. Os estudiosos norte-americanos Robert Keohane e Joseph Nye, autores da obra *Power and Interdependence* lançada em 1977 foram seus principais protagonistas. Contra as teses centrais da corrente realista, ambos coeditaram as duas principais obras em defesa das teses da Interdependência Complexa.

As reflexões desses autores tinham, como base empírica, algumas significativas mudanças, que ocorriam no sistema internacional, dentre as quais, destacavam-se o abandono do padrão-ouro de Bretton Woods; o primeiro choque do petróleo; o fim da Guerra do Vietnã; e o início das tensões comerciais entre os Estados Unidos e o Japão.

²⁴ Para os críticos, a teoria Realista, tal como desenvolvida por estudiosos como Hans Morgenthau, principalmente, formava-se por conceitos excessivamente gerais, os quais eram apresentados, equivocadamente como leis universais da política. Os behavioristas não duvidavam da possibilidade de prever o comportamento dos Estados. Porém, consideravam que isso somente poderia ser feito mediante o uso de metodologias adequadas, tais como os modelos matemáticos. De acordo com a nova metodologia proposta, os dados considerados importantes para a formação do poder do Estado deviam ser mensurados. A partir daí, as variações e as simulações de variações constituiriam o material da análise do especialista. Em sua perspectiva, era essa incorporação de conceitos e modelos, advindos de outras ciências, que garantiria, às Relações Internacionais, seu caráter científico.

Devido ao impacto produzido por esses acontecimentos, que apontavam para a perda relativa do poder dos Estados Unidos e, simultaneamente, para a importância crescente dos fatores econômicos nas relações internacionais, ambos argumentavam que já não era mais possível pensar o sistema internacional exclusivamente do ângulo da segurança, como o faziam os realistas. A economia internacional havia evoluído para uma etapa em que o poder passava a ser exercido mediante o uso exclusivo dos mecanismos financeiros e comerciais, sem haver a necessidade do uso ostensivo da força militar. Tornava-se necessário, então, diziam esses pluralistas, reformular a teoria das Relações Internacionais, de modo a absorver esses novos fatores de mudança da realidade.

Assim, em oposição ao realismo, os pluralistas afirmavam que o Estado não podia mais ser considerado como o único ator válido das relações internacionais; era hora de se reconhecer a existência e a influência de outros importantes atores, tais como as próprias diferentes instâncias do aparato burocrático estatal, como também as organizações não governamentais, especialmente representadas pela corporação multinacional.

Pontuavam, igualmente, a crescente importância das relações de cooperação, as quais tendiam a sobrepujar as relações de poder entre os Estados. Finalmente, contra a tese realista da hierarquia das questões internacionais encimada pelas questões de segurança, insistiam na importância relativa das questões internacionais, cuja proeminência variava segundo a conjuntura e os diferentes foros de atuação dos atores.

Por fim, o derradeiro Grande Debate apresenta uma amplitude e uma ambiguidade conceptual que dificulta a sua simplificação. O alvo da crítica é o realismo, ou melhor, são o positivismo e o empirismo, que constituiriam a base da formulação teórica realista. As posições críticas, por sua vez, têm por origem a teoria crítica, o pós-modernismo e o feminismo.

A teoria crítica rejeita a ideia realista da existência do sistema de Estados, que funciona segundo leis imutáveis e universais. Para essa escola teórica, a tese realista não passa de um discurso formulado pelas grandes potências para eternizar a dominação que exercem em nível mundial. O que os realistas denominam sistema internacional, para os críticos, na verdade, constitui uma construção histórica dirigida pelas grandes potências e determinada pelo desenvolvimento do capitalismo. Como não admitem que a ciência seja livre de valores, por conseguinte, afirmam que toda a teoria deve, não apenas produzir análises, como também funcionar como alavanca para a

mudança das relações sociais em todo o mundo, liberando os homens das estruturas opressivas criadas pelo capitalismo e mantidas pelas grandes potências.

Até o presente momento, portanto, foi realizada uma compilação das teorias que surgiram ao longo, principalmente, do século XX para explicar as relações internacionais. Como se poderá notar, várias delas têm pontos de convergência e divergência com o Direito Internacional, de forma geral, e com o constitucionalismo universal, de modo específico. Essas interações entre tais áreas do conhecimento serão vistas doravante a partir da análise das características principais das teorias de Relações Internacionais relevantes para o estudo em tela.

Porém, antes de adentrar na observação específica de cada uma das teorias das Relações Internacionais, convém retornar ao contexto do posicionamento das Relações Internacionais como ciência própria e de corte autônomo apresenta-se no escopo de ser uma ciência humana, uma ciência social e uma ciência política, por meio de um organograma (Figura 2²⁵) que revelará o posicionamento da disciplina das Relações Internacionais e suas relações com o Direito Internacional, à maneira de ilustração comparativa e esclarecimento metódico.

Os quadros sinóticos da figura mostram os troncos epistemológicos tanto das Relações Internacionais quanto do Direito Internacional, este último como integrante da Ciência Jurídica e da esfera pública normativa, suas correlações e distanciamentos como forma de explicar a realidade internacional.

O que se busca com os quadros ilustrativos é demonstrar as semelhanças e as distinções que as Relações Internacionais e o Direito Internacional Público apresentam em suas raízes científicas fundacionais, como se pode notar a partir dos diferentes caminhos que os dois ramos do conhecimento enfrentaram ao longo de seus desenvolvimentos.

²⁵ Figura adaptada do livro *Teoria das Relações Internacionais* (Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012, p. 280), de Thales Castro.

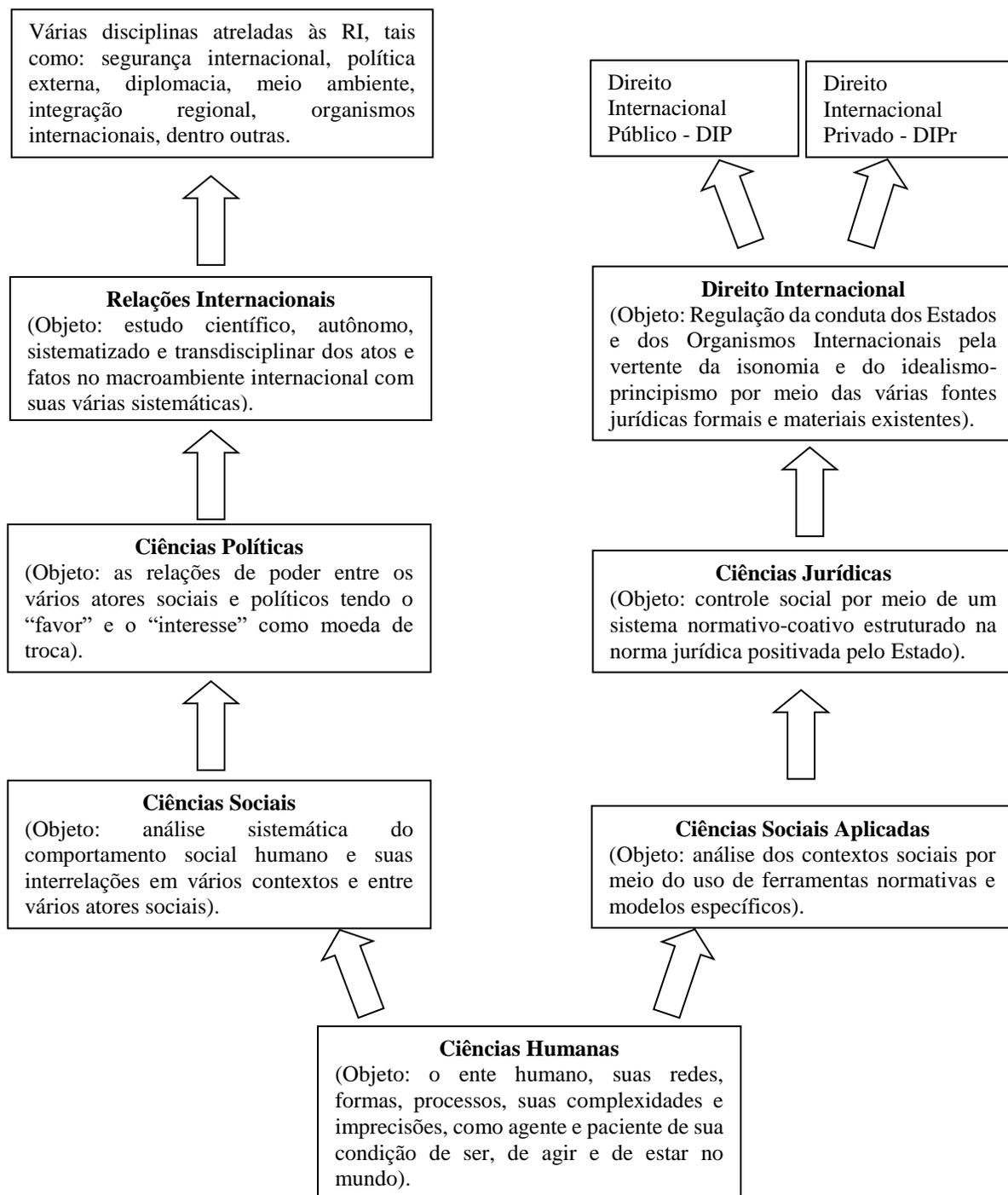


Figura 2: posicionamento das Relações Internacionais em comparação com o Direito Internacional.

O uso ilustrativo da relação com o Direito Internacional cumpre a finalidade de referendar os eixos de aproximação e de distanciamento acerca da ciência das Relações Internacionais com o tronco jurídico público do Direito Internacional. As aproximações e distanciamentos revelam quais

os objetos epistemológicos podem mostrar complementaridades bem como as diferenças pontuais e os limites operacionais de compreensão da realidade internacional dividida entre a onticidade e a deonticidade.

Tendo a ciência das Relações Internacionais raiz epistemológica como ciência humana, é compreensível, e até esperável, que os labirintos da alma humana estejam presentes em suas discussões, análises, pesquisas e prescrições. Isto é, a alma humana e sua essência com seus desvios e imprecisões representam a fonte das abstrações, das preferências, dos vieses e das parcialidades das Relações Internacionais, já que tal ciência lida com o humano em aspectos mais ampliados por meio de balizas teóricas próprias e pontuais.

Em sendo uma ciência de cunho social, as redes sociais representam o lastro mais aumentado da política internacional. A vida gregária dos vários povos configurados e materializados em Estados soberanos representa seu principal meio de diálogo científico e análise acadêmica.

Desse modo, em tendo as Relações Internacionais sua derivação como ciência política, a lógica de estudo se configura nas relações de força-poder-interesse entre os atores internacionais em seu macroambiente. Ou seja, tendo múltiplas raízes e justapostas interfaces no âmbito humano, social e político simultaneamente as Relações Internacionais estabelecem amplo campo de avaliações, com recortes metodológicos, analíticos e científicos próprios, justificando seu caráter autonomista.

Uma vez estabelecidos o contexto histórico do desenvolvimento das teorias de Relações Internacionais e sua aproximação com o DIP, passa-se a analisar nos próximos tópicos as visões de cada uma dessas principais correntes teóricas das RI quanto ao fenômeno do constitucionalismo universal.

2.7.2 A PERSPECTIVA REALISTA

A escola realista é a mais antiga e a mais amplamente conhecida das escolas de pensamento em Relações Internacionais. Será, igualmente, a teoria que mais colocará em dúvida a possibilidade de existência do fenômeno do constitucionalismo universal e da afirmação do Direito Internacional.

Tendo como pressuposto a análise filosófica mais ampla (de linha epistemológico-metafísica), Walter Bruggen define o realismo do seguinte modo:

Em oposição ao idealismo, é a concepção que afirma que o ente real existe em si, independentemente, do nosso conhecimento; que, por conseguinte, o ser não é mera produção do sujeito pensante; que o sentido do nosso conhecimento é adequar-se, é assimilar-se ao ente, apreendê-lo como ele é em si e que tal objetivo se pode alcançar, ao menos dentro de determinados limites. Seria exagero definir o “real” precisamente como aquilo que existe independentemente do nosso pensamento. Real é, antes, o que tem ser (ser real), embora este ser, exatamente como o ser de nossos atos internos e externos e de nossas operações exteriores, dependa de nosso pensamento, de nosso querer e operar (BRUGGER, 1977, p. 349).

Na verdade, portanto, a lógica mais profunda de compreensão de tais observações categóricas sobre o realismo se volta para os arquétipos de defesa da segurança pessoal e familiar por meio de obtenção das distinções humanas em razão das conquistas e do desejo reprimido de vencer, liderar e dominar os demais.

Em virtude disso, é comum a abordagem clássica da escola realista ir buscar nas concepções de Tucídides (Século V a.C. - Grécia Antiga), Nicolau Maquiavel (Século XVI – Itália) e Thomas Hobbes (Século XVII – Inglaterra) as origens do realismo.

Em síntese, Tucídides escreveu sobre a Guerra do Peloponeso e sua leitura permite extrair dois conceitos que os realistas destacam: a anarquia internacional (falta de autoridade legítima e soberana no nível internacional) e o correlato medo de não sobreviver. Outrossim, também pode ser destacado o pouco apreço de Tucídides pelos valores morais e pela justiça nas relações entre os Estados.

Por seu turno, Maquiavel deu ênfase na sobrevivência do Estado como ator (o Príncipe sem um Estado perde toda a sua relevância). Segundo os realistas, Maquiavel queria lidar com o mundo real, e não como ele deveria ser. Mais uma vez está presente, assim como na obra de Tucídides, o destaque para a relação entre os Estados desprovida de qualquer caráter moral ou ético.

Já a utilização de Hobbes pelos realistas se justifica pela comparação entre o estado de natureza hobbesiano com o estado de anarquia no sistema internacional. Nesse sentido, a falta de um soberano que tenha o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território (expressão cunhada por Max Weber para se referir ao poder de coerção do Estado) no sistema internacional é comparável ao chamado estado de natureza (impossibilidade de estabelecer um Leviatã no plano internacional).

Segundo Castro (2012), o realismo é de linha ontológica e se baseia no conceito de percepção e de detecção da realidade como é e como se apresenta de fato aos sujeitos cognoscentes.

Fundamenta-se também em como a natureza humana se correlaciona com esta realidade e se apresenta ao ser. Há uma exposição das entranhas do ser humano em tal perspectiva. O foco são as vontades muitas vezes amorais do indivíduo com seus dilemas do jogo da vida em sociedade.

A partir dessas características, João Pontes Nogueira e Nizar Messari (2005) identificam cinco premissas essenciais do realismo, que são a *centralidade do Estado*, que tem por objetivo primordial sua *sobrevivência*, a função do *poder* para garantir essa sobrevivência, seja de maneira independente – no que seria caracterizada a *autoajuda* –, seja por meio de alianças, e a resultante anarquia internacional. Existem ainda outras duas características comuns a vários realistas, mas que não são propriamente conceitos, a saber: a ênfase no que acontece no sistema internacional (as questões domésticas dos Estados não são relevantes para a análise internacional) e um pessimismo pronunciado e definitivo em relação à natureza humana, como já alhures apontado.

Nesse norte, o Estado, para a escola realista, é o ator central nas relações internacionais. Portanto, os indivíduos e grupos de indivíduos que atuam no cenário internacional o fazem em prol e em benefício dos Estados que representam. O Estado teria duas funções precisas: manter a paz dentro de suas fronteiras (estabilidade doméstica) e a segurança dos seus cidadãos em relação a agressões externas. O Estado age de maneira uniforme e homogênea e em defesa dos interesses nacionais.

Assim, o ente estatal convive com duas realidades antagônicas: uma interna em que é soberano e tem a autoridade e a legitimidade de impor decisões e diretrizes e outra realidade externa, na qual está ausente qualquer autoridade. Nesse contexto, dentro dessa segunda realidade o Estado tem como principal função a defesa do interesse nacional.

A segunda das premissas apresentada por Nogueira e Messari, a anarquia internacional, é a característica mais relevante para o estudo em tela. O que se entende por anarquia aqui não é propriamente o caos, mas sim a ausência de uma autoridade suprema, legítima e indiscutível (coexistência entre múltiplos soberanos), que possa ditar regras, interpretá-las, implementá-las e punir que não as obedece. A desconfiança é permanente entre todos – assim como no estado de natureza hobbesiano – e a sobrevivência é o único objetivo possível.

Os teóricos realistas clássicos defendem, pois, que o cenário internacional vive um estado latente de anarquia relativa, não no sentido, como dito, de ausência de estruturas e regras ou caos completo, mas na falta de um governo central, supranacional, capaz de correlacionar, eficazmente, as normas e instituições internacionais. Assim, os Estados soberanos, por exemplo, podem aplicar

os instrumentos legais público-estatais que lhes convêm, estabelecendo relações com seus sistemas jurídicos internos.

A ausência, contudo, de um efetivo e pleno arcabouço de governo superior aos Estados, com autoridade central para aplicar as normas de conduta e torná-las eficaz, faz perdurar a anarquia entrópica externa relativa da política internacional. A corrente alicerça-se, portanto, na existência de anarquia, nos dilemas de segurança o no sistema de autoajuda dos Estados²⁶. Ademais, os interesses individuais dos atores políticos dão forma, funcionamento e coesão ao sistema político centrado em interesses.

Como se percebe, tal premissa anárquica que permeia, para os realistas, as relações entre os Estados no cenário internacional, é o ponto nevrálgico de divergência de tal corrente teórica com a possibilidade de existência de um constitucionalismo que seja universal.

Isso porque, ao trazer a anarquia nas Relações Internacionais para uma análise dentro da Ciência Jurídica, notar-se-á que essa associação virá ao encontro de um dos principais questionamentos que se coloca ao estudar o Direito Internacional Público: como é possível falar em ordem jurídica num sistema de normas incapazes de centralizar o poder? Ou, ainda, quais seriam as condições necessárias para se afirmar existir uma ordem jurídica internacional?

A inexistência de um poder centralizador no Direito Internacional faz nascer a ideia de que em âmbito jurídico (bem ao contrário do sistema jurídico interno) não existe centralização de poder, bem como uma autoridade com poder de impor aos Estados as suas decisões. Em outros termos, não existe ainda na seara internacional nenhum órgão com jurisdição geral capaz de obrigar os Estados a decidirem ali suas contendas.

É por tais motivos que doutrinadores como Francisco Rezek (2011) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011), entendem que as relações jurídicas internacionais se desenvolvem quase que inteiramente em nível horizontal, o que evidencia o caráter embrionário das normas de organização da sociedade internacional.

Isso faz com o que, para tais teóricos, o direito das gentes desconheça, sob o aspecto formal, o princípio da hierarquia das leis, o qual só é compreensível sob o aspecto material e, mesmo assim,

²⁶ Existem, contudo, vozes dissonantes de tal afirmação, como se observa do posicionamento de Robert Jervis, em seu famoso artigo intitulado *Cooperation Under de Security Dilema*. Nessa senda, Jervis afirma que a cooperação entre as nações é inegável nas relações internacionais, principalmente no que se refere à segurança. Para tanto, traça uma comparação de tal necessidade de cooperação entre os Estados com o dilema do *stag hunt* (ou caça ao veado). Com tal analogia, Jervis nem ignora a existência do dilema da segurança nem afirma que a cooperação é a regra nas relações internacionais.

com núcleo de regras advindas do costume. A subordinação, clássica na ordem interna, dá lugar à coordenação na ordem internacional, motivo pelo qual a vontade (ou o consentimento) dos Estados ainda é o motor da sociedade internacional contemporânea.

Destarte, não existiria uma subordinação formal ou uma hierarquia das fontes normativas propriamente ditas (que seria, portanto, regida pelo princípio da coordenação), mas sim uma subordinação material aos preceitos institucionalizados pelo diploma internacional pactuado.

A terceira premissa do realismo seria a sobrevivência. Para os realistas, o interesse nacional do Estado é algo predeterminado e resulta da dupla realidade anteriormente mencionada. Esse interesse nacional se materializa na sobrevivência do Estado e sua permanência como ator. Essa sobrevivência que é o interesse nacional supremo e fundamental, que deve levar à mobilização de todas as capacidades nacionais e ao qual se submetem todos os demais interesses.

Deve-se garantir a paz doméstica e a segurança internacional, já que, ao se garantir a sobrevivência do Estado, se garante também a sobrevivência do indivíduo, isto é, a fórmula também continua sendo válida no sentido oposto.

A quarta característica é o poder. Enquanto alguns autores definem o poder como a soma das capacidades do Estado em termos políticos, militares, econômicos e tecnológicos, outros estabelecem uma definição de poder em termos relativos, ao definirem o poder de um Estado não em relação a suas capacidades, mas sim em comparação com os demais com os quais compete²⁷.

Por fim, o quinto elemento da escola realista – a autoajuda – dá-se como um resultado da anarquia internacional, já que os Estados têm a obrigação de lutar por sua sobrevivência e de utilizar todos os mecanismos de poder que lhes são disponíveis. Assim, nenhum Estado pode contar total ou parcialmente com outros Estados para defendê-lo. A autoajuda se caracteriza, portanto, pelo fato de que nenhum Estado pode contar com outro para defender seus interesses e sua sobrevivência.

Conclui-se, pois, que o Direito Internacional não é um sistema normativo interestatal (*corpus juris*) pleno, completo, integralizado quando analisado sob a ótica realista das Relações

²⁷ Kenneth Waltz, um dos fundadores do neorealismo ou realismo estrutural, entende, por sua vez, que o poder é a capacidade de influenciar o sistema internacional mais do que ser influenciado por ele. Enquanto Hans Morgenthau, importante teórico do realismo clássico, afirma que os Estados procuram o poder visando à manutenção do *status quo*, à expansão ou ao prestígio, Waltz define o poder como um meio para garantir a sobrevivência e a segurança. Outro conceito importante é o de equilíbrio/balança de poder. Para Morgenthau, a balança de poder é um fruto de uma política escolhida e adotada por estadistas que tomam decisões específicas no plano externo (só o poder limita o poder). Já Waltz, de maneira diferente, afirma que a balança de poder é algo inerente ao sistema internacional, se referindo, assim, mais à distribuição de poder do que ao equilíbrio de poder.

Internacionais, muito pelo contrário. A eficácia e a efetividade do Direito Internacional – entendido como um conjunto de instrumentos jurídicos propostos pelos Estados, com o exercício exclusivo da *summa potestas*, e pelos Organismos Internacionais com o objetivo ideal de regular a conduta coletiva – é dependente, para o realismo, de fatores extra-normativos que lhe conferem grau reduzido, relativamente, de jurisdicização.

2.7.3 A CORRENTE LIBERAL-IDEALISTA

Filosoficamente considerado, o liberalismo traz oposição ao conceito de egoísmo ético, estabelecendo a vitalidade do altruísmo ético. Na verdade, o classicismo liberal é expressão ampla que comporta uma série de matrizes jusfilosóficas e naturalistas que, juntas, representam o paradigma do liberalismo nas Relações Internacionais.

Enquanto o realismo – *lato sensu* – advoga no sentido da centralidade no e para o Estado, o liberalismo não desconsidera a importância do Leviatã, porém, enxerga outras forças pulverizadas juridicamente guiadas no interior e no exterior dos Estados que possuem papel legitimador nas Relações Internacionais.

O liberalismo que, às vezes, assume diferentes facetas de nomenclatura como idealismo, traz as sementes de interpretação e de práxis pela ótica deontológica, ou seja, no contexto do “dever ser” e tem respaldo em teóricos clássicos como Immanuel Kant (2008).

Ademais, a noção progressista e otimista sobre a natureza humana, a confiança no progresso humano, a partilha de responsabilidades comuns em prol da paz, da justiça e da cooperação, bem como a força normativa das instituições multilaterais, dos regimes internacionais e das regras pactuadas entre os povos são características essenciais do liberalismo.

Percebe-se, mesmo que a partir de tais notas introdutórias acerca da teoria liberal-idealista, que esta será uma das principais correntes a recepcionar a existência tanto do Direito Internacional como instituto legítimo para a resolução das controvérsias internacionais quanto do constitucionalismo universal.

Cumprе enfatizar, nesse sentido, que os principais objetos epistemológicos do liberalismo são idealizações tópicas acerca da conduta externa dos atores pelo viés axiológico e principiológico. Tais objetos representam balizas garantidoras da ordem internacional por intermédio da matriz isonômica, legalista, previsível, ordenada, pacífica e cooperativa.

Dentro dessa análise, Immanuel Kant, na sua obra *À Paz Perpétua*, lança as bases e consolida o ideário liberal (idealista), que pode ser abaixo transcrito à maneira de exploração de suas premissas inspiradoras essenciais dentro do Direito Internacional:

A ideia do direito internacional pressupõe a separação de muitos Estados vizinhos independentes uns dos outros, embora uma tal situação seja em si já um estado de guerra (se uma união federativa entre eles não previne a eclosão das hostilidades); é, contudo, mesmo este estado, segundo a ideia da razão, melhor do que fusão deles por uma potência que cresça uma sobre a outra e que se converta em uma monarquia universal, porque as leis, com a abrangência aumentada do governo, sofrem danos com a sua pressão sempre e um despotismo vazio de alma, depois que extirpou os germes do bem, genera, ao fim, em anarquia (KANT, 2008, p. 52).

A famosa obra de Kant mencionada, importante marco do liberalismo clássico e o de linha democrático-republicana, também traz uma série de recomendações para a busca da paz perpétua, depositando, para tanto, relevante destaque no Direito Internacional, como se vê pelo quadro abaixo (Figura 3²⁸):

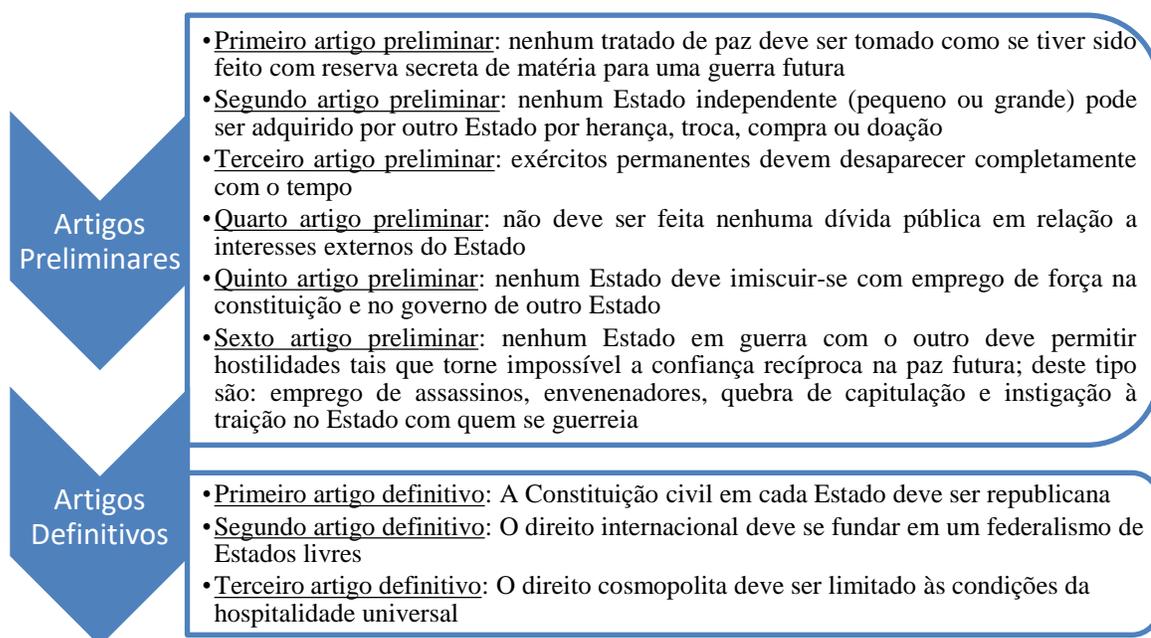


Figura 3: recomendações para a busca da paz perpétua propostas por Kant.

²⁸ Quadro adaptado do livro *Teoria das Relações Internacionais* (Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012, p. 345), de Thales Castro.

As premissas do idealismo, de linha democrático-republicana, enfatizam, assim, que os eventos internacionais são mais influenciados pelo conjunto normativo-jurídico internacional, pela moralidade, pelo altruísmo e pelas organizações multilaterais internacionais, que pelos capitais de força-poder-interesse considerados isoladamente.

Os idealistas desta vertente acreditam que a natureza humana é, originariamente, boa e, com bons hábitos, educação e estruturas internas adequadas, o próprio homem pode se tornar a base de uma relação internacional pacífica, cooperativa e igualitária. O idealismo democrático-republicano enfatiza a percepção da *pax democrática* e da crença no Direito Internacional.

Extrai-se, portanto, do que foi exposto, que em virtude da corrente liberal-idealista acreditar na perfectibilidade humana, no Direito Internacional e nas possibilidades de haver paz entre os Estados, assim como que a realização desses ideais depende do aperfeiçoamento das instituições internacionais, devendo ensejar a cooperação entre os estadistas, tal escola teórica dá supedâneo para a construção das bases do constitucionalismo universal.

2.7.4 A VISÃO CONSTRUTIVISTA

A corrente teórica construtivista emerge no âmbito das relações internacionais no fim da década de 1980 e ganha importância ao longo da última década do século XX. Tal relevância crescente fez com que Stephen Walt (1998) considera-se tal escola, ao lado do realismo e do liberalismo, como uma das três abordagens dominantes das Relações Internacionais.

O eixo central que norteia o construtivismo, apresentado por João Pontes Nogueira e Nizar Messari (2005), é que o mundo não é predeterminado, mas sim construído à medida que os autores agem, ou seja, que o mundo é uma construção social, sendo a interação dos atores que constrói os interesses e as preferências desses agentes.

A partir de tal premissa, outras características comuns aos construtivistas emergem. Dentre essas figuras, no famoso debate agente-estrutura²⁹, a negação de qualquer antecedência ontológica

²⁹ O termo “agente” é utilizado para designar o ente titular causador e receptor dos atos e fatos internacionais. O outro elemento da dicotomia é “estrutura”, ou seja, o meio, o macroambiente. Nesse contexto, os agentes e a estrutura operam a mesma relação que, na geografia clássica, está fundamentada no “homem” e no “meio”, ou ainda, no “indivíduo” e no “contexto”. Nesse caso, os agentes são Estados, enquanto que a estrutura é o próprio cenário internacional, sem, necessariamente, ter de adentrar nos meandros dos debates sobre sua terminologia (comunidade, sistema, sociedade ou cenário internacional). Assim, Estados e cenário internacional interagem de maneira constante e intensa, revelando as complexidades de cada uma das partes e denotando as limitações pontuais de suas esferas específicas. Será o Estado (o agente) limitado ou constrangido pelo cenário internacional (estrutura)? Será que o cenário internacional opera em

aos agentes e à estrutura, uma vez que entendem ambos serem constitutivos uns dos outros, e nenhum precede o outro nem no tempo, nem na capacidade de influenciar o outro.

Sem embargos, os dois preceitos presentes na teoria construtivista que mais possuem relevância para o presente estudo dizem respeito à negação, mesmo que de forma relativa, da anarquia internacional. Para os construtivistas, a anarquia não é um elemento definidor da disciplina de Relações Internacionais, tendo em vista que existe um conjunto de normas e regras que organizam e norteiam as relações internacionais.

De tal constatação decorre, ainda, outra premissa: a anarquia internacional é socialmente construída, isto é, as relações internacionais vistas como um espaço de conflito e competição permanentes não é uma premissa incontestável, visto que a natureza da anarquia não é propriamente determinada, mas sim socialmente construída. O sistema internacional varia, portanto, entre conflito e cooperação e os processos de construção e reconstrução são permanentes e abrem espaço para a contínua possibilidade de mudança.

Nogueira e Messari, dentro dessa análise, atestam que para os construtivistas

As normas são fundamentais nos processos de tomada de decisão na medida em que existem *premissas comuns* aos agentes tomadores de decisão que reduzem a complexidade dos contextos dentro dos quais eles fazem suas escolhas. [...] as normas representam a principal influência nas ações humanas, mesmo que de forma indeterminada: quando se trata de atos sociais, não se pode esperar regularidades e repetições, nem que da mesma norma resulte sempre o mesmo ato (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 172).

Observa-se que, nesse sentido, as normas não são apenas instrumentos de organização e restrição, mas sim como formas de justificar, legitimar e tornar os atos praticados pelos atores – ou como preferem os construtivistas, pelos agentes – dentro do cenário internacional.

Assim, tem-se que para a escola construtivista o Direito Internacional é visto, assim como no liberal-idealismo, como um conjunto de regras e princípios eficaz para regulamentar as relações entre os Estados na esfera internacional. Tal visão abre a possibilidade de aceitação da existência de um constitucionalismo que seja universal, tendo em vista que, conforme destacado, existem

si forças mais expressivas de controle dos Estados em suas opções e estratégias de política externa e de política doméstica? É possível afirmar que há reciprocidade de interesses e de influências que geram dinâmica própria de interação bem estruturada e harmoniosa? Boa parte desses questionamentos leva-nos ao conceito de “antecedência ontológica”; isto é, qual dos elementos acima tem prevalência sobre o outro?

premissas normativas comuns, no construtivismo, aos agentes tomadores de decisão, normas tidas como essenciais nesses processos de tomada de decisão.

2.7.5 A TEORIA CRÍTICA

No que tange aos diferentes pressupostos a respeito do Direito Internacional e do constitucionalismo universal nas teorias das Relações Internacionais, a abordagem da teoria crítica neogramsciana consegue, por intermédio de olhar alternativo das convencionais teorias, agregar importantes contribuições.

Por basear-se no materialismo histórico, a teoria crítica, em seu viés gramsciano, usa-se de estruturas históricas como quadro das configurações de forças de uma determinada realidade, porém separadas em estrutura (esfera econômico-histórica) e superestrutura (sociedade civil e política). Nessa esteira, o marxista italiano Antonio Gramsci (2007) vai além ao afirmar que a relação entre as duas não é exclusivamente econômica, defendendo que ainda que a estrutura econômica impulse o homem para o egoísmo e o individualismo, o mesmo consegue transcender a premissa da estrutura, na qual as ideologias ultrapassam as consequências da realidade material para forças criadoras de uma nova.

Com efeito, Gramsci (2007) parte do pressuposto que o Estado, a sociedade civil e a sociedade política pertencem a superestrutura, superestrutura essa que diferentemente da do marxismo possui um papel mais ativo, permitindo que ao ser transcendida para a ordem internacional conceda uma postura mais ativa aos Estados, não sendo meramente sujeitos passivos do ambiente anárquico.

Ante o exposto, o conceito de hegemonia é ampliado no ambiente internacional, sendo não somente uma dominação pela estrutura, mas também pela superestrutura, no sentido cultural, intelectual e moral, hegemonia essa propagada principalmente pela sociedade civil.

A partir dessa análise, o cientista político Robert Cox (1993), pioneiro no resgate do neomarxismo (ou marxismo da teoria crítica) e da obra do pensador italiano Antonio Gramsci para a teoria internacional, afirma que:

Hegemonia no nível internacional não é, pois, meramente uma ordem entre Estados. É uma ordem dentro da economia com um modo de produção dominante que penetra em todos os países e se liga a outros modos de produção. Também é um complexo de relações sociais conectadas a classes sociais de diferentes países. Hegemonia mundial é descritível como uma estrutura, uma estrutura

econômica, e uma política; e não pode ser simplesmente uma dessas coisas, mas deve ser todas as três. Hegemonia mundial, ademais, é expressa em normas, instituições e mecanismos universais que estabelecem regras gerais de comportamento para os Estados e para aquelas forças da sociedade civil que atuam através das fronteiras nacionais – regras que dão suporte ao modo de produção dominante (COX, 1993, p. 58).

Consequentemente, a ideia do Direito Internacional surge como instrumento da manutenção da estrutura hegemônica, em que a nação hegemônica utiliza-se de instituições, ideologias e ideias para influenciar os outros atores a agirem de modo a atender seu interesse. Doutro tanto, o Direito também pode ser usado como instrumento contra-hegemônico, à medida que se aproxima de um instrumento emancipador presente na sociedade civil.

Essa ambiguidade do Direito Internacional se estende ao compreendê-lo como noção de obrigação internacional proveniente da internacionalização dos Estados, já que a internacionalização do Direito é correspondente ao alcance do Direito Internacional sobre o conteúdo do Direito Nacional, entretanto, não só isso, pois é um processo de mão dupla, já que os atores internacionais também levam suas necessidades nacionais para influenciar o DI.

Logo, ao permitir a colaboração entre os atores deixando de lado a coerção, o Direito produz certa igualdade entre os atores, conforme são distribuídos direitos e obrigações. Essa forma de igualdade entre pessoas e nações é o que forma as relações jurídicas internacionais hoje generalizadas em termos de “juridificação”. A globalização do Direito é, portanto, uma espécie “juridificação” da economia e sociedade em termos jurídicos de instituições e ideologias que penetram a ordem social e política internas, associando regulamentação jurídica com as relações sociais capitalistas.

Concluindo, ao explicitar a função do Direito para a teoria crítica, Flávio Paulo Meirelles Machado afirma que o equilíbrio de poder é, em qualquer tempo ou local, a base da justiça social, somente através dessa haverá possibilidade de uma nova ordem mais justa. É no sentido de busca dessa justiça que o Direito se apresenta como primordial instrumento de conscientização e padronização de ações mais equitativa.

Em mais uma oportunidade percebe-se, pois, o Direito Internacional, mesmo com tal abordagem crítica, visto como um elemento fundamental para dirimir as relações dentro do cenário internacional e, por mais que o constitucionalismo universal não seja afirmado de modo direto pela teoria crítica, não há como não deixar de pensá-lo como meio para repisar a importância do Direito Internacional nas relações internacionais.

2.7.6 APROXIMAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

Como se fez notar ao longo do presente capítulo, o constitucionalismo universal pode ser observado à luz das teorias que tratam das Relações Internacionais. Seja para negar a sua existência por meio dos realistas, seja para enxergá-lo como um fenômeno presente no cenário internacional como as correntes liberal-idealista e construtivista, o constitucionalismo global deve estar presente nas discussões das relações internacionais.

É nítido que teorias de Relações Internacionais como a liberal, que deposita confiança na efetividade do Direito Internacional e nas possibilidades de haver paz entre os Estados, e a construtivista, que entende que a anarquia internacional é socialmente construída, abrem a possibilidade para que exista um conjunto de normas e regras que organizem e norteiem as relações internacionais.

A teoria crítica, por sua vez, não discorda que o poder é o tema central das relações internacionais, porém procura observar que, apesar da existência da anarquia interestatal, há uma espécie de sociedade civil internacional, que consegue impor alguma sanção, principalmente da opinião pública. Pode-se observar isso na existência de *soft laws* de regimes internacionais e de códigos privados de comércio internacional.

Sobre tal aspecto, o liberalismo de linha jurídica (idealismo) crê na jurisdição do ideal, ou seja, acredita na efetividade-eficácia do conjunto normativo jurídico internacional, cuja base é de linha liberal. Levou-se em consideração, no processo de sua feitura, os recorrentes problemas estruturais de parcialidade hegemônica, de pouca força coercitiva e de seletividade hermenêutica interessada das normas jurídicas internacionais ou do Direito Internacional, especialmente, quando aplicadas ao atual contexto político macrossistêmico.

Portanto, de acordo com o que foi defendido até o momento no presente trabalho, a relação entre as teorias de Relações Internacionais, o constitucionalismo universal e o Direito Internacional resulta em um conjunto de princípios e regras institucionalizadas (por meio de um diploma jurídico internacional) destinados a reger as situações que envolvem os atores do Direito Internacional.

2.8 DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

A primeira barreira a ser superada para se confirmar a existência do constitucionalismo universal passa, inevitavelmente, pela análise da questão da soberania, elemento considerado pela doutrina como constitutivo do Estado moderno.

Nesse norte, a partir de uma análise perfunctória da evolução histórica do conceito de soberania, verificar-se-á que, em que pese sua existência já ser tratada anteriormente, foi somente com a Paz de Westfália de 1648³⁰ – evento que contribuiu para a formação da ordem internacional que se conhece – o conceito de Estados soberanos passou a se consolidar.

Desse modo, os Estados, ao mesmo tempo que passaram a ser capazes de se afirmar de forma estável e bem definida, com o reconhecimento das demais nações, tiveram suas ações limitadas pelos próprios outros países, uma vez que a soberania impunha a exclusão da autoridade de atores externos em assuntos internos de cada Estado, ou seja, mesmo que se verificassem situações de violação aos direitos humanos, ou de falta de atendimento às necessidades básicas da população de determinado país, a comunidade internacional nada poderia fazer para compelir o Estado soberano a tomar medidas para que cessasse tal situação. Somente o próprio Estado, em razão da inviolabilidade de sua soberania, teria o direito de impor a ordem e tomar as medidas que julgasse necessárias.

Tal ideia de soberania estava vinculada a um conceito ainda pouco lapidado e que refletia o pensamento reinante na Idade Média, no qual o poder do Estado estava atrelado ao poder da religião. Este foi, à guisa de exemplo, a concepção de soberania proposta pelo teórico francês Jean Bodin (tido como um dos criadores do termo) em sua obra *Os seis livros da República*, de 1576.

Por intermédio de sua teoria do direito divino, Bodin concedia a legitimação do poder aos monarcas absolutistas através da desvinculação do poder do Papa e da Igreja Medieval. Seguindo sua linha de raciocínio, tal teoria atribui ao príncipe uma força suprema que não pode estar

³⁰ “A Paz de Westfália é representada por dois tratados importantes: o tratado de Münster e o de Osnabrück, que celebram o fim da Guerra dos Trinta Anos. [...] Esses tratados traziam em seu texto o reconhecimento do poder soberano dos Estados sobre seus territórios, a exclusão da interferência dos demais Estados. No entanto, é lógico que a soberania nasce muito antes dessa data. Não se cria um conceito tão forte por um ato jurídico. Ao contrário, o ato jurídico reconhece o conceito, que vinha sendo construído por um processo histórico, representado pelo enfraquecimento do poder papal e a construção dos Estados nacionais”. Trecho extraído da obra *Direito Internacional Público* (São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 234) de Marcelo Dias Varella.

submetida aos comandos de outrem e a soberania, por conseguinte, era tida como absoluta e ilimitada.

Essa autodeterminação sem limites revela a ideia de soberania nascida nos eventos revolucionários que marcaram a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, os quais fixaram as bases do constitucionalismo liberal: a Revolução Gloriosa Inglesa, a Revolução Francesa e lutas de independência nos Estados Unidos da América. A Constituição, nesse contexto liberal, representa uma técnica para manutenção da liberdade individual contra o poder arbitrário do Estado. O pensamento era o de assegurar, com um texto escrito distante da herança consuetudinária medieval, os direitos dos cidadãos.

Ao longo da história, entretanto, a necessidade de proteção das populações contra a arbitrariedade de alguns governos acabou por limitar essa percepção da soberania dos Estados, passando-se à noção de que esta não poderia mais se constituir como princípio inviolável, em face da necessidade de respeito aos direitos fundamentais de todos os seres humanos. Percebe-se, portanto, uma clara tensão entre a imprescindibilidade de proteção dos indivíduos e a ideia de soberania, segundo a qual não haveria a possibilidade de intervenção de um Estado em outro.

Foi, todavia, somente a partir do holandês Hugo Grotius, conhecido como o pai do Direito Internacional Público e um dos grandes teóricos do direito natural, que a noção de soberania vigente começou a chamar a atenção dos grandes pensadores para o seu aspecto jurídico externo nas relações internacionais.

Grotius foi um dos principais responsáveis pela chamada “descanonização do direito” uma vez que ajudou a racionalizar os seus institutos jurídicos, aplicando-os no início da normatização da recém-criada comunidade internacional. É nesta linha de pensamento que segue a noção de soberania de Grotius, que foi precursor do contratualismo, mas que ainda se apegava nas fortes raízes do pensamento absolutista que imperava na época, o que ensejou uma consequente relativização dos elementos da soberania estatal.

Para Grotius (2005), o poder pertencia ao povo, diferentemente da visão de Bodin que sugeria que o poder apenas se originava dele, que transferia tal competência ao monarca absoluto de forma irrevogável, sendo que, assim, haveria a concentração do poder de decisão da melhor forma de governo no seu aspecto interno, da mesma forma que preservasse a igualdade soberana entre os Estados na sua face externa.

Essa transição feita por Grotius só reforça que, ao longo dos anos, a necessidade de proteção das populações contra a arbitrariedade de alguns governos acabou por limitar essa percepção da soberania dos Estados, passando-se à noção de que esta não poderia mais se constituir como princípio inviolável, em face da necessidade de respeito aos direitos fundamentais de todos os humanos. Percebe-se, portanto, uma clara tensão entre a imprescindibilidade de proteção dos indivíduos e a ideia de soberania, segundo a qual não haveria a possibilidade de intervenção de um Estado em outro.

Trazendo essa discussão da soberania para o constitucionalismo contemporâneo, Gilberto Bercovici (2008, p. 20) assinala que:

[...] a maior parte da doutrina constitucionalista nega a soberania do Estado e a soberania popular, reduzindo-a a mero princípio constitucional. Ao proclamarem a soberania popular, as constituições tentam dar um caráter jurídico à soberania, no sentido de que a soberania deve ser exercida constitucionalmente. No entanto, [...] isto não significa que a constituição seja a fonte da soberania.

A soberania exercida constitucionalmente tal qual debate Bercovici também está presente na obra de Peter Häberle. Ao tratar do denominado Estado Constitucional Cooperativo, o jurista alemão apresenta as mudanças que o Direito Internacional e a soberania sofreram com o momento participativo e cooperativo que vivencia o Direito Constitucional.

Nesse sentido, Häberle defende que atualmente o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto e pertencem a um só segmento interconectado. Em outros termos:

O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma “primazia” do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num *todo* (HÄBERLE, 2007, p. 12).

E é exatamente nessa percepção de Häberle de soberania compartilhada que o constitucionalismo universal busca sua construção, a partir dessa nova percepção de soberania mitigada pela preservação da dignidade da pessoa humana e da paz e da segurança internacionais. Com efeito, a ideia de que a vontade de cada Estado em particular é soberana e absoluta depara-se com vários constrangimentos, tais como o dever de respeitar os direitos humanos e de buscar a promoção da paz e da estabilidade internacional.

Um segundo desafio ao constitucionalismo universal perpassa pelo debate sobre a efetividade e eficácia do Direito Internacional, que é sinteticamente abordado por duas correntes. A primeira corrente que, de forma idealista, admite não somente sua completa efetividade e eficácia, como também desvia, à guisa de justificativa, o foco das reconhecidas deficiências do DI para a irresponsabilidade dos países centrais. Se o DI porventura é falho, é em decorrência não de sua jurisdição e sim por conta da racionalidade maquiavélica de boa parte dos Estados e de seus *policymakers* na luta pelo poder e na defesa de sua agenda doméstica e externa.

Dessa forma, as falhas e as precariedades do DI são exógenas ao sistema jurídico, havendo, assim, uma ênfase no caráter deontológico (“dever ser”), que prima pela necessidade de seu cumprimento com a existência de uma “comunidade internacional” legalmente estabelecida e ordenada.

Assim, o sistema jurídico internacional seria perfeito em suas atribuições, coeso e representaria a forma de regulação dos Estados na esfera internacional. A superação das arbitrariedades, da truculência e do ímpeto belicista unilateral dos países hegemônicos ocorreria unicamente pela limitação da autonomia da vontade desses Estados com a predominância e o reconhecimento universal da jurisdição do DI.

Essa corrente também assevera que, de forma idílica, a ética, a moralidade, o multilateralismo e o espírito cooperativo dos povos sob a égide do Direito Internacional devem prevalecer sobre as ambições armamentistas alimentadas pela sede hegemônica de países centrais – *casus belli* para várias instabilidades, guerras, revoluções e conflitos armados no cenário internacional.

A segunda corrente, por seu turno, nega a efetividade e a eficácia (jurisdição) do Direito Internacional como também rejeita a existência de uma “comunidade internacional”. De cunho realista, essa corrente desconhece a jurisdição traduzida em termos de reduzida efetividade e eficácia do DI. Parte dos axiomas defendidos por essa corrente brota da perspectiva sobre o relacionamento externo com seus preceitos muito se aproximando do realismo clássico.

Defende também que as sanções com seus duvidosos qualificadores de licitude e ilicitude são problemáticas pelo fato de estarem atreladas à politização no âmbito interestatal. Não há objetividade, imparcialidade e isonomia do DI por conta da heteronomia do cenário internacional com suas forças estatais e não estatais subjacentes.

A expressão emblemática dessa corrente afirma que o DI não é, nem se materializa em “Direito” e muito menos “Internacional” pelas características de dependência do soberano processo legislativo interno e também pela cogência parcial e pela política assimétrica no interior do sistema jurídico internacional.

Em outras palavras, essa corrente não reconhece a capacidade do DI em estabelecer a governança normativa, em decorrência do que se denomina de “fenda de aderência”, do voluntarismo na adesão e denúncia, bem como do problema concernente às sanções dos vários instrumentos legais.

Uma alternativa seria, pois, propor uma corrente para além da dicotomia tradicional (defensores idealistas do DI versus negadores realistas do DI). É o que Castro (2012) denomina de “Semidireito Internacional”. Surgido como uma crítica de cunho político ao sistema jurídico internacional, o modelo defendido pelo referido autor possui os seguintes cinco pontos principais:

1. Como não há a tão desejada tripartição montesquiana do poder público-estatal no plano internacional, pois existe a hipertrofia do Executivo no plano externo, no processo de negociação, na assinatura bem como na promulgação, publicação e no registro dos atos internacionais, há concentração do poder com reduzida legitimação da *volonté générale* (Rousseau). Assim, o Semidireito Internacional, como nascente da vontade desse Executivo hipertrofiado, ainda se mostra excessivamente estatocêntrico e antidemocrático pelo fato de não corporificar uma das principais premissas na formação do Direito objetivo: o processo legislativo pleno emanado democraticamente do povo, pelo povo e para o povo;
2. O Semidireito Internacional evidencia o caráter voluntarista tanto no processo de assinatura ou de adesão dos atos jurídicos internacionais como também na denúncia dos respectivos atos pelos Estados nacionais;
3. A existência de legislador não plenamente inclusivo e de um Judiciário com capacidade – ainda restrita na aceitação de sua jurisdição – de imposição, fiscalização e coercitividade *erga omnes* revela as precariedades legais como meio regulador imparcial, objetivo e plenamente aceito pelos sujeitos internacionais (Estados, por competência originária, os Organismos Internacionais, por competência derivada e, mais recentemente, os indivíduos, por competência extrapolativa ou também denominada, a nosso ver, de competência sistêmica);
4. O Semidireito Internacional representa conjunto normativo parcialmente deontico, primitivo, descentralizado atrelado ao trinômio força-poder-interesse, e é, como tal, estratificado em alta densidade (*high politics*) com quase nenhuma efetividade e eficácia e em baixa densidade (*low politics*) com alguma efetividade e eficácia assim determinado pela(s) superpotência(s) que amolda(m) e define(m) a ordem mundial ou governança mundial vigente;
5. E, por fim, nem toda práxis externa dos Estados tem potencial jurisprudencial, conseqüentemente, nem toda jurisidicidade (mesmo que parcial, incompleta e assimétrica) resulta em regulação normativa da conduta internacional; ou seja, como se comprova a existência de hierarquia entre os Estados, ocorre uma subornização de interesses e não uma coordenação isonômica dos Estados. A subordinação e coordenação foram explanadas no capítulo sobre cratologia, em

particular, sobre as estruturas de autoridade nas Relações Internacionais (CASTRO, 2012, p. 354-355).

Conclui-se, portanto, que a defesa de um constitucionalismo internacional, em que pese os desafios alhures assentados, é um fenômeno que possui bases de sustentação, não só pelos diplomas jurídicos que se apresentam na contemporaneidade com disposições expressas acerca de tal possibilidade (a serem analisados no próximo capítulo), bem como pelo anseio de grande parte da comunidade internacional, mormente a ocidental, em erigir preceitos e normas que vigorem e sejam respeitadas de modo universal.

3 REGIMES JURÍDICOS COMO EXPRESSÃO DA EXISTÊNCIA NORMATIVA DO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

3.1 O SISTEMA ONU

3.1.1 A CARTA DA NAÇÕES UNIDAS

O processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que pode ser considerado extremamente recente na história do Direito, com delineamentos mais visíveis a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Foi nesse contexto que, em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Organização das Nações Unidas foi criada, materializando, após o já mencionado fracasso da Liga das Nações (ver item 2.5), o desejo por uma comunidade internacional pacífica e justa. Destarte, até a atualidade, a ONU aparece no cenário internacional como o único organismo com a legitimidade de uma associação universal de Estados, cujos campos de atuação abrangem a segurança internacional, o desenvolvimento econômico e social, a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente (TAYLOR; CURTIS, 2006).

O seu instrumento constitutivo, a Carta das Nações Unidas, foi assinada por 50 (cinquenta) países em São Francisco, no dia 26 de junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, estando em vigor desde 24 de outubro daquele mesmo ano. Foi incorporada ao ordenamento jurídico interno brasileiro pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

Como destaca Flávia Piovesan (2009), se no século XIX, com o constitucionalismo, inicia-se o processo de introdução nas Constituições dos Estados das declarações de direitos, a partir do pós-guerra um segundo impacto é notado. Nessa conjuntura, o anseio por uma ação internacional que fosse mais eficiente para a proteção dos direitos humanos impulsionou o fenômeno de internacionalização desses direitos e ensejou na deflagração da sistemática normativa de proteção internacional, que torna possível, por exemplo, a responsabilização do Estado no cenário global, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos (assunto que será abordado no item 3.1.2).

Cumpra analisar, dentro dessa perspectiva, as disposições que figuram na Carta da ONU e atestam tal processo de constitucionalização do Direito Internacional, a começar pelo preâmbulo do tratado constitutivo:

Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:
 a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade;
 a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas;
 a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional;
 a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade;
 e para tais fins:
 a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos;
 a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais;
 a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum;
 a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos;
 Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos.
 Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adotaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas (ONU, 1945).

A referência no texto à composição da comunidade internacional (povos e governos), ao seu passado (escória da guerra), às suas crenças (direitos humanos fundamentais) e ao seu projeto de futuro (estabelecimento da justiça, progresso econômico e social e autodeterminação dos povos) constitui uma expressão do constitucionalismo universal, ou seja, normas essenciais que cada ordenamento jurídico nacional deveria possuir para estar em harmonia com os princípios que regem a sociedade internacional.

Ao analisar a Carta da ONU, Thomas Franck (2003) assinala quatro elementos que trazem características constitucionais ao principal diploma institucional das Nações Unidas: a) sua tendência à perpetuidade, tendo em vista que não há previsão de um direito de saída uma vez que os Estados tenham ingressado na Organização; b) sua indelibilidade, uma vez que emendas à Carta possuem processos diferenciados e custosos sob o ponto de vista político-institucional; c) a sua primazia em relação a outras normas, ao se considerar o artigo 103 da Carta da ONU (analisado no item 3.1.3); e d) sua tendência à autoctonia institucional.

O posicionamento de Franck também é compactuado com o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (entre 2003-2012), o jurista alemão Bruno Simma, que entende que “[...] as far as I am concerned, I have no problems at all with viewing the basic norms of the Charter as the constitutional law of the universal international community”³¹. (SIMMA, 1994, p. 276).

Em consonância com o que elucida Mazzuoli (2011), a Carta da ONU contribuiu enormemente para a formação de um constitucionalismo universal, ao estabelecer nos termos do art. 1º, item 3, dentre seus objetivos, os preceitos da manutenção da paz e da segurança internacionais; a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário; e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Veja-se o que dispõe o citado art. 1º, item 3:

Artigo 1º. Os objetivos das Nações Unidas são:
[...] 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. (ONU, 1945)

Na mesma linha, o art. 55 do mencionado diploma jurídico internacional, ao prever que os Estados-membros das Nações Unidas devem promover a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, consolida o movimento de mundialização de tais garantias coletivas, a partir do consenso de nações que elevam a consecução desses direitos com fulcro nos escopos das Nações Unidas.

Assim figura a previsão contida no artigo 55:

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:
a) A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
b) A solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional;
c) O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ONU, 1945).

³¹ Tradução livre do inglês: “no que me diz respeito, não tenho nenhum problema com a visão das normas básicas da Carta como a lei constitucional da comunidade internacional universal”.

De acordo com Christian Tomuschat (1993), a partir da Carta da ONU a ideia de um quadro jurídico que determina certos valores comuns como princípios orientadores obrigatórios para os Estados observarem e respeitarem ganhou terreno e foi progressivamente reforçada.

Seguindo essa linha, André de Carvalho Ramos (2015) pontua que a edição da Carta de São Francisco em 1945 foi um importante passo para a internacionalização da temática dos Direitos Humanos. Em seus dizeres, é o “primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais dos seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar dignidade e o valor de todos” (RAMOS, 2015, p. 30).

Vista de outro aspecto, não há como não apresentar a crítica trazida por Piovesan (2009) acerca da fragilidade da Carta das Nações Unidas em esclarecer uma definição precisa sobre o que sejam direitos humanos e liberdades fundamentais, uma vez que a referida Carta adotou uma linguagem vaga e imprecisa para conceituar tais garantias.

No mesmo sentido, Ramos (2016, p. 64) pontua que “as menções esparsas a direitos humanos na Carta de São Francisco revelam (i) a ausência de consenso sobre o rol desses direitos e (ii) a timidez redacional”.

Com efeito, fez-se nascer no espectro da comunidade internacional a vontade de aclarar o significado de tais expressões, o que foi materializado três anos após a criação da ONU, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que será analisada a partir do tópico 4.2.1.

3.1.2 OS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO COERCITIVA

Foram os principais *Estados Aliados*³² da Segunda Guerra Mundial que tomaram a frente nos debates de elaboração da Carta das Nações Unidas e idealizaram as estruturas e mecanismos de poder da nova organização. Tais nações empenharam-se, portanto, no desenvolvimento de um formato que lhes atribuísse amplos poderes no gerenciamento da paz, consolidado por meio de suas representações permanentes no Conselho de Segurança da ONU (CSNU) e nos seus direitos de veto como membros permanentes do referido conselho³³.

³² Os Estados Aliados da Segunda Guerra Mundial se opuseram às Potências do Eixo e se constituíram principalmente pelos seguintes países: União Soviética, Estados Unidos, Reino Unido, China e França.

³³ Inobstante o direito de veto não estar expressamente previsto pela Carta da ONU, sua existência pode ser depreendida por meio da interpretação dada ao item 3 do artigo 27 do mencionado tratado constitutivo da ONU.

Nesse contexto, em que pese a Carta das Nações Unidas ter sido concebida, justamente, para enfatizar a resolução pacífica de disputas internacionais e evitar que os países signatários recorram, de forma arbitrária, à ameaça ou ao uso da força contra qualquer outro Estado (art. 2º, itens 3 e 4 da Carta da ONU³⁴), tais debates acerca da manutenção da paz e da segurança internacionais pelas grandes potências “vencedoras” da Segunda Grande Guerra do Século XX conduziram à elaboração do Capítulo VII da Carta da ONU, intitulado: “ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e ato de agressão”.

O capítulo em questão traz consigo um rol de possibilidades de medidas intervencionistas e coercitivas de forma gradativa entre os artigos 39 e 42, como se observa a seguir:

Artigo 39º O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41º e 42º, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Artigo 40º A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no artigo 39º, instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

Artigo 41º O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas as suas decisões e poderá instar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.

Artigo 42º Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41º seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas (ONU, 1945).

³⁴ Art. 2º. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: (...) 3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais. 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

Denota-se que referidas ações em casos de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão vão desde recomendações (art. 39), medidas provisórias, tais como a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra qualquer espécie, o rompimento das relações diplomáticas (arts. 40 e 41), até ações militares por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, inclusive por meio de demonstrações, bloqueios e outras operações, tudo com o escopo de restabelecer a paz e a segurança internacionais (art. 42).

Em uma análise sistemática da Carta da ONU (1945), deve-se levar igualmente em consideração o que dispõe o artigo 2º, item 7, *in verbis*:

Artigo 2º A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios:

[...]

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. (sem grifo no original)

Em que pese ter sido delegada ao CSNU a atribuição de decidir “recorrer ao uso da força” (art. 44 da Carta da ONU³⁵), para Francisco Rezek, “tanto a Assembleia Geral, quanto o Conselho de Segurança das Nações Unidas podem ser utilizados como instâncias políticas de solução de conflitos internacionais” (REZEK, 2011, p. 345).

Rezek (2011) defende dois tópicos que singularizam essa via: ela só deve ser tomada em presença de conflitos de certa gravidade, que constituam alguma ameaça ao clima de paz; e, por outro lado, ser assumida à revelia de uma das partes, e mesmo de ambas, quando o conflito é trazido por terceiros à mesa de debate, seja ele um terceiro Estado integrante do Conselho de Segurança, ou o Secretário-Geral da ONU.

De outro vértice, cumpre observar que os mecanismos que possibilitam as intervenções militares em áreas que ameacem a paz e a segurança internacionais enquadram-se, segundo o

³⁵ Quando o Conselho de Segurança decidir o emprego de força, deverá, antes de solicitar a um Membro nele não representado o fornecimento de forças armadas em cumprimento das obrigações assumidas em virtude do Artigo 43, convidar o referido Membro, se este assim o desejar, a participar das decisões do Conselho de Segurança relativas ao emprego de contingentes das forças armadas do dito Membro.

relatório *Uma Agenda para a Paz* (1992) do então Secretário-Geral Boutros-Ghali, que elenca as atividades desenvolvidas pela ONU, no campo da paz e segurança internacionais, na chamada imposição da paz (*peace enforcement*³⁶).

Todavia, o mencionado relatório das Nações Unidas não definiu de forma explícita o que seria uma operação de imposição da paz, limitando-se a apontar que, além da criação de forças armadas que deveriam ser colocadas à disposição do CSNU, com fulcro no retrotranscrito artigo 43 da Carta das Nações Unidas, o Conselho deveria dispor de “unidades de imposição da paz”, que seriam, de acordo com o documento

[...] tropas dos Estados-membros, formadas por militares voluntários e mantidas em condição de alerta, destinadas a atuar em situações de violações de cessar fogo entre as partes de um conflito, sob a autorização do Conselho e, em caso de forças de manutenção da paz, sob comando do Secretário-Geral, a fim de restabelecer e manter o cessar fogo (ONU, 1992, p. 05).

Trazendo, à guisa de exemplo, um conceito desenvolvido pelo Manual de Operações de Paz do Ministério da Defesa do Brasil, a imposição da paz no ordenamento jurídico brasileiro pode ser conceituada como

Correspondente às ações adotadas ao abrigo do capítulo VII da Carta, incluindo o uso de força armada para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais em situações nas quais o Conselho de Segurança das Nações Unidas tenha determinado a existência de uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Nesses casos, o Conselho tem delegado a coalizões de países ou a organizações regionais e sub-regionais a execução, mas não a condução política, do Mandato de intervenção (BRASIL, 2013, p. 15).

Nesse sentido, ao retornarmos os olhares para o sistema internacional, observa-se que a imposição da paz está relacionada, conforme alhures pontuado, com as atividades regulamentadas pelo multicitado Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

Segundo interessante levantamento e esboço histórico feito por Simon Chesterman (2001), entre 1946 e 1989, o Conselho de Segurança invocou o Capítulo VII em apenas 24 (vinte e quatro) ocasiões. Em comparação, entre 1990 e 1999, 166 (cento e sessenta e seis) resoluções do Conselho recorreram ao Capítulo VII, o que demonstra a relevância que ganhou a contenda acerca da

³⁶ Segundo o mencionado documento, além da imposição da paz, existem outras quatro as atividades desenvolvidas pela ONU, no campo da paz e segurança internacionais, a saber: diplomacia preventiva (*preventive diplomacy*), restabelecimento ou promoção da paz (*peacemaking*), manutenção da paz (*peacekeeping*), e construção ou consolidação da paz (*peace building*).

temática em análise ao longo da última década do século XX. Sufyan el Droubi (2006), de forma complementar a Chesterman, inclui os dados relativos ao começo da década de 2000 (2000 a 2006), números que ilustram o disposto na Figura 4.

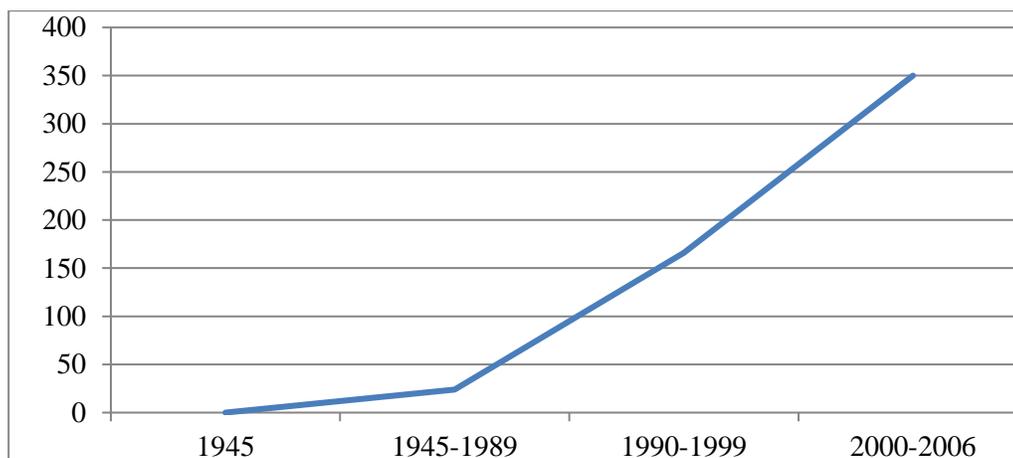


Figura 4: Levantamento que aponta o número de casos ao longo do Século XX em que o Conselho de Segurança invocou o Capítulo VII da Carta da ONU

Dentro dessa análise, identificam-se dois períodos na história do Conselho. O primeiro teve início em 1945, com a Carta de São Francisco, e término em 1990, já no fim da Guerra Fria, com a adoção, pelo Conselho, da Resolução n. 678 (1990), que autorizou o uso contra o Iraque de todos os meios para dar cumprimento à Resolução n. 660 (1990) e restabelecer a paz e a segurança internacionais na área. Nunca antes havia o Conselho autorizado o uso da força contra um país. O segundo período tem aí começo, permanecendo em aberto.

De acordo com Sufyan el Droubi (2006), o primeiro período foi marcado pela incapacidade do Conselho de atuar minimamente em situações de ameaça à paz e à segurança internacionais. Sua inércia foi provocada pelo jogo de soma zero da Guerra Fria. O segundo período, já de hegemonia internacional, assistiu a um quase despertar do Conselho para suas funções; sua atuação, de início, teve sensível impulso. Droubi assinala que:

Embora hoje acomodados em um patamar ainda longe do ideal refletido na Carta, os trabalhos do Conselho podem ser entendidos, numa perspectiva histórica, mais próximos dos desígnios a que foram criados. O aumento do grau de atividade do Conselho pode ser percebido pelo sensível aumento das resoluções por ele adotadas, a partir de 1990 – *Década das Sanções* (DROUBI, 2006, p. 04).

Na prática, conforme assinala Estevão Gomes Pinto de Abreu (2013), a ONU tem autorizado o uso da força militar para restabelecer ou manter a paz e segurança internacionais, obrigar o cumprimento de sanções, defender o pessoal civil ou militar de operações de paz, prover proteção física a civis em regiões de conflito armado e proteger atividades humanitárias.

O debate acerca da possibilidade de utilização dos mecanismos de intervenção coercitiva na Carta da ONU reforça a intensidade que instrumentos presentes no cenário internacional possuem força vinculante sobre os Estados e abre espaço para a discussão sobre a prevalência das disposições do mencionado diploma frente a outros tratados internacionais, tema a ser visto no próximo tópico (item 3.1.3).

3.1.3 A PRODUÇÃO DOS EFEITOS PARA ESTADOS NÃO-MEMBROS E A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER E AO PROTEGER

O debate sobre a produção dos efeitos da Carta da ONU para Estados não-membros da organização passa pela análise do seu artigo 103:

Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta (ONU, 1945).

É preciso analisar tal dispositivo em cotejo com o previsto no artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969:

Artigo 30. Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes (BRASIL, 2009).

Como se percebe, tal artigo da Convenção, ao fazer a ressalva ao art. 103 da Carta da ONU – cuja regra estabelece, conforme apontado, que em caso de conflito entre as obrigações contraídas por qualquer membro das Nações Unidas e suas obrigações contraídas em virtude de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações impostas pela Carta – passou a reconhecer a superioridade hierárquica da Carta das Nações Unidas em relação a outros compromissos internacionais.

Segundo Mazzuoli (2011), tal previsão contida na Convenção de Viena de 1969 (tema a ser abordado no próximo tópico) alçou a Carta das Nações Unidas à categoria de *higher law* ou lei suprema do cenário internacional.

Percebe-se, dentre dessa discussão sobre a possibilidade de interferência em um Estado que não pactuou com os ditames do tratado constitutivo da ONU, uma clara tensão entre a imprescindibilidade de proteção dos indivíduos, e a ideia de soberania, segundo a qual não haveria a possibilidade de intervenção de um Estado em outro. Nesse sentido figura o ensinamento de Liliana Lyra Jubilut (2007), a qual assinala que

Um dos mais relevantes choques axiológicos do cenário internacional ocorre entre os conceitos de soberania e direitos humanos. Esse choque apresenta duas dimensões. Por um lado ele envolve a questão da legitimidade e por outro lado, ele envolve a questão da legalidade. Esse conflito é evidenciado na prática de intervenções humanitárias quando uma norma central do cenário internacional – a limitação do uso da força – é questionada à luz da necessidade da proteção de direitos humanos (JUBILUT, 2007, p. 01).

Dessa forma, visando tanto assegurar a proteção a todos os indivíduos, quanto obedecer à soberania de cada Estado, buscou-se, ao se formular o conceito de responsabilidade de proteger, em 2001, por meio da *International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)*, não se rejeitar a soberania, mas sim relativizá-la.

Procurou-se responder ao questionamento de quando e se seria possível que os países tomassem medidas coercitivas, incluindo as de caráter militar, contra determinado país, com o propósito de proteger habitantes desse Estado, que se encontrassem em situação de risco. Ao mesmo tempo, buscou-se delimitar as situações em que tal intervenção seria cabível, para que não houvesse uma afronta à soberania de cada Estado.

O conceito de responsabilidade de proteger foi inserido oficialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de sua incorporação, em 2005, nos parágrafos 138 e 139 do Documento Final da Cúpula Mundial (*2005 World Summit Outcome*), nos seguintes termos:

Responsabilidade de proteger as populações contra o genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade

138. Cada estado é responsável por proteger a sua população contra o genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Essa responsabilidade implica na prevenção de tais crimes, incluindo o incitamento à sua comissão, tomando as medidas adequadas e necessárias. Aceitamos essa responsabilidade e nos comprometemos em agir de acordo com ela. A

comunidade internacional deve, se for o caso, incentivar e ajudar os Estados a exercer essa responsabilidade e ajudar as Nações Unidas a estabelecer uma capacidade de celeridade de alerta.

139. A comunidade internacional, por meio das Nações Unidas, tem também a responsabilidade de usar meios diplomáticos, humanitários e outros meios pacíficos apropriados, de acordo com os Capítulos VI e VIII da Carta para ajudar a proteger as populações contra o genocídio, os crimes de guerra, a limpeza étnica e os crimes contra a humanidade. Neste contexto, estamos dispostos a adotar uma ação coletiva, de maneira oportuna e decisiva, através Conselho de Segurança, em conformidade com a Carta, incluindo o Capítulo VII, em cada caso concreto e em cooperação com organizações regionais relevantes se for o caso, se os meios pacíficos se mostrarem inviáveis e seja evidente que as autoridades nacionais não consigam proteger suas populações contra o genocídio, os crimes de guerra, a limpeza étnica e os crimes contra a humanidade. Destacamos a necessidade da Assembleia Geral continuar examinando a responsabilidade de proteger as populações contra o genocídio, os crimes de guerra, a limpeza étnica e os crimes contra a humanidade, assim como suas consequências, tendo em conta os princípios da Carta e do Direito Internacional. Também temos intenção de comprometer-nos, se necessário e apropriado, para ajudar os Estados a construir a capacidade para proteger suas populações contra o genocídio, os crimes de guerra, a limpeza étnica e os crimes contra a humanidade, e ajudar aqueles que se encontram em tensão antes que se instalem as crises e os conflitos.

Contudo, tal conceito acabou perdendo força nos anos seguintes no cenário internacional, havendo restrições de alguns países em aceitá-lo em sua totalidade, já que não havia sido inteiramente regulamentada a matéria.

Em vista desse risco de desuso, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-Moon, em 2009, procurou melhor esclarecer sobre como deveria ser implementado o conceito ora analisado. Assim, editou naquele ano o relatório *Implementing the Responsibility to Protect*, no qual apresentou a responsabilidade de proteger como pautada em três pilares.

O primeiro deles derivaria do retro transcrito parágrafo 138 do *World Summit Outcome* de 2005, o qual estabelece que cada Estado detém a responsabilidade de proteger sua população contra o genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade, através da prevenção da ocorrência de tais delitos, incluindo seu incitamento, com a adoção das medidas apropriadas e necessárias (ONU, 2009).

Reconhecida a responsabilidade primária de cada Estado, tem-se a incidência, de acordo com o mencionado relatório, do segundo pilar, o qual reconhece que a comunidade internacional ocupa um papel suplementar na prevenção e na adoção de medidas para a proteção das populações

dos Estados soberanos contra violações massivas dos direitos humanos, devendo garantir esses direitos quando os Estados se revelam incapazes ou indispostos a fazê-lo (ONU, 2009).

Desta feita, os Estados-membros da ONU detêm a responsabilidade de recorrer a meios diplomáticos, humanitários e outros meios pacíficos adequados, para apoiar esses Estados na proteção de suas populações.

Destaca-se, outrossim, que o item 29³⁷ do citado relatório delimita o âmbito de abrangência desse segundo pilar, prevendo a possibilidade de se adotar tanto medidas persuasivas e incentivos positivos, como também envolver assistência militar para auxiliar os Estados que se encontram comprometidos, sob ameaça armada.

Por fim, o terceiro pilar determina que no caso de as autoridades nacionais fracassarem e a resolução pacífica dos conflitos, prevista no segundo pilar, se mostrar insuficiente, a comunidade internacional poderá autorizar a intervenção, através do Conselho de Segurança das Nações Unidas, único órgão competente para sua decretação (ONU, 2009).

É importante salientar que esse último pilar é alvo de maiores controvérsias, uma vez que tem sido equiparado ao *uso da força* e à *intervenção militar unilateral*. Entretanto, apesar dessa equiparação, não se pode afirmar que tal uso é permitido indiscriminadamente.

O próprio *2005 World Summit Outcome* estabelece limitações à intervenção promovida pela comunidade internacional, no exercício de sua responsabilidade de proteger. Vislumbra-se que há uma limitação: a) *material*, somente se permitindo a intervenção nos casos do cometimento de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e limpeza étnica; b) *temporal*, já que somente se permite a intervenção quando se evidenciar que o Estado individual falhou em proteger sua população e que foram esgotados todos os meios pacíficos possíveis na tentativa de resolução do conflito; e c) *formal*, pois, com base nos Capítulos VI e VII da Carta da ONU, o único órgão

³⁷ Item 29. Se a liderança política do Estado estiver determinada a cometer crimes e violações relacionadas com a responsabilidade de proteger, as medidas de assistência do segundo pilar será de pouca utilidade e a comunidade internacional seria melhor para iniciar a montagem da capacidade e vontade para uma "oportuna e decisiva" resposta, conforme estipulado no parágrafo 139 do Documento Final da Cúpula. No entanto, quando a liderança política nacional é fraca, dividida ou incerta sobre como proceder, carece da capacidade de proteger efetivamente sua população, ou enfrenta uma oposição armada que está ameaçando ou cometendo crimes e violações relacionadas com a responsabilidade de proteger, as medidas do segundo pilar terão papel fundamental na implementação internacional da responsabilidade de proteger. Além de medidas persuasivas e incentivos positivos, o segundo pilar abrange também a assistência militar para ajudar os Estados sitiados a lidar com atores que ameaçam tanto o Estado como sua população. Estas medidas complementam os instrumentos políticos do primeiro pilar, uma vez que nenhum dos três pilares é projetado para trabalhar de forma isolada em relação aos outros.

que poderá decretar a intervenção, conforme já pontuado, é o Conselho de Segurança das Nações (ONU, 2005).

Denota-se a partir da análise dos três pilares conjuntamente, que o instituto da responsabilidade de proteger possui como elemento não a mera intervenção quando se verifica que houve alguma violação aos direitos humanos, mas sim é composta por três categorias de ação, que se complementam, mas que não são necessariamente encadeadas: a responsabilidade de prevenção, a de reação, e a de reconstrução.

Nesse sentido, a responsabilidade de prevenção, de acordo com o mencionado relatório da ONU de 2009, encontra-se prevista tanto no primeiro e segundo pilares como no terceiro. Estabelece-se que, antes de se tomar qualquer medida no sentido da intervenção militar, devem ser adotadas medidas para sua prevenção.

Como modo de se efetivar essa prevenção, a Carta da ONU prevê algumas medidas pacíficas em seus Capítulos VI (art. 33³⁸) e VII (art. 52³⁹), tais como: negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais.

Quando a prevenção falha, entretanto, a responsabilidade de proteger determina que a reação é necessária. Tal reação não compreende apenas a intervenção militar, esta somente podendo ser decretada nos casos mais extremos. Dessa forma, a reação deve ser, primordialmente, através da adoção de medidas pacíficas. Pode-se recorrer a medidas similares às dispostas para a prevenção, entretanto, não sendo essas suficientes, deve-se cogitar a hipótese de serem aplicadas sanções.

Na área militar pode haver, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, embargos de armas e o cancelamento de programas de cooperação e treinamento; na área econômica, pode-se congelar ativos financeiros de alguns líderes, determinar restrições ao acesso de alguns produtos, ou

³⁸ Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.

³⁹ Artigo 52. 1. Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de entidades regionais, destinadas a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas. 2. Os Membros das Nações Unidas, que forem parte em tais acordos ou que constituírem tais entidades, empregarão todo os esforços para chegar a uma solução pacífica das controvérsias locais por meio desses acordos e entidades regionais, antes de as submeter ao Conselho de Segurança. 3. O Conselho de Segurança estimulará o desenvolvimento da solução pacífica de controvérsias locais mediante os referidos acordos ou entidades regionais, por iniciativa dos Estados interessados ou a instância do próprio conselho de Segurança.

promover embargos aéreos; nas áreas política e diplomática, pode ser determinada a suspensão da representação diplomática, ou a expulsão do Estado de organismos internacionais. Também é possível que se leve o caso à jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou do Tribunal Penal Internacional.

Somente depois de tomadas todas as medidas possíveis para se evitar a intervenção militar, é que o Conselho Nacional de Segurança das Nações poderá autorizar o uso da força, ou seja, a intervenção militar em si, para proteger as populações contra um dos quatro casos mencionados no conceito de responsabilidade de proteger (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e limpeza étnica).

Finalmente, a última categoria de ação corresponde à responsabilidade de reconstruir, composta por mecanismos de *peacebuilding*, através da assistência dos Estados-membros da ONU àquele país no qual houve a crise humanitária, para promover sua reconstrução, reabilitação e reconciliação, eliminando de maneira definitiva a origem do conflito (ONU, 2009).

Contudo, frisa-se que, por mais bem delimitadas tais categorias de ação e bem definidos os três pilares sobre os quais se sustenta o conceito da responsabilidade de proteger, após atenta análise dos mesmos, verifica-se que estes não estabelecem critérios específicos para se regular o *uso da força* em operações militares promovidas pela comunidade internacional.

Diante dessa omissão, o Brasil, em 2011, procurou introduzir um novo conceito no cenário internacional, qual seja, o conceito da responsabilidade ao proteger, visando a regularização da situação.

A compreensão das razões pelas quais o Brasil buscou introduzir esse novo conceito no cenário internacional exige o entendimento de que os pronunciamentos brasileiros com relação à adoção do conceito da responsabilidade de proteger sempre foram, de certo modo, cautelosos (BRAGA, 2012). Isso se justifica em razão de haver choque aparente entre esse conceito e um dos princípios tradicionais da diplomacia brasileira: o princípio da não intervenção (art. 4º, IV, da CF/88).

Em virtude dessa cautela, o posicionamento brasileiro tem sido no sentido de se adotar um novo conceito, concomitantemente com o da responsabilidade de proteger, visando, primordialmente, focar o princípio da diplomacia preventiva e restringir o uso da força ao mínimo possível, somente depois de exauridos os meios diplomáticos. Com isso, propôs-se, com a

instituição da responsabilidade ao proteger, estabelecer diretrizes de operacionalização do antigo conceito, e clarificar pontos controversos em torno do aspecto militar (BENNER, 2013).

Analisados os pronunciamentos brasileiros em torno do tema, tais como o discurso de abertura da Assembleia Geral da ONU feito pela presidente do Brasil, Dilma Rousseff, em setembro de 2011, e o documento⁴⁰ apresentado, em novembro do mesmo ano, pela embaixadora brasileira Maria Luiza Viotti, ao Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Antônio Patriota, é possível se depreender as intenções brasileiras ao se instituir o novo conceito, e os principais pontos inovadores com relação à responsabilidade de proteger.

Primeiramente, verifica-se, por meio dos documentos retro mencionados, que o Brasil procurou reafirmar a necessidade da prevenção, afirmando que esta deve ser vista como o instrumento mais importante para se evitar as crises humanitárias e lidar com as raízes dos problemas que levam a tais crises. Assim, defende a utilização de instrumentos preventivos como forma de reforçar a capacidade dos Estados de protegerem suas populações.

Nesse ponto, é interessante destacar que tal ênfase na prevenção é promovida não apenas em razão da tradição diplomática brasileira de defender a soberania de cada Estado, como também em razão de o Brasil buscar aumentar sua influência no âmbito internacional, procurando ser visto como modelo de Estado, já que se utilizou dessa prevenção ao adotar políticas sociais de redistribuição de renda, luta contra a fome e contra a pobreza (BENNER, 2013).

Noutro norte, vislumbra-se que o modelo proposto pelo Brasil de responsabilidade ao proteger, também dá ênfase à necessidade de que, antes que se determine a intervenção, se considere se esta será útil para a resolução do conflito.

É exatamente o que assinala Carlos Braga (2012) ao trabalhar as características do novo conceito apresentado pelo Brasil:

Assim, os principais elementos da proposta apresentada pelo governo brasileiro são: a valorização da prevenção e dos meios pacíficos de solução de controvérsias; a excepcionalidade do emprego da força; a obrigação de que a ação militar não cause danos maiores do que aqueles que busca evitar; a observância rigorosa dos mandatos; a importância da proporcionalidade e de limites para o emprego da força; e a necessidade de monitoramento e avaliação da implementação das resoluções (BRAGA, 2012, p. 47).

⁴⁰ Documento esse denominado *Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General*.

Denota-se que a partir dessa precaução, busca-se evitar a imposição de uma medida tão drástica quanto a intervenção militar nos Estados, pois o uso da força, muitas vezes, acaba por disseminar ainda mais a violência e a instabilidade no país palco de conflitos, podendo até mesmo agravar a situação deste.

Assim, a diplomata Maria Luiza Viotti (2011), por intermédio do documento apresentado ao Ministro das Relações Exteriores retro citado, sustenta que, em razão de o principal objetivo da ONU ser a proteção de civis, seria inaceitável que uma intervenção promovida pelas Nações Unidas chegasse a causar mais danos a estes do que os próprios conflitos que justificaram a intervenção. O posicionamento brasileiro, elucida Viotti, é o de que devem ser reavaliados os três pilares que sustentam o conceito da responsabilidade de proteger, sendo necessário se estabelecer uma subordinação política e uma sequência cronológica entre esses pilares, com o terceiro pilar (ação militar) sendo apenas subsidiário ao primeiro.

Ademais, o discurso brasileiro contido no documento de 2011 (*Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General*) defende o princípio da não indiferença, ou seja, pela instituição de uma cultura de solidariedade internacional, detendo todas as nações a responsabilidade de determinar a proteção aos que se encontram em situação de risco, em razão da responsabilidade compartilhada dos Estados em auxiliar os demais nos casos de extrema necessidade. Objetivou-se com a defesa do princípio da não indiferença, como esclarece Viotti, que se evitasse a “intervenção seletiva”, isto é, que a ONU somente interviesse quando seus Estados-membros tivessem algum interesse político ou econômico no país em conflito.

Pode-se concluir, dentro dessa análise, que o novo conceito introduzido pelo Brasil possibilitou que a responsabilidade de proteger ganhasse mais força e legitimidade no cenário internacional, enquanto mecanismo em potencial de proteção dos civis em necessidade, assunto de extrema importância para a garantia dos direitos humanos em nível internacional.

3.1.4 A MITIGAÇÃO DO RES INTER ALIOS ACTA E DO PACTA SUNT SERVANDA

Os dois últimos tópicos apresentados (3.1.2 e 3.1.3) demonstram que o diploma constitutivo da ONU apresenta importantes elementos de superioridade normativa frente aos demais tratados

internacionais. Tais percepções são mais uma vez ratificadas quando observadas frente a princípios consagrados dentro do Direito Internacional.

O art. 2º, § 6º, da Carta da ONU prevê que o organismo internacional fará com que os Estados que não são membros da ONU ajam de acordo com esses princípios previstos no diploma – tais como o da igualdade soberana dos membros, cumprimento de boa-fé das obrigações e solução pacífica de controvérsias – em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais

O conteúdo de tais normas no ordenamento jurídico internacional importa em uma exceção a dois princípios fundamentais do direito das gentes – *res inter alios acta* e *pacta sunt servanda* –, o que indica, em mais uma oportunidade, a existência de um direito superior representado pelo instrumento constitutivo.

As duas expressões latinas citadas que significam, respectivamente, que os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros e que o que foi pactuado deve ser cumprido, são ambas regras resultantes do consentimento perceptivo da comunidade internacional. Contudo, tais princípios não são absolutos e, como visto, deverão ser afastados em um eventual conflito com os mencionados dispositivos da Carta das Nações Unidas.

3.2 OS REGIMES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

De acordo com Krasner (2013), o regime internacional seria um conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões em torno dos quais convergem as expectativas dos atores em uma área específica das relações internacionais. Em outros termos, os regimes estão conectados a variáveis intervenientes, que intermedeiam a relação entre fatores causais como poder, valores, interesse e os resultados e/ou comportamentos alcançados por eles.

A formação dos regimes internacionais de Direitos Humanos tem como marco inicial a Carta das Nações Unidas (trabalhada no tópico anterior). Mas é somente a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que os rumos desses regimes internacionais começam a ser delineados.

3.2.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Constituindo-se como um dos principais diplomas internacionais que representam a essência do constitucionalismo universal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, na cidade de Paris em 10 de dezembro de 1948. A Declaração contém um preâmbulo de 7 parágrafos e uma parte principal de 30 artigos.

Um dos seus objetivos precípuos pode ser expressado por um trecho de seu preâmbulo, tendo em vista que a própria Assembleia Geral proclamou que a referida declaração

[...] tem como o ideal comum ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (ONU, 1948).

Segundo Piovesan (2009, p. 159), a Declaração Universal “[...] vem definir e fixar o elenco dos direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos”. Já Norberto Bobbio (2004, p. 46) assinala que tal compilação de direitos inserida na declaração representa a “manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”.

Nessa linha, Bobbio entende que a Declaração Universal pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores, uma vez que

[...] agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais (BOBBIO, 2004, p. 46).

Tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra os valores básicos universais de ordem pública mundial fundada no respeito à pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Nasce, assim, como um “código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a

condição de ser pessoa para que se possa vindicar e exigir a proteção dos direitos humanos, em qualquer ocasião e em qualquer circunstância” (MAZZUOLI, 2011, p. 786).

A Declaração Universal é tida como um dos marcos de criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), sistema jurídico normativo de alcance internacional com o objetivo de estabelecer parâmetros protetivos mínimos afetos à proteção dos direitos humanos, e representou o momento inicial da fase final de um processo, o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem.

Uma de suas características inovadoras é a sua amplitude na proteção dos direitos da pessoa humana, na medida em que estabelece um amplo rol de direitos sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Outra importante novidade é sua universalidade, na medida em que se aplica a todas as pessoas, de todos os povos e de todas as nações, independentemente de sua condição de raça, sexo ou religião. Reconhece, portanto, o indivíduo como sujeito de direito do Direito Internacional.

Assim, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade, uma vez que clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de a condição de pessoa ser o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos.

Inobstante a abrangência, o consenso em sua aprovação⁴¹ e sua amplitude, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi, aprovada, como visto, sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, o que resulta em se aventar, *a priori*, que não possui força vinculante sob o sistema internacional de Estados. A partir dessa discussão, André de Carvalho Ramos assinala três correntes que surgiram no Direito Internacional dos Direitos Humanos para explicar a obrigatoriedade da DUDH:

- (i) a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos”, previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) a DUDH possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) a DUDH representa tão somente a *soft law* na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então, venham a ter força vinculante (RAMOS, 2016, p. 66).

⁴¹ A Declaração foi aprovada por 48 votos a favor e nenhum voto em sentido contrário. No entanto, ocorreram oito abstenções dos seguintes países: Bielo-Rússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. Não participaram da votação Honduras e Iêmen.

Ramos (2016) posiciona-se no sentido de que apenas parcela dos direitos previstos na DUDH pode ser entendida como pertencente ao costume internacional, que seriam aqueles referentes à integridade física, à igualdade e ao devido processo legal. Contudo, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ) revela importantes indícios de que a DUDH como um todo pode ser tida como um “espelho de norma costumeira de proteção de direitos humanos e ainda elemento de interpretação do conceito de ‘direitos humanos’ insculpido na Carta da ONU” (RAMOS, 2015, p. 32).

Um exemplo disso é o caso envolvendo o *Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã* de 1980, no qual a CIJ considerou que a DUDH é uma importante fonte principiológica de hermenêutica para a previsão de Direitos Humanos contida na Carta de São Francisco. Em sentido análogo figura o Parecer Consultivo da CIJ sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, que assim dispôs: “[...] the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligations⁴²” (CIJ, 1951, p. 22).

O que se conclui do posicionamento da CIJ a respeito da temática em questão, inobstante tal Corte tenha um papel modesto na interpretação dos direitos humanos (como se verá no último capítulo), é que os princípios protetores de direitos humanos da mencionada convenção devem ser considerados princípios gerais de Direito Internacional e podem vincular, inclusive, Estados não contratantes (RAMOS, 2015).

Dessa forma, os direitos previstos na DUDH, sejam eles entendidos como princípios gerais ou pertencentes ao costume internacional, alçariam o *status* de fontes do Direito Internacional. Essa categorização permite denotar que o regime internacional de Direitos Humanos trazido pela DUDH tem força vinculante dentro do ordenamento jurídico mundial e, portanto, compõe, junto com os Pactos Internacionais de 1966 e a Declaração de Viena de 1993 (trabalhados nos próximos tópicos) o sistema constitucional em formação no Direito Internacional.

3.2.2 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (PIDCP)

⁴² Em tradução livre do inglês: “Os princípios fundamentais da Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como vinculantes para os Estados, mesmo sem obrigações convencionais”.

No cenário internacional, a lógica adotada para a ratificação pelos países de um tratado internacional segue o raciocínio das denominadas vantagens recíprocas. Ao se comparar tal método com o adotado nos contratos em Direito Privado, diz-se que os tratados possuem natureza sinalagmática, ou seja, um vínculo de reciprocidade e troca em um contrato entre duas partes, uma relação de prestação e contraprestação.

Fundou-se no DIDH, principalmente a partir da tríade de acordos internacionais que se analisará a partir deste tópico, um regime objetivo⁴³ (não-sinalagmático) dos tratados multilaterais de direitos humanos, segundo o qual um Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sob sua jurisdição e não para os demais Estados (RAMOS, 2016).

Assim, os tratados que dão forma aos regimes internacionais de Direitos Humanos que surgem a partir de meados da década de 1960 possuem obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos e da dignidade humana, em contraposição aos regimes de reciprocidade nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados.

É dentro desse contexto que se insere o acordo adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, o chamado Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴⁴. O PIDCP foi elaborado de forma concomitante ao Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) – a ser analisado no próximo tópico (item 3.2.3) –, mas ambos somente entraram em vigor em 1976, em virtude da exigência contida no artigo 49, § 1º do PIDCP e no artigo 27, § 1º do PIDESC⁴⁵.

A divisão clássica didaticamente apresentada da construção histórica dos direitos humanos em gerações/dimensões desde a obra do jurista tcheco Karel Vasak (*As dimensões internacionais dos direitos do homem*, de 1983) não segue a lógica da recente história dos tratados de direitos humanos em âmbito internacional. Isso porque, após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (vista no tópico 3.2.1), foram feitos estudos na Comissão de Direitos Humanos da ONU para a elaboração de um único tratado internacional de direitos humanos que abrangesse detalhadamente

⁴³ O regime objetivo dos tratados internacionais de Direitos Humanos teve origem nas quatro Convenções de Genebra de 1949 referentes ao Direito a ser aplicado no Direito Internacional Humanitário, mas foi amplamente utilizado posteriormente nos principais acordos internacionais na temática de Direitos Humanos ao longo do século XX.

⁴⁴ O PIDCP foi aprovado pelo Congresso Nacional e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.

⁴⁵ Tanto o artigo 49, § 1º do PIDCP e quanto o artigo 27, § 1º do PIDESC dispõem que somente entrariam em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigésimo-quinto instrumento de ratificação ou de adesão.

todos os direitos já reconhecidos pela comunidade internacional de Estados, incluindo indistintamente todas as dimensões dos direitos já existentes.

Contudo, a justificativa histórica que se dá para a edição de dois diferentes pactos que tratassem de direitos humanos foi o período da Guerra Fria. Estando o mundo dividido em sua balança de poder de forma dicotômico entre dois importantes blocos consolidados na década de 1960 (capitalistas e socialistas) e um terceiro grupo não-alinhado que ganharia força na mesma década (Movimento dos Países Não-Alinhados – MNA), a solução foi a elaboração de um acordo mais afeto aos direitos civis e políticos – enquadrados dentro da primeira dimensão de direitos humanos e ligados aos países que tinham como regime econômico o capitalismo – e um pacto mais direcionado aos direitos sociais – tidos como direitos humanos de segunda dimensão e conectados aos países cuja economia se pautava no modelo de planificação e centralização.

Como se pode denotar, os direitos humanos abordados nos dois pactos foram divididos, em linhas gerais, a partir de cinco espécies, a saber: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Cumpre neste tópico, portanto, analisar os direitos civis e políticos trazidos pelo pacto em questão.

Conforme pontua Ramos (2016), os direitos civis trazidos pelo PIDCP são direitos de autonomia do indivíduo contra interferências indevidas do Estado ou de terceiros, ou seja, o conteúdo de tais direitos é relativo à proteção dos atributos da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Dentre os principais direitos civis que figuram no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estão o direito à vida (artigo 6º), o direito à integridade física (artigo 7º), direito ao devido processo legal (artigo 9º), direito à liberdade (artigo 11), direito de locomoção (artigo 12), direito à intimidade (artigo 17), direito à liberdade religiosa (artigo 18), direito à liberdade de expressão (artigos 19 e 20) e direito à igualdade perante à lei (artigo 26).

Os direitos políticos, por seu turno, são representados por direitos de participação, ativa ou passiva, no exercício das decisões políticas e no manejo da coisa pública (RAMOS, 2016). Entre os direitos políticos constantes do PIDCP estão previstos o sufrágio igualitário e universal e por voto secreto no artigo 25.

A transformação dos direitos civis e políticos de uma norma costumeira internacional em um tratado representa indubitavelmente um incremento da importância que os direitos humanos ganharam na agenda do Direito Internacional e, conseqüentemente, no fortalecimento dos regimes internacionais

que dão base à formação do constitucionalismo universal. O próximo passo foi a consolidação do PIDESC, que se observará no próximo tópico.

3.2.3 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC)

Como já visto no tópico anterior (item 3.2.2), o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) foi deliberado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966⁴⁶, mas apenas entrou em vigor dez anos depois pelos motivos já delineados.

Não há dúvidas de que o avanço na discussão de direitos sociais, econômicos e culturais na esfera global representa um processo de alargamento da igualdade material buscada pela sociedade do século XX. Ao reconhecer que os direitos sociais em sentido amplo são de realização progressiva, o PIDESC garante que os Estados devem dispor do máximo dos recursos disponíveis para sua efetivação, o que não exclui a obrigatoriedade de sua promoção e, após, a proibição de retrocesso social⁴⁷.

Cumprido, em alusão ao exercício já feito com o PIDCP, analisar separadamente as características conceituais e os exemplos trazidos pelo PIDESC de cada uma das espécies dos direitos nele constantes. Os direitos sociais previstos no pacto, em um sentido amplo, podem ser caracterizados como aqueles que asseguram uma vida material digna, exigindo prestações positivas do Estado. O PIDESC traz o direito à saúde (artigo 12) e o direito à educação (artigo 13) como importantes exemplos de direitos e garantias sociais.

Por direito econômico o acordo internacional trouxe aqueles relacionados com a organização da vida econômica de determinado Estado, em uma ótima produtor-consumidor (RAMOS, 2016). Exemplo disso é trazido pelo artigo 8º do PIDESC, que reconhece o direito de associação sindical com o objetivo de promoção de seus interesses econômicos, bem como o direito de greve⁴⁸.

⁴⁶ O PIDESC foi aprovado pelo Congresso Nacional e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo mesmo decreto que traz consigo o PIDCP, qual seja, o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.

⁴⁷ Observa-se que tal temática trazida pelo PIDESC mostra-se extremamente atual com a conjuntura política e jurídica vivenciada no Brasil após a edição da Emenda Constitucional 95/2016, que trouxe consigo o debate do teto dos gastos públicos por meio do novo regime fiscal.

⁴⁸ O direito de greve segundo o PIDESC pode ser exercido com a exceção de eventuais restrições aos membros da polícia, forças armadas e administração pública.

Já os direitos culturais apresentados pelo PIDESC estão afetos à participação do indivíduo na vida cultural de determinada comunidade, na manutenção do patrimônio histórico-cultural e na concretização de sua identidade e memória. Como obrigação direcionada ao Estado, o pacto exige em seu artigo 15 ações efetivas do Estado para conservação, desenvolvimento e difusão da cultura e da ciência.

Comumente, a doutrina internacionalista, ao olhar para os textos convencionais em direitos humanos que foram assinados ao longo do período da Guerra Fria, classifica o conjunto dos dois pactos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos como sendo a chamada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*. Tal tríade de acordos internacionais somados, por possuírem um alcance universal e de grande abrangência, seriam o principal marco histórico contemporâneo do desenvolvimento legislativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Entretanto, há autores que criticam tal estratégia internacional de propagação dos direitos humanos classificando-a como eurocentrista/euroatlântica e de pouco alcance para a multiculturalidade presente na sociedade internacional. É o caso do jurista japonês Yasuaki Onuma (2017), que desaprova a visão centralizadora de políticos, jornalistas e especialistas que, quando abordam instrumentos de direitos humanos, tendem a pensar apenas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos dois pactos anteriormente citados como a base de uma suposta Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Para Onuma, a não inserção da Declaração de Viena de 1993 nesta Carta Internacional de Direitos Humanos é inadequada. O autor pontua que a Declaração de Viena de 1993 predita que a proteção e a promoção dos direitos humanos são deveres da comunidade internacional, dando uma resposta à questão de se os direitos humanos são preocupação apenas da jurisdição doméstica ou internacional como um todo, após superar diversos conflitos ocorridos em razão da diversidade econômica, social, religiosa e cultural no final do século XX.

O referido tratado, segundo Onuma, também previu a universalidade, individualidade, interrelação e a interdependência entre os direitos humanos, garantindo finalmente um acordo global expressivo e multilateralmente consentido em direitos humanos. É dentro desse contexto de afirmação dos direitos humanos no pós-Guerra Fria que a Declaração de Viena será analisada no próximo tópico.

3.2.4 A DECLARAÇÃO DE VIENA DE 1993

Em *Relações Internacionais e Temas Sociais: a Década das Conferências*, José Augusto Lindgren Alves (2001) assinala que a década que decretou o fim da Guerra Fria e do regime soviético foi amplamente marcada por novos temas na agenda internacional e, conseqüentemente, relevantes fóruns para discuti-los.

A década de 1990 ficou marcada, segundo Alves, por conferências que vão ditar a narrativa das relações internacionais ao longo do início do século XXI. Com efeito, lograram-se importantes avanços na temática ambiental com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD ou Rio 92) ocorrida no Rio de Janeiro em 1992; a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) realizada no Cairo em 1994 trouxe uma nova agenda de compromissos comuns para melhorar a qualidade vida por meio da promoção dos direitos humanos e da dignidade; a Conferência Mundial sobre a Mulher, Igualdade, Desenvolvimento e Paz de Pequim (1995) apresentou-se como um marco histórico da discussão sobre os direitos da mulher como direitos humanos; relevantes discussões avançaram no tema de mobilidade urbana, moradia e infraestrutura nas cidades na Conferência Habitat II sucedida em Istambul (1996).

Como já se sabe, ademais de todos os temas acima citados, os direitos humanos também estão inseridos na chamada *década das conferências*, representada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993. De acordo com Ramos, tal conferência “foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo, uma vez que reuniu mais de 170 Estados, bem como foram credenciadas como observadoras oficiais mais de oitocentas organizações não governamentais” (RAMOS, 2015, p. 32).

Alves, por seu turno, apresenta a capacidade de abrangência e avanço que a conferência teve em virtude do contexto histórico vivido à época:

O paradigma da Guerra Fria [...] encobria situações muito mais complexas, descartando como secundárias todas as manifestações que não se enquadrassem na visão bipolar de um mundo dividido nas esferas de influência das duas superpotências antagônicas [...]. O “conflito Norte-Sul”, por sua vez, não chegava a constituir um paradigma. Assemelhava-se mais a um refrão mobilizador no sentido Sul-Norte para um objetivo teleológico: a nova ordem econômica internacional. Seu reducionismo, ademais de dissimular conscientemente as múltiplas alianças de países em desenvolvimento com as potências diretamente envolvidas no conflito Leste-Oeste, desconsiderava o Sul existente dentro do Norte desenvolvido e ocultava os “Nortes” internos dominantes no “Sul” (ALVES, 2001, p. 292).

Evidentemente a conjuntura pós-Guerra Fria facilitou a maior participação dos Estados nos debates que iam além das agendas de segurança e paz internacionais, auxiliando em um incremento

da multipolarização das decisões tomadas nos principais fóruns, inclusive pela presença da sociedade civil.

É justamente esse o argumento trazido por Yasuaki Onuma (2017) para defender que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não possui a mesma legitimidade da Declaração de Viena (1993), em razão do número de países que as aderiram e também pela participação de organizações não-governamentais. Para o autor japonês, a primeira declaração não possui caráter universal, mas características universalizantes.

Embora não negue a origem europeia e americana dos direitos humanos, o autor alemão Tomuschat (1993) apresenta uma posição diversa de Onuma nesse aspecto ao pontuar que grande parte do mundo já compartilhava os valores estabelecidos na Declaração Universal, desde o momento de sua concepção. Por conseguinte, esta não precisou ser universalizada, gozando de legitimidade desde sua criação.

É indiscutível, no entanto, que a Declaração de Viena de 1993, aprovada junto com um programa de ação em direitos humanos pela Conferência de Viena, contou com um importante reconhecimento universal da indivisibilidade e da interdependência dos direitos ali protegidos (RAMOS, 2015).

Não é outra a visão de Alves sobre o tema: “a Conferência de Viena foi inquestionavelmente importante para a afirmação dos direitos humanos no discurso contemporâneo. Eles nunca tiveram no passado o apelo planetário que têm tido atualmente” (ALVES, 2001, p. 148).

De fato, a Declaração de Viena de 1993 eleva o patamar da proteção dos direitos humanos na ordem internacional por três motivos principais: em primeiro lugar, a ampla participação dos Estados em sua elaboração e confecção final garante ao documento uma legitimidade que não é gozada por diplomas anteriormente estudados como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (item 3.2.1) e pela Carta da ONU (item 3.1.1), ambas elaboradas e pensadas por uma parcela da sociedade internacional; em segundo lugar, traduz em um instrumento escrito e vinculante o regime objetivo dos direitos humanos, que anteriormente possuía seu documento fundante, a DUDH, baseado em uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sem força normativa em sua origem; por fim, consagra a participação da sociedade civil no processo legislativo de criação de normas internacionais, o que reafirma a visão ordenamental do Direito apresentada no item 2.6.2, ou seja, decorreria da própria vontade da comunidade internacional em manifestar preceitos universais de respeito a determinados valores, representados, nesse caso, pelos direitos humanos.

Assim, as questões que surgem diretamente são: os direitos humanos, amplamente garantidos nos regimes jurídicos internacionais, constituem uma categoria superior frente a outras normas de Direito Internacional? Essa superioridade seria afeta a todos os regimes internacionais de direitos humanos ou de apenas alguns direitos mais relevantes? Esse núcleo que se destaca poderia ser caracterizado dentro do constitucionalismo universal? São essas as inquietações presentes no último tópico deste capítulo.

3.2.5 OS DIREITOS HUMANOS E OS *JUS COGENS*

As principais características dos regimes internacionais de direitos humanos e das normas imperativas de Direito Internacional geral já foram delineadas neste trabalho (respectivamente a partir do item 3.2.1 e do item 2.6.3). Como visto, o conceito de *jus cogens* não traz consigo exemplos do que seriam essas normas superiores do Direito Internacional, situação que, concomitantemente, permite aos internacionalistas interpretarem de um modo mais restritivo ou mais amplo acerca de qual seria a teleologia dessas normas imperativas.

Para estudar tal problemática controversa entre aqueles que discorrem sobre *jus cogens*, foi criado um grupo de trabalho dentro da Comissão de Direito Internacional da ONU com um mandato para estudar as *peremptory norms of general international law (jus cogens)*⁴⁹. Em que pese inexistir um documento final e conclusivo da pesquisa realizada pelos estudiosos que participam desse grupo institucional, já foram produzidos dois importantes documentos sobre a temática: *First report on jus cogens (A/CN.4/693)*, elaborado durante a 68ª sessão da Comissão de Direito Internacional em 2016; e *Second report on jus cogens*, realizado ao longo da 69ª sessão da Comissão de Direito Internacional em 2017.

Ambos os relatórios foram coordenados pelo sul-africano Dire Tladi, mas contaram com a participação de pesquisadores de diversas nacionalidades e distintas regiões do globo⁵⁰, o que denota uma preocupação da comissão da ONU em apresentar uma visão multifacetada sobre a controversa temática acerca do rol das normas imperativas.

⁴⁹ Na sua 69ª sessão, em 2017, a Comissão decidiu mudar o título do grupo de trabalho de "jus cogens" para "normas imperativas do direito internacional geral".

⁵⁰ Conforme consta dos relatórios, pesquisadores da Alemanha, dos Estados Unidos, da Suíça, de Luxemburgo, da França, da Argentina e da Noruega também tiveram uma contribuição nos documentos aprovados.

O primeiro relatório de 2016 apresenta importantes contextualizações históricas da criação das normas imperativas, discorre sobre a natureza jurídica das *jus cogens*, seu papel no Direito Internacional e os seus principais elementos (todas questões já abordadas no item 2.6.3). Contudo, pouco acrescenta para a aproximação entre as normas imperativas e os direitos humanos, uma vez que o documento não alcança a enumeração sequer de um rol exemplificativo das *jus cogens*.

O segundo relatório de 2017, por sua vez, traz novidades que vão ao encontro do que vem sendo descrito neste trabalho. Um primeiro aspecto (apresentado no tópico II, item C.2 do relatório) é com relação à superioridade hierárquica das normas imperativas, assim elucidada pelo documento:

As with the idea that jus cogens reflects fundamental values, the view that jus cogens norms are hierarchically superior to other rules and norms of international law is generally accepted. Indeed, the Commission has already concluded that jus cogens norms are hierarchically superior to other rules, and that conclusion ought to be a sufficient basis to include hierarchical superiority as a characteristic element of jus cogens.

[...] From the above, it should be clear that hierarchical superiority as a descriptive, characteristic element of jus cogens cannot be seriously questioned. Different terms may have been utilized, but the idea of jus cogens being hierarchically superior or having a higher status is generally accepted⁵¹ (ONU, 2017, p. 12).

A comissão entende, pois, que a superioridade hierárquica das normas imperativas constitui um dos elementos fundantes de sua premissa. Se há uma relação de superioridade materialmente reconhecida, é certo que aspectos do constitucionalismo se fazem fortemente presentes nas *jus cogens*.

Um segundo posicionamento importante trazido pelo relatório refere-se à aplicação universal das normas imperativas. Após citar julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte de Apelação dos Estados Unidos do Distrito de Columbia e da Suprema Corte Federal da Suíça, o relatório conclui que:

The materials cited above illustrate that, in their practice, States and courts have consistently accepted that jus cogens norms protect and reflect fundamental values of the international community, are universally applied and are hierarchically superior to other norms of international law. That these materials may, at times, use

⁵¹ Tradução livre do inglês: “Tal como com a ideia de que o *jus cogens* reflete valores fundamentais, a visão de que as normas *jus cogens* são hierarquicamente superiores a outras regras e normas do direito internacional é comumente aceita. Na verdade, a Comissão já concluiu que as normas *jus cogens* são hierarquicamente superiores a outras regras, e essa conclusão deve ser uma base suficiente para incluir a superioridade hierárquica como elemento característico do *jus cogens*.”

[...] Do que foi mencionado acima, deve ficar claro que a superioridade hierárquica como elemento descritivo e característico do *jus cogens* não pode ser seriamente questionado. Diferentes termos podem ter sido utilizados, mas a ideia de *jus cogens* ser hierarquicamente superior ou ter um status superior é comumente aceita”.

different words to express the same basic ideas should not detract from the wide acceptance of these characteristics⁵² (ONU, 2017, p. 15).

Se anteriormente o relatório aproxima o conceito de *jus cogens* ao do fenômeno constitucional no Direito Internacional, a afirmação acima aponta para um processo que é universal, não por ser imposto aos Estados, mas sim por ser amplamente aceito por eles, cada qual utilizando sua própria terminologia sem comprometer a aceitação das características das normas imperativas.

O terceiro entendimento exarado pelo documento publicado em 2017 que tem grande relevância para o encurtamento das distâncias entre as *jus cogens* e os regimes internacionais de direitos humanos é o expressado no tópico II, item C.1, denominado *fundamental values*. Em mais uma oportunidade o relatório se propõe a analisar diversos casos de cortes ao redor do mundo (Argentina, Estados Unidos, Peru, África do Sul e Filipinas) e finaliza assinalando que:

It is clear from the above that jus cogens norms reflect and protect fundamental values of the international community. This notion has never been seriously questioned. [...] Of course, different authorities use different words to describe the central notion but the notion itself is generally accepted in international law. For example, some authorities state that jus cogens norms “protect” the fundamental values, while others state that these norms “reflect” the fundamental values. Furthermore, some speak of the “fundamental values” while other speak of the “fundamental interests”. The general theme, however, is the same⁵³ (ONU, 2017, p. 11/12).

Denota-se a partir da compreensão da comissão da ONU que as *jus cogens* refletem (i) valores fundamentais que (ii) são hierarquicamente superiores às demais normas de Direito Internacional dispositivo e (iii) são aceitos universalmente. Resta saber, assim, quais seriam esses valores fundamentais mencionados pelo documento e se eles possuiriam alguma relação com os direitos humanos.

⁵² Tradução livre do inglês: “Os materiais citados acima ilustram que, em sua prática, os Estados e os tribunais aceitaram consistentemente que as normas do *jus cogens* protegem e refletem valores fundamentais da comunidade internacional, são universalmente aplicados e são hierarquicamente superiores a outras normas do direito internacional. Esses materiais, às vezes, usam palavras diferentes para expressar as mesmas ideias básicas, não devem prejudicar a ampla aceitação dessas características”.

⁵³ Tradução livre do inglês: “É claro do exposto que as normas do *jus cogens* refletem e protegem os valores fundamentais da comunidade internacional. Essa noção nunca foi seriamente questionada. [...] É claro que diferentes autoridades utilizam palavras diferentes para descrever a noção central, mas a própria noção é comumente aceita no direito internacional. Por exemplo, algumas autoridades afirmam que as normas *jus cogens* “protegem” os valores fundamentais, enquanto outras afirmam que essas normas “refletem” os valores fundamentais. Além disso, alguns falam dos “valores fundamentais” enquanto outros falam dos “interesses fundamentais”. O tema geral, no entanto, é o mesmo”.

Para tanto, é necessário um retorno ao primeiro relatório de 2016 para identificar o seguinte posicionamento acerca de como se caracterizam esses valores fundamentais:

The values which are protected by *jus cogens* norms — those that constitute “the fundamental values of the international law community” — are those that have been said to be “*toutes d’essence civilisatrice*”. They are concerned with the basic considerations of humanity. The description by the International Court of Justice of the values underlying the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, though not expressly invoking *jus cogens*, provides an apt description of the values characterizing *jus cogens*⁵⁴ (ONU, 2016, p. 44).

A Comissão de Direito Internacional entende, nesse sentido, que esses valores fundamentais da comunidade internacional estão relacionados com as considerações básicas de humanidade. Na tentativa de descrever o que o relatório denomina “essência civilizatória” a comissão invoca o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, já mencionado no item 3.2.1.

O relatório se aproxima do que já foi defendido no item 2.6.3, no sentido de que determinadas normas de direitos humanos, incluindo as que tratam de crimes internacionais, como o genocídio e a tortura pertencem ao rol das normas imperativas gerais de Direito Internacional.

Seguindo essa linha, Baptista (1997) pontua que a prática da ONU, ao condenar violação de direitos humanos por parte de um Estado, confirma que se trata de uma questão de ordem pública internacional e, portanto, de uma questão relativa à norma imperativa internacional.

Ademais, como mencionado nos relatórios, não é apenas a ONU por meio de seus órgãos que vem reafirmando a qualidade de *jus cogens* de determinados direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece tal caráter da norma imperativa, dentre diversos julgados, no Parecer Consultivo nº 18 sobre a *Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Não Documentados* de 2003 (CIDH, 2003).

Partindo dessa análise, Ramos prevê que:

[...] há uma incessante atividade de reconhecimento da qualidade de *jus cogens* de diversos direitos fundamentais pelos tribunais internacionais criados pelos próprios Estados. Assim, pode-se vislumbrar que, no futuro, a natureza de norma imperativa será reconhecida a *todos* os direitos humanos, sem qualquer distinção (RAMOS, 2016, p. 205).

⁵⁴ Tradução livre do inglês e do francês: Os valores que são protegidos pelas normas *jus cogens* - aqueles que constituem "os valores fundamentais da comunidade do direito internacional" - são aqueles que foram ditos ser "toda a essência civilizatória". Eles estão relacionados com as considerações básicas de humanidade. A descrição pela Corte Internacional de Justiça dos valores subjacentes à Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, embora não invoque expressamente *jus cogens*, fornece uma descrição adequada dos valores que caracterizam *jus cogens*.

Não há como afirmar, entretanto, que esse “processo de imperativização” das normas de direitos humanos, transformando-as todas em *jus cogens*, está completamente concluído. Um primeiro obstáculo é a falta de um consenso sobre o reconhecimento e a aceitação por parte dos Estados e dos organismos internacionais do rol de normas imperativas gerais de Direito Internacional. Um segundo desafio é a consolidação do respeito da legitimidade dos direitos humanos na sociedade internacional, questão que desde a Declaração de Viena de 1993, como visto, aproxima-se de um equacionamento.

Todavia, o que se pode concluir, independentemente da superação de tais desafios, é que os regimes internacionais de direitos humanos constituem um dos núcleos essenciais das normas que compõem o ordenamento jurídico mundial. Em síntese, seja considerando o critério material (conteúdo das normas de direitos humanos) seja levando em conta o critério formal (pelo reconhecimento de serem normas *jus cogens*), o constitucionalismo universal tem um de seus principais alicerces de sustentação de superioridade hierárquica escorado nas normas internacionais de direitos humanos.

4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL?

4.1 PROJETO E IMPLEMENTAÇÃO: POR QUE PRECISAMOS DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL?

A existência do fenômeno constitucional na ordem internacional defendida por intermédio dos argumentos teóricos despendidos no primeiro capítulo e pelos fundamentos normativos no segundo capítulo somente poderá ser definitivamente vislumbrada na prática e superar os desafios presentes se uma nova separação de poderes em nível internacional for estabelecida. Hodiernamente, ao se analisar o sistema ONU, vislumbra-se um Poder Executivo hipertrofiado (principalmente em virtude da capacidade de tomar decisões vinculantes do Conselho de Segurança), um Poder Legislativo difuso e fragmentado e um Poder Judiciário que possui uma jurisdição limitada mormente em matéria que envolva assuntos notadamente constitucionais, como são os direitos humanos.

Pensada inicialmente por um médico tunisiano, Moncef Marzouki (2004), para combater as violações de direitos políticos ocorridas ao longo do processo eleitoral da Tunísia, o projeto do Tribunal Constitucional Internacional ganha força para equilibrar os freios e contrapesos da repartição de poderes do sistema jurídico internacional a partir da justificativa de sua necessidade existência frente a outros tribunais internacionais. Essa comparação com outras cortes internacionais e a importância de criação do TCI serão vistas nos próximos tópicos.

4.1.1 A CIJ, AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O TCI

Segundo Ramos, a Corte Internacional de Justiça⁵⁵, principal órgão judiciário da ONU e do sistema internacional como um todo, tem um “modesto papel na aferição da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos” (RAMOS, 2015, p. 97). Nesse sentido, existem aspectos que limitam essa interpretação da Corte e exsurtem da análise de seu Estatuto⁵⁶.

⁵⁵ A Corte Internacional de Justiça, criada em 1945, foi antecedida pela Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo estatuto foi aprovado em 1920 e esteve em vigor até 1939.

⁵⁶ O Estatuto da Corte Internacional de Justiça figura como anexo da Carta das Nações Unidas, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 19.841/1945.

O primeiro deles diz respeito ao caráter facultativo, isto é, a jurisdição da CIJ, de acordo com o artigo 36.2⁵⁷ do seu Estatuto, depende da adesão voluntária dos Estados, ademais de cada país ter a prerrogativa de condicionar seu aceite ao princípio da reciprocidade. Na prática, a proteção judicial somente é invocada após o fracasso da conciliação e da arbitragem, o que indica o caráter subsidiário e de última *ratio* do recurso à Corte Internacional de Justiça.

Outro obstáculo relevante está relacionado ao *jus standi* ou à legitimidade ativa e passiva nos processos levados à CIJ. Isso porque, em conformidade com o disposto no artigo 34.1⁵⁸ do Estatuto da CIJ, apenas os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte. Tal previsão limita consideravelmente a proteção judicial de direitos humanos, tendo em vista que o acesso do indivíduo a tribunais internacionais é tido como requisito indispensável para a adequada garantia desses direitos (RAMOS, 2015).

É certo que a apuração das violações de direitos humanos não pode prescindir da ação de organismos internacionais independentes e da vítima, uma vez que, nesse caso, o “Estado pode sacrificar os direitos dos indivíduos no altar de seus interesses geopolíticos” (RAMOS, 2015, p. 99). Em outros termos, se depender exclusivamente da iniciativa dos Estados (como ocorre atualmente na Corte Internacional de Justiça) para a proteção incontestada dos direitos humanos há um grande risco de insucesso.

Em que pese Ramos (2015) pontue que a partir de 2009, com o ingresso do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na CIJ, a corte inicia uma “virada *pro homine*” – com o reconhecimento da força expansiva dos direitos humanos – as dificuldades institucionais acima apresentadas ainda impedem que a CIJ desempenhe uma proteção judicial dos direitos humanos mais eficaz, o que fortalece a ideia de criação de um tribunal internacional que seja intérprete dos direitos humanos e das matérias constitucionais afetas ao sistema jurídico internacional descritas nos capítulos anteriores.

⁵⁷ Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. 2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

⁵⁸ Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte.

4.1.2 OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O TCI

Superada a demonstração da ineficiência da CIJ em trabalhar com profundidade os temas relacionados aos direitos humanos, surge a questão do porquê a necessidade de criação de um novo tribunal que lide com os direitos humanos se já se possui em âmbitos regionais importantes sistemas de proteção consolidados, inclusive, sob o ponto de vista judicial (contencioso e consultivo).

Esses são os casos dos mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos já existentes na Europa (Comissão Europeia de Direitos Humanos⁵⁹ e Corte Europeia de Direitos Humanos), na América (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) e na África (Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos).

O primeiro aspecto a se considerar sobre a necessidade de criação de mais um tribunal em âmbito internacional que lide com direitos humanos, dado os sistemas regionais já existentes, é justamente a falta de um intérprete em nível global para lidar com esse assunto. Como visto, a CIJ, principal órgão judicial de alcance universal, não foi pensada para lidar com direitos humanos.

Um outro elemento importante a justificar a presença do TCI está relacionado com o que Ramos (2015) denomina de “crise de efetividade” dos mecanismos regionais de proteção aos direitos humanos. Segundo a visão de Ramos, há uma intensa dificuldade das jurisdições internacionais de direitos humanos de processar, com qualidade e celeridade, um número cada vez maior de demandas.

Ademais, como assinala Charney (1999), a pluralidade de tribunais é uma força e não uma fraqueza para a proteção dos direitos humanos, o que permite o avanço do Direito Internacional como um todo. A pluralidade de tribunais internacionais permite a comparação recíproca e o diálogo interinstitucional gerado promovem a emergência de interpretações jurídicas extraídas de uma maior reflexão.

⁵⁹ Com o Protocolo nº 11 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aberta para assinatura a partir de 1994, houve a extinção da Comissão *tout court* e sua fusão com a Corte Europeia de Direitos Humanos, dando direito de ação aos indivíduos vítimas de violações de direitos humanos.

4.1.3 O PROJETO EM CURSO DE CRIAÇÃO DO TCI

Tendo esses desafios da afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em mente, qual seria, pois, o futuro papel de um tribunal internacional de direitos humanos? De acordo com Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e Talvanni Machado Ribeiro, a sugestão do Tribunal Constitucional Internacional:

[...] emana da necessidade sobre uma corte internacional que venha suprir os déficits democráticos existentes em diversos países, pois, as instituições locais, muitas vezes, não atendem satisfatoriamente as demandas existentes, ou seja, não conseguem resolver os seus conflitos, nem cumprem as diretrizes dos Tratados Internacionais, principalmente os que se referem aos Direitos Humanos (AQUINO; RIBEIRO, 2016, p. 03).

Segundo os autores, o Tribunal funcionaria como o último controle constitucional de decisões internacionais, utilizado somente após o esgotamento de todos os recursos existentes oferecidos pelas distintas ordens jurídicas nacionais e/ou internacionais. Sua competência, portanto, fundar-se-ia na supranacionalidade, cuja finalidade é proteger esse núcleo humanitário descrito nos diferentes documentos com caráter constitucional na esfera internacional e como seus valores inspiram e projetam outros modos de convivência em lugares distintos do globo.

Paulo Ferreira da Cunha (2016), um dos idealizadores do projeto em andamento do Tribunal Constitucional Internacional, elucida que os grandes objetivos do Tribunal são: a garantia do Estado de Direito, da democracia e dos Direitos Humanos; a contribuição para erradicar a ditadura nos países do globo; e a busca pelo respeito dos direitos e da dignidade das pessoas. Na prática, o TCI consistiria em:

[...] ser uma instância de aconselhamento de governos, organizações internacionais e forças vivas da sociedade civil, nacionais e internacionais, que, em termos obviamente também limitados e com prazo razoável de resposta, poderiam colocar questões, pedir pareceres. Não tem sido inédito já que mesmo governos peçam impossíveis (no plano legal interno) esclarecimentos das suas decisões, que os tribunais constitucionais nacionais certamente nem sempre ou quiçá nunca poderão prestar (dado não ser essa a sua função, por definição), mas que poderiam tranquilamente ser objeto de pedido interpretativo a um tribunal supranacional, independente e especializado, como o TCI. Evidentemente, aqui está um exemplo de uma outra questão complexa a acautelar: a necessária harmonia entre as Cortes constitucionais (e afins) nacionais, regionais e o TCI. Certamente, nem todos os pedidos de parecer para o TCI seriam benévolos, podendo haver questões ociosas e mesmo litigância de má fé. Será necessário não só um Estatuto do Tribunal que previna à partida muitos desses casos, como depois o discernimento pontual que os descarte (CUNHA, 2016, p. 39).

Ramos (2015) entende que o TCI teria dois papéis primordiais: a) função preventiva, pelo qual as demandas apreciadas seriam selecionadas justamente pelo seu impacto estrutural, que levaria a reformas internas, impedindo novas violações; b) função reparatória, na qual os juízes internacionais iriam fixar as obrigações de reparação bem determinadas, zelando pelo universalismo concreto dos direitos humanos.

Alinhado com esses posicionamentos doutrinários, o projeto do TCI começou a ganhar forma a partir da Declaração de Rabat, proferida em junho de 2015, que levou em consideração: a) a necessidade de ter em conta os direitos, liberdades e garantias, no nível agregado, bem como os compromissos dos Estados, pela paz e dignidade humana; b) o desenvolvimento de estudos e pesquisas e o interesse da opinião pública mundial pela ideia de criar um tribunal constitucional cooperação internacional; e c) a importância de coordenar esforços e o projeto inovador.

Na declaração, restou decidido que:

1. Leur conviction que la reconnaissance d'une normativité constitutionnelle internationale, mondiale ou globale et des principes d'une constitution matérielle, qui existent déjà, n'impliquent nullement l'existence d'un Etat planétaire ni une constitution mondiale formelle.
 2. Leur croyance qu'une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l'universalisation et l'effectivité de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme.
 3. Leur intention de travailler pour l'élaboration d'un projet d'avenir, réfléchi et réaliste qui puisse évoluer vers des solutions acceptables et consensuelles.
- Décidons, en conséquence, de créer un collectif pour la Cour Constitutionnelle Internationale, qui pourrait avoir des sections nationales et / ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet.⁶⁰

Em que pese o TCI, assim como o constitucionalismo universal, ainda esteja em formação, já pode se vislumbrar, pelas discussões em torno de sua implementação, os aspectos relacionados à sua estrutura e composição, a serem analisados no próximo tópico.

⁶⁰Da tradução livre do francês: “1. Há convicção de que o reconhecimento de uma normatividade Constituição internacional, mundial ou global e os princípios de constituição material, que já existe, não implica, de forma alguma, a existência de uma constituição mundial formal. 2. A convicção de que um Tribunal Constitucional Internacional constituirá passo decisivo para a universalização e a eficácia do Estado de Direito, a democracia e direitos humanos. 3. A intenção de trabalhar para o desenvolvimento de um projeto para o futuro, abordagem reflexiva e realista que pode evoluir para soluções aceitáveis e consensuais. Decidir, portanto, criar um coletivo para o Tribunal Constitucional Internacional, que pode ter seções nacionais e/ou regionais, com vistas a contínua reflexão e finalização do projeto”.

4.2 ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO DO TCI

4.2.1 INSTRUMENTO CONSTITUTIVO ESTRUTURANTE

A primeira questão a ser trabalhada para a criação do TCI é o instrumento constitutivo a ser utilizado para a sua deflagração. O caminho mais previsível em uma análise da recente conjuntura internacional é o surgimento do tribunal por intermédio de um tratado. A transformação do Direito Internacional em norma escrita – o denominado processo de codificação do DI (ACIOLLY; SILVA; CASELLA, 2012) – é uma tendência natural desse ramo na contemporaneidade como visto nos regimes jurídicos descritos no capítulo anterior.

Discute-se, a partir de então, a vinculação ou não do TCI ao sistema ONU. Isso porque, como visto, as Nações Unidas já possuem um órgão judicial em funcionamento – a Corte Internacional de Justiça com sede em Haia – e a criação de uma nova corte ligada ao principal organismo intergovernamental do globo poderia ensejar em uma eventual confusão de competências.

Entretanto, eventual integração do Tribunal Constitucional Internacional à ONU não implicaria necessariamente uma interferência nas atribuições da CIJ, uma vez que, como se observará no próximo item (tópico 4.3), a competência e jurisdição internacionais do TCI seriam distintas. Ademais, a incorporação do TCI na ONU significaria mais uma aproximação do aparato institucional, da divulgação de suas ações e da busca de financiamento do que uma tentativa de suprimir as funções já desempenhadas pela CIJ.

Superado o obstáculo da fonte a ser utilizada no Direito Internacional para criar o TCI, surge a discussão de como se estruturaria o estatuto do tribunal. Dentro dessa análise, a principal problemática orbita em torno do artigo 19 da Convenção de Viena de 1969, *in verbis*:

Artigo 19. Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. (BRASIL, 2009)

Segundo Aciolly, Silva e Casella (2012), o problema das reservas a tratados multilaterais tem sido um dos mais complexos em Direito Internacional, já que durante muito tempo a doutrina

internacionalista era no sentido de que um tratado só podia ser ratificado tal qual foi assinado: ou deveria ser aprovado integralmente, ou rejeitado.

Em virtude dessa discussão sobre as reservas, o estatuto do TCI, dado os delicados temas a serem decididos pela corte, deverá solucionar a possibilidade ou não dos Estados salvaguardarem determinados dispositivos do regulamento. Essa solução foi apresentada, por exemplo, pelo Estatuto de Roma⁶¹, que, em seu artigo 120, dispôs que não seriam admitidas reservas àquele estatuto.

4.2.2 A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

No que se refere à composição do TCI, Paulo Ferreira da Cunha (2016) pontua que se planeja que o tribunal seja composto por 21 juízes, eleitos pela Assembleia Geral da ONU, com base numa lista proposta por um colégio eleitoral, formado por especialistas em Direito e também representantes político-internacionais.

De acordo com Cunha

Esse colégio, muito vasto, integrando os juízes (do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional) e os membros do Comité de Direitos Humanos da ONU, teria previamente feito uma seleção de entre o dobro de candidatos potenciais (42), tendo como critérios a integridade, a competência, a experiência e ainda uma representação equitativa dos diversos sistemas jurídicos (CUNHA, 2016, p. 40).

É visível uma inspiração daqueles que projetam a composição do TCI com o formato de funcionamento da CIJ. A Corte Internacional de Justiça, em uma breve comparação, é composta por quinze juízes de nacionalidades distintas (artigo 3º do Estatuto da CIJ⁶²) eleitos para mandato de nove anos pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pelo Conselho de Segurança a partir de uma lista de pessoas nomeadas por grupos nacionais na Corte Permanente de Arbitragem (artigo 4º⁶³), sendo prevista a possibilidade de reeleição ao cargo no artigo 13.

⁶¹ Assinado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Itália, o mencionado estatuto é o instrumento jurídico que constituiu o Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia.

⁶² Artigo 3º. A Corte será composta de quinze membros, não podendo figurar entre eles dois nacionais do mesmo Estado. A pessoa que possa ser considerada nacional de mais de um Estado será, para efeito de sua inclusão como membro da Corte, considerada nacional do Estado em que exercer ordinariamente seus direitos civis e políticos.

⁶³ Os membros da Corte serão eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança de uma lista de pessoas apresentadas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem, de acordo com as disposições seguintes. Quando se tratar de Membros das Nações Unidas não representados na Corte Permanente de Arbitragem, os candidatos serão apresentados por grupos nacionais designados para esse fim pelos seus Governos, nas mesmas condições que as

Outra questão importante a ser discutida para a organização do tribunal é o seu sistema de financiamento. Isso porque a grande maioria dos tribunais internacionais na atualidade dependem para o funcionamento de suas atividades do aporte financeiro dado pelos próprios Estados. Estes, cada vez mais temerosos com decisões contramajoritárias dos tribunais, podem colocar em risco a existência do TCI se um acordo para as suas fontes de financiamento falhar.

De todos os aspectos que rondam a sua criação, o TCI, inobstante o projeto estar apenas em fase de discussão, somente poderá começar a ganhar corpo próprio a partir da sua diferenciação em relação à competência da CIJ. É o que se analisará no próximo tópico.

4.3 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DO TCI

Antes de adentrar nas possibilidades que se preveem para instituir a competência do TCI, é importante conhecer as atribuições já previstas à CIJ. A Corte Internacional de Justiça possui competência ampla, podendo apreciar, em tese, qualquer tipo de demanda. No tocante às matérias que poderá analisar (*ratione materiae*), sua competência estende-se a todas as questões que as partes lhe submetam, bem como a todos os assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

No tocante a quem poderá postular perante a Corte (*ratione personae*), sua competência abrange apenas os Estados, sejam ou não membros das Nações Unidas. Dessa forma, o *locus standi* está restrito a estados, devendo quaisquer pessoas jurídicas e físicas solicitar aos seus respectivos governos que levem ao conhecimento da Corte, em seu nome, suas demandas jurídicas.

Para acionar a Corte Internacional de Justiça e pleitear a decisão contenciosa, os estados poderão proceder de três formas distintas: (i) por meio de uma notificação prévia de uma ou ambas as partes enviada à Corte, fundada em tratados que estipulem a CIJ como foro competente para julgar os litígios; (ii) mediante acordo especial posterior ao litígio, em que ambas as partes aceitam a jurisdição da Corte para resolver a controvérsia, estipulando-se a competência depois do fato; ou, ainda, (iii) utilizando-se um estado de petição para interpelar o outro, por acreditar o autor ter o réu

estipuladas para os Membros da Corte Permanente de Arbitragem pelo Artigo 44 da Convenção de Haia de 1907, referente à solução pacífica das controvérsias internacionais. As condições pelas quais um Estado, que é parte do presente Estatuto, sem ser Membro das Nações Unidas, poderá participar na eleição dos membros da Corte serão, na falta de acordo especial, determinadas pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

violado alguma obrigação de direito internacional – de forma equivalente ao que seria o meio mais comum nos direitos internos (ACIOLLY; SILVA; CASELLA, 2012).

Entretanto, uma importante crítica que se faz à CIJ é a falta de competência compulsória que obrigasse os estados a submeterem suas contendas à Corte. Na prática, os Estados decidem se querem ou não se submeter ao sistema jurídico internacional sob a jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Além da competência em matéria contenciosa, possui a Corte uma competência especial, em matéria consultiva, a qual lhe foi atribuída pelo artigo 96⁶⁴ da Carta das Nações Unidas, e acha-se mais bem regulada no Capítulo IV do Estatuto da Corte. Poderá a CIJ emitir parecer consultivo sobre qualquer questão de direito internacional, a pedido da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança, ou de qualquer outro órgão das Nações Unidas ou entidade especializada que, em qualquer época, tenha sido devidamente autorizada a fazer um questionamento à Corte pela Assembleia Geral.

O papel do Tribunal Constitucional Internacional, por seu turno, seria receber e julgar as reclamações da sociedade civil e da comunidade política em relação à violação da normatividade constitucional internacional depois de ouvir o Estado em questão, além da função de avaliação e aconselhamento aos Estados-membros que pretendam alterar suas constituições, suas leis eleitorais ou a sua legislação sobre partidos políticos, associações, meios de comunicação e também as liberdades civis, além de fortalecer o sistema jurisdicional internacional, não como um novo Estado, mas como meio de concretizar uma comunidade internacional democrática, pautada na valorização do homem e do meio ambiente.

Pagliarini, ao analisar a competência a ser balizada pelo TCI, assevera que:

O TCI teria competência, prevista na nova Carta da nova ONU (órgão representante do *Mundus Novus*), para o exercício duas funções – classicamente constitucionais –, quais sejam: (i) controlar as normas estruturantes do *Mundus Novus*, tendo como normas-parâmetros a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos; (ii) Controlar a constitucionalidade (internacional) das normas de Direitos Humanos e zelar pela aplicação desses Direitos em favor dos habitantes desse *Mundus Novus*. (PAGLIARINI, 2017, p. 38).

⁶⁴ Artigo 96. 1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades.

A ideia é a de que o “Tribunal Constitucional Internacional seja uma força de intervenção em determinados casos dentro do Direito Interno. Quando o último se revelar impossível e onde prevalecer a sensação de que estas tensões não podem ser resolvidas por uma interpretação simples, o procedimento de revisão constitucional será indispensável” (MENEZES, 2017, p. 20). O Conselho de Direitos Humanos e a Comissão para os Direitos Humanos, além dos organismos regionais, não possuem poderes judiciais reais, embora sejam tutores do grande e complexo conjunto normativo internacional.

Dentro dessa análise, Menezes elucida que:

O exercício da jurisdição e da soberania passaria pela criação de um mecanismo judicial capaz de reprimir atentados contra a democracia e os direitos humanos, bem como evitar que uma junta governamental conseguisse monopolizar o poder e a riqueza de um país. Também seria uma garantia contra governos que tentam silenciar todas as vozes livres, justificando suas atitudes com o apelo à soberania e à cultura, como uma capa que esconde a miséria política de seus cidadãos e busca legitimidade, por meio de mecanismos superficiais, como se fosse uma democracia genuína no cenário internacional. A diversidade cultural e os costumes devem ser meios para enriquecer a comunidade internacional como um todo, e não para evitar a construção de um plano de proteção à dignidade humana. A pluralidade pode contribuir para os avanços da sociedade e sobretudo denunciar aqueles que tentam usá-la como um escudo covarde para oprimir e neutralizar direitos (MENEZES, 2017, p. 19).

Segundo Menezes (2017), a originalidade do Tribunal Constitucional Internacional é que este seria orientado para as liberdades públicas, as mesmas liberdades que são constitutivas da democracia, em conjunto com os direitos humanos. Esta descrição, em seus dizeres, “está no coração do projeto”. Assim, o Tribunal Constitucional Internacional poderia interferir e mediar, fazer valer uma análise técnica, autônoma e imparcial para além da decisão de cunho político, um passo a mais na busca por democracia, por dignidade humana e por paz.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2017) ao realizar uma análise sobre o Direito a ser aplicado pelo TCI questiona se seria uma temática relacionada ao Direito Internacional Público ou afeta ao Direito Internacional Privado harmonizado. Monaco pontua que se o TCI atuará apenas e tão somente naquelas hipóteses em que o Estado interessado tiver dificuldades para fazer atuar a sua própria constituição, aparentemente ameaçada por medidas políticas a respeito de cuja legitimidade pende uma dúvida, nada mais adequado do que esta jurisdição internacional – e neutra – analisar o litígio pendente a partir do texto constitucional legitimamente e efetivamente vigente naquele estado.

Nesse sentido, Monaco (2017, p. 23) projeta a inclusão do seguinte dispositivo no estatuto do TCI a ser elaborado (não passando, por óbvio, de apenas uma hipótese, vez que o ainda não há qualquer tratado em vigor sobre o tema):

Artigo x: Na análise dos casos afetos a sua competência, a Corte Constitucional Internacional resolverá o litígio com a aplicação das normas constitucionais que estejam em vigor no Estado respectivo. Na hipótese de o litígio versar a respeito da legitimidade da substituição das normas constitucionais por outras, a corte poderá analisar as disposições supostamente revogadas e as normas atualmente em vigor a fim de determinar a legitimidade da sucessão destas normas no tempo.

Estabelecendo o direito aplicável, o tribunal estaria recorrendo, de acordo com Monaco, a mecanismos de indicação do direito aplicável universalmente reconhecidos: o direito internacional privado e o direito intertemporal. Garantiria, portanto, legitimidade para o método de escolha das normas aplicáveis em sua atuação, diminuindo o espaço para queixas acerca da interferência em assuntos internos.

Mesmo com esse esforço para distanciar as críticas de interferência doméstica, Monaco assinala que:

Difícilmente haveria a eliminação desta queixa, que remanesceria, entretanto, enquanto argumento político, enquanto narrativa. No entanto, juridicamente, ao fazer atuar a norma constitucional local para que os fatos contestados fossem analisados segundo o conteúdo da norma constitucional vigente naquele próprio ordenamento, a Corte Constitucional Internacional conseguiria legitimar sua decisão, segundo me parece, de um modo mais adequado do que se estivesse analisando as medidas políticas contestadas a partir de padrões que não fossem exatamente os daquele ordenamento constitucionalmente orientado (MONACO, 2017, p. 23).

A criação do TCI reuniria, assim, esforços para atender aos anseios de uma nova forma de pensamento sobre o Direito Internacional e suas instituições e, principalmente, sobre a forma de como a sociedade interna de um país deseja por respostas mais efetivas perante a estrutura interna judiciária dos seus Estados.

Surge-se, então, um novo questionamento a ser respondido: como o TCI se relacionaria com as cortes constitucionais internas de cada um dos Estados que se submetem à sua jurisdição e como resolveria o dilema do monismo, dualismo ou pluralismo jurídico do Direito Internacional e do direito interno? É o que será analisado no próximo tópico.

4.4 O TCI E SUA RELAÇÃO COM AS CORTES CONSTITUCIONAIS INTERNAS DOS ESTADOS: UMA PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS, UM MONISMO INTERNACIONALISTA OU UM DUALISMO DE ORDENS JURÍDICAS?

O diálogo entre cortes constitucionais e da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista, com várias denominações: constitucionalismo multinível (PERNICE, 2009), pluralismo constitucional (WALKER, 2002), interconstitucionalidade (CANOTILHO, 2008), cross-constitucionalismo (TAVARES, 2009), constitucionalismo transnacional (ARAGÓN REYES, 2007), entre os mais diversos autores estrangeiros e nacionais que trataram sobre o tema recentemente. Sendo uma das marcas do constitucionalismo contemporâneo, esse fenômeno denominado por Marcelo Neves (2009) de transconstitucionalismo ganhou força na virada do século XXI e, naturalmente, seria um dos principais desafios do TCI em sua criação.

O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/dualismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria auto fundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade.

Embora o conceito clássico de constituição seja algo intimamente ligado ao Estado nacional, isso não implica que, contemporaneamente, a interpretação constitucional também tenha que se limitar às fronteiras de casa país. O constitucionalismo e a interpretação constitucional, conforme defendido ao longo desta pesquisa, não são apenas questões estritamente nacionais porque, dentre outras questões já levantadas, os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são.

Destarte, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Neves (2009) assevera que o transconstitucionalismo pode ser visto como sendo o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. A principal

característica deste processo é o fato de uma mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada, concomitantemente, por diversas ordens. Hodiernamente, os problemas de direitos fundamentais e limitação de poder são os mais propensos a gerarem tal espécie de diálogo.

Neste diapasão, pode-se pensar que todos os Estados Nacionais compõem um sistema social global. Pela teoria dos sistemas, esta sociedade global é composta por vários outros sistemas (subsistemas) diferenciados entre si, onde se pode destacar o sistema jurídico. O que vai caracterizar tal subsistema nesta sociedade global é o fato dele também ser multicêntrico, sendo caracterizado por Neves (2009) como sendo um “sistema de níveis múltiplos”, no qual nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva.

Em síntese, Ramos (2012, p. 500) entende que o pluralismo de ordens jurídicas consiste:

[...] na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional).

Com efeito, essa inter-relação entre as diversas ordens jurídicas não se dá segundo um modelo interno/externo, onde cada ordem trataria as outras como externas ao sistema, mas segundo um modelo centro/periferia, ou seja, cada ordem enxerga as demais como integrantes do mesmo sistema global.

A relação transconstitucional entre ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas (relações de *input* e *output*), interpenetrações e interferências entre sistemas em geral, mas sobretudo de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito. É a partir do preenchimento do conteúdo do código binário que se abre a possibilidade de convívio construtivo entre as ordens jurídicas em entrelaçamento, na busca da solução do problema transconstitucional.

O transconstitucionalismo também pode ser vislumbrado, segundo Neves (2009), entre cortes constitucionais de diversos Estados, que estabelecem entre si uma verdadeira “conversação” constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Essa, sem dúvidas, teria que ser uma das marcas do Tribunal Constitucional Internacional ao enfrentar violações de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados.

Ultrapassada a justificativa das razões pelas quais a ordem interna de proteção aos direitos humanos é beneficiada pela análise das constituições e decisões exteriores, é preciso depreender em que consiste tal fenômeno.

Desse modo, tendo como proposta central a busca por uma convivência cooperativa, e não destrutiva, entre as perspectivas jurídicas apresentadas pelas decisões emanadas dos tribunais nacionais e internacionais, o transconstitucionalismo, indica Neves (2009), seria o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o modelo de articulação, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.

Como um exemplo de diálogo entre cortes na América Latina, tem-se o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Estado brasileiro reconheceu sua jurisdição em 1992. Com a tarefa de fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de direitos humanos contraídas pelo Estado, referida Corte, no entanto, esbarra em interpretações nacionalistas dos tratados de direitos humano, que nega a universalidade dos mesmos.

A partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de ideias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre, ocorrendo no nível da argumentação e podendo operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Além disso, pode existir também entre várias ordens jurídicas nacionais por meio de uma instância supranacional.

Neves (2009) conclui que há uma nítida transformação no sentido de superação do constitucionalismo provinciano para o transconstitucionalismo. Com isso, o Estado deixou de ser o único local privilegiado de solução dos problemas constitucionais. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou a desterrar problemas jurídico-constitucionais que se emanciparam do Estado.

O transconstitucionalismo implica no reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas estão entrelaçadas em busca da solução de problemas constitucionais – como de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder – que seja concomitantemente

relevante. Com efeito, deve-se buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, podendo-se afirmar que o transconstitucionalismo ensejará para o Tribunal Constitucional Internacional o reconhecimento dos limites de observação de sua ordem.

Como visto acima, há tanto harmonia quanto dissonância no encontro das normas internacionais e nacionais. A busca de parâmetros para estimular a harmonia (parâmetros do diálogo das Cortes) e mecanismo para contornar o dissenso permite antever um relacionamento mais convergente entre as ordens jurídicas plurais. Como afirma Ramos (2012, p. 522): “evitar a ruptura e estimular a convergência em prol da humanidade é uma tarefa que se impõe aos estudiosos da pluralidade das ordens jurídicas”.

Partindo desse marco normativo plural, o TCI definitivamente não seria um “árbitro ou júízo final” a determinar de modo incontestado e inquestionável todas as hermenêuticas do constitucionalismo universal. É o que assinala Kumm (1999) ao advogar que eventual aprimoramento da interpretação normativa compensa incoerências pontuais entre a jurisprudência dos órgãos judiciais em situação de conflito, afirmando que não faz sentido a busca por um “árbitro final”.

Em semelhante linha, Carlier (2000) critica os defensores de uma hierarquização monista entre as jurisdições concorrentes no tocante à proteção de direitos humanos, uma vez que seria possível contemplar, nessa proteção, tanto o pluralismo normativo quanto o pluralismo processual, o que auxiliaria no incremento da proteção oferecida ao indivíduo.

No item 2.6.1 deste trabalho, ao se trabalhar com a norma hipotética fundamental do Direito Internacional proposta por Kelsen e traçar sua relação com o constitucionalismo universal, restou-se definido que o monismo internacionalista e, posteriormente, moderado da doutrina kelseniana ajuda a explicar como o Direito Internacional se posiciona frente ao direito interno dos Estados e como poderia existir um núcleo formal e materialmente superior dentro da ordem jurídica internacional.

Contudo, a dicotomia monismo/dualismo falha ao apresentar soluções para as relações que as cortes constitucionais devem estabelecer entre si e com os tribunais internacionais. Isso porque não há como definir a supremacia de uma corte sobre a outra, cada qual possuindo uma jurisdição específica e bem delimitada.

Não seria diferente com o TCI. Se no futuro o seu projeto se concretiza na criação de um novo tribunal internacional não há como pensar outro caminho para sua relação com as demais

cortes internacionais e internas dos países a não ser o da pluralidade de ordens jurídicas que não se sobrepõem, mas que coexistem em um mesmo cenário internacional.

O que prevalecerá entre o TCI e os demais órgãos judiciais é o diálogo entre as cortes e a construção do processo de *fertilização cruzada* da hermenêutica constitucional internacional, mormente ao se considerar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos lida com normas de redação genérica. As decisões já existentes sobre o alcance e o sentido de determinado direito servirão de importante orientação para a formação do TCI.

Esse exemplo de harmonia entre as ordens internacional e nacional contribui (e contribuirá com a materialização do TCI) para o uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos tribunais nacionais.

Para exarar essa interpretação constitucional dentro do sistema jurídico internacional, o Tribunal Constitucional Internacional precisará abordar a forma como exercerá o seu controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Esse é o tema do próximo e último tópico desta dissertação.

4.5 OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE NO TCI

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos instituídos nos continentes americano, africano e europeu (mencionados no item 4.1.2) orientam-se por uma atuação complementar em relação ao sistema global (ONU). Todos eles atuam, também, de forma complementar ao direito interno dos Estados nacionais, ou seja, continuam a ter, os países, a primazia no processo de concretização de direitos humanos. Com o Tribunal Constitucional Internacional não seria distinto.

Conci (2014) indica que o caso do modelo brasileiro de jurisdição constitucional é um dos tantos exemplos que poderiam ser citados como a enfrentar modelos híbridos de controle de constitucionalidade. Do bloco de constitucionalidade são parte não somente as normas constitucionais (ou seja, não o texto constitucional, mas a interpretação que dele deriva) mas também dos tratados de hierarquia constitucional no plano interno. Todas são fontes jurídicas para o controle de constitucionalidade. Além disso, a jurisprudência vinculante (sumulada) criada e desenvolvida no Brasil especialmente pelo STF também compõe o bloco de constitucionalidade.

De acordo com Ramos (2012, p. 508), “o bloco de constitucionalidade consiste na reunião dos textos considerados de estatura constitucional, o que inclui a Constituição e outros diplomas normativos igualmente considerados de hierarquia constitucional”.

Assim, significa dizer que o que afronta o bloco de constitucionalidade pode ser tido como não direito, por intermédio de órgãos judiciais habilitados para fazer parte da jurisdição constitucional brasileira. Com isso, a inconstitucionalidade sempre afeta a validade dessas normas. Em alguns casos, também a sua eficácia, como nos casos em que o juiz declara leis inconstitucionais de forma definitiva (controle concentrado e abstrato ou súmulas vinculantes). Há outros casos em que há invalidade mas unicamente a suspensão da eficácia para o caso concreto, como nos casos de controle difuso e concreto de constitucionalidade.

O paradigma desse controle se consubstancia na lógica da hierarquia, é dizer, a partir de um sistema jurídico supra infraordenado (ordenado de cima para baixo) desde a Constituição, verifica-se o que é válido e inválido. A condição de validade das normas de hierarquia inferior, seja no plano material, seja no plano formal, depende de uma relação de ordenação com as de hierarquia superior. O descompasso com essa relação de supra infraordenação leva ao fenômeno de inconstitucionalidade, que tem no Poder Judiciário uma voz importante na organização do ordenamento jurídico nacional.

Assim, todo e qualquer controle a partir do bloco de constitucionalidade, utiliza-se de norma nacional (ainda que decorrente de tratado internacional) para controlar outra norma nacional, não está a tratar de controle de convencionalidade. O controle de constitucionalidade impera os critérios estrutural-hierárquico ou, ainda, temporal ou especial, de modo que esses critérios não se adéquam ao controle de convencionalidade, que exige critérios materiais para resolução de eventuais conflitos entre direitos humanos previstos em ordens jurídicas que se entrelaçam, como é o caso do direito interno e do direito internacional dos direitos humanos.

Diferentemente do controle de constitucionalidade, para o controle de convencionalidade não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições no plano interno ou internacional, segundo uma perspectiva estrutural ou formal. A preferência não se impõe a partir de critério formal ou estrutural. Decorrencia disso é que o controle de convencionalidade aprofunda uma realidade que diz respeito à necessidade de se dar relevo aos mecanismos não somente de contato entre os juízes do mesmo estado nacional, mas também e ainda, com juízes de outros estados nacionais e de cortes internacionais.

Trata-se do que se define como diálogo entre cortes ou diálogo interjurisdicional (trabalhados no item anterior 4.4). Significa que além da questão da vinculação dos juízes aos julgados com caráter obrigatório em ambiente nacional temos desde há algum tempo, outra questão que merece uma atenção cada vez mais acurada, que diz respeito não somente ao diálogo vertical entre tribunais de um mesmo estado nacional, mas, ainda, ao diálogo entre cortes nacionais e tribunais internacionais, que se estabelece segundo uma lógica horizontal.

A existência desses órgãos internacionais é importante para eliminar o que Ramos (2012) denomina de *truque de ilusionista* dos Estados no plano internacional, ou seja, os países assumem obrigações internacionais, as descumprem com desfaçatez, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com sua própria interpretação.

O chamado *judex in causa sua* típico do Direito Internacional – o Estado é o produtor, destinatário e intérprete de suas normas– contribuía para isso. Porém, com o reconhecimento da jurisdição de tantos órgãos internacionais, os Estados demonstram para a comunidade internacional que não mais desejam ser ilusionistas, o que fortalece a defesa pela afirmação dos direitos humanos com maior efetividade no Direito Internacional.

Ao praticar esse ilusionismo, os Estados ferem a solidariedade que, segundo Campello (2013), estrutura o ordenamento jurídico internacional na condição de elemento determinante na criação de normas e na revisão ou modificação de regras e situações jurídicas. Verifica-se, assim, que em vez de argumentos fundados na lógica do precedente de força vinculante, se estabelece um diálogo baseado no uso de força persuasiva desses julgados, ainda que essas experiências sejam baseadas em opções não feitas pelas cortes as quais se observa, ou seja, que se invoque um raciocínio ou um julgado de modo a decidir contrariamente a ele ou mesmo chegando a um resultado não alcançado no julgado paradigma.

Conci (2014) afirma que o que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma do controle. Se a partir do bloco de constitucionalidade não se está a falar em controle de convencionalidade, como visto. O controle de convencionalidade tem fundamento jurídico nos artigos 1.1.º, 2.º e 63 da CADH, visto que se baseia na condição obrigatória que assumem os estados-partes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) de fazer com que o seu direito interno esteja de acordo.

Dentro dessa análise, o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: efeito útil; *pro homine*; e boa-fé ou *pacta sunt servanda*. Apesar de não dispor a

Corte IDH de competência para anular decisões nacionais – de cunho normativo, administrativo ou de resolução de conflitos – sua jurisprudência pode levar à condenação do Estado nacional quando toma decisões contrárias aos seus precedentes da Corte IDH ou aos tratados que a ela cabe ser a principal guardiã (CONCI, 2014).

O controle de convencionalidade deve atingir outros campos da atuação estatal, especialmente aqueles que desenvolvem função de controle de constitucionalidade ou de legalidade, como, por exemplo, no processo legislativo, as comissões que analisam a constitucionalidade dos projetos de leis e das propostas de emenda à Constituição, o Presidente da República quanto exerce a sua atribuição de veto/sanção e os agentes públicos no exercício de função administrativa.

Trata-se, na prática, de um modo de entrelaçamento claro de ordens jurídicas que desembocam nas autoridades públicas com poder decisório, que devem aplicar o Direito, e, não somente, a lei ou a constituição.

Assim, o controle de convencionalidade se desenvolve como um instrumento de contato entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Este contato é estabelecido a partir de um fluxo de normatividade que deriva do direito internacional dos direitos humanos, de seus tratados internacionais ou da jurisprudência da Corte IDH.

Trazendo tais apontamentos teóricos para a realidade projetada do TCI, não é custoso notar que os preceitos aplicados internacionalmente e acima apresentados ao controle de convencionalidade, e já adotados pelos demais tribunais internacionais, seriam a base fundamental a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional Internacional para o seu próprio controle com os demais tratados internacionais.

A questão que aparentemente apresenta-se como mais espinhosa reside em determinar qual seria o instrumento de supremacia constitucional a ser observado pelo controle de constitucionalidade adotado pelo TCI. Isso porque para exercer um controle abstrato, concentrado, difuso ou concreto de constitucionalidade o tribunal precisaria ter um paradigma constitucional a ser seguido.

É a partir dessa necessidade que os caminhos do Tribunal Constitucional Internacional se encontram com os argumentos apresentados nos dois primeiros capítulos acerca do que seria esse núcleo constitucional internacional. Assim, para analisar os casos apresentados em sua jurisdição,

o TCI teria como parâmetro e fundamento os regimes internacionais de Direitos Humanos e a Carta da ONU para exercer o seu controle de constitucionalidade.

Desse modo, a necessidade de alinhamento prático com o cenário internacional que o constitucionalismo universal enfrenta como desafio para sua consolidação como um fenômeno recorrente nas esferas judiciais estaria finalmente institucionalizada com o Tribunal Constitucional Internacional, independentemente da criação de uma constituição global escrita.

5 CONCLUSÃO

A história do constitucionalismo no âmbito do direito interno é marcada por um progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Tal modelo constitucional na atualidade sedimenta, nos diplomas constitutivos nacionais, um importante conteúdo social e programático, pautado em premissas como a normatividade e superioridade da constituição perante o ordenamento jurídico interno, características que marcam a transição da constituição como diploma meramente político e dotado de pouca imperatividade para uma norma jurídica suprema de um Estado.

A transformação do Direito Constitucional na pós-modernidade, consolida o fenômeno da neoconstitucionalização do Direito, importando na propagação dos valores abrigados nos princípios e regras da constituição por todo o sistema jurídico, por intermédio da aplicabilidade direta da constituição a diversas situações.

O processo de universalização e internacionalização desses direitos, mormente os direitos humanos, é, contudo, um fenômeno que pode ser considerado extremamente recente na história do Direito. Com delineamentos mais visíveis a partir do término da Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge a partir de necessidade de intensificação da atribuição de capacidade normativa pelos países aos organismos internacionais.

Esse movimento de mundialização da normatividade dos direitos humanos espalhou-se com a publicação de diversos diplomas internacionais (como, por exemplo, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos), cujas maiores outorgas de poder do Estado têm ocorrido justamente em relação aos direitos humanos, além dos direitos econômicos, do direito ambiental e das questões de segurança e paz internacionais. Como se pode notar, existe um elemento comum nesses direitos que os credenciam a figurar em um ordenamento universal que seja uniforme: a natureza difusa dos mesmos.

É dentro desse contexto que o constitucionalismo universal, deflagrado por meio do poder constituinte supranacional, erige suas bases e se apresenta como sendo um conjunto de princípios e normas institucionalizadas no âmbito internacional que regulam as relações de coexistência e cooperação entre Estados, limitando o poder e a soberania destes, que importam na irradiação desses valores abrigados em um diploma jurídico internacional por todo o ordenamento jurídico mundial.

Tal abordagem pode ser, inclusive, considerada no âmbito normativo do *jus cogens*, uma vez que tais regras internacionais gerais e imperativas trazem consigo a possibilidade de dar legitimidade e validade a todas as outras normas de Direito Internacional, funcionando como um verdadeiro controle da legalidade supranacional. Desse modo, estar-se-ia mais perto do que se conhece como o núcleo duro das normas constitucionais internas ou as conhecidas “cláusulas pétreas”, transportadas ao plano mundial.

Igualmente, reafirmando a possibilidade da existência do constitucionalismo universal, figuram os artigos art. 2º, § 6º, e 103, ambos da Carta da ONU, dispositivos que apontam para a superioridade hierárquica da Carta das Nações Unidas em relação a outros compromissos internacionais.

Sem embargos, em que pese tal subordinação formal ou hierarquia das fontes normativas propriamente ditas no Direito Internacional seja considerada pela doutrina majoritária como regida pelo princípio da coordenação, esta não tem o condão de inibir a existência de uma subordinação material aos preceitos institucionalizados pelo diploma internacional pactuado, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos e as questões de segurança e paz internacionais.

Fundamenta-se referida subordinação material no argumento de que o conceito de organização não há de implicar necessariamente em uma relação de superioridade e de correlativa subordinação. Assim, o sistema jurídico internacional – por ser uma instituição/organização que pode existir sem a necessidade de subordinação formal nem a superioridade de normas ou Estados sobre outros no cenário internacional – está conectado juridicamente de forma unitária por um preceito (poder) impessoal objetivo (que marca a existência da comunidade internacional).

Observa-se que o constitucionalismo universal também está pautado nas teorias que tratam das Relações Internacionais. Esse é o caso, por exemplo, das correntes liberal-idealista e construtivista, tendo em vista que ambas, depositam confiança na efetividade do Direito Internacional e nas possibilidades de haver paz entre os Estados, assim como que a anarquia internacional, por ser socialmente construída, abre a possibilidade para que exista um conjunto de normas e regras que organizem e norteiem as relações internacionais.

Dentro dessa perspectiva, não subsiste mais o conceito de soberania absoluta. Esta se encontra limitada internamente pela noção de Estado de Direito, que impõe a necessidade de respeito aos direitos fundamentais. No âmbito externo, a soberania é limitada pelo compromisso com a paz e o respeito aos direitos humanos. Conclui-se, portanto, que a soberania moderna tem

por base um binômio direito-dever: direito de agir de forma independente no cenário internacional, sempre observado o compromisso com a paz e os direitos humanos. Não há, portanto, domínio reservado absoluto titularizado pelos Estados.

Não há dúvidas, contudo, que a tentativa de provar a existência do constitucionalismo universal esbarra em diversos obstáculos. Além da questão da soberania, a anarquia internacional apresentada pelas relações internacionais e o embaraço de manter do princípio democrático e da igualdade soberana no Direito Internacional descentralizado e fragmentado dificultam a consolidação do fenômeno constitucional internacional.

A defesa de um constitucionalismo que seja internacional, inobstante os desafios que permeiam a sua aceitação, possui bases de sustentação, não só pelos diplomas jurídicos que se apresentam na contemporaneidade com disposições expressas acerca de tal possibilidade, bem como pelo anseio de grande parte da comunidade internacional, mormente a ocidental, em erigir preceitos e normas que vigorem e sejam respeitadas de modo universal.

A existência normativa do constitucionalismo universal já encontra, como visto e defendido, amplo respaldo dentro das normas de Direito Internacional, mas a sua força judicial somente será vislumbrada com a criação de um tribunal internacional pensado para lidar com os temas que preenchem sua existência.

É nesse contexto que, independentemente da necessidade de se criar uma constituição global escrita, o projeto de criação do Tribunal Constitucional Internacional pode contribuir para a consolidação do constitucionalismo como um fenômeno recorrente nas esferas judiciais internacionais. Inserindo-se em uma lógica de ordens jurídicas plurais, o TCI se alinha com o constitucionalismo multinível e permite uma maior proteção e afirmação dos regimes internacionais de Direitos Humanos.

O passo decisivo que se necessita dar é o de que a finalidade humana da norma internacional, que é o bem comum de toda a humanidade, deve ser posta em prática para superar o paradigma interestatal no Direito Internacional contemporâneo. Essa teleologia dará coesão às normas internacionais que versam sobre direitos humanos, mitigando a sua fragmentação e mantendo o processo de expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas relações inter e intraestatais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ABREU, Estevão Gomes Pinto de. **A ONU e o Uso da Força em Operações de Paz: uma Agenda para a Imposição da Paz?** Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4900:a-onu-e-o-uso-da-forca-em-operacoes-de-paz&catid=38&Itemid=127>. Acesso em 25 set. 2016.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. **International Studies on Law and Education**, São Paulo, v. I, n. 24, p. 7-14, set./dez. 2016.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e Temas Sociais: a Década das Conferências**. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.

ARAGÓN REYES, Manuel La Constitución como paradigma in CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. p. 29-40.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Ius Cogens em Direito Internacional**. Lisboa: Lex, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em 18 set. 2016.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa, Portugal; Edições 70, LDA, 2009

BARRAL, Welber. **A metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Ed. Boiteux, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em 15 jul. 2016.

BENNER, Thorsten. **O Brasil como um empreendedor normativo: a Responsabilidade ao Proteger**. Disponível em <file:///Benner_2013_Brasil-Responsabilidade-ao-Proteger>. Acesso em 21 de nov. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elvieser, 2004.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República – Livro Um**. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2012.

BRAGA, Carlos Chagas Vianna. **Responsabilidade ao Proteger: uma alternativa brasileira às intervenções humanitárias políticas?** Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Decreto Legislativo nº 226, de 25 de dezembro de 1991**. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília: Senado, 1991.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Presidência da República, 2009.

_____. **Manual de Operações de Paz**. Brasília: Ministério da Defesa, 2013.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. 3 ed. São Paulo: EPU, 1977.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. **Mecanismos de Controle e Promoção do Cumprimento dos Tratados Multilaterais Ambientais no Marco da Solidariedade Internacional**. 2013. Tese Doutorado em Direito das Relações Econômicas e Internacionais. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008.

CARLIER, Jean-Yves. La garantie des droits fondamentaux em Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg. **Revue québécoise de droit international**. Québec, p. 37-61, 2000.

CARR, Edward Hallet. **Vinte Anos de Crise (1919-1939)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

CHARNEY, Jonathan. The impact in the international legal system of the growth of international courts and tribunals. **New York University Journal of International Law and Politics**. Nova York, 1999, p. 697-708.

CHESTERMAN, Simon. **Just War or just Peace?** Oxford: Oxford University Press, 2001.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 232, p. 363-382, jun./2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo nº 18 sobre a Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Indocumentados**. CIDH, 2003.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. ICJ Report, 1951.

_____. **United States Diplomatic and Consular Staff in Teeran**. ICJ Report, 1980.

COX, Robert. **Hegemony and international relations: an essay in method**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do Constitucionalismo Global**. Disponível em <[www.esdc.com.br/RBDC-245-Paulo Ferreira da Cunha \(Do Constitucionalismo Global\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC-245-Paulo_Ferreira_da_Cunha_(Do_Constitucionalismo_Global).pdf)> Acesso em 17 set. 2016.

_____. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. **International Studies on Law and Education**, São Paulo, v. I, n. 24, p. 25-42, set./dez. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DROUBI, Sufyan el. Notas sobre as resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e sua introdução no direito brasileiro. **Revista Imes**, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 225-270, jan./dez. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAMSCI, Antonio. **Hegemonia e Cultura**. Curitiba: Editora UFPR, 2007.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCK, T. **Is the UN Charter a constitution?** In Frowen, J. A.; SCHARIOTH, K.; WINKELMAN, J.; WOLFRUM, R. Negotiating for peace. Max-Planck-Institut, 2003. p. 95-106.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2005.

GONÇALVES, Williams. **Relações Internacionais**. Disponível em: <http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/WilliamsRR.II.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. **A “responsabilidade de proteger” é uma mudança real para as intervenções humanitárias?** Disponível em <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>>. Acesso em 25 set. 2016.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

KRASNER, Stephen D. **Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais: regimes como variáveis intervenientes**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 20, n. 42. Disponível em :

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782012000200008&script=sci_arttext> Acesso em: 15 jul. 2017.

KUMM, Mattias. Who is the final arbiter of constitutionality in Europe ? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. **Common Market Law Review**. Leiden, p. 351-386, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MACHADO, Flávio Paulo Meirelles. Hegemonia, internacionalização do estado e direito internacional segundo a teoria neogramsciana. **Revista Primas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**. Brasília, v. 7, n. 1, p. 173-221, jan./jul. 2010.

MAZOURKI, Moncef. **Le mal arabe: entre dictatures et intégrismes. La démocratie interdite**. Paris: Éditions l'Harmattan, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.

MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 677-705, mai./ago. 2017.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2002.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de direito internacional público ou de direito internacional privado harmonizado? **Revista Internacional d'Humanitats**, São Paulo, v. I, n. 41, p. 19-26, set./dez. 2017.

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

ONU. **Carta das Nações Unidas**. Organização das Nações Unidas. São Francisco, 1945.

_____. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Organização das Nações Unidas. São Francisco, 1945.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 1948.

_____. **Uma Agenda para a Paz**. Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova York, 1992.

_____. **2005 World Summit Outcome**. Disponível em: <http://www.un.org/summit2005/presskit/fact_sheet.pdf>. Acesso em 24 ago. 2016.

_____. General Assembly. **Implementing the responsibility to protect**. Disponível em: <<http://responsibilitytoprotect.org/implementing%20the%20rtop.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2016.

_____. General Assembly. **First report on jus cogens**. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/693>>. Acesso em 18 de nov. 2017.

_____. General Assembly. **Second report on jus cogens**. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em 18 de nov. 2017.

_____. Security Council. **Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General**. Disponível em: <<http://www.un.int/brazil/speech/Concept-Paper-%20RwP.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2016.

ONUMA Yasuaki, **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Novo mundo e constituição global. **Revista USCS – Direito**. São Caetano do Sul, ano IX, n. 15, p. 109-128, jul./dez. 2008.

_____. Nova ordem jurisdicional mundial. **Revista Internacional d’Humanitats**, São Paulo, v. I, n. 41, p. 27-40, set./dez. 2017.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 3 p. 350-407, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Ed. Boiteux, 2008.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder constituinte supranacional: esse novo personagem**. São Paulo: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Soberania, Constitucionalismo e Mundialização do Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11403>>. Acesso em: 2 out. 2016.

SIMMA, B. From bilateralism to community interest in international law. **Recueil des Cours**, 250, VI, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 17-55, 2009.

TAYLOR, Paul; CURTIS, Devon. **The Globalization of World Politics: an introduction to international relations**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOMUSCHAT, C. Obligations arising for States without or against their will. **Recueil des Cours**. Académie de Droit International, 1993, IV, Tome 241.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 42, nº 167, jul/set 2005.

VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: UNESCO, 1983.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de Pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. **The Modern Law Review**. Malden, v. 65, n. 3, p. 317-360, 2002.