

## Constitucionalização do Direito Internacional: uma (re) introdução ao tema

# Constitucionalização do Direito Internacional: uma (re) introdução ao tema<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2012

Fecha de revisión: 4 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 16 de abril de 2012

*Leonardo Arquimimo de Carvalho*<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo discute o tema da constitucionalização do direito internacional. Este, provisoriamente, pode ser definido como um processo de criação, modificação e readequação das instituições globais de modo a produzir integração e harmonização de normas, que tem como foco um novo constitucionalismo, que seja não-estatal, e que esteja estruturado em torno de um patamar democrático, republicano, justo, pós-particularista e pós-individualista.

### ABSTRACT

This paper investigates the constitutionalization of international law, considered a process of creation, modification and adaptation of institutions accustomed to the international environment, in order to produce integration and harmonization of rules that propose building a new constitutionalism, which is not state based and structured around a new standard for "human rights", preferably democratic, republican, fair, post-particularistic and post-individualistic.

1 Produto de investigación: *Producto de investigación: Segurança, Segurança Pública Internacional e Desenvolvimento: Contributo para um verbete* (Brasil).

2 Doutorando em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP); Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Especialização em Sociologia Política. Universidade Federal do Paraná (UFPR); Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL); Executivo Público na Secretaria de Estado da Educação do Estado de São Paulo (SEE-SP). São Paulo (Brasil). Correo electrónico de contacto: carvalho001@hotmail.com

### Palavras Chave

Constitucionalização do Direito Internacional, Ordem Constitucional Global, Pouvoir Constituant Internacional, Direitos Humanos.

### Key words

Constitutionalization of International Law, Global Constitutional Order, International Pouvoir Constituant, Human Rights.

## Constitutionalization of international law: a (re) introduction

## Constitucionalización del derecho internacional: una (re) introducción<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2012

Fecha de revisión: 4 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 16 de abril de 2012

*Leonardo Arquimimo de Carvalho*<sup>2</sup>

### RESUMEN

El artículo investiga la constitucionalización del Derecho Internacional considerado un proceso de creación, modificación y readecuación de las instituciones habituales al ambiente internacional, de modo que produzca integración y armonización de normas que propongan construir un nuevo constitucionalismo que sea no-estatal y que este estructurado en torno a un nuevo nivel para los "derechos humanos", de preferencia democrático, republicano, justo, pos-particularista y pos-individualista.

### ABSTRACT

This paper investigates the constitutionalization of international law, considered a process of creation, modification and adaptation of institutions accustomed to the international environment, in order to produce integration and harmonization of rules that propose building a new constitutionalism, which is not state based and structured around a new standard for "human rights", preferably democratic, republican, fair, post-particularistic and post-individualistic.

1 Artículo resultado de investigación del proyecto titulado: *Produto de investigação: Segurança, Segurança Pública Internacional e Desenvolvimento: Contributo para um verbete* (Brasil).

2 Doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad Estatal de Campinas (UNICAMP), Master en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Especialización en Sociología Política. Universidad Federal de Paraná (UFPR), Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Pelotas (UFPEL); Pública Ejecutivo del Departamento de Estado de Educación del Estado de São Paulo (SP-ESS). Sao Paulo (Brasil). Correo electrónico de contacto: carvalho001@hotmail.com

### Palabras clave

Constitucionalización del Derecho Internacional,  
Orden Constitucional Global, Pouvoir  
Constituant Internacional, Derechos Humanos.

### Key words

Constitutionalization of International Law, Global  
Constitutional Order, International Pouvoir  
Constituant, Human Rights.

## APRESENTAÇÃO

Há um conjunto relevante de obstáculos quando se busca encontrar subsídios para discutir o tema da “constitucionalização do direito internacional”.

Inicialmente parece inescapável concluir que quando às referências sobre o tema são analisadas se vislumbra uma não confluência para fenômenos assemelhados. Também não há, como consequência da dificuldade anterior, uma identidade de conceitos e nomenclaturas. Por fim, as causas descritas como responsáveis pela chamada constitucionalização do direito internacional não parecem garantir nenhuma uniformidade de efeitos.

A existência de diferentes sentidos dados à observação do fenômeno da constitucionalização, a tendência crescente de investigar temas conexos ao rearranjo do global e a formação de novas estruturas destinadas à regulação de certos setores de interesse coletivo, permite deduzir que as indagações sobre o tema parecem relevantes tanto ao Direito Internacional como ao Direito Constitucional.

O tema da constitucionalização do direito internacional apresenta-se na superfície como jurídico, mas, o impacto produzido pelas alterações observadas na sociedade, nas últimas décadas, modificou e segue modificando a organização do ambiente internacional em diferentes áreas do conhecimento.

Outra particularidade: ainda que não exista nenhum consenso, a constitucionalização do direito internacional está fortemente associado a internacionalização dos direitos humanos. A conformidade global, quase messiânica, construída em torno das questões humanitárias, é de difícil contestação.

Se a apologia aos temas humanitários é, por muitos, considerada pouco investigada, a censura à doutrina da universalização dos direitos humanos, quando presente, se limita a utilizar da “fuga para o Estado”. Ou seja, argumentando com base numa visão estatocêntrica que o sistema internacional atual ainda tem o Estado como centro de garantia, de invocação de direitos fundamentais e de sanção.

De maneira inicial e provisória, a constitucionalização do direito internacional é definida como um processo de criação, modificação e readequação

das instituições<sup>3</sup> afeitas ao ambiente internacional de modo a produzir integração e harmonização de normas, garantindo que o sistema internacional obtenha qualidades superiores às desejadas ao sistema jurídico doméstico e ao sistema internacional atual, objetivando construir um novo constitucionalismo, que seja não-estatal, e que esteja estruturado em torno de um novo patamar para os “direitos humanos”, de preferência, democrático, republicano, justo, pós-particularistas e pós-individualista.

A constitucionalização do direito internacional aparece, ao mesmo tempo, como fenômeno e processo. É um fenômeno já que na forma como é descrito ele existe no mundo real e é um processo já que representa uma forma de agir, um método que pretende certos fins.

Ainda, o fenômeno da constitucionalização do direito internacional descreve dois processos distintos: um doméstico e outro internacional.

Como processo doméstico, não discutido no artigo, a expressão é usada para apresentar uma qualidade nas constituições dos Estados-nacionais. Ou seja, há uma ideia difundida de que estes “constitucionalizam o direito internacional” quando: I) internalizam o direito internacional geral – v.g.: acordos de natureza supranacional, tratados internacionais abrangentes, lineamentos político-organizacionais, jurídicos, econômicos, financeiros, ambientais, humanitários além de outros; II) internalizam o direito internacional particular – v.g.: acordos econômicos regionais, tratados plurilaterais, ajustes bilaterais; III) certos parâmetros, nem sempre presentes no ordenamento jurídico doméstico, são invocados pelos magistrados – v.g.: decisões de tribunais de outros Estados, decisões de cortes ou órgãos de solução de controvérsias internacionais, protocolos internacionais de atuação, politização e universalização da titularidade dos direitos fundamentais; IV) a constituição de um Estado estabelece que os tratados têm prevalência sobre o direito doméstico ou ingressam no ordenamento com força constitucional.

3 O termo “instituições”, neste contexto, vai ser utilizado para referir-se aos elementos organizados de uma sociedade. (Williams, 2007, p. 234-235) “Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, law, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange.” (North, 1991, p. 97)

Como processo internacional a expressão surge para indicar, dentre outras: I) a consolidação de um ambiente estatal em torno de instituições e normas universais; II) a formação de ambientes privados autônomos capazes de se autoregular e produzirem efeitos globais; III) a tendência de considerar universais as visões particulares sobre democracia, república, liberalismo e direitos humanos; iv) universalização das instituições ocidentais a partir de um viés legalista e centralizador.

De qualquer maneira, o presente artigo objetiva, de forma inicial, contribuir para a reflexão sobre o tema.

## CONSTITUIÇÃO, DIREITO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Ao contrário do que se possa deduzir, a constitucionalização do direito internacional não está unicamente afeita à edificação de uma norma integrativa superior. Igualmente não há uma equação que determine que a existência de uma constituição esteja associada a um Estado, a um grupo de Estados ou a um “Estado Global”<sup>4</sup>.

A ilação conseqüente é de que a constitucionalização do direito internacional não se apresenta como um fenômeno precisamente definido que caminha de forma organizada em direção a *civitas maxima*. Igualmente não há garantias de que certos elementos, erigidos a condição de genéticos, como por exemplo,

4 A idéia de constitucionalização geralmente está associada ao Estado, mas eventualmente pode estar descrita de forma diferenciada. “Quando se fala em constitucionalização admite-se, implicitamente, a existência de ordens jurídicas ou de Estados sem Constituição. Ao definir-se “Constituição”, partilha-se correntemente a ideia de que todo o Estado tem uma Constituição real ou normativa. Mesmo quando se nega caráter constitucional a certos Estados, a discussão é reduzida ao problema axiológico ou moral da fundamentação do Estado ou do direito, tratado nos termos do constitucionalismo. [...] O conceito de Constituição assume, então, um significado bem delimitado. Refere-se à Constituição em sentido moderno. Disso não resulta, porém, necessariamente uma fundamentação axiológica ou moral nos termos do constitucionalismo clássico. Ou seja, embora na acepção estritamente moderna a Constituição possa ser apreendida como “uma limitação jurídica ao governo”, “a antítese do regime arbitrário” (constitucionalismo), daí não decorre forçosamente que seja concebida com uma “declaração” de valores político-jurídicos preexistentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto da evolução da consciência moral no sentido de uma moral pós-convencional ou universal. É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política com subsistemas da sociedade. Nessa perspectiva a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação. De acordo com esse modelo, Luhmann definiu a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito.” (Neves, 2007, p. 55 e p. 64-65).

os vinculados à democracia liberal estejam em algum momento presentes na edificação da constitucionalização do direito internacional.

Uma alerta, contudo, parece importante: a pluralidade de interpretações sobre os fenômenos descritos neste artigo decorre de uma leitura especulativa sobre muitos dos temas discutidos. Também de leituras advindas de diferentes áreas do conhecimento. Assim, nem sempre é possível identificar o que as idéias discutidas dentro da temática buscam representar, contudo, a discussão não é gratuita diante de tantas modificações relevantes e produtoras de impacto na reorganização do ambiente internacional.

Assim, partindo das idéias mais gerais repetidas pelo *mainstream*, uma revisão das idéias de constituição, direito internacional e constitucionalização do direito internacional, poderá auxiliar na delimitação das pressões do artigo.

## Constituição e Estado

Como geralmente se reconhece, na constituição<sup>5</sup> estão as regras mais importantes de uma dada sociedade

5 ‘Constitution’ is an ambiguous concept, whose various (contested) elements will be explored below. At the outset, it is important to note that this paper deals with ‘constitutions’ in a normative sense only. We are not concerned here with ‘constitution’ as a descriptive term, in the sense of ‘Amsterdam is constituted by little canals’. We may take it as a positive omen that the first modern and still accepted definition of constitution (in a normative sense) [...] Relying on this (rather broad) definition, this paper assumes that a constitution (in a normative sense) is the sum of basic (materially most important) legal norms with comprehensively regulate the social and political life of a polity. ‘Constitutional law’ is not quite synonymous, because this term is somewhat less than the term ‘constitution’ associated with a written document. The term ‘constitution’ has a positive appeal which is owed to the positive connotations of a legitimate constitution as good order (although there may also be illegitimate constitutions).” (Peters, 2006b, p. 581) “A liberal constitution may be minimally defined as a “higher law” that cannot be changed through normal lawmaking procedures in the popularly elected assembly. Exceptional legal entrenchment exempts constitutional rules from the majoritarian controls that govern ordinary legislation. A constitutional text strives to make fast, in the way, the form of government, the limits of government, and the goals for which the government is empowered to act.” (Holmes, 1995, p. 134) “El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones, entonces, para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia; [...] Constitución significa orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad; incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo

de. Estas materializariam a identidade de uma organização social, na forma de preceitos gerais e superiores, assegurando que as inconsistências, emergências e interesses imediatos não sejam suficientes para mudar as condições pré-estabelecidas e acordadas.

Frequentemente se estabelece um vínculo entre a constituição e o Estado. A idéia comum é que aquela estabelece limites jurídicos para a atuação deste. A constituição pressuporia a existência de um ente político, jurídica e socialmente organizado em um determinado espaço. O constitucionalismo moderno – notadamente o francês e o estadunidense – fortaleceu essa idéia.

Apesar, da dicotomia entre o “ambiente interno” – subordinação – e o “ambiente internacional” – coordenação – não há razão para reservar ao termo “constituição” um uso exclusivo pra descrever a lei suprema de um Estado nacional.

Ainda, a noção de um constitucionalismo único e estatal parece estar desconectada da realidade, já que outros fenômenos desafiam a organização tradicional do Estado soberano e existem contra ou sem ele.

Se o objetivo é limitar o arbítrio e construir regras superiores permanentes para determinados setores, de modo elementar, se conclui que a constituição para entidades não-estatais não pode ser considerada uma simples vulgarização do uso do termo. Somente para ilustrar, os diferentes sentidos teóricos dados as constituições – sociológico, político, jurídico, culturalista, etc. – não excluem o Estado como contraparte.

Ilustrando: a constituição, indica Schmitt, surge de um ato do “poder constituinte”, ela se dá em função de uma unidade política concreta e a validade da constituição depende de uma decisão política prévia adotada por um poder ou autoridade politicamente exist-

ente. Só é possível ter um conceito de “constituição” quando se distingue essa da “lei constitucional”. Assim, não é possível desconstruir uma constituição em diversas leis constitucionais e depois atribuir, com base em características externas, a sua qualidade de constitucional. A constituição não é uma espécie de lei, reafirma Schmitt (1996, pp. 45-47). Noutro sentido, afirma Kelsen que o direito apresenta uma particularidade que é a de regular a sua própria criação. Assim, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (1998, pp. 246-247). Ou seja, a ordem jurídica apresenta uma qualidade que é a da sua edificação em momentos e níveis distintos. Como consequência a unidade e a harmonia devem ser obtidas com base na validade que uma norma dá a outra.

Formalmente é possível identificar uma constituição quando regras estão (I) codificadas num documento único, (II) quando as normas centralizadas garantem sua superioridade em relação às leis ordinárias e, (III) quando são originadas de um *pouvoir constituant*. Num sentido material, determinadas funções e conteúdos são identificados e devem estar presentes para que um corpo de leis seja reconhecido como constituição, são eles: a (I) organização e a instituição da política num sentido mais amplo, o (II) cumprimento de funções constitucionais típicas num sentido mais estrito – constituir a entidade política como entidade legal, organizar a entidade política, limitar o poder político, estabelecer as linhas gerais da política e da moral, da justiça e do governo – e, por fim, (III) presença de direitos fundamentais, separação dos poderes e, mais recentemente, valores democráticos e garantias de segurança social mínimas (Peters, 2006b, pp. 584-585).

Já Frankenberg apresenta um rol de características entendidas como integradas a arquitetura das constituições modernas, baseado na estrutura que a grande maioria delas possui, independente da orientação política e cultural. As constituições modernas, afirma Frankenberg, entendem que todos os membros da sociedade são participantes ativos da vida social e política, logo, aguardam deles um domínio autônomo de seu próprio destino pessoal e dos problemas advindos da vida em sociedade. Estas expectativas são traduzidas em direitos e liberdades que garantem uma autonomia privada e política dentro do esquema referido como autodeterminado e autogovernado. Algumas constituições complementam o sistema de direitos liberais com direitos sociais e princípios que assegura-

Constitución “del Estado”). Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, [...] Las estructuras constitutivas a este respecto, como la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder [...] La división de poderes como principio constituyente. [...] Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. [...] Ciertamente, en dicho Estado deben satisfacer un mínimo tanto de los textos constitucionales como los temas que deben tratarse en ellos en una cierta época, [...] Así como hablamos de un “bloc des idées incontestables” [...] como el de Montesquieu sobre la división de poderes, [...] pero también el principio del Estado de derecho. [...] Una y otra vez se agregan nuevos temas [...] En resumen, en un mundo en transformación cambian también los temas constitucionales (Häberle, 2007, pp. 83-89).

ram igual distribuição de liberdade, que podem ser entendidas como um ganho de poder por parte dos cidadãos (2000, pp. 257-258 e pp. 266-267).

O primeiro elemento sobre o qual o constitucionalismo moderno está assentado é ligado às questões de justiça ou da distribuição de liberdades. As constituições clamam por chamar a atenção para o problema da vida em sociedade tratando invariavelmente de questões de justiça ou da “justa distribuição de liberdades e bens públicos”. O segundo elemento relaciona-se com a *good life*, entendido como *common weal*, interesse público ou bem comum – paz social, dignidade humana, segurança, amizade entre as nações, proteção ao meio-ambiente e solidariedades. O terceiro elemento do constitucionalismo moderno é a moldura que estabelece, transfere, exercita e controla o poder, e que é capaz de afetar e viabilizar os direitos e liberdades. O último elemento referido por Frankenberg está ligado à questão da validade e das alterações constitucionais. As meta-regras definem um *pouvoir constituant* e apresentam as condições para emendar, vetar ou interpretar a constituição, ainda buscam encontrar o equilíbrio entre estabilidade, continuidade e mudança (2000, pp. 269-271).

A forma de constituição descrita é no espaço doméstico contemporâneo, por conta de um conjunto de fenômenos sociais, relativizada e diluída em suas estruturas organizativas e legais. Assim, a centralidade jurídica e política tem se alterado.

O inchamento normativo das constituições, fenômeno relativamente comum em algumas tradições jurídicas, é indicado como responsável pela perda da eficácia e pela transformação da constituição num conjunto programático. Muito da descaracterização da constituição como centro político e jurídico é agravado pela existência de organizações sociais e grupos de pressão, eventualmente de origem trans-local, que estabelecem regulação autônoma, não-política, consensual e não-positivada para os seus comportamentos ou ações.

De qualquer maneira, em sua essência, a constituição apresenta certas qualidades que a tornam identificável como tal. O passo conseqüente e descobrir se este é o perfil de constituição que se imagina para o ambiente internacional. Ou seja, é a constituição dos Estados que se imagina transplantado para o ambiente internacional? A constitucionalização do direito internacional é um passo linear de transposição de qualidades do ambiente local para o internacional?

## Direito Internacional e Estado

O direito internacional idealista do final do século XIX e do início do século XX, repetia os sistemas oligárquicos vigentes nas estruturas políticas domésticas dos principais entes politicamente organizados e atuantes no período. A livre utilização dos meios bélicos, as estruturas de poder baseadas em acordos entre os entes políticos, a diplomacia e os tratados isentos da publicidade afeita às organizações republicanas, o regime de capitulações, a jurisdição consular, os enclaves coloniais e protetorados, dentre outras características eram representativas de um ambiente internacional desarmônico.

Toda a efervescência teórica dos filósofos racionalistas do século XVIII acrescida dos problemas e das mudanças no cenário internacional dos séculos XIX e XX permitiram o estabelecimento de um conjunto novo de questionamentos em relação ao direito internacional. A primeira metade do século XIX trouxe conseqüências para evolução do direito já que marcado por um momento edificador de uma “consciência legal internacional”. Porém, o direito rapidamente abandonou os ideais de justiça e igualdade observados no período anterior<sup>6</sup>.

Discutindo a história do direito internacional na Alemanha entre 1871 e 1933, espaço e tempo de sofisticadas teorias, Koskenniemi afirma que o direito internacional era uma narrativa que buscava algo difícil: enquadrar o Estado em uma ordem legal internacional<sup>7</sup>. Já o período do entre guerras foi marcado por uma completa perda de importância do direito como mecanismo de equacionamento dos interesses dos

6 No doubt, there had been many developments in a positive direction: the increase and technical improvement of treaty law and private international law, progress in arbitration and the emergence of functional international cooperation. These developments were, however, outweighed by negative ones. No real international society had come to existence beyond Europe and the fundamental rights of peoples or States were no better protected than a century before (Koskenniemi, 2002, p. 98).

7 Where the members of the *Institut de droit international* represented a self-confident, aristocratic liberalism that took for granted the moral superiority of its world-view, German lawyers struggled with complex philosophical arguments to ground the possibility of a scientifically credible and politically legitimate international law, one that would correspond to “concrete reality” and manifest some kind of “social ideal”. Segundo Koskenniemi, a obra *Princip und Zukunft des Völkerrechts* de Adolf Lasson empregava a idéia de que a soberania estatal era incompatível com o pertencimento a uma comunidade legal e que os tratados refletiam as relações de poder entre os Estados que só poderiam ser mantidos na existência de estabilidade. A guerra era entendida como um meio de negociação na qual os Estados buscavam decidir o que era poder real nas relações ente eles e encontrar um acordo de paz (2002, p. 181-183).

Estados<sup>8</sup>. O direito internacional, sensibilizado pelo fracasso da materialização das teses liberais-morais da pacificação com base no direito, deu nascimento a uma perspectiva mais realista à política internacional. O cenário internacional demonstrava-se inadequado ao direito já que as tentativas de organização do ambiente em moldes jurídicos pareciam parciais e contrários as ambições por poder em cada Estado.

No período posterior a Segunda Guerra e no pós-Guerra Fria o direito internacional passou a assumir características bastante distintas das clássicas<sup>9</sup>. O di-

reito internacional, concebido numa leitura básica como instrumento de organização das relações entre os Estados, foi tencionado pelas novas responsabilidades de regulação bem como pelos novos sujeitos de direito. Os princípios, arrolados como inerentes às funções esperadas pelo direito internacional, também passaram a ser desafiados pela dinâmica internacional menos amalgamada nos ditames, geralmente, morais.

O enfraquecimento da Europa e o fenômeno da descolonização, a globalização, a ascensão, ao centro do poder mundial, dos EUA e da URSS e a queda desta, as mudanças radicais da estrutura do poder mundial, bem como a ampliação da influência de outras culturas e civilizações no ambiente internacional permitiram a evolução da doutrina internacionalista. O direito internacional, como outras normas jurídicas, ecoou algumas das mudanças na organização social global.

Os conceitos que explicavam o direito internacional perderam sua força diante de uma realidade em mutação. Para Shaw, há uma tensão entre as regras estabelecidas e as forças em constante evolução que buscam mudanças no sistema. O grande problema para o direito internacional é determinar como e quando incorporar os novos padrões de comportamentos e as novas realidades já existentes, se de um lado a lei permanece relevante e noutro o sistema, por ele mesmo, não é vigorosamente rompido.<sup>10</sup> De qualquer maneira, o direito internacional vem sendo modificado por tendências antagônicas, porém eficientes na produção de novos questionamentos sobre o seu alcance.

As alterações que são observadas têm a capacidade de demandar modificações na estrutura e nas normas de direito internacional. Mas, a *raison d'être* do direito internacional, o fator determinante na sua composição, segue sendo as necessidades e as características do sistema político internacional. O direito internacional tem adotado, há muito, a idéia da abstinência das hostilidades permanentes e a reciprocidade em torno da garantia do uso da independência soberana, promovendo a percepção do outro como portador de direitos e obrigações. Porém, quando outras "autoridades" existem num sistema, afirma Shaw, deve haver uma (nova) concepção de como ocorrem às transações em termos de coexistência e conflito (2004, p. 43).

8 Uma descrição das diversas visões do período pode ser observada na síntese construída por Verdross: "Four different definitions of international law can be found in the literature. According to the narrowest of these definitions, international law is that legal order which regulates the relations between independent (sovereign) states. Thus the Permanent Court of International Justice stated in its judgment of September 7, 1927, in the Lotus case: "International Law governs relations between independent States." But generally this definition is immediately expanded by defining international law as that legal order which governs relations between independent states and certain other sovereigns communities (The Catholic Church, recognized belligerents). Brandweiner uses an ever wider definition. He considers that international law includes also the legal rules governing the relations between states and other ecclesiastical communities as well as the relations of the different Churches inter se. The second and third definitions constitute, step by step, an extension of the first definition. Hence, international law is finally defined as that legal order which regulates the relations between all the sovereign legal communities. In addition, all these three definitions tacitly imply that the legal norms in question stem from a supra-statal source." A última definição foi assim sintetizada por Verdross: "According to this new definition, international law is the totality of norms which have not been created by single states but by customary international law or by international treaties (Verdross, 1949, pp. 435-440).

9 One notable exception to this generalization were the efforts associated with the world federalist movement that believed that World War II and its atomic finale demonstrated the necessity, and hence created the opportunity, for world government, that is, the transformation of a statist world order into a world order with the requisite capabilities to maintain peace and security for all the peoples of the world. This perspective was given its most serious academic expression in *World Peace through World Law* by Grenville Clark and Luis B. Sohn, a carefully elaborated design for the centralizations of authority in international life that took the form of a drastic revision of the United Nations Charter so that the organization would be transformed into a type of limited world government with formal responsibility for and effective supranational control over international peace and security. Despite the impressive credentials of its authors and a massive promotional effort throughout the world in support of their proposals, this normative response at the dawn of the nuclear age produced only the faintest resonances in the United States and elsewhere, and such thinking was quickly and completely marginalized as a world order alternative by the geopolitical passions associated with the East/West rivalry. There were other international jurists in the first decade or so after World War II who definitely believed that a new world order was coming into being, and that to be acknowledged as a historical reality, it needed only to be identified, described, and named by a reputable scholar. Among international lawyers, perhaps the bravest and most influential attempt to do for the mid-twentieth century what Grotius did for the early seventeenth century was that made by C. Wilfred Jenks in *The Common Law of Mankind*, a work that undoubtedly deserves fresh consideration forty years after its initial publication (Falk, 1998, pp. 20-21).

10 Similarly, international law is a product of its environment. It has developed in accordance with the prevailing notions of international relations and to survive it must be in harmony with the realities of the age (Shaw, 2004, p. 42).

O direito internacional reflete primeiro e de forma mais distinta as características básicas da política mundial, as relações de forças com e entre os Estados. Estes tiveram sucesso ao obter igualdade soberana diante da lei e direitos semelhantes em relação a sua condição de sujeito, além de obterem um conjunto de valores estabelecidos como dogmas no direito internacional. Contudo, uma quantidade ampla de pontos de fricção também existe. Segundo Shaw os Estados necessitam de leis para alcançar determinados objetivos e o sistema deve ser suficientemente confiável para permiti-lo e flexível para permitir alterações quando se tornar necessário (2004, p. 43- 44).

O direito internacional se expandiu num sentido horizontal para atender Estados, indivíduos, grupos e organizações internacionais além de outros objetos de tutela. E muitas das alterações no direito internacional devem ser observadas do ponto de vista da alteração da condição do homem de objeto para de sujeito do direito internacional e do crescimento no número de organizações internacionais intergovernamentais e regionais, bem como da capacidade de novos atores de influenciar o ambiente internacional. De qualquer maneira a proliferação de sujeitos trouxe problemas superiores àqueles envolvendo questões da soberania estatal, mas passou a tratar de problemas especializados afeitos à própria sociedade contemporânea (Shaw, 2004, pp. 44-47).

Apesar de o direito internacional refletir as alterações ocorridas no ambiente internacional não há hoje qualquer garantia de que o ordenamento jurídico internacional tenha evoluído como sistema. O direito internacional é fortemente influenciado por fenômenos – fragmentação, desagregação, legalização, etc. – que não contribuem para formação de um direito internacional único.

Uma indagação permeia as afirmações anteriores: pode o direito internacional, reorganizado com base em critérios de constitucionalização, estabelecer parâmetros de racionalidade e estabilidade que garantam a confiabilidade para um novo e único sistema?

### Constitucionalização do Direito Internacional

A constitucionalização é apresentada, não raro, como um processo espontâneo e particularizado que redundará na regularização de um ambiente de interesse internacional. Assim, por exemplo, há numerosas referências contemporâneas sobre a constitucionalização

do direito internacional na área ambiental, humanitária, comercial, etc.

Inicialmente é possível imaginar que a constitucionalização do direito internacional<sup>11</sup> representa uma singela transposição das qualidades das constituições domésticas para direito internacional. E neste caso se pergunta: quais características devem ser transpostas? São qualidades formais ou materiais? Que tipo de constituição serve como modelo?

A constitucionalização do direito internacional pode ser analisada sobre diferentes perspectivas. Uma visão mais restrita estaria afeita a simples identificação do aumento da produção de normas com pretensão a universalidade. Porém, tal assertiva está também

11 Independentemente das orientações teóricas e do enfoque buscado pelos autores são apresentados alguns conceitos sobre a constitucionalização do direito internacional: "The reference to the constitutionalization of international legal order indicates the process of (re-)organization and (re-)allocation of competence among the subjects of the international legal order, which shapes the international community, its value system and enforcement". (De Wet, 2006, p. 51) "Constitutionalization' is a shorthand term for the emergence of constitutional law within a given legal order. The concept of constitutionalization implies that a constitution (or constitutional law) can come into being in a process extended through time. It also implies that a legal text (or various legal texts) can acquire (or eventually lose) constitutional properties in a positive feedback process. A text can therefore be more (or less) constitution-like. It may be, in short, a constitution-in-the-making. In consequence, 'global (or international constitutionalization)' is a catchword for the continuing process of the emergence, creation and identifications of constitution-like elements in the international legal order." [...] "I consequently employ the term 'global constitutionalism' in order to characterize a strand of thought and a political agenda which advocates the applications of constitutional principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and possibly also democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectiveness and the fairness of the international legal order." (Peters, 2006a) "By 'global constitutionalism' we mean something broader and wider than the nineteenth-century tendency to advocate a war/peace system as a political blueprint, and something less legalistic than a positivist or Austinian (only rules backed by effective sanctions qualify as "law") extension of effective law enforcement to a global scale. Global constitutionalism is here defined broadly and synergistically as a set of transnational norms, rules, procedures, and institutions designed to guide a transformative politics dedicated to the realizations of world order values both within and between three systems of intersecting politics in an interdependent world." (Falk, Johansen, Kim, 1993, p. 9) Os três sistemas indicados por Falk são: I) o estatal-territorial e seus atores; II) o das instituições internacionais governamentais e III) o dos atores não-estatais e indivíduos. "Global constitutionalism is also envisioned as a process dedicated to deepening and widening democracy both within and across state boundaries, as well as insinuating democratic practices into all levels of political activity, including that associated with international institutions. The successful realization of democratic global constitutionalism, in contradistinction to traditional world federalism, does not necessarily entail any further centralization of world authority, and may indeed work in the opposite direction by affirming tendencies toward the emergence of a global civil from below" (Falk, Johansen, Kim, 1993, p. 9).

muito próxima de um fenômeno que é conhecido como “fragmentação”.

A idéia de constituição, por conta da inexistência de uma comunidade, de um sistema econômico e de um governo único, sempre encontrou resistência, como estrutura real, para o ambiente internacional. Porém, muitos dos fenômenos modernos tais como mundialização, internacionalização, regionalização, desagregação, fragmentação e outros, indicados como existentes no período atual, exigem uma revisão da literatura ou ainda uma ampliação da compreensão em torno dos limites entre o teoricamente sustentado como inadequado e aquilo que se observa como processo em curso.

Para Peters o direito constitucional global ou internacional é o conjunto mais importante de normas que regulam a atividade política e as relações dos sujeitos de direito internacional na política global. É um subconjunto de regras e princípios, que, em função da sua importância, receberiam o rótulo de “constituição”. Se estas regras e princípios de potencial qualidade constitucional são superiores as normas internacionais comuns, se elas incorporam um específico conjunto de princípios materiais, e se elas são “constitucionais” somente até o ponto que elas são exigíveis por alguma forma de exame judicial, ainda resta saber, afirma Peters<sup>12</sup>.

A constitucionalização é resumidamente, para Peters, a emergência da lei constitucional numa dada ordem legal. O conceito de constitucionalização implica que a constituição ou a lei constitucional pode vir a se tornar um processo estendido através do tempo. Assim, os textos legais podem adquirir ou perder propriedades constitucionais num processo adequado de realidade. O texto pode, portanto ser mais ou menos parecido com uma constituição e o processo é reconhecido como o de uma constituição em construção<sup>13</sup>.

Peters utiliza o termo “constitucionalismo global ou internacional” para caracterizar uma perspectiva do pensamento e também uma agenda política que ad-

voga a aplicação dos princípios constitucionais tais como estado de direito, freios e contrapesos, proteção dos direitos humanos e democracia, na esfera internacional, de modo a ampliar a efetividade e a justiça da ordem legal internacional (2006b, pp. 583-584).

Entender a constitucionalização com base em “caixas classificatórias” parece uma tarefa complexa, mas pode contribuir para ampliar a compreensão do tema. Algumas análises identificam tendências normativas, descritivas e eventualmente conceituais.

A abordagem normativa busca identificar um tipo ideal e desejável de constitucionalização em nome dos interesses da comunidade internacional, dos Estados ou mesmo dos indivíduos. A visão descritiva aponta para uma realidade que já existente, entendendo que os subsistemas internacionais caminham em direção a organização geral. Já a visão conceitual busca estabelecer um conjunto de parâmetros mínimos na identificação do que seja a constitucionalização.

Uma leitura normativa do que seja a constitucionalização parece estar presente no trabalho de Slaughter e Burke-White. Assim, afirmam que ao final da Segunda Guerra, as nações preocupadas com a ameaça da agressão e comprometidas com o princípio básico do não uso da força nas relações entre os Estados, estabeleceram o artigo 2(4) da Carta da ONU como garantia internacional. O artigo é considerado *grundnorm* da ordem mundial do pós-guerra, já que, naquele período, as nações viveram um “momento constitucional internacional”. Depois de onze de setembro de 2001, igualmente, um novo momento constitucional foi iniciado e ele é baseado na abstenção da agressão contra qualquer alvo civil em conflitos armados de qualquer tipo<sup>14</sup>.

As teorias descritivas buscam encontrar na própria realidade internacional um conjunto de demonstrações que comprovam a emergência de um processo de constitucionalização do direito internacional.

12 Today, the notional link between constitution and state has further been loosened in everyday language and in the legal discourse (and thereby the meaning of ‘constitution’ may have been broadened). It is therefore not per *definitionem* impossible to conceptualize constitutional law beyond the nation or the state (Peters, 2006, p. 581-582).

13 In consequence, ‘global (or international) constitutionalization’ is used in this paper as a catchword for the continuing process of the emergence, creation, and identification of constitution-like elements in the international legal order (Peters, 2006, p. 582).

14 Their purpose must be to complement Article 2(4), to establish an additional constitutional principle of international peace and security for a very different world. Article 2(4)(a) should read: “All state and individuals shall refrain from the deliberate targeting or killing of civilians in armed conflict of any kind, for any purpose (Slaughter, Burke-White, 2002, p. 1-21). A discussão sobre o constitucionalismo neste artigo de Slaughter e Burke-White não vai além das afirmações apresentadas, o restante do ensaio é uma apologia a proteção jurídica de alvos civis, como base nos inúmeros instrumentos internacionais que já existem e que têm a responsabilidade de fazê-lo.

Com freqüência são apontadas decisões advindas de cortes estrangeiras que são reproduzidas em outros ambientes, ordinariamente, afeitos a outras lógicas jurídicas. Ainda, as opiniões descritivas identificam os subsistemas internacionais rumando para uma constitucionalização do direito internacional geral.

As cortes nacionais, inspiradas por decisões de outros tribunais ou cortes internacionais, acabam solidificando entendimentos não garantidos de forma expressa pelo conjunto normativo doméstico. As decisões refletem políticas consagradas dentro de determinados regimes ou reproduzem cenários desejados. Decisões na área dos direitos humanos, adotadas por tribunais internacionais ou mesmo cortes estrangeiras, por exemplo, são frequentemente reproduzidas e marcadas como lei entre partes no ambiente doméstico independentemente de um referencial normativo interno pleno.

Para Ackerman, por exemplo, o ideal do constitucionalismo mundial está centrado em parâmetros cooperativos que são ilustrativos de um novo período tomado de princípios constitucionais mundiais. Na sua visão os princípios são, ou eram, incapazes de produzir efeitos no sistema judiciário doméstico dos EUA. Para tanto, Ackerman apresenta duas saídas: a primeira é baseada no federalista e a segunda no chamado “novo começo”<sup>15</sup>.

No federalismo os Estados delegariam algumas funções para um centro embrionário que formaria um tratado diferente dos demais e como consequência, os Estados teriam dificuldade de dispensar os comandos do centro emergente. Se os tribunais aceitassem a visão estabelecida pelo tratado hipotético então o status constitucional começaria a tomar forma. Duas variantes do cenário federalista são avaliadas pelo autor: na primeira a idéia do federalismo é basicamente centrada na visão da formação da União Européia<sup>16</sup> enquanto, na segunda há uma retomada da idéia de

que uma constituição pode se tornar um tratado, ou seja, a descentralização se torna mais proeminente (Ackerman, 1997, pp. 772-778).

A idéia do “novo começo” representa a noção de uma constituição que emerge como símbolo de uma grande transição política. Neste caso Ackerman utiliza os exemplos da lei fundamental alemã que rompe com o passado nazista, os cenários triunfantes ao redor do mundo e os grandes líderes presidencialistas com seu carisma e sua capacidade para mobilização de massas. Nas conclusões<sup>17</sup> o autor demonstra que o constitucionalismo imaginado é de natureza cooperativo e baseado nas experiências positivas das diferentes cortes constitucionais dos diversos Estados. Porém, estabelece que o “cenário federalista” recompensa a adjudicação, enquanto que os “novos começos” recompensam um estilo redentor (1997, pp. 778-797).

### PANORAMA CONTEMPORÂNEO: NOVOS DESAFIOS AO DIREITO INTERNACIONAL

As descrições anteriores buscam reafirmar a reafirmar a concepção, ainda que em evolução, bastante tradicional de alguns elementos inerentes à (re)organização da sociedade internacional. A constituição, o direito internacional e a constitucionalização do direito internacional são expressões tópicas que definem certas instituições inerentes ao desejo de um ambiente minimamente organizado e que são reproduzidas pelo *mainstream*. Efetivamente as definições são destinadas a interpretação de um cenário atual que é mais institucionalizado que em outros momentos históricos.

Fazendo uma investigação das concepções tradicionais se percebe que não há uma superveniência de fenômenos desligados da visão internacionalista tradicional. Podem ser apontadas algumas dessas inovações: alterações no número e na qualidade dos atores, proliferação de Organizações Internacionais e Grupos de Interesse que atuam de forma independente em relação aos Estados, surgimento de problemas com abrangência e soluções não-individuais-estatais, fortalecimento de regimes internacionais de forma au-

15 But the global transformation has not yet had the slightest impact on America constitutional thought. The typical American judge would not think of learning from an opinion by the German or French constitutional court. Nor would the typical scholar – assuming, contrary to fact, that she could follow the native’s reasoning in their alien tongues [...] The standard judge or lawyer would hardly raise an eyebrow when told, for example, that existing American law on capital punishment or welfare rights offends basic constitutional principles as the rest of the civilized world has come to understand them (Ackerman, 1997, p. 772-773).

16 No debate europeu há um grupo de pensadores que entende que uma constituição da União Europeia já existe, outros negam a existência. Em ambos os casos há divergências sobre a necessidade de ter um novo projeto constitucional. Geralmente o de-

bate se apresenta em termos históricos, baseado nos arquétipos constitucionais, na visão da arquitetura constitucional e na análise do constitucionalismo europeu atentando para os diferentes projetos constitucionais nacionais.

17 Na síntese final a discussão de Ackerman não retoma uma proposta inicial de discutir princípios constitucionais universais ou de aplicabilidade geral e, limita-se aos problemas do constitucionalismo estadunidense.

tônoma, dentre outros fatos reconhecidos dentro de um contexto em alteração.

O problema não está na identificação de um conjunto de processos ordinários que modificam a realidade internacional. Mas nos *hard cases* que desafiam com intensidade a capacidade das instituições de utilizar seu ferramental tradicional, mesmo que em evolução, para o equacionamento de conflitos na órbita internacional. Somente para uma breve referência são listados os seguintes problemas: i) o direito internacional é incapaz de equacionar muitos problemas internacionais atuais; ii) os ambientes e regimes autopoieticos ou alopoiéticos são utilizados na gestão internacional de interesses privados; iii) os protocolos de cooperação em termos abertos e com limitada capacidade de adjudicação se generalizaram; iv) a privatização da gestão dos conflitos internacionais aparece com frequência; v) a gestão dos problemas internacionais se dá com base em protocolos técnicos e não político-jurídicos; vi) inexistem mecanismos democráticos no que tange a criação e validação de normas; vii) inexistem mecanismos republicanos no que tange a aplicação e execução de normas.

Como objetivo de ilustrar as limitações ou afirmações anteriores, independentemente de serem elas centralizadores ou descentralizados de uma eventual universalidade organizativa, são apresentados alguns casos paradigmáticos que demonstram certas dificuldades ou limitações para as instituições anteriormente descritas de responder aos novos desafios impostos pelo ambiente internacional. A descrição consequente não é taxativa e visa ilustrar como, em determinados momentos, o ambiente internacional é desafiado à evolução.

### Breve panorama das leis do comércio internacional

A emergência da OMC em 1994, com mecanismos institucionalizados de organização e solução de conflitos, modificou os limites do sistema internacional de proteção ao livre comércio existente durante o período do GATT. O estabelecimento de um “Protocolo para Solução de Conflitos” fortaleceu a estrutura da instituição conduzindo a mesma para um ambiente supranacional. Neste alguns autores passaram a afirmar que o cenário específico do comércio rumava para a constitucionalização.<sup>18</sup>

18 No cenário comercial-internacional as amarras do controle sobre as estruturas de mercado foram flexibilizadas, liberalizadas e alcançaram grande autonomia. A edificação de estruturas suficientes ao atendimento das demandas de um livre-mercado se cons-

Segundo Cass recentemente alguns pesquisadores ligados à área do comércio começaram a discutir o tema da “constitucionalização do comércio internacional”. Afirma Cass que, em algumas de suas aulas públicas John Jackson utilizou o termo lembrando o período em que ele causava consternação entre especialistas. O termo seguiu sendo utilizado por um grupo pequeno, mas influente de especialistas, apesar de parecer provocativo para o establishment do comércio, para países em desenvolvimento e até para ONGs – centradas nos interesses mais distintos como regulação do próprio comércio, do meio-ambiente e das reformas trabalhistas (2001, pp. 39-75).

Os protestos na Conferência Ministerial de Seattle em 1999, lembra Cass, encontravam suporte na ideia de que a OMC representava uma elite, não-nacional, formada por membros não-eleitos e sem representatividade e que haviam ultrapassado os limites dos seus mandatos baseados no livre comércio (2001, p. 40).

Para Cass o termo “constitucionalização” é ambíguo e tem os seguintes usos identificados: i) busca explicar a dinâmica das instituições, das regras e das práticas para administrar, implementar e operar o sistema multilateral do comércio; ii) serve para argumentar sobre o direito em relação ao livre comércio; iii) é entendido como o espírito sem o qual não poderia haver nenhum contrato social durável dentro da comunidade constitucional emergente (2001, p. 41).

Ainda, há uma idéia generalizada de que a constitucionalização inclui um conjunto de práticas sociais definidas como “direito” e associadas com as democracias ocidentais industrializadas onde existe uma estrutura de divisão de poderes. As regras, princípios, procedimentos, práticas e instituições estabelecem uma comunidade constitucional, determinando quem tem o “poder público” dentro da comunidade, definindo a extensão desse poder constituído e a medida dessas práticas de constitucionalização (Cass, 2001, p. 41).

tuiu no grande mote das estruturas comerciais internacionais atuais. A OMC é, exemplificativamente, o resultado final de um longo processo de evolução na construção de um espaço principiológico e organizacional comum em torno do tema mercantil. A OMC permanece, total ou parcialmente, à margem da regulação estatal em determinadas atividades que desempenha, e algumas estruturas dentro da organização são auto-geridas em bases consideradas confiáveis pelos membros, sem que os mesmos, como entes político, interferiram nas escolhas da mesma. Mesmo assim, a ampliação da autonomia, com a integração de certos setores econômicos, depende dos Estados, e esta particularidade é considerada um empecilho ao equilíbrio no “livre-mercado”.

A ambiguidade do termo “constituição” fica demonstrada já que a mesma pode ser, segundo Cass, institucional, baseada em direitos ou de natureza metafísica. A confusão relacionada ao termo permite o seu uso para analisar a mudança na estrutura do direito e da estrutura internacional do comércio, para análises de nível estrutural e para explorar a profundidade simbólica e política da repercussão do uso do termo. Porém, a pluralidade acaba dificultando a definição do que seja a constitucionalização do direito internacional econômico, o resultado é uma dificuldade em perceber o que é descritivo e o que é normativo.

A constitucionalização por intermédio da interpretação judicial ocorreria em face das atividades desenvolvidas pelo Appellate Body (AB) da OMC. Neste momento haveria, com base na atividade institucional judicial desenvolvida no âmbito da OMC, a ampliação de uma ação superior de integração da norma do direito do comércio internacional que seria destinada à criação da norma interpartes e como consequência a formulação de normas gerais para a regulação do comércio internacional.

Para Cass três argumentos podem tentar rebater a idéia da possibilidade da constitucionalização com base na interpretação judicial na OMC: i) o primeiro entende que a constitucionalização somente é possível no sistema legal dos Estados; ii) o consequente que o modelo de adjudicação da OMC não é diferente daquele que normalmente ocorre no direito internacional, logo, não haveria grande diferença ou novidade; iii) e o último afirma que normas como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (VCLT) estabeleceriam a constitucionalização de determinadas estruturas e o comércio internacional já estaria abarcado naquelas (2001, pp. 41-42).

No primeiro caso é importante entender, segundo a opinião de Cass, que o termo constitucionalização do direito internacional é usado não da mesma forma que a constituição nacional – a depender do modelo de organização jurídica. Cass utiliza o termo em um sentido mais amplo para demonstrar que os casos na OMC estão começando a indicar algumas características associadas normalmente com o *case law* constitucional dos sistemas nacionais e supranacionais. A jurisprudência da OMC explicita a questão da delimitação de poderes entre os membros e o mecanismo centralizado de solução de conflitos, algumas vezes a jurisprudência se vale de técnicas e doutrinas constitucionais, outras vezes há uma ampliação das

discussões para assuntos que são exclusivamente de interesse das constituições nacionais.

No segundo argumento não há uma rejeição da ideia de constitucionalização, mas uma alternativa aos seus fundamentos. Assim, o direito internacional geral poderia se tornar constitucionalizado e com consequência à própria lei do comércio internacional. As leis do comércio internacional, assim como o direito internacional, referem-se ao delineamento do poder dos Estados, ao equilíbrio entre os Estados e o direito internacional, ao uso de técnicas constitucionais, ao uso do direito doméstico, ou seja, há um mecanismo centralizado de solução de conflitos que deseja a “legitimidade do direito aplicado no interior dos Estados”.

Porém a criação das leis do comércio é qualitativa e quantitativamente distinta de qualquer constitucionalização do direito internacional já que são diferentes os (i) conteúdos constitucionais da jurisprudência do comércio internacional, (ii) a sua estrutura, e (iii) a comunidade legal que se forma em torno daqueles elementos. Ainda o AB enfatiza a existência de uma “comunidade legal do comércio internacional” elemento inexistente nos julgamentos da Corte Internacional de Justiça (CIJ) (Cass, 2001, p. 43).

O terceiro argumento afirma que a VCLT estabeleceria a constitucionalização de determinadas estruturas e o comércio internacional já estaria abarcado pela norma. A visão fortalece a idéia de que a VCLT movimentaria a constitucionalização de preferência em comparação com o desenvolvimento geral da jurisprudência que o AB promove. Entretanto, a VCLT estabelece algum fundamento para a estrutura constitucional do comércio internacional e o AB constrói um largo corpo de jurisprudência constitucional.

Em resumo a constitucionalização baseada na geração de normas assume que: a lei do comércio internacional pode ser descrita como constitucionalizante – apesar de: I) não ser idêntica ao processo legal doméstico; II) não se identificar com o direito internacional geral e; III) não depender do uso de tratados internacionais de interpretação como fundamento para o comércio internacional. A idéia de Cass é que as decisões do AB são um instrumento de constitucionalização dentro da OMC apesar de: I) problemas de legitimidade decorrentes da falta de cidadãos no processo de internacionalização; II) a abstenção da participação política das comunidades locais; III) a existência de uma estrutura rudimentar

de constitucionalização; IV), da dificuldade para definir uma autorização da comunidade para existência de qualquer estrutura constitucional na OMC.

### Breve panorama das leis ambientais

O direito ambiental cuida de um objeto marcado por características especiais. Sua abrangência é superior em função da qualidade do bem tutelado – interesses metaindividuais – e em função dos efeitos generalizados que o bem produz – transnacional e intergeracional. A qualidade individualmente intangível de alguns bens ambientais, indica o movimento ambientalista, coloca-o na condição de especial e não filiado a questões limitativas do ponto de vista de interesses territoriais ou políticos.

Mais recentemente o direito ambiental encontrou seu destino universal em função de um conjunto de fatores identificados como decorrentes da percepção dos riscos e danos irreparáveis para o destino do planeta. Como consequência, a agenda política internacional ampliou o espaço de debates e sensibilização em torno dos temas ambientais<sup>19</sup>.

Aparentemente os temas ambientais estiveram vinculados as *low politics* durante um longo período e recentemente passaram a integrar os interesses estratégicos e vinculados ao desenvolvimento dos Estados. Igualmente sua qualidade, conforme indicado, passou a exigir atividades de coordenação e cooperação com o estabelecimento de foros e de Organizações Internacionais com capacidade de articulação geral e interessadas no equacionamento das novas demandas internacionais.

Os temas ambientais estão geralmente conectados com outros assuntos igualmente considerados relevantes. Mas, apesar do grande destaque, o direito internacional na área ambiental tem encontrado novas formas de expressão legal consideradas “abertas”. Ou seja, os acordos são: i) firmados em parâmetros sugestivos e nunca punitivos; ii) estabelecem cláusulas amplas e baseadas no comprometimento individual

e; iii) os modelos são marcados pela sobreposição e pela proliferação de atores. Para muitos é na área ambiental que se demonstra um mal-estar nas tradicionais formas de manifestação do direito internacional.

Assim, apesar de existir uma quantidade importante de tratados, convenções e protocolos internacionais e regionais – A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, a Convenção sobre a Mudança do Clima de 1992, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, o Protocolo de Montreal e de Quioto, além de outras centenas de códigos, acordos, protocolos, cúpulas e recomendações – que buscam mediar as relações entre diversos atores<sup>20</sup>, relacionados ao respeito a certos parâmetros de tutela ao meio ambiente, os mesmos estão conformados em bases insuficientes para garantir sua exequibilidade<sup>21</sup>.

Alguns documentos, um conjunto ferramental que estabelece informações vagas, baseadas na autotutela. O padrão reiterado em inúmeros instrumentos recentes na área ambiental e decorrente do perfil de comprometimento buscado pelos Estados. Para os acordos originarem tratados e as partes interessadas permanecerem nas negociações os acordos precisam ser amplos ao mesmo tempo em que enfatizam o pa-

20 If environmental policy was, in its infancy, understood basically as domestic environmental policy, only later taking on the role of external environmental policy – the states being in both case the central actor – we can now speak without reservation of global *environmental policy*. [...] Alongside cities, municipalities, and industry, NGOs are active in environmental policy, including large international NGOs such as Greenpeace, WWF, and Friends of the Earth. The increasingly close interaction between states and NGOs may be regarded as a special characteristic of global environmental policy. [...] While some observers see this as an act of democratization of international negotiations, others question the legitimization of NGOs, since they may not be elected and may not be obliged to account for or justify their activities (Simonis, 2002, p. 103 e p. 115-117).

21 Environmental problems have always been part of history, life, and work. Yet the way in which environmental problems are perceived and politicized has changed. If at first it was chiefly local and regional environmental problems that were recognized, in recent years it is global environmental problems that have been a major cause of concern. Global problems can be tackled only by means of an internationally coordinated, global environmental policy; local and regional environmental policies have to be integrated into this context. Global environmental policy has meanwhile become a highly dynamic policy field. The first UN Conference on the Human Environment (Stockholm, 1972) is generally regarded as its starting point. Since then a good number of environmental accords, both national and bilateral, though in numerous cases multilateral and global, have been signed. [...] The great number of political actors involved, with their often highly divergent interests and economic and technical capacities are a further reason for the need for internationally coordinated action (Simonis, 2002, p. 103 e p. 115-117).

19 Os tratados e convenções internacionais na área ambiental já têm um histórico considerável. Suas primeiras manifestações ocorreram nos anos de 1970, com os primeiros acordos e com a demonstração de certos limites ao modelo de desenvolvimento econômico adotado pelos países capitalistas e de economia planejada. Apesar de prematuridade da manifestação sobre as temáticas as mesmas estiveram restritas a poucos cenários políticos internacionais. Não é sem razão que o período é marcado pelo surgimento de Organizações Internacionais Não-Governamentais e Grupos de Interesse que enfrentaram os Estados, considerados inimigos da agenda ambiental.

pel dos peritos-técnicos. Esta postura altera o modelo legal para o dos regimes como parte do processo de deformalização. Koskenniemi apresenta um exemplo interessante envolvendo o debate sobre os aquíferos transnacionais. O documento final, resultado das discussões, apresenta um conjunto de informações indicativas de como o mesmo deve ser aplicado e neste caso o ferramental estabelece informações vagas, baseadas na “composição e no uso equilibrado e razoável de meios”<sup>22</sup>.

### Breve panorama sobre solução de controvérsias

Com frequência se afirma que não há uma jurisdição plenamente estabelecida no ambiente internacional. Num sentido tradicional se diz que a mesma é movimenta somente quando os Estados aceitam submeter-se a alguma autoridade jurisdicional. Apesar de a comunidade internacional não reconhecer, de forma unânime, determinadas instituições, a jurisdição de algumas cortes internacionais está institucionalizada de maneira permanente – v.g. CIJ<sup>23</sup>. A tradição de solução de conflito de interesses no ambiente internacional, geralmente, vale-se de mecanismos arbitrais e a exigência da participação voluntária das partes é necessária. A jurisdição judiciária é que se considera uma forma mais contemporânea de solução conflitos da comunidade internacional<sup>24</sup>.

De qualquer maneira, a jurisdição, judiciária ou não, ampliou de forma importante sua participação na so-

lução de conflitos internacionais. O fenômeno tem sido reconhecido com o estigma de “proliferação”. A presença de um grande número de cortes, tribunais e órgão de solução de controvérsias no âmbito internacional é uma alteração que tem merecido destaque em função do que a mudança representa para a comunidade internacional. A ausência de parâmetros institucionalizados, permanentes e universais de adjudicação sempre foi considerado um obstáculo para a efetivação do direito internacional de forma plena e a alteração parece indicar uma tendência ligada ao fortalecimento de estruturas universais.

O crescimento do número de instituições responsáveis pelo equacionamento de litígios também aparece nos ambientes regionais ou fora do controle estatal. Assim é importante perceber que a ampliação ficou bastante afastada da ideia de universalidade e institucionalidade plena. O crescimento no número de instituições parece estar mais próximo da criação de um ambiente de satisfação de demandas particulares do que associada a racionalização da ideia de solução do conflito.

Alguns motivadores podem ser apontados para o aumento no número de estruturas destinadas a solução de controvérsias: i) aumento no número de conflitos internacionais; ii) a ampliação na regulação internacional – que determina um número maior de conflitos de interesses e como consequência um maior número de demandas; iii) a regulação ampla de alguns setores que passaram a exigir instituições confiáveis; iv) incapacidade das instituições estatais para responder as demandas conflitivas internacionais; v) interesse em manter os Estados afastados da regulação de alguns setores; vi) as particularidades e especialidades de certos regimes exigindo instituições autônomas; viii) custos, em termos de tempo e outras variáveis econômicas, não adequados ao modelo governamental-internacional de solução de conflitos.

A criação de normas de forma apartada das atividades legislativas e institucionais ordinárias do direito internacional tende a produzir um conflito de normas ou um sistema de normas e práticas institucionais descoladas de uma perspectiva geral. Para compreender o fenômeno a *International Law Commission* (ILC) (2006) utilizou o caso *MOX Plant*<sup>25</sup>.

O caso é considerado paradigmático já que confronta o direito regional com o internacional, considerando

22 Now such references from law to “regime” is part of the kind of deformalization that testifies to an increasing predominance in the international world of a mindset for which “disputes” appear as “management problems” and for which the proper response is always technical or economic. For this mindset, rights, and obligations are thumb-rules or presumptions that can always be adjusted in view of reaching optimal results. This is nicely visible in the recent practice of inserting clauses in multilateral treaties that aim to deal with possible regime conflicts (Koskenniemi, 2006, p. 17-22).

23 A CIJ é destinada à solução de conflitos interestatais e não tem jurisdição sobre outros sujeitos de direito internacional. As opções jurisdicionais do Estado em relação à CIJ são: i) não reconhecer a autoridade da mesma; ii) reconhecer tacitamente por não rejeitar o foro ou contestar o mérito; iii) aceita antecipadamente por uma questão de reciprocidade, lapso temporal ou em função da matéria; iv) acordo entre os envolvidos de aceitação da jurisdição da CIJ; v) tratado anterior obrigando o Estado à jurisdição da CIJ.

24 Alguns exemplos: a Corte de Justiça Centro-Americana (1907-1917) que atuava no ambiente regional centro-americano; a Corte de Haia, de atuação internacional, que teve dois momentos distintos a CPJI (1920-1939) e CIJ (1945); a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 1969, com jurisdição limitada ao continente americano; o Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1998, que é permanente, universal e com jurisdição complementar as cortes domésticas.

25 *MOX* ou *mixed oxide* é o nome dado ao combustível nuclear que utiliza um mistura de substâncias radioativas, com material nuclear re-processado ou mesmo lixo atômico.

o segundo secundário em função da especialidade do primeiro. As análises sobre o caso identificavam, ao menos, quatro conjuntos normativos que avocavam competência jurisdicional para equação da lide, assim, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, a Convenção para Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Norte, os Tratados da Comunidade Européia e o tratado da EURATOM.

No caso indicado, a Irlanda direcionou uma reclamação contra o Reino Unido questionando os potenciais efeitos ambientais danosos da planta industrial de MOX em Sellafield, localizada no litoral inglês, no Mar da Irlanda. O transporte de material radioativo e a proteção do meio-ambiente marítimo do Mar da Irlanda conduziu o país a invocar a Parte XII da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, bem como, provocou a demanda no espaço do próprio sistema de resolução de conflitos previsto pela convenção. A *Convention on the Protections of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (OSPAR Convention) igualmente estabelecia jurisdição obrigatória sobre resolução de conflitos de sua esfera. Porém, ainda havia os tratados da Comunidade Européia e a própria EURATOM que consideravam suas estruturas aptas e competentes à solução do conflito (The Court of Justice of the European Communities, 2006).

A postura da Irlanda foi considerada um descumprimento das suas obrigações diante da Comunidade Européia. Aquela, havia ratificado tratados em que declarava reconhecer a transferência de certas competências para Comunidade Européia. Como consequência a Comissão das Comunidades Européias ingressou com procedimento contra a Irlanda no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias pela violação do dever de cooperação. Ao final a Irlanda foi considerada descumpridora dos ditames que lhe incumbiriam como membro da Comunidade Européia e da EURATOM.

O relatório da ILC considerou que o problema tem aspectos positivos e negativos. É negativo quando de alguma forma estabelece normas, princípios, sistemas de normas e práticas institucionais contraditórias ou incompatíveis. Mas é positiva quando representa uma demonstração da ampliação das atividades de criação de normas, objetos e técnicas internacionais.

Apesar a pluralidade de regras e instituições competentes para julgar o caso o relatório da ILC minimiza

as discussões. E acaba por considerar a questão solúvel como o uso das técnicas tradicionais de solução de conflitos de normas.

Outra particularidade: no cenário interno o estabelecimento de um parâmetro de constitucionalidade obriga um controle político e jurídico da integridade do ordenamento.

No ambiente internacional, que não está plenamente organizado como sistema, o controle sobre regras e atos parece mais complexo. Os limites que distinguem o anômico do positivado são tênues já que a normatização nem sempre se dá pelas vias ordinárias. Hoje, uma parte do direito internacional é decorrente de sistemas autônomos em relação a qualquer controle político ou jurídico.

Se no ambiente doméstico as formas difusas de regulação são visíveis, no ambiente internacional, mesmo que destituído de um núcleo político e normativo legítimo e universalmente reconhecido, há um agigantamento na desagregação dos sistemas e regimes, ainda que precários. É possível visualizar as fraturas em diferentes setores regulados e que são de interesse universal tais como: direito humanos, comércio, finanças, meio-ambiente, telecomunicações e internet além de outros. No espaço doméstico esta desagregação retira a centralidade da constituição e no internacional ela desagrega ainda mais o sistema internacional.

Uma dúvida parece permear toda a discussão: será possível controlar as atividades de autorregulação apolíticas existentes sem um totalitarismo jurídico estatal?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As peculiaridades do ambiente internacional contemporâneo definem novas formas de integração e como consequência parecem demandar mecanismos mais apropriados de solução de controvérsias.

A simples transposição da organização política doméstica, a divisão de poderes, os princípios republicanos e o estado de direito para o ambiente internacional, não pareceu, neste momento, totalmente exitosa.

Igualmente atores não-estatais solidificaram as suas estruturas e construíram um espaço privilegiado de atuação se afastado do ambiente político ordinário.

Posturas mais atomizantes em relação ao Estado, carrearam às agendas internacionais temas considerados de menor relevância pelo *staff* governamental. Esta ampliação contribuiu, algumas vezes, para a construção de cenários mais identificados com interesses coletivos e eventualmente reconhecidos como plurais e certamente autônomos em relação aos interesses ditos estatais. Contudo, não há garantia alguma de que os novos fenômenos estejam associados à posturas democráticas e republicanas. Em suma, no ambiente internacional atual, em que diferentes atores privados buscam superar os estados ou as estruturas políticas públicas, na criação de regras comuns, de abrangência universal, não há um compromisso forte com qualquer um dos elementos reconhecidos como integrados ao *bloc de constitutionnalité*.

A edificação autônoma de normas com pretensão à validade universal tem recebido diferentes nomes e uma profusão de termos define processos bastante parecidos, tais como: “constitucionalismo *societal*”, “constitucionalismo *common law*”, “governança em rede”, “governança transnacional”, “direito administrativo global” e outros.

A descrição dos fenômenos considerados universalizantes nem sempre tem observação fácil no espaço internacional. Algumas descrições podem encontrar uma satisfação pontual nas relações políticas entre certos atores ou em um regime específico. Ainda, não há uma unicidade na indicação do que os fenômenos baseados no surgimento de uma centralização política-jurídica internacional podem representar.

O moderno constitucionalismo está assentado em algumas cláusulas consideradas indispensáveis. As diversas teorias tentam checar se aquelas cláusulas, além de outras, podem ser identificados no sistema internacional. Geralmente há uma leitura etimológica de que o fenômeno é representativo de normas com algum valor identitário que se desenvolvem no formato de uma constituição.

De qualquer maneira, falar em constitucionalização do ambiente internacional implica, num primeiro momento, em reconhecer: centralidade, superioridade legal, organização política, distribuição do poder, acesso ao poder, legitimidade para o exercício do poder, distribuição de responsabilidades, direitos, liberdades e garantias. Estas características podem

ser formadas a partir de um espaço inexistente a ser criado ou a partir de estruturas bem desenvolvidas e associadas a gestão dos interesses globais.

Ocorre que, estas últimas fracassaram na sua pretensão a universalidade e destituíram o mundo de opções viáveis com uso dos meios ordinários. Estes estão colonizados por estruturas descoladas da realidade internacional ou no mínimo, não parecem buscar formas para equacionar o seu anacronismo.

As transformações econômicas, as novas tecnologias, o acesso à informação, a multiplicação dos núcleos difusos de poder, a universalização de certas instituições produziram um conjunto de alterações na organização da vida em sociedade e como consequência um descolamento das sociedades nacionais dos vínculos municipalistas, dos interesses da sociedade civil ou dos interesses individuais.

Uma autonomização, ou mesmo uma anomia, foi obtida em alguns setores com base nas emergentes demandas impassíveis de serem atendidas pelo Estado. Este geralmente amarrado a concepções tradicionais de organização política e a depender de modelos de consulta ou aprovação interna, condicionada por debates públicos e pela composição dos interesses fragmentados, tem abandonado determinados setores a sua própria lógica.

Neste espaço, apesar de inexistir consenso, a constitucionalização do direito internacional está fortemente associada à internacionalização dos direitos humanos. Porém, a conformidade global, quase messiânica, construída em torno das questões humanitárias, parece sujeita a um longo processo de maturação.

Assim, no ambiente internacional contemporâneo os conflitos envolvendo os Estados para aprovação de um tratado são diluídos por uma técnica particular para elaboração de normas, qual seja: a dos compromissos abertos, frequentemente a depender do suporte de técnicos. Os limitadores inerentes a desorganização da comunidade internacional indicam que os acordos somente são obtidos de forma não cogente, destituídos de sanção e sem grandes compromimentos para os envolvidos.

Um *pouvoir constituant* internacional não-estatal parece em curso? Ainda não é possível responder!

## REFERÊNCIAS

- Ackerman, B. (1997). The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*. Vol. 83, nº. 4, May, pp. 771-797.
- Carvalho, L. A. (2008). Ainda há uma chance para a idéia de uma comunidade internacional? *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, v. XIII, pp. 373- 378.
- Cass, D.Z. (2001). The 'constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade. *European Journal of International Law*. Vol. 12, n. 1, pp. 39-75.
- De Wet, E. (2006). The International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 55, N. 1, pp. 51-76.
- Falk, R.A. (1998). *Law in an emerging global village: Post-Westphalian Perspective*. Ardsley: Transnational Publishers.
- Falk, R.A., Johansen, R.C. y KIM, S. S. (1993). Global Constitutionalism and World Order. In: FALK, Richard A. et alii. *Constitutional Foundations of World Peace*. Albany: State University of New York, pp. 3-12.
- Frankenberg, G. (2000) The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism. *European Law Journal*. Vol. 6, Iss. 3, pp. 257-276.
- Häberle, P. (2007). El Estado constitucional. Trad. Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea.
- Holmes, Stephen. (1995). *Passions and constraint; on the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- International Law Commission. (2006). (A/CN.4/L.682) *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/>
- International Tribunal for the Law of the Sea. (2001). Case No. 10. In the Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea (Ireland v. United Kingdom). Disponível em: <http://www.itlos.org/>
- Kelsen, H. (1998). *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Koskenniemi, M. (2006). The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation. *Chorley Lecture 2006*. London School of Economics.
- Koskenniemi, M. (2002). *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Neves, M. (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- North, D. C. (1991). Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, N 1, Winter, pp. 97-112.
- Peters, A. (2006a). The Constitutionalist Reconstruction of International Law: Pros and Cons. NCCR Working Paper. N. 2006/01, May. Disponível em: <http://www.nccr-trade.org>
- Peters, A. (2006b) Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 19, Iss. 03, October, pp. 579-610.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza.
- Shaw, M. N. (2004). *International Law*. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Simonis, U. E., BRÜHL, T. (2002). World Ecology – Structures and Trends. In: Kennedy, Paul et alii. *Global Trends and Global Governance*. London: Pluto Press, pp. 97-124.
- The Court of Justice of the European Communities. (2000). Case C-459/03. *Commission of the European Communities v. Ireland*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/en/transitpage.htm>
- Verdross, A. (1949). On the Concept of International Law. *The American Journal of International Law*. Vol. 43, N. 3, Jul., pp. 435-440.
- Williams, R. (2007). *Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade*. Trad. Sandra Guardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo.