

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COMO EFEITO DA GLOBALIZAÇÃO

Leonam Baesso da Silva Liziero¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar como a globalização contribuiu para o movimento de constitucionalização do direito internacional. Assim, inicialmente será exposto como a instituição da Organização das Nações Unidas permitiu relativa centralização do direito internacional, especialmente por realizar diversos tratados sob seus auspícios. Em seguida, é verificado como a soberania necessita de uma nova significação com a globalização. Por fim, apresenta-se como a constitucionalização do direito internacional é um movimento impulsionado pela globalização do Século XX e como o surgimento do *jus cogens* como categoria normativa reforça tal análise, perfazendo como um núcleo de normas que somente pode ser revogadas por normas de mesmo reconhecimento.

Palavras-chave: Globalização; Nações Unidas; Constitucionalização; Direito Internacional.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how a globalization has contributed to the constitutionalisation of international law. Thus, it will initially be exposed as an institute of the United Nations Organization for Central Freedom, especially for carrying out various treaties under its auspices. It is then verified how a sovereignty needs a new signature with a globalization. Finally, it presents itself as a constitution of international law and a movement driven by the globalization of the 20th century and as the emergence of *jus cogens* as a normative category reinforces such analysis, making it a core of norms that can be repealed by norms of the same recognition.

Keywords: Globalization; United Nations; Constitutionalisation; International Law.

INTRODUÇÃO

O artigo busca investigar como a globalização iniciada no Século XX – e continuada no Século XXI – proporcionou o fenômeno da constitucionalização do direito internacional. Para tanto, terá como recorte inicial a institucionalização da Organização das Nações Unidas em 1945. A emergência da ONU provocou uma ruptura paradigmática no direito internacional, ultrapassando o sistema inaugurado com a Paz de Westphalia de 1648, segundo o qual os Estados soberanos seriam estariam em um plano de igualdade e as normas internacionais seriam produzidas e aplicadas de forma descentralizada.

Com a proibição do *jus ad bellum* pela Carta da ONU, a soberania dos Estados passou por clara relativização no plano internacional, tendo em vista que um dos direitos

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pesquisador do Letaci/PPGD/FND/UFRJ. E-mail: leonamliziero@gmail.com

inerentes do poder soberano constituído na modernidade foi consagrado como ilícito. Deste modo, a partir de 1945, os Estados perdem o direito de entrar em conflito armado contra outros Estados para reivindicar algum direito ou executar algum descumprimento de obrigação e tais ações passam a ser consideradas como ilícitas. Além desta proibição, como modo de a tornar eficaz, a ONU institucionaliza o sistema de segurança coletiva, que determina sanções aos Estados que descumprirem tal regra, ou seja, que ameaçarem a paz e a segurança internacionais ou a romperem.

Posteriormente, após verificadas as alterações no cenário internacional provocados pelo paradigma Nações Unidas, discute-se como a globalização contribuiu para o movimento de constitucionalização do direito internacional, especialmente pela emergência, na segunda metade do Século XX, da noção de *jus cogens*, como modo de estabelecimento de um núcleo rígido de normas internacionais, valendo para o sistema como um todo de modo análogo ao que as normas materiais constitucionais vinculam todo o direito interno dos Estados soberanos.

NAÇÕES UNIDAS E CENTRALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Anteriormente a 1945, a sociedade interacional era notada por grande grau de descentralização, o que caracterizava também então sistema normativo internacional. Em razão da concepção de soberania absoluta no âmbito externo, herdada do Século XVII e aprimorada no Século XIX, é possível encontrar alguma semelhança entre o estado de natureza hobbesiano e a dinâmica das relações internacionais neste paradigma westphaliano. A soberania ainda detinha o *jus ad bellum* e com isto o recurso ao uso da força armada para solucionar controvérsias internacionais não era uma ilicitude passível de sanção. Na verdade, o *jus ad bellum* era uma forma de execução do então direito internacional, a auto-tutela.

Havia evidente cenário de desconfiança mútua entre os Estados com ausência de um poder superior que estabelecesse a ordem internacional, ainda com tratados que tivessem força jurídica obrigatória, mesmo com a clara dificuldade de execução destes tratados em caso de descumprimento. Com a grande propagação da corrente voluntarista a partir do Século XIX, como a doutrina da nacionalidade de Pasquale Stanislao Macini, um dos fundamentos da soberania estatal era justamente o direito em se armar e guerrear contra outros Estados em busca de uma reparação que fosse justa.

Todavia, na sociedade internacional anterior às Nações Unidas, diferentemente do estado de natureza de Hobbes, não havia igualdade material entre os sujeitos, no caso, os Estados soberanos. Era possível, antes mesmo do Século XX, enxergar notável diferença entre potências e Estados menos desenvolvidos econômica e belicamente. Ainda assim, dificilmente, ao menos na Europa, um Estado conseguiria atacar outro sem uma devida aliança. Portanto, da mesma forma que o homem no estado de natureza hobbesiano, os Estados soberanos estavam em constante vigilância recíproca. Nesse sentido, conforme Bull (2002, p. 43):

Of the three principal features of Hobbes's state of nature the only one that might be held to apply to modern international relations is the third - the existence in it of a state of war, in the sense of a disposition on the part of every state to war with every o their state. Sovereign states, even while they are at peace, nevertheless display a disposition to go to war with one another, in as much as they prepare for war and treat war as one of the options open to them.

Bull denomina de *domestic analogy* esta correspondência entre a tensão na política internacional e o estado de natureza da teoria de Hobbes. Segundo o autor, “no caso de Hobbes, para si mesmo e seus sucessores, a analogia interna toma a forma simples da asserção que Estados ou príncipes soberanos, como os indivíduos que vivem sem governo, estão em um estado de natureza que é um estado de guerra” (BULL, 2002, p.44, tradução nossa). Neste raciocínio, os Estado estão potencialmente em constante situação de conflito mútuo e o termo deste cenário de incertezas seria apenas um contrato social que instituir um poder comum que pudesse garantir a segurança de todos.

Até a primeira metade do Século XX, não havia Estado que sozinho fosse capaz de ameaçar outro de semelhante potência com uma *debellatio* ou mesmo danos irreparáveis. A capacidade de destruição armamentista não era suficiente para causar tamanha aniquilação que pudesse, durante um estado de beligerância, reverter uma situação desfavorável. Deste modo, a instabilidade nas relações internacionais era, por si, de certa forma, estável.

Com a arma atômica de destruição em massa, cujo uso colocou termo à Segunda Guerra Mundial, houve certo aumento de incerteza acerca do futuro da política internacional. Esta primeira demonstração de como as armas atômicas são lesivas a um Estado se deu com o ataque das forças armadas norte-americanas às cidades japonesas de

Hiroshima e Nagasaki, em agosto de 1945, o que levou à rendição do Japão no mês seguinte.

Todavia, ainda de forma anacrônica, um pouco antes do ataque, em junho de 1945, foi assinada a Carta da ONU, em São Francisco, que entrou em vigor em outubro deste mesmo ano. A Carta da ONU inaugura um novo paradigma nas relações internacionais e no direito internacional com, entre outras determinações, a proibição do uso de força armada pelos Estados, conforme seu art. 2º (4).

Em resposta à analogia com o estado de natureza hobbesiano, a Carta de ONU por alguns autores pode representar um contrato social, ainda que com natureza e poderes bem limitados em comparação a um Estado soberano em comparação à sua população. Desta forma, ao instituir uma organização internacional, sujeito diverso da espécie estatal, os Estados abdicariam de alguns poderes inerentes da sua soberania em favor da segurança. Esta soberania então se ressignifica para um novo paradigma nas relações internacionais. Neste sentido, “a soberania permanece como o poder que mantém os Estados como os principais sujeitos do direito internacional, sendo necessária para que o direito internacional contemporâneo, apesar de suas bases não mais modernas, continue a se estruturar” (LIZIERO, 2017, p.171-172).

Para Teixeira (2011, p.29), o estado de natureza desta sociedade internacional seria um constante *estado de nações* e que “somente com a criação de um Estado supranacional seria possível encerrar o estado de nações, uma vez que, mediante a transferência da autoridade soberana dos Estados a um Estado mundial supranacional, estar-se-ia criando estruturas de controle e repressão”. Um contrato social a nível global levaria a um inevitável direito comunitário mundial. A instituição da ONU e posteriormente a emergência da União Europeia podem ser entendidas como os primeiros degraus de uma longuíssima escada rumo à um poder soberano comum, com total centralização. Especialmente, o direito comunitário europeu se assemelha em muitos aspectos muito mais ao direito interno do que ao direito internacional.

Para Zolo (2002, p.70), “o argumento analógico permitiria aplicar a todas as populações do planeta – e ao planeta como tal – as categorias da representatividade democrática, da separação dos poderes e da tutela dos direitos do homem”. A supranacionalidade possui um sentido cosmopolitista em si, uma vez que diversas culturas e sociedades são integradas como resultado do fenômeno da globalização. A globalização

está inserida na vida dos Estados, sendo praticamente impossível não se integrar e ser impactados por seus efeitos, negativos ou positivos.

As transformações do direito internacional no Século XX surtiu diversos efeitos, entre os quais a relativização da soberania e a conseqüente transformação do sentido em seu conceito. A Carta da ONU, segundo Liziero (2017, p. 87-88), foi fundamental em duas direções nesta transformação: (i) ser um tratado que prescrever direitos e deveres dos Estados na ordem internacional; (ii) ser um tratado que institucionaliza a organização, com o estabelecimento de órgãos, do mesmo modo que uma Constituição descreve a organização de um Estado. É possível o questionamento se a ONU exerce alguma autoridade perante a sociedade internacional. Interessante solução é pensada por Zaum (2007, p. 58, tradução nossa), ao dissertar sobre as fontes de autoridade internacional:

O exercício de autoridade deve ser legitimado; deve ser justificado por crenças morais e demais convicções socialmente incorporadas. Para analisar a autoridade das administrações internacionais, é necessário antes examinar tais processos e propósitos sociais que legitimaram seu exercício de poder. As crenças sobre os processos de legitimação e propósitos sociais refletem tanto na forma como as administrações internacionais são estabelecidas - o processo de dotá-las de autoridade - e em suas práticas posteriores. A autoridade também depende da capacidade de exercício e da habilidade de desenvolver e efetivar políticas públicas. A autoridade de uma administração internacional está comprometida se não tiver capacidade para promover os propósitos sociais que legitimam seu exercício de autoridade.

Nesse raciocínio, embora a ONU não seja dotada de soberania, o fato de possuir determinada autoridade é um primeiro passo à centralização e conseqüente constitucionalização do direito internacional, uma vez que modifica o modelo descentralizado próprio do direito internacional do paradigma westphaliano. Interessante ressaltar que a constitucionalização do direito internacional infere pensar em um futuro estabelecimento de um Estado mundial. Esta era uma hipótese levantada por Kelsen, apesar de seu posicionamento contrário a ela. Para Kelsen (2002, p.134), “o desenvolvimento do Direito Internacional, segundo sua própria natureza, tem assim como finalidade a constituição de um Estado universal”. Segundo o autor, um Estado mundial seria contrário à democracia e à igualdade soberana dos Estados determinadas pelo direito internacional do pós Segunda Guerra Mundial. Assim, “o Estado mundial não está no escopo da realidade política, pois ele é incompatível com o ‘princípio da igualdade

soberana' sobre o qual deve basear-se (...) a organização internacional a ser criada depois da guerra" (KELSEN, 2011, p.11). Apesar de não ser um Estado mundial – e não ter pretensão de ser –, a ONU é um marco na ruptura do paradigma do direito internacional.

SOBERANIA E O PARADIGMA NAÇÕES UNIDAS

O desenvolvimento das comunicações no Século XIX e seu aprimoramento no Século XX atenuou as fronteiras culturais entre as diversas nações, uma vez que certas culturas tiveram acesso a outras, ou ainda, países menos desenvolvidos puderam acessar e se influenciar os aspectos culturais dos mais desenvolvidos, bem como suas tecnologias. Entre tais tecnologias, destaca-se uma importantíssima para a relativização da soberania no Século XX: a invenção da aeronave.

Já era possível o transporte acima do solo desde o Século XVIII com os aeróstatos, iniciada pelos irmãos Montgolfier e aprimorada com os dirigíveis nos anos subsequentes, especialmente com Giffard, em 1852. O transporte aéreo, porém, ainda era limitado a pequenas distâncias territoriais, além de não oferecer tanta segurança e velocidade até o início do Século XX, quando foi possível o voo com aeródinos, em dezembro de 1903 com os Irmãos Wright e em outubro de 1906 com Alberto Santos Dumont, que poderiam potencialmente alcançar maior velocidade e maiores distâncias.

Com o aprimoramento da aviação, os aeródinos puderam cruzar grandes distâncias e a grandes velocidades para a época. Na Primeira Guerra Mundial, os aviões começaram a ser usados nas batalhas e em 1914 tiveram metralhadoras acopladas de forma que o piloto pudesse atirar enquanto voava. Assim, a aviação teve sua utilidade como um efetivo e inovador instrumento de batalha. Em 1919, a bordo de um avião, Alcock e Brown fizeram a primeira travessia transatlântica.

A percepção do alcance da soberania também no espaço aéreo se deu graças ao desenvolvimento da aviação. Antes do Século XX, o alcance da soberania no território do Estado se limitava aos âmbitos terrestres e marinhos. Com o avanço humano no transporte aéreo, surgiu a necessidade de se regulamentar internacionalmente o uso do espaço aéreo. Deste modo, o território do Estado ganha mais uma dimensão em razão da ameaça que os aviões representavam. Já em 1914, Roland Garros (1888-1918) foi um dos pioneiros em transformar a máquina de Alberto Santos Dumont em um instrumento de guerra que, na

Primeira Guerra Mundial, poderia desequilibrar batalhas. Em 1919, a bordo de um avião, Alcock e Brown fizeram a primeira travessia transatlântica.

A tese a respeito da soberania estatal no espaço aéreo foi elaborada especialmente por John Westlake. Segundo defendia, o espaço aéreo era parte do território estatal por se situar acima dele. Por tais razões, não se aplicaria à esta dimensão o direito de passagem inocente, do mesmo modo que no direito do mar. Em suas palavras:

Um estado pode excluir outros estados de fazer atos de soberania no seu território, da mesma forma que um proprietário de terra pode excluir outras pessoas de atuarem como proprietárias em sua terra; e um estado pode alienar a sua soberania sujeita às regras da sociedade dos estados, uma das quais, como já vimos, torna cada alteração do mapa da Europa uma questão de interesse comum para aquele quarto do globo, como um proprietário desembarcado que seu imóvel esteja sujeito às leis de seu país (WESTLAKE, 1914, p.131, tradução nossa).

A respeito desta nova dimensão da soberania, observa Casella (2009, p.504) que “a corrida armamentista europeia e a posterior utilização de aeronaves como armas durante a primeira guerra mundial demonstrou a importância estratégica do controle soberano, por parte dos estados, do espaço aéreo. A tese da soberania estatal prevaleceria”. A exclusão do domínio do espaço aéreo de outros Estados, conforme menciona Celso Mello (2001, p.1243) “decorre de uma necessidade do Estado, uma vez que o espaço aéreo se integra no seu território, como não acontece com o mar. O mar é adjacente ao território terrestre, enquanto o espaço aéreo é sobrejacente”. O primeiro tratado internacional a regulamentar o espaço aéreo foi a Convenção de Paris de 1919, que declarava em seu art. 1º que cada Estado reconhecia aos outros signatários o direito à soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo de seu território.

O desenvolvimento da aviação possibilitou um maior alcance do poder de destruição em guerras, como se observou claramente na Segunda Guerra Mundial, o que gerou a necessidade de reformulação do sistema de segurança internacional. Os dois ataques mais fatais da Segunda Guerra foram realizados pela força aérea dos Estados belicosos, o de Pearl Harbor em 1941, pelo Japão contra os Estados Unidos, e a devastadora resposta em agosto de 1945, com o lançamento da bomba atômica nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, o que levou à rendição do Japão e à afirmação dos Estados Unidos como uma das maiores potências bélicas a partir de então.

Com a entrada em vigor da ONU em 24 de outubro de 1945, os Estados entram em um novo paradigma do direito internacional, com novas diretrizes, com o principal propósito de garantir a paz e segurança internacionais. Diferentemente da Liga das Nações, a ONU possuía um potencialmente eficaz mecanismo institucional de garantia para que os Estados utilizassem a força armada para solucionar suas controvérsias: o sistema de segurança coletiva, exercido pelo Conselho de Segurança e o poder de veto dos seus cinco membros permanentes: Inglaterra, França, Estados Unidos, China e União Soviética. Assim, o mais significativo elemento de mudança na concepção de soberania estatal após 1945 foi a abolição do *jus ad bellum*, que historicamente, desde a emergência do absolutismo, era uma prerrogativa do poder soberano.

Somente é possível a agressão armada a um Estado em duas exceções previstas pela Carta da ONU: a legítima defesa ou com autorização do Conselho de Segurança contra certo Estado que ameace a paz e a segurança internacionais. Este novo sistema internacional fomentou a globalização, que por sua vez possibilitou a integração e a transformações econômicas do Século XX. Assim, o Estado precisou readaptar seus aparelhos, com profundas vicissitudes em suas estruturas nos campos político e jurídico. Deste modo, em substituição ao modelo moderno de Estado inaugurado no absolutismo, tem-se contemporaneamente, em conformidade com Chevallier (2009), um Estado pós-moderno.

Alguns acontecimentos de cunho políticos foram fundamentais para essa nova configuração de Estado, entre os quais o declínio dos regimes socialistas no final do Século XX e a hegemonia do modelo liberal. Um fato que foi determinante para a aceleração do fenômeno globalizante foi a dissolução da União Soviética, que evidenciou a crise definitiva do modelo político socialista e de uma economia estatizada. Neste sentido, Bernal-Merza (2000, p.41): “Es mi convicción que la caída del bloque soviético y la desaparición de las economías centralmente planificadas constituyeron los aspectos políticos de la nueva etapa de expansión de la economía-mundo, que hoy caracterizamos como globalización”. A União Soviética, além de na prática não ter conseguido resolver os problemas sociais daquela Rússia agrária e empobrecida de antes de 1917, foi um Estado que em sua existência, especialmente durante o regime de Stálin, provocou diversas violações às liberdades fundamentais dos cidadãos, ainda que tais liberdades se prendam à uma concepção ocidental de direitos fundamentais. Analisando especificamente a teoria soviética dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais (2013, p. 170) destaca que:

O poder soviético conferia à legalidade um papel essencialmente instrumental e subordinado ao interesse capital de consolidação e defesa do regime. Era este o período da crítica teórica ao Estado de Direito e à visão jurídica do mundo, durante o qual ora se apelava ao apego das leis ou se legitimava a sua violação por parte dos funcionários ou dos tribunais consoantes os interesses da Revolução, tal como o Partido Comunista os interpretava, os exigiam.

A União Soviética foi durante a segunda metade do Século XX o inimigo simbólico do ocidente. A soberania soviética em âmbito interno e externo era exercida de forma total, uma vez que a proteção de direitos do cidadão garantida pelo constitucionalismo era rejeitada, por uma rejeição ao próprio constitucionalismo. O regime socialista soviético “repara” o rompimento que o constitucionalismo causa no paradigma da soberania, no qual a esfera privada do indivíduo é dissolvida pelo poder público do exercício da soberania. Ainda que ao final do Século XX as fronteiras entre os Estados estivessem mais porosas pelos efeitos da globalização, a União Soviética representava ainda um obstáculo à hegemonia do modelo de Estado de Direito ocidental. Sobre esta questão de afronta aos direitos humanos, especialmente os relacionados a liberdades, nos regimes totalitários, como os da União Soviética de Stálin, ensina Hannah Arendt (1989, p.377):

A iniciativa intelectual, espiritual e artística é tão perigosa para o totalitarismo como a iniciativa de banditismo da ralé, e ambos são mais perigosos que a simples oposição política. A uniforme perseguição movida contra qualquer forma de atividade intelectual pelos novos líderes da massa deve-se a algo mais que o seu natural ressentimento contra tudo o que não podem compreender. O domínio total não permite a livre iniciativa em qualquer campo de ação, nem qualquer atividade que não seja inteiramente previsível. O totalitarismo no poder invariavelmente substitui todo talento, quaisquer que sejam as suas simpatias, pelos loucos e insensatos cuja falta de inteligência e criatividade é ainda a melhor garantia de lealdade.

Desta forma, somente as ações de interesse do regime poderiam ser aceitas, inclusive acerca da oposição política e da liberdade de consciência e de expressão contra o governo do Estado. Durante a exceção, o Estado precisa se fortalecer tanto externamente, impedindo que os inimigos invadam de certa forma, quanto internamente, evitando a ruína do regime. Se o constitucionalismo mundial é uma forma de integração causada pelo fenômeno globalizante e tal integração representa enfraquecimento do regime, a soberania deve ser reforçada interna e externamente para que o Estado alcance seus fins,

fragmentando pela força se necessário os limites ao poder impostos pela ideia de Estado de Direito.

Além da União Soviética no Conselho de Segurança representar um mecanismo de equilíbrio, em razão do poder de veto como um membro permanente, o desenvolvimento de tecnologia nuclear, especialmente no campo bélico, possibilitou um certo contrabalanço entre ocidente e oriente. Sobre tal tensão, observa Schwarzenberger (1955, p. 382, tradução nossa):

A corrida de armamentos nucleares que ocorre sob nossos próprios olhos tem testemunho eloquente dos verdadeiros poderes motivacionais por trás da relação entre as duas metades de um mundo dividido: medo recíproco e suspeita, em vez de confiança mútua e dependência da boa-fé do outro.

Neste sentido, o real motivo pela tensão constante foi a corrida armamentista, que gerou um cenário de bipolaridade nas relações internacionais sobretudo na segunda metade do Século XX. Com o fim da União Soviética em 1991, observa-se a hegemonia dos Estados Unidos como grande potência na cena internacional. Além disso, é colocado termo em quase cinquenta anos de bipartição do mundo, o que inaugura um novo momento ainda que no final do século. A respeito, menciona Bittar (2005, p. 90):

A história do século XX parece ser representativa para a contextualização da problemática em discussão, bem como para a demonstração da existência de um esquematismo de paradoxos infundáveis e de inquietantes rupturas. O que faz do século XX um século ímpar na história da humanidade é o fato de ser ambivalente.

Este declínio da União Soviética, conforme Laqueur (1994, p.58) se deu principalmente por dois fatores: (i) o custo com a manutenção do Estado e os subsídios dados a países não somente do leste da Europa, como também a alguns países do terceiro mundo; (ii) gastos militares de forma dispendiosa, o que comprometeu significativa parcela da economia. O fim do bloco soviético fez emergir diversos novos Estados soberanos europeus, o que permitiu a expansão da integração promovida pela União Europeia. Outro caso interessante é o da China, que embora tenha permanecido com seu regime político desde 1949, teve grandes mudanças no modelo econômico. Neste sentido,

“se o quadro do Estado totalitário está sempre presente (monopólio do partido comunista, ideologia oficial, onipresença dos aparelhos de coerção, repressão à dissidência), também a China entrou na

economia de mercado e o setor privado ocupa um espaço crescente” (CHEVALLIER, 2009, p.31).

Pode-se inferir que a abertura à globalização, diferentemente do que ocorreu na União Soviética, evitou um colapso econômico na China, mesmo com a continuação do regime político.

A soberania, com tais acontecimentos, se encontrava ainda mais relativizada a partir dos anos 1990, graças à globalização. A globalização não é apenas cultural ou econômica; também é jurídica, com a internacionalização dos Estados e a amplitude do direito internacional em regulamentar diversas matérias. Os Estados, nas relações exteriores, são cada vez mais signatários de tratados e são levados a se submeterem à normas de direito internacional, o que ocasiona uma inflação jurídica, tanto no âmbito interno quanto no externo (Chevallier, 2009, p.144).

Nesse contexto, observa-se a presença cada vez mais constante do direito internacional no direito interno dos Estados, já que com as fronteiras porosas da pós-modernidade, a rigidez da nacionalização jurídica se torna flexível e maleável. Assim, altera-se a estrutura no tocante à dinâmica da produção normativa – uma vez que em grande parte dos países são necessárias mais de uma norma interna para internalizar uma norma internacional – e há uma convergência cada vez maior de seus conteúdos, em conformidade com a legislação internacional, especialmente no objetivo de manutenção da paz. Para Habermas, a alteração na consciência dos governantes dos Estados em favor do pacifismo possibilita, ainda que de forma não muito efetiva, subordinação das ações estatais às normas internacionais. Em suas palavras:

Um exemplo animador é a consciência pacifista que se articulou publicamente após as experiências de duas guerras mundiais bárbaras e – a partir das nações imediatamente envolvidas – espalhou-se por muitos países. Sabemos que essa mudança de consciência não evitou de modo algum guerras locais e inúmeras guerras civis em outras partes do mundo. Todavia, graças à mudança de mentalidade, os parâmetros político-culturais das entre os Estados modificaram-se de tal modo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, com a proscrição e guerras ofensivas e a incriminação de crimes contra a humanidade, pôde conquistar o (fraco) efeito de compromisso normativo característico de convenções publicamente reconhecidas (HABERMAS, 2001, p.73).

Pode-se pensar que a globalização do Século XX, continuada no Século XXI, é um ressurgimento do ideal cosmopolita de Kant. Neste raciocínio, haveria uma cultura de paz além da paz imposta pelos vencedores. O modelo de Estado de Direito, com a

constitucionalização do direito internacional, tende a exportar seus valores a nível internacional, como já se observa com o sistema internacional dos direitos humanos, especialmente consolidados no Pacto de Direito Cívico e Político e no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Ainda tendo perdido a exclusividade como único ator nas relações internacionais (CHEVALLIER, 2009), o Estado continua sendo seu sujeito central. Ainda que a globalização tenha provocado efeitos dissolutivos na soberania (LIZIERO, 2017, p. 117), o poder do Estado ainda é o grande referencial no cenário internacional. A globalização impõe ao Estado uma série de valores e diretrizes a serem observadas em seus governos, além do desenho institucional de sua estrutura ser refeito em razão dos fatores econômicos do final do Século XX.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO PELA GLOBALIZAÇÃO

Para análise dos efeitos da globalização sobre o direito internacional e como isto provoca sua inevitável constitucionalização, utilizar-se-á a abordagem proposta por Joseph Stiglitz. O autor exhibe um cenário com diversos problemas decorrentes dos efeitos da globalização, o que se mostra imprescindível para enxergar a distância entre expectativas e fatos do fenômeno no Estado contemporâneo. Stiglitz mostra-se pessimista com os resultados da globalização, de modo que repercutem negativamente em uma ordem mundial constituída por inúmeros fatores, como a sociedade de consumo ou mesmo o desenvolvimento tecnológico. Verifica-se que o ressurgimento do antigo debate sobre avanço da tecnologia e a interferência nele de interesses políticos, uma vez que na cena global determinadas tecnologias são controladas por certos agentes.

A globalização possibilitaria a criação de normas de teor justo ou mesmo que pudesse atender aos interesses de todos os Estados. Todavia, as transações econômicas e a transmissão de informações, aceleradas pela globalização, são ditadas pelos Estados mais poderosos de modo a manter o *status quo* na sociedade internacional. Estas maiores potências “não procuraram criar um conjunto justo de regras, muito menos um conjunto de regras que promovesse o bem-estar dos habitantes dos países mais pobres do mundo” (STIGLITZ, 2007, p.63). Em conformidade com o enfoque de Stiglitz, a soberania se transforma frente a tal dinâmica, mas ainda permanece como um elemento essencial ao Estado, uma vez que é em torno da figura do Estado que o movimento da globalização

acontece, como se os Estados soberanos fossem o eixo para a atuação dos outros atores internacionais. Assim, o desafio em encontrar um modo justo do direito na globalização não se dá apenas no âmbito entre Estados e outros sujeitos de direito internacional, mas sim entre potências e Estados menos poderosos.

É possível, nesse contexto, realizar uma crítica à globalização a partir dela própria. Apesar de seus efeitos positivos, há uma evidente dominação dos Estados mais poderosos em relação aos demais. Assim, o processo globalizante repercute nas soberanias destes Estados, o que gera uma situação em que a igualdade soberana, como princípio consagrado do direito internacional, é colocada em xeque. Nesta correspondência provocada pela globalização, algumas soberanias possuem mais *inptus* do que outras.

Em conformidade com o princípio da igualdade de soberanias prescrito pela Carta da ONU em seu art. 2 (7), o sentido em ser soberano é não ser submisso a qualquer outra soberania. Deste modo, a igualdade entre soberanias colide com a ideia de um império da lei a nível internacional. Todavia, por razões práticas inerentes ao cenário pós-moderno, a globalização produz interações entre soberanias de forma não recíproca, o que gera um cenário global com soberanias de pesos diferentes. Para Stiglitz (2007, p.63), a globalização “retirou a soberania de grande parte dos países em desenvolvimento e de sua capacidade de tomar decisões em áreas essenciais que afetam o bem-estar de seus cidadãos”. Deste modo, enxerga-se uma limitação maior em soberanias de países menos desenvolvidos do que nas das grandes potências. No âmbito interno, a soberania é limitada de duas formas: pela noção de Estado de Direito e pela internalização de normas internacionais.

No gradual estabelecimento do Estado de Direito, como modelo jurídico ocidental a ser propagado (CHEVALLIER, 2009), há a limitação do poder político do Estado. O constitucionalismo, inicialmente em sua adjetivação liberal e posteriormente com o caráter social, impõe deveres aos governantes, fazendo eficaz o império da lei sobre o governo dos homens. Assim, “a soberania se transforma em um poder limitado de emissão de normas e atuação nos espaços permitidos por elas” (LIZIERO, 2017, p.115).

Além do constitucionalismo no âmbito interno, é evidente sua manifestação no âmbito global, tanto com a mudança de paradigma do direito internacional com a emergência da ONU, quanto pela globalização. Desta forma, a internalização de normas internacionais no direito interno dos Estados, diretamente ou pela recepção e transformação destas normas externas em normas nacionais, é resultado da centralização

do direito internacional e da limitação pela via do Direito ao poder político nas relações internacionais, em que a proibição do *jus ad bellum* é o exemplo mais límpido. Assim, eleva-se a noção de Estado de Direito para o âmbito internacional.

O Estado de Direito é o modelo predominante de estruturação da ordem constitucional do Estado na era da globalização, com alguns elementos essenciais, como destaca Jorge Reis Novais (2013): a proteção aos direitos fundamentais e sua promoção – inclusive os direitos sociais –, a separação de poderes, o império da lei e o princípio da legalidade. Mesmo com variáveis, o Estado de Direito é composto por valores reconhecidos pelas potências em certos fundamentos e em conformidade com as determinações comuns da sociedade internacional. A normatividade constitucional determina a forma e o teor da produção jurídica em um ordenamento estatal. Assim, os órgãos legiferantes do Estado devem ter sempre a Constituição como referencial.

Da mesma forma, contemporaneamente a emissão de normas internacionais, seja por meio de convenções, seja por meio de resoluções de organizações internacionais, ou ainda, por decisões das cortes internacionais, necessita de um referencial normativo, como a Carta da ONU ou os tratados que formam o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. A constitucionalização do direito internacional é consequência de um certo avanço em sua centralização proveniente do paradigma Nações Unidas. Embora não possua um documento jurídico que possa ser considerado como uma Constituição, há algumas normas internacionais que um papel de equivalente funcional. Neste sentido é a lição de Cançado Trindade (1981, p. 198):

Era preocupação crescente dos analistas a de se saber se a Carta de uma Organização como as Nações Unidas deveria ser tida como uma constituição ou um tratado. [...] Felizmente hoje já há um consenso generalizado de que a Carta da ONU não é um tratado como qualquer outra convenção multilateral, nem tampouco uma constituição; é um tratado ‘*sui generis*’, a ser interpretado como tal, que dá origem a uma complexa entidade internacional que passa a ter vida própria.

Da mesma forma, J.J. Gomes Canotilho (1993, p.980) faz sugestões a respeito do constitucionalismo global:

Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios

constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo «espírito» ou pelos «valores» que informam a ordem constitucional global. A melhor forma de se discutir o problema das normas de referência ou do parâmetro do controlo é analisar alguns dos «elementos normativos» com que se pretende alargar o «bloco da constitucionalidade».

A respeito do papel da Carta da ONU no contemporâneo cenário interacional, analisando a consideração mais abrangente do direito e da política internacionais, explica Marcelo Neves (2009, p.89-90):

Sem desconhecer que não se trata de uma Constituição “fechada” como a Constituição estatal, aponta-se para conteúdos jurídico-constitucionais do direito internacional público nas dimensões da estrutura organizacional e dos elementos materiais, assim como indica-se um direito constitucional em sentido formal.

Neves (2009, p. 90) ainda destaca que em relação ao direito constitucional em sentido formal, o foco é dado ao *jus cogens*, expressão prevista no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, além da decisão pela Corte Internacional de Justiça do caso *Barcelona-Traction*, que deu um sentido de verticalidade, ainda que de modo parcial, no sistema horizontal do direito internacional. Assim, “o caráter cogente é atribuído sobretudo à proibição de uso da força, à proibição do genocídio e a um núcleo dos direitos humanos” (NEVES, 2009, p.91).

Conforme esta observação de Neves, o reconhecimento pela sociedade internacional de *jus cogens* como uma categoria de normas cogentes e imutáveis do direito internacional, representa um passo para sua constitucionalização. Diferentemente da diferenciação categórica das normas internacionais em razão de sua natureza formal, como costumes ou tratados, *jus cogens* é uma identificação de cunho matéria de determinadas normas. Deste modo, certas normas de direito internacional tendem a vincular mais que outras não em razão de sua forma, mas sim por seu conteúdo.

Nesse contexto é possível dizer que “o *jus cogens* tem caráter universal e se aplica indistintamente a todos os integrantes da sociedade internacional; constitui base de ordem pública internacional, na qual a defesa de interesse geral pode mesmo sobrepor-se a interesse específico de determinado Estado” (NASCIMENTO E SILVA E ACCIOLY, 2002, p.22-23). A respeito da noção de ordem pública internacional, à qual a noção de *jus cogens* está vinculada, explica Jete Jane Fiorati (2002, p.84) que seu conteúdo “é definido por

valores éticos universais, mutáveis conforme a evolução dos tempos, ligados à preservação de um conteúdo mínimo necessário à sobrevivência da Comunidade Internacional”.

Como exemplo de determinação do conteúdo de *jus cogens*, apesar de não definida pela Convenção de Viena de 1969, menciona Liziero (2015, p.67) que além dos tratados a respeito de direitos humanos, “são *jus cogens* também todas as normas principiológicas relativas à autodeterminação dos povos, à boa-fé nos tratados, igualdade soberana entre os Estados, Territorialidade, entre outras”. Deste modo, figura-se o *jus cogens* como um núcleo rígido de normas, definidas em razão de seu conteúdo, no direito internacional. Esta concentração é reflexo do processo de constitucionalização pelo qual o sistema normativo internacional tem passado desde a instituição da ONU e que se aprimora com a globalização. É possível, com base nas nestas razões apresentadas, que a globalização provoca a inevitável constitucionalização do direito internacional, que em alguns casos, como no caso da União Europeia, se desprende da definição de direito internacional e passa a ser configurado como direito comunitário, uma possível equidistância entre aquele e o direito nacional dos Estados soberanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional sofreu um verdadeiro processo de constitucionalização no Século XX com a globalização. Iniciada em 1945 com a alteração do sistema normativo internacional, de um descentralizado paradigma westphaliano para um pouco centralizado paradigma Nações Unidas, a constitucionalização ganhou força com a globalização da segunda metade do Século XX, especialmente após a queda da União Soviética, no início dos anos 1990.

Entre os efeitos da transformação pelo qual o direito internacional passou no Século XX, está a vicissitude nas funções da soberania, sendo necessária uma conceituação própria para o Estado contemporâneo, que possui estruturas diversas do Estado weberiano. A instituição da ONU neste sentido, além de ser um tratado que estabelece obrigações aos Estados, entre as quais a fundamental abstenção ao uso da força armada para a resolução de conflitos na esfera internacional, é um tratado que institucionaliza, a nível global, uma organização composta por órgãos com especialização funcional, de forma semelhante aos órgãos de um Estado soberano.

Com a globalização, é observável a ingerência cada vez maior das normas internacionais no direito nacional do Estado. A estrutura institucional com o aumento exponencial da produção de normas no âmbito interno é visivelmente alterada, já que há uma necessidade cada vez maior de adaptar o conteúdo das normas internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Assim, em matérias como a proteção aos direitos humanos ou ao meio ambiente, o Estado tem como obrigação modificar suas normas de direito interno que forem contrárias, desde que as normas internacionais não contrariem diretamente dispositivos constitucionais.

A constitucionalização do direito internacional fica mais evidente com o reconhecimento do *jus cogens* como uma categoria normativa destacada pelo seu conteúdo material, não pela sua forma. Assim, forma-se no direito internacional, aos moldes do Estado constitucional, um núcleo rígido de normas que são protegidas de vindouras revogações por outras normas de mesma natureza formal.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. As Origens do Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BERNAL-MEZA, Raúl. Sistema Mundial y Mercosur: Globalización, Regionalismo y Políticas Exteriores Comparadas. Buenos Aires: Nuevohacer, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B. O Direito na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BULL, Hedley. The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics. 3 ed. New York: Palgrave, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. Direito Internacional dos Espaços. São Paulo: Atlas, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens*: As Normas Imperativas do Direito Internacional Público como Modalidade Extintiva dos Tratados Internacionais. Franca: Unesp, 2002.

KELSEN, Hans. A Paz pelo Direito. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. In: **KELSEN**, Hans; **CAMPAGNOLO**, Umberto. Direito Internacional e Estado Soberano. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LAQUEUR, Walter. The Dream that Failed: Reflections on the Soviet Union. New York: Oxford, 1994.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. A Soberania no Estado Contemporâneo. Porto Alegre: Fi, 2017.

NASCIMENTO E SILVA, G.E; **ACCIOLY**, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Lisboa: Almedina, 2013.

SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. Recueil des cours, vol. 87 (1955-I), pp. 191-385.

STIGLITZ, Joseph E. Globalização: como dar certo. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Teoria Pluriversalista do Direito Internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

WESTLAKE, John. The Collected Pappers of John Westlake on Public International Law Edited by L. Oppenheim. Cambridge: Cambridge University Press, 1914.

ZAUM, Dominik. The Sovereignty Pradox: The Norms and the Politics of International Statebuilding. New York: Oxford University Press, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: **COSTA**, Pietro; **ZOLO**, Danilo (org.) O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.