

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Carla Noura Teixeira**

**Por uma nova ordem internacional  
- Uma proposta de Constituição Mundial**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Carla Noura Teixeira**

**Por uma nova ordem internacional  
- Uma proposta de Constituição Mundial**

**DOUTORADO EM DIREITO**

Tese apresentada à Banca Examinadora, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito (Direito do Estado) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

**SÃO PAULO**

**2009**

Banca Examinadora

---

---

---

---

---

*Ao Meu Avô, Afonso Noura, pela inquieta curiosidade, pelo prazer da descoberta compartilhada e mais, pelo amor a leitura.*

Agradeço a todos que contribuíram para a realização desta empreitada e em especial:

A CAPES como fomentadora da pesquisa científica;

A PUC/SP na pessoa de todos os seus funcionários que sempre gentilmente me auxiliaram, em especial ao Rui, com muita paciência em orientar os trâmites acadêmicos;

A Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie, das Faculdades de Direito e do CCSA, na pessoa da Jucilei, por todo o apoio no empréstimo e subseqüentes prorrogações de prazos de obras valiosas para o desenvolvimento deste estudo;

Aos Mestres que alimentaram a curiosidade e despertaram a inquietude pelo saber jurídico, em especial a *Professora Orientadora Maria Garcia* pelo incentivo constante na pesquisa, pelo grande exemplo na docência e pela inquietude *compartilhada* no sentido de desvendar novos horizontes a Ciência Jurídica;

Aos amigos, com ênfase a *Professora Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci*, por tantos debates e sugestões e, acima de tudo, por dividir os anseios sobre o caminho a seguir;

Aos *Meus Pais Artur e Maria do Carmo* por demonstrarem todo apoio para a conquista de mais um sonho, a despeito da distância, independente da saudade, sempre com muito amor e carinho;

Ao *Meu Companheiro Douglas Prado*, pela constante força, compreensão e amor durante esta caminhada e, principalmente, por acreditar. Ainda, agradeço àquele que virá: nosso filho, Afonso Teixeira Prado.

## **NOTA EXPLICATIVA**

Os textos estrangeiros utilizados nesse estudo foram mantidos na língua original, permitindo ao leitor a exata compreensão da dimensão e significado da idéia do autor alienígena.

Assim como, os excertos dos tratados internacionais aqui compilados - principalmente no tocante a União Européia -, foram mantidos na versão lusa. Daí decorrem algumas diferenciações quanto à grafia da língua portuguesa.

*“Duas coisas enchem-me o espírito de admiração e reverência sempre nova e crescente, quanto mais freqüente e longamente o pensamento nelas se detém: o céu estrelado acima de mim e a lei moral dentro de mim.*

*Não tenho que buscar essas duas coisas fora do alcance da minha vista, envolvidas em obscuridade, ou no transcendente. Nem devo, simplesmente, presumi-las. Eu as vejo diante de mim e as vinculo imediatamente à consciência da minha existência.*

*A primeira começa do lugar que ocupo no mundo sensível externo e estende a conexão em que me encontro a grandezas imensuráveis, com mundos sobre mundos e sistemas de sistemas e, além disso, aos tempos sem fronteiras do seu movimento periódico, do seu início e da sua duração.*

*A segunda parte do meu Eu invisível, da minha personalidade, representando-me em um mundo que tem uma infinidade verdadeira, mas que só é perceptível pelo intelecto, com o qual (mas, por isso e ao mesmo tempo, com todos aqueles mundos visíveis) me reconheço em uma conexão não simplesmente acidental, como no primeiro caso, mas universal e necessária.*

*A primeira visão, de um conjunto inumerável de mundos, aniquila, por assim dizer, a minha importância de criatura animal, que deverá restituir a matéria de que é feita ao planeta (um simples ponto do universo), depois de ter sido dotada por breve tempo (não se sabe como) de força vital.*

*A segunda, ao contrário, eleva infinitamente o meu valor, como valor de uma inteligência, graças à minha personalidade, na qual a lei moral me revela uma vida independente da animalidade e até mesmo de todo o mundo sensível, pelo menos por aquilo que se pode deduzir da destinação final de minha existência em virtude dessa lei, destinação que não se limita às condições e às fronteiras desta vida, mas que vai até o infinito”.*

(I.Kant, in *Critica da razão pura*,)



## RESUMO

O presente estudo avança sobre a análise de fenômenos diversos do concerto mundial para, por fim, sugerir uma Nova Ordem internacional fundada na proposta de uma Constituição Mundial. Para tanto, partimos da premissa da sociedade internacional ampliada, conformada por plúrimos sujeitos de Direito internacional, quais sejam: os originários, Estados; os derivados, organizações internacionais; mais, ainda, as organizações não-governamentais; as multinacionais e o indivíduo. Verifica-se o âmbito de atuação do Direito internacional redivivo no mundo globalizado – fenômeno este observado sob aspecto amplo, não apenas econômico, mas também social, cultural, enfim, humano.

O ser humano está coarctado a feixes normativos convolados pela estruturação do Direito internacional dos direitos humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o que gerou, ao lado da formação do Direito comunitário a reflexão do papel do Estado no século XXI e da soberania, identificável em primeiro momento como atributo do Estado; porém que sofreu mudanças em seu conteúdo – tendo como pilar a dignidade da pessoa humana como norma-origem da ordem jurídica.

A reconstrução da comunidade internacional deve observar os acontecimentos históricos e políticos que marcaram o início do novo milênio – por oportuno, os ataques terroristas de 11 de setembro de 2009 e suas conseqüências. Não são admissíveis retrocessos em Direitos Humanos – o falso binômio terrorismo *versus* segurança; Estado de Direito *versus* Estado de Polícia – não são aceitáveis como opções válidas. A reconstrução da comunidade atravessa esse desafio na opção pela democracia, no repúdio a guerra, na afirmação do Direito como via multilateral de consenso mínimo.

Por fim, uma proposta de Constituição mundial deve ser vivenciada sob algumas premissas: i) a formação de um conteúdo material sistêmico e aberto; ii) a dignidade da pessoa humana e o *jus cogens* internacional. Tudo balizado pela formação monista do Direito sob o primado do Direito internacional. Uma Constituição mundial para um homem universal.

## **ABSTRACT**

The present study moves forward on the analysis of several phenomena of the world concert for, finally, to suggest a New international Order founded in the proposal of a World Constitution. For so much, we left of the premise of the enlarged international society, conformed by many subject of international Right, which are: the original ones, States; derived them, international organizations; plus, still, the no-government organizations; the multinationals and the individual. The extent of performance of the Right international rejuvenated is verified in the world globalize - phenomenon this observed under wide aspect, not just economical, but also social, cultural, finally, human.

The human being is coerctate to bunches normative altered for the structuring of the international Right of the human rights, mainly after to Second World War, what generated, beside the formation of the community Right the reflection of the paper of the State in the century XXI and of the sovereignty, identifiable in first moment as attribute of the State; however that it suffered changes in his/her content - tends as pillar the human person's dignity as norm-origin of the juridical order.

The international community's reconstruction should observe the historical and political events that marked him/it begin of the new millennium - for oportune, the terrorist attacks of September 11, 2009 and their consequences. They are not acceptable retreats in Human Rights - the false binomial terrorism versus safety; State of Right versus of Police - they are not acceptable as valid options. The community's reconstruction crosses that challenge in the option for the democracy, in the rejection the war, in the statement of the Right as multilateral road of minimum consensus.

Finally, a proposal of world Constitution should be lived under some premises: i) the formation of a systemic and open material content; ii) the human person's dignity and the right international *jus cogens*. Everything by the formation monist of the Right under the primacy of the international Right. A world Constitution for an universal man.

## **ABSTRACTO**

El estudio presente avanza en el análisis de varios fenómenos del concierto mundial para, finalmente, para hacer pensar en un Nueva Orden Internacional fundado en la propuesta de una Constitución Mundial. Para tanto, nosotros salimos de la premisa de la sociedad internacional agrandada, conformó por el plúrimos sujetos de Derecho internacional que es: los originales, Estados; los derivado, las organizaciones internacionales; más, todavía, las organizaciones del ningún-gobierno; las multinacionales y el individuo. La magnitud de actuación del Derecho internacional rejuveneció se verifica en lo mundo globalizado - fenómeno que esto observó bajo el aspecto ancho, no simplemente barato, pero también social, cultural, finalmente, humano.

El ser humano es el coarctado a los manojos normativo alterado para la estructuración del Derecho internacional de los derechos humanos, principalmente después de la Secunda Guerra del Mundo, lo que generó, al lado de la formación del Derecho de la comunidad la reflexión del papel del Estado por el siglo XXI y de la soberanía, identificable en primer momento como el atributo del Estado; sin embargo que sufrió los cambios en su contenido - tiende como el pilar la dignidad de la persona humana como el norma-origen del orden jurídico.

La reconstrucción de la comunidad internacional debe observar los eventos históricos y políticos que los marcan empezando lo nuevo milenio - para oportuno, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2009 y sus consecuencias. Ellos no son las retiradas aceptables en los Derechos Humanos - el terrorismo binomio falso contra la seguridad; El estado de Derecho contra de Policía - ellos no son aceptables como las opciones válidas. Las cruces de la reconstrucción de la comunidad que desafían en la opción para la democracia, en el rechazo la guerra, en la declaración del Derecho como el camino multilateral de acuerdo general mínimo.

Por ultimo, una propuesta de Constitución mundial debe vivirse bajo algunas premisas: i) la formación de un volumen del material sistémico y abierto; el ii) la dignidad de la persona humana y el *jus cogens* internacional correcto. Todo por el monist de la formación del Derecho bajo la primacía del Derecho internacional. Una Constitución mundial para un hombre universal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>I – A SOCIEDADE INTERNACIONAL NO SÉCULO XXI: UM DIÁLOGO COM A GLOBALIZAÇÃO.....</b>	<b>21</b>
<b>1.1. A sociedade internacional .....</b>	<b>21</b>
<b>1.1.1. Breves reflexões sobre sociedade e comunidade.....</b>	<b>26</b>
<b>1.1.2. A sociedade internacional: o caminhar do homem ao século XXI .....</b>	<b>30</b>
<b>1.1.2.1. Considerações sobre o Direito Internacional .....</b>	<b>35</b>
<b>1.2. Sujeitos internacionais .....</b>	<b>43</b>
<b>1.2.1. Estados e organismos internacionais .....</b>	<b>44</b>
<b>1.2.2. ONGS, multinacionais e o indivíduo .....</b>	<b>52</b>
<b>1.3. O alcance das multinacionais no cenário global .....</b>	<b>57</b>
<b>1.3.1. Afirmação das multinacionais como sujeitos de direito internacional .....</b>	<b>63</b>

1.4. A afirmação histórica do indivíduo no Direito Internacional .....	68
1.5. Consideração necessária: o fenómeno da globalização .....	72
<b>II – O ESTADO E A NOVA SOBERANIA .....</b>	<b>80</b>
2.1. A configuração do Estado .....	81
2.2. A soberania e o Direito Internacional .....	87
2.3. Soberania e integração regional .....	94
2.3.1. Aspectos do processo de integração regional ou a formação de economias de bloco – a experiência europeia .....	96
2.3.2. O direito comunitário como via de consenso possível .....	101
2.4. Limites à soberania internacional .....	106
2.4.1. Soberania do Estado <i>versus</i> “Soberania” do indivíduo .....	109
2.4.2. Soberania e Direito no Século XXI .....	113

<b>III – OS DIREITOS HUMANOS EM AÇÃO .....</b>	<b>119</b>
<b>3.1. O que são direitos humanos? .....</b>	<b>119</b>
<b>3.1.1. A internacionalização e a universalização dos direitos humanos .....</b>	<b>125</b>
<b>3.1.2. O processo de conhecimento e os direitos humanos .....</b>	<b>129</b>
<b>3.2. Universalismo <i>versus</i> relativismo cultural .....</b>	<b>135</b>
<b>3.3. A educação como via de transformação .....</b>	<b>143</b>
<b>3.3.1. <i>Qual Educação?</i> .....</b>	<b>145</b>
<b>3.3.2. Em projeção: a formação da consciência humanista .....</b>	<b>148</b>
<b>3.4. Proposta dogmática: o princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem .....</b>	<b>153</b>
<b>IV – A RECONSTRUÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL PÓS 11/09/2001 .....</b>	<b>164</b>
<b>4.1. O contexto pós 11/09/2001 .....</b>	<b>164</b>
<b>4.1.1. O que é o terrorismo? .....</b>	<b>169</b>

4.1.2. Da Tortura .....	178
4.2. A Guerra como recurso extremo .....	185
4.3. Comunidade <i>versus</i> sociedade .....	189
4.3.1. A via de acesso à Comunidade .....	191
4.3.1.1. Recrudescimento de políticas humanistas ou um diálogo com Kant.....	194
4.3.1.2. Definição de parâmetros mínimos em direitos humanos .....	200
4.3.1.3. A opção democrática .....	202
4.4. O papel do Direito Internacional .....	207
4.4.1. A importância dos Tribunais Internacionais .....	212
4.4.2. A legitimação do indivíduo .....	219
V - A FORMAÇÃO DE UMA ORDEM JURÍDICA UNIVERSAL: uma proposta de Constituição mundial .....	223
5.1. Aspectos do ordenamento jurídico em Norberto Bobbio .....	227
5.1.1. Retomada do monismo de Hans Kelsen .....	232

5.2. Evolução do direito comunitário, tendente à formação de uma ordem jurídica homogênea ( <i>universal</i> ) .....	239
5.2.1. Estudo do âmbito de aplicação de uma Constituição Européia .....	244
5.3. O <i>direito</i> internacional levado a sério .....	253
5.3.1. Princípios de direito internacional na ordem estatal .....	256
5.3.2. O <i>jus cogens</i> internacional .....	265
5.4. Conteúdo material de uma Constituição Mundial .....	272
5.4.1. O direito cosmopolita .....	275
5.4.2. Uma Constituição Mundial para um homem universal .....	278
CONCLUSÃO .....	282
BIBLIOGRAFIA .....	293



## INTRODUÇÃO

O tema “Por uma nova ordem internacional” é muito abrangente, devendo-se, em princípio, considerar até mesmo o número crescente de críticas a essa locução, pois alguns pensadores apontam que a propalada Nova Ordem pereceu prematuramente, tanto por força dos saltos históricos do início de século XXI - ataques terroristas globalizados; novas guerras por motivos antigos (disputas por ampliação de poderio econômico); como também pela recém revelada instabilidade do regime neoliberal, presente nos efeitos da crise econômica norte-americana. A era das certezas foi efêmera – a ordem em construção após a dissolução da União Soviética, o fim do regime dito socialista, colaborou para que mais rapidamente fossem diluídas.

Nesse contexto, o contínuo descumprimento do direito *das gentes*, de conteúdo normativo tantas vezes repellido por conta da ausência de sanções claras – mais fortes no cenário da política internacional, intrincadas com interesses econômicos, do que de conteúdo jurídico propriamente dito, revestiram a opção de restringir o estudo a “Uma proposta de Constituição Mundial”. De início, seria um projeto de constitucionalização das normas internacionais, corroborando com a estruturação sistêmica dos direitos, com sanções possíveis com prazo pré-determinado para execução. Para tanto, observamos a inserção de princípios internacionais nas Cartas Constitucionais, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988, que tão bem os recepcionou na redação do artigo 4º. Contudo, ao avançarmos na pesquisa, outro viés formou-se: a existência do *jus*

*cogens* internacional e o princípio da dignidade humana como suportes dogmáticos da *reconstrução* da comunidade internacional.

Para tanto, há que se justificar o necessário fortalecimento do Direito internacional pela observação primeira da sociedade internacional neste século, a definição de seus membros. Este é o objeto do primeiro capítulo. Há que se reconhecer a presença de novos atores dotados de personalidade jurídica internacional como: as organizações não-governamentais - reflexo da estruturação da sociedade civil - distintas das organizações interestatais, do feito da Organização das Nações Unidas; a presença das multinacionais no cenário global; e, ainda, cercado de controvérsias, o indivíduo.

A globalização, sob vários vértices, intima a todos para a adoção de novas posturas, o reconhecimento de pautas comuns, mundiais. Aqui se verifica a ampliação dos direitos, não apenas os de primeira e segunda geração – sob a égide da liberdade e da igualdade, mas a realização dos direitos de terceira geração, consubstanciados no vocábulo solidariedade, vivificando o que se denominou direitos difusos, bem como os direitos de quarta geração, lançados por Paulo Bonavides, como o direito ao desenvolvimento, o direito *dos povos*.

Nesse sentido, não se poderia olvidar a configuração do Estado e a *nova* soberania. Diz-se *nova* por reconhecermos que a interdependência das nações afastou há muito a noção de soberania absoluta, como poder incontestável do Estado a que nada se submete, somente quando no exercício de sua autonomia interna e externa, por expressa manifestação de vontade. Prevalece, portanto, a noção de soberania limitada, não pela dependência externa – de outros Estados, etc. – e sim limitada pela própria evolução do Estado, democrático e de direito, isto é, a soberania encontrou obstáculos internamente

na ampliação das liberdades públicas do cidadão e externamente na evolução do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No terceiro capítulo, é realizada uma observação paralela entre direitos humanos e educação. Intitulado Direitos Humanos em ação, pretende-se demonstrar que na construção de uma nova ordem jurídica, com proposta de constitucionalização de temas mundiais, o autoconhecimento, o conhecimento do EU é fundamental para o diálogo com o OUTRO, binômio inafastável na construção dos direitos humanos. A educação é apresentada como a real possibilidade de vivenciar a liberdade, a igualdade e a fraternidade no respeito às diversidades – a formação da consciência humanista. Há o reconhecimento do indivíduo, local – sua cultura e circunstância – mas, em simultâneo, a percepção do indivíduo global – no universalismo de direitos humanos mínimos como parâmetros irreduzíveis.

Há que se afastar o aspecto ideológico de direitos humanos como aporte de dominação – críticas ao europeísmo ou ocidentalização dos direitos humanos. Afirma-se a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos consubstanciadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Não devemos confundir com aprisionamento cultural por força da massificação da cultura – na visão Adorniana – que encontra ambiente fértil quando não acompanhados de sólido fundamento educacional, da nação.

A prática de tolerância é imprescindível para a coexistência pacífica na diversidade cultural, devendo esta ser observada, porém, não como escudo ou escusa para a negação da existência ou não cumprimento de direitos humanos mínimos. A formação da comunidade, no sentido *comunas*, de *viver com* deve buscar princípios, máximas a seguir – daí a proposta da dignidade humana como

norma-origem, fundante da ordem jurídica internacional e nacional. Para tanto, devemos reconhecer que, como sujeitos ativos da arena internacional, comungamos de interesses comuns – o reconhecimento de que a democracia é vivenciada com sólida educação, na escola da liberdade.

Em seguida, no quarto capítulo, apresentamos vários temas que versam sobre a *reconstrução* da comunidade internacional, precisamente pós 11 de setembro de 2001. São necessários alguns aportes conceituais como: a definição de terrorismo, a adoção da tortura como recurso na busca de segurança, o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo, as noções do direito da guerra, o papel dos Tribunais internacionais – a judicialização do sistema internacional, para enfim delinear a construção de uma verdadeira Comunidade internacional, com o recrudescimento de políticas humanistas e a valorização de normas cogentes internacionais, pré-existentes à vontade dos Estados na conformação de tratados ou convenções.

Contudo, as questões persistem: como enfrentar a *relativização* dos direitos fundamentais frente à tentativa de estabelecimento de maior segurança pública após a *mundialização* dos ataques terroristas? Antes do 11 de setembro de 2001, já eram utilizados os ataques terroristas como forma de resistência em variados sistemas políticos em Estados tanto do oriente como do ocidente – vide Irlanda e Espanha.

Ocorreu uma mudança de perspectiva dos conflitos internacionais. Em princípio, Hugo Grotius identificou no direito da guerra a formação primeira de normas internacionais; conflitos estes localizados entre os entes estatais – sujeitos originários de direito internacional. No século XXI, com a disseminação de ataques terroristas, organizados de forma progressiva sob a bandeira comum de

repúdio à cultura ocidental ou de intolerância religiosa, são observados *conflitos de civilizações*.

Nesse contexto, cumpre resgatar o papel da Organização das Nações Unidas – senão o sistema ideal, posto que seja premente sua reformulação, principalmente do Conselho de Segurança – mas, verdadeiramente vocacionado a arena internacional, como foro legítimo de debates multilaterais (melhor denominados transnacionais). Mas, repise-se a ênfase na reestruturação da cláusula de representatividade do Conselho de Segurança, pois este ainda perfaz a compleição histórica do final da Segunda Guerra Mundial, isto é, atendeu à lógica dos vitoriosos – dos Aliados – com a presença de membros permanentes detentores de direito de veto.

Por princípio, o projeto de paz passa pelo respeito à democracia e à garantia dos direitos humanos. Nesse contexto, o desenvolvimento do direito internacional deve aproximar mais os povos, afirmando os direitos humanos como indivisíveis e universais: civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. A democracia deve ser a opção reformada de estruturação da coexistência internacional; a compleição de vasto tecido normativo protetivo do indivíduo, não apenas nacional ou cidadão de um Estado, mas cidadão do mundo, aquele inexpugnável *direito a ter direitos*, no pensamento alargado de Hannah Arendt, ou ainda, a valorização humana na ética Kantiana de que o homem não é um meio, um artífice temporário, fungível, e sim o próprio fim da natureza, distanciando-o dos objetos, da coisificação.

Antecipar um projeto de paz, um estatuto, ou, como mais amplamente se dispõe uma proposta de Constituição Mundial, não é tarefa simples, por gradualmente atestarmos a diversidade de conteúdos materiais a

perseguir, além da dificuldade prática de conciliar interesses dissonantes na *orbe* internacional. Não obstante esse primeiro esgar de fácil percepção, persistimos em alcançar, no capítulo final, uma proposta de Constituição.

Para tanto, primeiro definimos Constituição, possível de ser visitada sob diversas óticas: formais e materiais. Então, avançamos sobre a experiência europeia de forma híbrida de tratados internacionais alçados ao *status* de normas materialmente constitucionais. Com o impacto dessas normas na ordem jurídica estatal, que passará a prescindir do consentimento expreso como formação de vínculo jurídico com a ordem jurídica internacional, o dualismo deixa de ser opção viável, pelo reconhecimento ateste do *jus cogens* internacional, sobrepondo-se ao lado do princípio da dignidade humana como pilares para o construto normativo materialmente constitucional, o monismo Kelseniano volta ao cenário revivido.

De antemão, recorreremos a Kant, como postura primeira para o presente estudo:

A natureza garante a paz perpétua através do mecanismo das inclinações humanas; sem dúvida, com uma segurança que não é suficiente para *vaticinar* (teoricamente) o futuro, mas que chega, no entanto, no propósito prático, e transforma num dever o trabalhar em vista deste fim (não simplesmente quimérico)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*, (1977), p. 149.

## CAPÍTULO I – A SOCIEDADE INTERNACIONAL NO SÉCULO XXI: UM DIÁLOGO COM A GLOBALIZAÇÃO

*“Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos” (Zygmunt Bauman, *Globalização as conseqüências humanas*, p. 7<sup>2</sup>).*

### 1.1. A sociedade internacional

A compreensão de fenômenos jurídico-sociais no âmbito internacional implica na necessária observação da sociedade que os espelha, isto é, na identificação dos partícipes do concerto mundial. *A priori* devemos determinar os contornos da sociedade internacional para verificarmos o alcance normativo do Direito Internacional.

---

<sup>2</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

O homem é um ser naturalmente gregário, ou ainda, um animal social<sup>3</sup>, pois historicamente sempre buscou a vida em sociedade; motivado pela sobrevivência da espécie, principiou a formação de núcleos de poder para proteção de seus direitos e bens. O que diferencia o homem de outros animais é mais do que a capacidade de se adaptar à natureza – característica comum – e sim a possibilidade de transformar o universo circundante conforme sua vontade.

O homem, ao se posicionar frente à vida, questiona o valor das coisas para sua sobrevivência. Justamente buscando a determinação dos bens da vida - o que fará mediante a formulação da linguagem<sup>4</sup> -, o homem, integrar-se-á como ser social. Fenômeno esse possível em virtude da premissa primeira que define o homem como ser dotado de uma capacidade própria, qual seja, segundo Aristóteles, “o homem é o único animal que possui razão”, sendo que a razão serve para indicar-lhe o útil e o pernicioso, portanto também o justo e o injusto.

---

<sup>3</sup> Segundo Dalmo de Abreu Dallari “o antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.c., com a conclusão de ARISTÓTELES (A Política) de que ‘o homem é naturalmente um animal político’. Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constrangido” (*in* Elementos da Teoria Geral do Estado, p. 10).

<sup>4</sup> Como fenômeno não excludente, ao revés, integrativo do convívio humano, ocorre a formação da cultura. Herbert Marcuse afirma que a “cultura aparece então como o complexo de objetivos (ou valores) morais, intelectuais e estéticos, considerados por uma sociedade como meta da organização, da divisão e da direção de seu trabalho – o ‘Bem’ (“*das Gut*”), que deve ser alcançado mediante o modo de vida por ela instituído”. Ainda Marcuse, “definiríamos cultura como um processo de humanização (*Humanisierung*) caracterizado pelo esforço coletivo para conservar a vida humana, para pacificar a luta pela existência ou mantê-la dentro de limites controláveis para consolidar uma organização produtiva da sociedade para desenvolver as capacidades intelectuais dos homens e para diminuir e sublimar a agressão, a violência e a miséria” (*In: Cultura e Sociedade*, p. 153-154).

De outro modo, poderíamos verificar que a natureza é regida pelas forças naturais e até mesmo brutais; sendo que os animais adaptam-se a este meio, diversamente do ser humano. O homem apodera-se da realidade circundante organizando-a com base em valores e significações e, deste modo, criando a cultura.

Desta feita, a cultura é produto da criação humana tendo por escopo a concretização de valores humanos. O meio instrumental que o homem constrói para atribuir significações à natureza é a linguagem. A linguagem participa em simultâneo do mundo físico, do fisiológico e do psíquico, da índole pessoal de cada um, bem como de seu contorno social.



Ainda segundo Aristóteles, em momento posterior, apresenta o homem, para além da razão, e o descreve pela sua natureza política, sociável; o que é destacável da afirmação de que “quem não pode fazer parte de uma comunidade ou quem não precisa de nada, bastando-se a si mesmo, não é parte de uma cidade, mas é fera ou Deus”<sup>5</sup>.

Thomas Hobbes, por seu turno, diverge da crença de que o homem é uma criatura que nasce apta para a sociedade, repele o ideário grego do *zoon politikon*<sup>6</sup>. Para Hobbes, o homem vive em principio em “estado de natureza”, isto é, em situação de desordem; logo, uma ameaça à vida em sociedade, como também estabelece a igualdade dos homens como fundamento para constantes disputas e guerras; sendo assim, atesta que apenas como decorrência da razão humana é formulado o contrato, no qual os homens fazem a mútua transferência de direitos e, buscando a autopreservação, delegam autoridade ao Estado.

---

<sup>5</sup> Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 514. É possível ainda analisar e complementar o pensamento Aristotélico sob dois prismas: i) Segundo Husserl: “se o homem é um ser racional (*anima rationale*), só o é na medida em que toda a sua humanidade é uma humanidade racional, na medida em que é latentemente orientado para razão ou abertamente orientado para a entelúquia que se revelou e guia, o devir humano” (*Krisis*, 1954, § 6); e ii) Segundo Hobbes - que combatia a definição de Aristóteles, cuja interpretação poderia ser resumida na assertiva de que “o homem está apto desde o nascimento para viver em sociedade” – apresentando a falsidade dessa afirmação, sob a justificativa de que o homem só se torna apto para a vida social graças à educação (*De cive*, I, 2, e nota).

<sup>6</sup> Thomas Hobbes descreve o *zoon politikon* como o alicerce grego para a doutrina da sociedade civil como se, para se preservar a paz e o governo da humanidade, nada mais fosse necessário do que os homens concordarem em firmar certas convenções e condições em comum, que eles próprios chamariam, então, leis. Axioma este que, embora acolhido pela maior parte, é sem dúvida falso – um erro que procede de considerarmos a natureza humana muito superficialmente, pois aqueles que perscrutarem com maior precisão as causas pelas quais os homens se reúnem, e se deleitam uns na companhia dos outros, facilmente hão de notar que isto não acontece porque naturalmente não poderia suceder de outro modo, mas por acidente. Isso porque, se um homem devesse amar outro por natureza – isto é, enquanto homem -, não poderíamos encontrar razão para que todo homem não ame igualmente todo homem, por ser tão homem quanto qualquer outro, ou para que freqüente mais aqueles cuja companhia lhe confere honra ou proveito. Portanto, não procuramos companhia naturalmente e só por si mesma, mas para dela recebermos alguma honra ou proveito; estes nós desejamos primariamente, aquela só secundariamente (*Do Cidadão*, (2002), p. 27-28).

Já Montesquieu<sup>7</sup> também descreve o homem sob o império da natureza, mas de forma distinta de Hobbes. Para aquele, no período das leis da natureza, o homem pensaria na conservação de seu ser, antes de procurar por sua origem. Dessa forma, o homem sentir-se-ia inferior, não perceberia a igualdade como valor; então, não procuraria atacar, guerrear ou disputar glórias, e sim a paz, esta seria a primeira lei natural.

Diante disso, a sociedade também é definível de modo indireto, através da análise da tendência natural do homem para a sociabilidade, como os que aparecem freqüentemente na obra de Kant:

O homem tem inclinação a associar-se porque no estado de sociedade sente-se mais homem, vale dizer, sente que pode desenvolver melhor suas disposições naturais. Mas também tem forte tendência a dissociar-se (isolar-se) porque tem em si também a qualidade anti-social de querer voltar tudo para seu próprio interesse, em virtude do que deve esperar resistência de todos os lados e, por sua vez, sabe que terá de resistir aos outros<sup>8</sup>.

Por este viés, o termo sociedade abrange a união entre indivíduos, seja por força de uma tendência natural, seja pela necessidade comum de alcançar um determinado objetivo.

Assim, é possível aferir o homem em seu contexto, em outras palavras, o homem em sociedade. A expressão sociedade pode assumir vários significados: i) de campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações

---

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Livro Primeiro, Capítulo II. Ainda Montesquieu: O desejo de subjugar-se uns aos outros, que Hobbes atribui aos homens de início, não é razoável. A idéia de império e dominação é tão complexa, e depende de tantas outras, que não é ela que o homem teria inicialmente.

<sup>8</sup> Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000. p. 912-914.

humanas de comunicação; e, também ii) de totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; e, ainda, iii) como um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada.

Há teses que apontam o elemento anímico como motor da sociedade humana, afirmando que o homem é vocacionado a buscar a felicidade e, para tanto, cria normas para coordenar as diversas atividades humanas. Neste sentido, Dalmo Dallari, como tese corrente nos dias atuais, indica:

A sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. [...] esta conclusão deverá estar presente em todas as considerações sobre a vida social, sua organização com um centro de poder, sua dinâmica, seus objetivos e, especialmente, nas considerações sobre a posição e o comportamento do indivíduo na sociedade, pois, uma vez que esta é um imperativo natural, não se poderá falar do homem concebendo-o como um ser isolado, devendo-se concebê-lo sempre, necessariamente, como *o homem social*<sup>9</sup>.

Em síntese, Celso Bastos afirma:

A sociedade é fruto da natureza do homem aliada a participação da vontade e da inteligência humana. Ela necessita para existir da convivência pacífica de seus membros que só se faz possível mediante a implementação de normas sociais, que garantam os direitos de cada um. É necessário também que elas estabeleçam os deveres e os limites de atuação de cada cidadão. A sociedade evoluiu da célula-mater (família) para os grupos familiares (clãs), destes para as cidades, das cidades para os Estados, destes para a Nação, e desta para as grandes comunidades internacionais, que nada mais são do que o reflexo do processo de globalização pelo qual está passando o mundo neste final de século<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do estado*, 2006. p. 18-19.

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Teoria do Estado e Ciência Política*, 2004. p. 31.

### 1.1.1. Breves reflexões sobre sociedade e comunidade

Antes de atingir o tema proposto, qual seja, determinar os sujeitos ativos da arena internacional com seus respectivos caracteres, cumpre justificar, neste primeiro momento, a utilização da expressão sociedade ao invés de comunidade.

A expressão *Comunidade Internacional* engloba o campo de relações intersubjetivas que transcendem o âmbito estatal, pois se estabelecem entre os próprios Estados e inclusive entre os indivíduos nacionais de Estados diferentes. Nas noções desenvolvidas por Ferdinand Tönnies<sup>11</sup>, todos os grupos sociais, na sua grande heterogeneidade, reconduzem-se a duas grandes categorias: a *comunidade (Gemeinschaft)* e a *sociedade (Gesellschaft)*.

Em qualquer desses dois agrupamentos encontramos entre os seus membros interesses comuns e interesses divergentes, ou seja, factores de aproximação ou de agregação, por um lado, e de conflito ou de afastamento, por outro. Só que, enquanto na comunidade os factores de agregação são mais fortes do que os de desagregação, na sociedade passa-se exactamente o contrário. Na comunidade a força centrípeta dos interesses comuns ou convergentes – quer dizer, dos factores de coesão

---

<sup>11</sup> Dados extraídos da obra de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional*, 2002, p. 32.

e de solidariedade entre os seus membros – é mais forte do que a força centrífuga dos seus interesses divergentes ou antagônicos<sup>12</sup>.

É de grande relevo tal diferenciação, pois resta clara para a formação de espaços comunitários a necessidade de superação do individualismo internacional dos Estados, quer dizer, a evolução da tese voluntarista do Estado como ator do concerto mundial – tese em muito propalada face à marcada bipolaridade do globo no período pós-Segunda Guerra Mundial e políticas internacionais unilaterais -; para a reafirmação da *recta ratio*<sup>13</sup>, isto é, o legado de Hugo Grotius de que a comunidade internacional não pode assentar-se na *voluntas* de cada Estado individualmente e que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas.

Desta feita,

o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a ‘sociedade comum que abarca toda a humanidade’. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir

---

<sup>12</sup> André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional*, 2002, p. 32-33. “O rigor abstracto da caracterização da Comunidade internacional como *sociedade* na dicotomia de Tönnies tem, contudo, vindo a diluir-se com a evolução do Direito Internacional ao longo deste século, e de modo especial, após a 2ª. Grande Guerra. A um Direito Internacional *clássico* que, como se disse, repousa na soberania indivisível dos Estados, tem vindo a suceder-se um Direito Internacional *novo* ou *moderno*, que vai conhecendo um crescente número de áreas onde a solidariedade entre os Estados tem vindo a predominar sobre o seu individualismo, e onde, por conseguinte, a soberania dos Estados aparece limitada pelo conjunto de regras internacionais que dão corpo àquela idéia de solidariedade: pense-se, sobretudo, nas normas internacionais sobre Direitos do Homem que, na sua generalidade, fazem hoje parte do *ius cogens*, isto é, são Direito imperativo para os Estados, e, portanto, se impõem à própria soberania dos Estados e nos sistemas jurídicos dos vários espaços de integração que existem mundo afora” (p. 35).

<sup>13</sup> O direito natural é uma *ratio* não uma *voluntas*. Porém, isto não quer dizer que, na construção jurídica de Grotius, um direito meramente voluntário careça de legitimidade e de vigência. Pelo contrario, Grotius abre um grande espaço ao direito produzido pela vontade. Desde logo, pela vontade de Deus, que instituiu mandamentos particulares, próprios de um lugar, de um tempo, de uma confissão (o tal direito divino positivo). Depois, o direito voluntário humano, baseado na validade dos pactos, uma das tais normas que a história e a observação documentavam serem de direito natural comum a todos os homens. Dados extraídos da Introdução de Antônio Manuel Hespanha, da obra *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, Volume I, de Hugo Grotius, 2005, p. 22.

obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado<sup>14</sup>.

A sociedade internacional tende, predominantemente após a Segunda Guerra Mundial, à formação de espaços comunitários, como o intento integracionista europeu, denominado de União Européia, desenhando até os dias atuais o ideário aspirado por Jean Monet de que:

a paz mundial não poderia ser salvaguardada sem esforços criadores à altura dos perigos que a ameaçam. A contribuição que uma Europa organizada e viva pode dar à civilização é indispensável para a manutenção das relações pacíficas<sup>15</sup>.

Vale ressaltar que é perceptível a reconfiguração do globo após os eventos devastadores de Duas Guerras Mundiais, a percepção da extensão do mal perpetrado contra indivíduos sob a defesa de dever de Estado, a tipificação do genocídio, o número de exilados, refugiados ou mesmo apátridas, além do avanço tecnológico e a criação de armas de destruição em massa, como as bombas atômicas. Neste contexto, J. Robert Oppenheimer, conhecido como o 'pai da bomba', a rigor, diretor do grupo de intelectuais responsáveis pela produção da primeira bomba atômica nos laboratórios secretos de Los Alamos, nas montanhas

---

<sup>14</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, 2006, p. 11-12.

<sup>15</sup> MONET, Jean. *Memórias – A construção da unidade européia*, 1986, p. 261.

do estado do Novo México, após alguns testes, declarou: “os físicos conheceram o pecado”<sup>16</sup>.

O período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial ensejou uma mudança de percepção, com o desenvolvimento do Direito Internacional de Cooperação, a Carta da Organização das Nações Unidas, o Acordo de Bretton Woods – com a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. No dizer de Celso Lafer:

As polaridades definidas tiveram evidentes implicações *no campo estratégico-militar* – é o tema da dissuasão nuclear e do equilíbrio do terror. *No campo dos valores*, diferentes concepções do Leste, do Oeste e do Sul de como organizar a vida em sociedade instigaram a batalha ideológica. [...]

Conflitos de concepção induziram à heterogeneidade axiológica das distintas visões a respeito de como promover interesses comuns através de normas de mútua colaboração<sup>17</sup>.

A comunidade é o cenário real onde o homem atua, participa da vida social. Alguns autores utilizam a expressão célebre de *Comunidade Internacional* para descrever o que, neste trabalho, optamos por Sociedade Internacional, conforme os diferenciais esposados. Contudo, não afastamos o anseio de reconstrução no campo global de mecanismos de diálogo e desenvolvimento da solidariedade entre os povos, como se demonstrará neste estudo.

---

<sup>16</sup> A obra de Paul Strathern, *Oppenheimer e a bomba atômica* (1998, p. 70-72), retrata o desenvolvimento das pesquisas e testes que resultaram nas bombas atômicas que foram lançadas no território japonês, nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, e traz o questionamento: - Qual seria o efeito imediato dessa nova arma, que pela primeira vez deu à humanidade o poder de se autodestruir? No começo de 1945, Szilard enviou a Roosevelt uma petição assinada por inúmeros cientistas eminentes, exigindo o controle internacional de armas atômicas, e afirmou em tom profético: “O maior perigo imediato é a probabilidade de que nossa demonstração de bombas atômicas precipite uma corrida na produção desses artefatos entre os Estados Unidos e a Rússia”. Oppenheimer não assinou a petição de Szilard, mas ao Presidente Truman confessou: “Senhor presidente, sinto que tenho sangue nas mãos”.

<sup>17</sup> LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos* – reflexões sobre uma experiência diplomática, 2000, p. 29-30.

### **1.1.2. A sociedade internacional: o caminhar do homem ao século XXI**

A sociedade internacional desponta, em primeiro plano, como um necessário conjunto geográfico, resumido – até o momento – ao Planeta Terra. A estrutura geográfica e política do Planeta tece os contornos, os limites, da sociedade internacional no século XXI.

A par de grandes evoluções tecnológicas marcadamente no século XX o homem ainda está circunscrito ao âmbito terreno. Desde a descoberta do fogo, a invenção da roda, a criação de meios diversos de locomoção e comunicação – passando das carruagens até as naves espaciais, bem como a *internet*; há muito celebra-se o imaginativo humano, capaz de transformar infinitamente a realidade, na busca de realizações, de conforto, de segurança.

Marshall Berman retrata a modernidade – critério válido de observação do ser humano – como “um tipo de experiência vital – experiência de tempo e espaço, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida – que é compartilhada por homens e mulheres em todo o mundo, hoje”.

Descreve as fontes do turbilhão da vida moderna:

Grandes descobertas nas ciências físicas, com a mudança da nossa imagem do universo e do lugar que ocupamos nele; a industrialização da produção, que transforma conhecimento científico em tecnologia, cria



novos ambientes humanos e destrói os antigos, acelera o próprio ritmo de vida, gera novas formas de poder corporativo e de lutas de classes; descomunal explosão demográfica, que penaliza milhões de pessoas arrancadas de seu *habitat* ancestral, empurrando-as pelos caminhos do mundo em direções a novas vidas; rápido e muitas vezes catastrófico crescimento urbano; sistemas de comunicação de massa, dinâmicos em seu desenvolvimento, que embrulham e amarram, no mesmo pacote, os mais variados indivíduos e sociedades; Estados nacionais cada vez mais poderosos, burocraticamente estruturados e geridos, que lutam com obstinação para expandir seu poder; movimentos sociais de massa e nações, desafiando seus governantes políticos ou econômicos, lutando por obter algum controle sobre suas vidas; enfim, dirigindo e manipulando todas as pessoas e instituições, um mercado capitalista mundial, drasticamente flutuante, em permanente expansão<sup>18</sup>.

Situando o homem em seu caminhar para o século XXI, vislumbramos variados aspectos: i) o estar em sociedade; ii) o desenvolvimento das ciências sociais; iii) o avanço tecnológico – conseqüente encurtamento de distância de dados, informações, valores, pessoas e fronteiras.

Ao alcançarmos a formação do Estado – como um grande ente invisível capaz de impor limitações ao ser humano enquanto ser social e político –

---

<sup>18</sup> BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar* – A aventura da modernidade, 2006, p. 15-16. O autor, ao aprofundar a obra no capítulo I. *O Fausto*, de Goethe: A Tragédia do Desenvolvimento descreve que a “força vital que anima o Fausto goethiano, que o distingue dos antecessores e gera muito de sua riqueza e dinamismo é um impulso que vou designar com desejo de *desenvolvimento*. Fausto tenta explicar esse desejo ao diabo, porém não é fácil fazê-lo. [...] O que esse Fausto deseja para si mesmo é um processo dinâmico que incluiria toda sorte de experiências humanas, alegria e desgraça juntas, assimilando-as todas ao seu interminável crescimento interior; até mesmo a destruição do próprio eu seria parte integrante do seu desenvolvimento”, p. 45-46.

Ainda Berman avalia como uma das idéias mais originais e frutíferas do Fausto de Goethe a afinidade entre o ideal cultural do *autodesenvolvimento* e o efetivo movimento social na direção do desenvolvimento *econômico*. Goethe acredita que essas duas formas de desenvolvimento devem caminhar juntas, devem fundir-se em uma só, antes que qualquer uma dessas modernas premissas arquetípicas venha a ser cumprida. O único meio de que o homem moderno dispõe para se transformar é a radical transformação de todo o mundo físico, moral e social em que ele vive. A heroicidade do Fausto goethiano provém da liberação de tremendas energias humanas reprimidas, não só nele mesmo, mas em todos os que ele toca e, eventualmente, em toda a sociedade a sua volta. Porém, o grande desenvolvimento que ele inicia – intelectual, moral, econômico, social – representa um altíssimo custo para o ser humano. Este é o sentido da relação de Fausto com o diabo: os poderes humanos só podem se desenvolver através daquilo que Marx chama de ‘os poderes ocultos’, negras e aterradoras energias, que podem irromper com força tremenda, para além do controle humano.

, vislumbramos a formação de nações, que seja, de pluralidade de indivíduos unidos por laços comuns formando uma identidade nacional. A percepção dos Estados nacionais, com território delimitado, governos soberanos e o povo, entrelaçado por vínculos de identidade cultural e linguagem permitiu o desenvolvimento do Direito: i) interno, regente das relações do Estado e seus súditos; ou mesmo entre os indivíduos; ii) mas também no âmbito externo, observando a relação entre os Estados enquanto membros da sociedade internacional.

A observação da sociedade internacional é enriquecida por um paralelo com características factíveis nas sociedades nacionais. Francisco Rezek<sup>19</sup>, ao descrever a ordem jurídica internacional, aponta de antemão como característica da sociedade internacional o fato de esta ser descentralizada.

Tal assertiva é verificável, pois no âmbito nacional há uma autoridade superior que garante a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria; ainda, há uma jurisdição que se impõe por todo o território nacional, além de um sistema de sanções bem delineado. No plano internacional não há autoridade superior; os Estados organizam-se horizontalmente, e se dispõem a proceder na exata medida da expressão de seu consentimento, inclusive no que concerne às Cortes internacionais, em que somente sua aquiescência convalida a autoridade de um foro seja judiciário ou arbitral dotando sua decisão de obrigatoriedade; quanto às sanções, é forçoso admitir que, a despeito da sua existência, têm sua aplicação eivada de precariedade.

---

<sup>19</sup> Dados extraídos da obra de Francisco Rezek, *Direito internacional – curso elementar*, 2007, p. 1-2.

De modo geral, tem prevalecido no concerto mundial a noção de que o consentimento - no âmbito internacional - é criativo e receptivo, isto é, os destinatários criam os liames jurídicos e se comprometem a incorporá-los e aplicá-los na ordem interna na forma, no tempo e nos termos expressos no instrumento de aceitação de tais normas; de outro modo, na exata medida do seu consentimento.

Não há hierarquia de normas internacionais, diferentemente do plano interno da Constituição Federal brasileira, no art. 59<sup>20</sup>, cujas normas são inscritas em estrutura piramidal e com pressupostos antecedentes de validade. Ademais,

as relações entre os Estados e os indivíduos ou empresas fazem com que toda a ordem jurídica interna seja marcada pela idéia de subordinação. Esse quadro não encontra paralelo na ordem jurídica internacional, onde a coordenação é o princípio que preside a convivência organizada de tantas soberanias<sup>21</sup>.

Todas essas noções demonstram que a formação originária da sociedade internacional é marcada pela atuação dos Estados – desde os Estados absolutistas até as formas atuais de governos, tendo prevalecido, no século XXI, como modelo ideal e baliza de textos compromissivos internacionais, a opção pelo regime democrático.

Contudo, o homem projeta-se em velocidade no campo das ciências – da formação de redes comunicacionais e detecção de redes vitais – e aqui se

---

<sup>20</sup> Constituição Federal brasileira de 1988, Seção VIII – Do processo legislativo – “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

<sup>21</sup> REZEK, Francisco. *Direito internacional – curso elementar*, 2007, p. 2.

dividem os pensamentos: em parte, de que avançamos largos passos na evolução da vida em sociedade – longevidade, qualidade, conforto, benefícios tecnológicos, dentre muitos fatores apontados; de outro, que no meio da travessia perdemos os paradigmas necessários para solução de problemas de nossa época. Neste ponto, Fritjof Capra, ao propor um novo paradigma, qual seja uma ecologia profunda, atesta que vivemos uma crise de percepção, pois “quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos o que significa que estão interligados e são interdependentes”<sup>22</sup>.

Em conjunto à percepção de Capra no cenário de sistemas vivos, afirmamos que: não se pode analisar a ordem internacional, sem a percepção de seus atores globais, ampliados desde há muito, com o estreitamento do plexo jurídico permissivo da atuação de organizações internacionais não-estatais, interestatais, não-governamentais, e, precipuamente, o indivíduo. Ainda, a observação do fenômeno das empresas multinacionais, transnacionais e globais. A observação do crescimento em escala global do terrorismo, de políticas segregacionistas, do confronto entre instituições que na origem foram aliados como o Estado e a segurança *versus* a dignidade humana e o *jus cogens* internacional.

---

<sup>22</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*, 2003, p. 23. Ainda Capra: define como paradigma social “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza. [...] O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominado visão ecológica, se o termo ‘ecológica’ for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo do que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)” (p. 25).

### 1.1.2.1. Considerações sobre o Direito Internacional

A conceituação do Direito Internacional varia de um autor para outro ao longo da história, reiterando a noção desenvolvida por Franco Montoro de que

longe de ser 'estática', a vida do direito revela um contínuo 'vir a ser'. Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos [...].

O Direito não pode ser captado na sua inteireza sob a exclusiva ótica do Estado, e dos interesses dominantes. Nem há apenas um único conjunto de normas no seio da sociedade. Pelo contrário, a vida do Direito é mais complexa e mais dinâmica. Permanentemente, as necessidades sociais e os conflitos de interesses e de valores vão gerando novos direitos e constituindo ordenamentos que regulam a vida de amplos setores da sociedade<sup>23</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que “o direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Para compreendê-lo é preciso compreender parte de nós mesmos. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade”<sup>24</sup>. Buscamos, assim, suporte em Montesquieu que

---

<sup>23</sup> MONTORO, Franco. *Estudos de filosofia do direito*, 1995, p. IX-XI.

<sup>24</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2003, p. 10.

retratou as leis dos homens como um meio que eles dispõem para moldar a própria natureza.

Conhecendo a natureza, os dados matérias (e só assim) deles tirar o melhor partido, impondo à alma o inverso do que agradaria *prima facie* aos sentidos, ou até ao espírito. Segunda natureza, constrangente, a lei é, de facto, a maior das contrariedades, mas também, porque permite a subsistência colectiva, a mais benéfica das propiciadoras de liberdade – uma liberdade em sentido especial, ‘consistindo em fazer o que as leis permitem’<sup>25</sup>.

Tradicionalmente, a definição do Direito Internacional - como ramo autónomo da ciência jurídica - avança pela análise da composição da sociedade internacional, isto é, a percepção dos atores do cenário internacional dotados de personalidade jurídica internacional, feito mutável em sintonia com a evolução histórica.

Na Antiguidade<sup>26</sup>, por força do isolamento dos povos, em que cada região ou continente formava um mundo independente, é comedido afirmar a existência do Direito Internacional ou, como melhor expressão, do *jus inter gentes*. O isolamento dos povos da antiguidade, somados à freqüente hostilidade entre eles, afasta o carácter de universalidade – ou o que pretende deste modo - que permeia o Direito Internacional nos dias atuais. Na Grécia antiga, encontram-se as primeiras instituições conhecidas do direito das gentes, como: a arbitragem, como meio de solução de conflitos; o princípio da necessidade da declaração de guerra; a inviolabilidade dos arautos; o direito de asilo; a neutralização de certos

---

<sup>25</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade e Direito*, s.d., p. 285.

<sup>26</sup> Dados extraídos da obra de Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 7- 19.

lugares; a prática do resgate ou da troca de prisioneiros de guerra, etc. Já, em Roma, a presença e a extensão do Império tornavam impossível a existência de um Direito Internacional. Após a dissolução do Império Romano, alguns autores reputam como possível o surgimento das primeiras relações internacionais, pois, então, os povos antes sob o jugo dos romanos estariam mais próximos de relações pacíficas.

Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva apresentam a Igreja como detentora de papel relevante na formação do Direito Internacional, pois

só o advento do Cristianismo pôde restabelecer no mundo a ordem e a civilização. Com ele, surgiram as doutrinas de igualdade e fraternidade entre os homens, e a lei da força, predominante na antigüidade, foi condenada. Certos princípios jurídicos, certas instituições jurídicas foram assim se impondo e se desenvolvendo. [...] basta lembrar as instituições da *Paz de Deus* e da *Trégua de Deus*, estabelecidas contra a guerra, e, por outro lado, as cruzadas pregadas e levada a efeito contra os infiéis<sup>27</sup>.

Ao largo da história, há o desenvolvimento do comércio marítimo, como movimento expansionista, fato marcante da passagem da Idade Média para o começo da Idade Moderna; a ruína dos regimes feudais e a formação dos primeiros Estados – então absolutistas - e o subsequente estreitamento das relações entre os mesmos; as batalhas por domínio marítimo e exploração de novas terras, sendo de relevo a assinatura do Tratado de Westefália, em 24 de outubro de 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos e estabeleceu o princípio da igualdade jurídica dos Estados.

---

<sup>27</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 09-10.

Em princípio, no denominado Direito Internacional moderno, organizado sob o pensamento de Hugo Grotius<sup>28</sup>, apenas os Estados são considerados como sujeitos de Direito Internacional: a rigor, este surge para reger a relação entre os Estados, precipuamente as guerras – os conflitos internacionais. A obra de Grotius intitulada *Direito da Guerra e da Paz (De Iure Belli ac Pacis Libri Tres)* é reputada como um marco na afirmação do Direito Internacional, pois

no período em que escreveu as suas obras os vestígios do poder supranacional que tanto marcaram a Europa na época medieval tinham desaparecido quase que por completo. O Velho Continente encontrava-se no processo de conclusão de um longo período de guerra que lentamente o foi transformando em um grande mosaico de pequenos e ‘micro’ Estados. Um processo que conduziria, posteriormente, a sua reorganização e à constituição dos grandes Estados nacionais europeus. [...] Com base nesse contexto, torna-se importante salientar que as guerras eram uma constante no período em que viveu Grotius: as potências da época demonstravam estar sempre prontas a se utilizarem

---

<sup>28</sup> Foi só no começo do século XVII que o direito internacional público apareceu, na verdade, como ciência autônoma, sistematizada. Esse novo período surgiu com Hugo de Croto ou Grotius ou Grócio, nascido em Delft, na Holanda, e que viveu entre 1583 e 1645. Sua primeira obra, *Maré liberum* (parte da *De jure praedae*), veio à lume em 1609. Sua obra-prima, a *De jure belli ac pacis*, inspirada, segundo se diz, na Guerra dos Trinta Anos, foi publicada em 1625 e suscitou enorme interesse nos principais círculos cultos europeus (Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 11). Outros autores dão ênfase a Frei Francisco de Vitória (1486-1546) como fundador do Direito Internacional Clássico (ainda no Século XV), pois este desvenda o fenômeno de existirem normas e princípios jurídicos de tal forma imanentes à natureza humana que são dotados de uma superioridade hierárquica em relação às normas expedidas pelo monarca.



dos motivos mais fúteis para desencadear as mais terríveis carnificinas<sup>29</sup>.

### Hugo Grotius em prolegômenos a sua obra *De jure belli ac pacis*

observa que:

Numerosos autores tentaram ilustrar com comentários ou reduzir para um sumário o direito civil, no tocante às leis dos romanos quanto à legislação particular de cada nação. Esta parte do direito, porém, que intervém nas relações de muitos povos ou de chefes de Estado, cujos preceitos são fundados sobre a própria natureza ou estabelecidos por leis divinas ou ainda introduzidos pelos costumes e por uma convenção tácita, poucos escritores tentaram entrar nesse campo, ninguém tentou até o presente fazer disso o objeto de um tratado completo e metódico. Semelhante trabalho interessaria, contudo, à humanidade.

Cícero (*Pro Lucio Balbo Oratio*), na verdade, classificou como notável esse conhecimento das alianças, dos tratados, das convenções entre os povos, os reis e as nações estrangeiras, essa ciência que abrange todo o direito da guerra e da paz.

Por seu turno, <sup>30</sup>a Revolução Francesa – como marco histórico - exerceu grande influência nos espíritos, de toda a Europa e do ocidente; contudo, sob o comando de Napoleão Bonaparte, com várias guerras e conquistas, o

<sup>29</sup> Arno Dal Ri Júnior na apresentação do Volume I, da obra de Hugo Grotius, *O direito da guerra e da paz*, 2005, p. 10-11. E continua: “Nesta perspectiva histórica, um dos principais traços que caracterizou a obra de Grotius e de toda a Escola do Direito Natural, da qual o autor holandês é um dos fundadores, foi a tentativa de conduzir o contexto internacional a um equilíbrio não conflituoso, resgatando a paz e sobre esta organizando as relações entre os Estados. Pode-se afirmar, então, que estes autores concentraram grande parte dos seus esforços em um objetivo quádruplo (apud Antonio Truyol y Serra e Paul Forier *in Vitoria et Grotius*, Paris: Vrin, 1987, p. 277), ou seja, a) na instituição de um ordenamento e na amplificação de um instrumento técnico essencialmente jurídico: o *jus gentium*; b) na elaboração de uma teoria que apoiasse o desenvolvimento progressivo da sociedade internacional como entidade composta por Estados e não mais por indivíduos, uma idéia já precedentemente lançada, mas relativamente desconhecida na época; c) na dessacralização e na condenação do princípio da guerra, mesmo sendo esta ainda admitida dentro de certos limites, e na sacralização dos tratados; d) na busca e no desenvolvimento de meios próprios para, em caso de necessidade, manter ou mesmo restabelecer a paz; e) na limitação da guerra às partes diretamente em conflito, mediante o desenvolvimento da noção de neutralidade (p.11).

<sup>30</sup> Dados extraídos da obra de Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 12- 13.

Direito Internacional não teve espaço para prosperar. Assim, do século XVIII ao XIX novos princípios de Direito Internacional foram consolidados, a partir do Congresso de Viena de 1815 que consagrou a queda de Napoleão Bonaparte, mas também levantou o princípio da proibição do tráfico negreiro, afirmou a liberdade de navegação em certos rios e instituiu uma classificação para os agentes diplomáticos.

Ademais, na segunda metade do século XIX, vários Congressos e Convenções assinalam o sensível progresso do Direito Internacional<sup>31</sup>; dentre eles: o Congresso de Paris, de 1856; a 1ª Convenção da Cruz Vermelha, em 1864; a Declaração de 1868, contra projeteis explosivos ou inflamáveis; o Congresso de Berlim, de 1878; a Conferência Africana de Berlim, de 1884-1885; a Conferência de Bruxelas, de 1889-1890, contra o tráfico de escravos; a 1ª Conferência Internacional dos Países Americanos, realizada em Washington, de outubro de 1889 a abril de 1890; a 1ª Conferência da Paz, de Haia, em 1899.

Finalmente, é inegável no século XX o impacto na ordem jurídica internacional das duas Grandes Guerras na evolução do Direito Internacional e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>31</sup> Não se deve confundir o Direito Internacional com a Política Internacional; embora claramente imbricados, o primeiro é dotado de coercibilidade. Faz-se importante esta distinção, pois “muitos autores reduzem à Política toda a normatividade internacional”. “A Política fornece à medida do possível, em dado momento e em determinadas circunstâncias, ou seja, faculta regras para a acção num dado contexto temporal e espacial. [...] A Política, por definição, se encontra em mutação constante, por forma a adequar-se, em cada instante, às exigências da comunidade que serve. De modo diferente, o Direito oferece estabilidade, certeza e segurança. E formula regras que, com respeito pela justiça, disciplinam a vida no grupo social a que se destinam, regras essas que respondem às opções feitas pela Política. Onde a Política é improvisação, o Direito é previsão” (André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional*, 2002, p. 40-41).

A segunda metade do século XX<sup>32</sup> assistiu aceleradas mudanças de paradigmas: o fim da Guerra Fria; a queda do Muro de Berlim; a dissolução da União Soviética; o surgimento de novos Estados; o estreitamento das relações comunitárias balizadas pela experiência da União Européia; as propostas de agendas comuns com finalidades de proteção ambiental e regramento da exploração biológica; a novas faces da guerra – a exemplo da Guerra do Golfo, uma guerra tecnológica; o desenvolvimento de sistemas protetivos de direitos humanos, com ênfase ao sistema interamericano composto pela Comissão e Corte interamericana de direitos humanos; enfim, a formação de laços comuns no mundo denominado ‘globalizado’, no qual há imediatidade de comunicações, de intensa circulação de pessoas e capitais – uma grande rede interativa.

Contudo, o porvir – o desenrolar do século XXI – apresentou, já em seu início, novos embates para o Direito Internacional, pois o que autores como Norberto Bobbio<sup>33</sup>, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e

---

<sup>32</sup> Cançado Trindade, ao comentar a celebração do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, declarou que: “O século XX, que marcha célere para seu ocaso, deixará uma trágica marca: nunca, como neste século se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos neste final de século, uma verdadeira transformação de época (Antônio Augusto Cançado Trindade. *O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 2002, p. 45).

<sup>33</sup> Área que se desenvolveu apuradamente foi a do direito internacional dos direitos humanos, tendendo, segundo Norberto Bobbio, em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação. A universalização é o ponto de partida de profunda transformação do “direito das gentes”, como foi chamado o direito internacional durante séculos, em direito também dos “indivíduos”, dos indivíduos singulares, os quais, adquirindo pelo menos potencialmente o direito de questionarem o seu próprio Estado, vão se transformando, de cidadãos de um Estado particular, em cidadãos do mundo. Já a multiplicação dos direitos do homem ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo (*A Era dos Direitos*, 1992, p. 67-68).

Silva<sup>34</sup>, Flávia Piovesan<sup>35</sup> e Cançado Trindade<sup>36</sup> apontavam como maior desafio, qual seja, não mais a conformação e ampliação do Direito Internacional - visto o saldo do século XX -, mas sua eficaz implementação, a seleção de mecanismos efetivos de aplicabilidade, pensamento solapado por fatos novos. O desafio da efetividade do Direito Internacional ainda estava sendo delineado quando os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 mudaram de forma inarredável o vértice dos conflitos e dos anseios de segurança. Hoje o mundo está dividido, porém não de forma bipolar – entre capitalismo e socialismo – e, sim, um mundo dividido pelo conflito de civilizações.

Parafraseando a assertiva de Louis Henkin sobre o Direito Internacional: na contemporaneidade o Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior a 11 de setembro de 2001 e posterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior aos atentados terroristas. Neste ínterim, opções

---

<sup>34</sup> Vale retratar o ideário dos autores em tela de que *a compreensão do papel e alcance do direito internacional somente se consolidará na medida em que se tenha a conscientização da absoluta impossibilidade e inadequação operacional dos sistemas nacionais, isoladamente considerados, como unidades autônomas, muitas vezes se não francamente antagônicas ao menos colidentes, para tender as necessidades do tempo presente. A partir de agora, todo provincianismo cultural está sendo superado pela marcha da História, forçando-nos a pensar em termos internacionais, ante a impossibilidade essencial dos direitos nacionais de satisfazerem as necessidades intrinsecamente internacionais, a pensar em termos universais e forjar parâmetros legais universais. É também agora que a situação histórica do homem no mundo domina a consciência, e o dimensionamento da implementação desses direitos se encontra no cerne do pensamento jurídico, ante o risco iminente de extensão da interferência e controle dos Estados, em face das liberdades e direitos individuais.*

<sup>35</sup> Como bem alerta Flávia Piovesan “o Pós 11 de setembro aponta o desafio de que ações estatais sejam orientadas pelos princípios legados do processo civilizatório, sem dilapidar o patrimônio histórico atinente a garantias e direitos. O esforço de construção de um “Estado de Direito Internacional”, em uma arena mais democrática e participativa, há de prevalecer em face da imediata busca do “Estado Polícia” no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema da força e segurança internacional” (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 15).

<sup>36</sup> Segundo Cançado Trindade, “Vivemos um momento sombrio, resultante do recrudescimento do unilateralismo, sobretudo com a ação militar no caso Kosovo (sem a prévia autorização do Conselho de Segurança da ONU) e com as conseqüências dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, que acarretam uma erosão das garantias judiciais e dos princípios gerais do Direito. Há uma vasta jurisprudência internacional condenatória de medidas de exceção que representa hoje um baluarte contra as tentações do cesarianismo e um verdadeiro patrimônio jurídico de todos os povos. A nenhum Estado é dado considerar-se acima do Direito. Não se pode combater o terrorismo com a repressão indiscriminada (em entrevista à Revista Jurídica Del Rey, n. 9, de novembro de 2002).

distintas desfilam frente aos Estados nacionais<sup>37</sup>: a consolidação do diálogo como veículo de aproximação e de busca de consenso, balizados pelas conquistas pós-1945 na arena internacional com o desenvolvimento e a multiplicação do direito internacional dos direitos humanos, ou a volta ao Estado Polícia.

## 1.2. Sujeitos internacionais

O tema da personalidade jurídica internacional é intrínseco à definição do Direito Internacional. Este tradicionalmente denominado *direito das gentes*, afirma-se como seara jurídica regente das relações jurídicas entre Estados; primeiramente na definição do direito da guerra, posteriormente avançado no direito dos tratados (de direitos humanos – civis, políticos, econômicos, culturais e sociais; ambientais, de bioética, etc.), relações diplomáticas e consulares, eleição de princípios gerais de direito, estabelecimento

---

<sup>37</sup> A observação do processo que carrou a internacionalização dos direitos humanos, em conjunto ao trágico legado da Segunda Guerra Mundial, patrocinador de lógica destrutiva e reducionista de direitos, presta enorme serviço à apreciação do atual contexto internacional. A certeza de que o ser humano e o Estado, como forma organizada da comunidade nacional, podem alinhar crimes inomináveis em nome de interesses de minorias, que discriminações possam prevalecer fundadas em teorias culturalmente arraigadas, ou mesmo que o Estado possa licenciar-se dos compromissos da agenda internacional, adotando medidas de exceção, com a roupagem de proteção de seu povo e território, causa ainda pasmo e deve gerar cuidados aos partícipes da ordem internacional.

de foros internacionais e, finalmente, a criação e afirmação no cenário global de organismos internacionais<sup>38</sup>.

Nas palavras de Jorge Miranda:

O Direito Internacional clássico era, essencialmente, um direito de *coordenação* – mesmo se implicava (como não podia deixar de implicar) uma prévia integração num todo e, portanto, um mínimo de subordinação à inerente estrutura.

O Direito Internacional dos nossos dias está longe de ser apenas isso. É também um Direito de *cooperação* (assim, o Direito Internacional económico, o dos direitos do homem ou o do ambiente) e até um Direito de *subordinação* em sentido estrito (assim, no tocante à manutenção da paz e da segurança colectiva na Carta das Nações Unidas, à justiça penal internacional e aos regulamentos comunitários europeus<sup>39</sup>).

### 1.2.1. Estados e organismos internacionais

A história do Direito Internacional está inter-relacionada com a história do Estado. No dizer de Jorge Miranda:

---

<sup>38</sup> A questão temporal sobressai-se nas palavras de Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva, ao comentar em específico as organizações internacionais especializadas: “a Liga das nações (LdN) tentara colocar todas as organizações especializadas sob o seu controle, desde que os respectivos membros com isso concordassem. O Pacto ainda estabelecia que as repartições internacionais que fossem constituídas no futuro seriam colocadas sob o seu controle. Com efeito, algumas das grandes entidades especializadas de hoje foram criadas antes da LdN, embora com denominações e objetivos ligeiramente distintos, como é o caso da União Telegráfica, criada em 1863 e que se fundiu com a organização radiotelegráfica em 1932; da Organização de Meteorologia de 1874; da organização para a proteção da propriedade industrial de 1883; da União Postal de 1926 e da Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes em 1919” (*Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 254).

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 2005, p. 35. Ainda o autor: “O *Direito Internacional faz parte do universo jurídico e possui o mesmo fundamento e a mesma razão de ser do restante Direito. Apresentando, por certo, características específicas, nem por isso deixa de conter aquilo que de essencial assinala o Direito: a estrutura normativa necessária dum sociedade ou de certo tipo de convivência entre as pessoas humanas, individual ou colectivamente consideradas*” (p. 33).

Quando e onde quer que haja Estado, e Estado que mantenha qualquer tipo de relações, mais ou menos duradouras, com outro ou outros Estados (ou entidades afins), tornam-se necessárias normas jurídicas para as estabelecer e fazer subsistir, sejam quais forem essas normas.

[...] Aos diversos tipos históricos de Estados correspondem, naturalmente, diversos tipos de Direito Internacional. Ao Estado moderno de tipo europeu, surgido nos séculos XV-XVI e que hoje se estende por todo o mundo, corresponde, portanto, o moderno Direito Internacional. E, assim, como dentro do Estado se observa nos últimos duzentos anos um progresso contínuo no sentido da subordinação aos princípios da legalidade e da constitucionalidade, paralelamente nas relações entre os Estados se depara uma densidade crescente de normas jurídicas que sobre elas se projectam<sup>40</sup>.

A ampliação do rol de sujeitos reconhecidamente internacionais é fenômeno recente, apenas no século XX teremos a criação de organizações verdadeiramente vocacionadas ao concerto mundial. Exemplo luminar foi a formação da Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>41</sup>, em 1919, pelo Tratado de Versalhes; o tratado constitutivo sofreu sucessivas emendas em 1922, 1934 e 1945; finalmente, seu texto foi revisto na 29ª Conferência Internacional do Trabalho, em Montreal, no ano de 1946, mantendo como anexo a Declaração de

---

<sup>40</sup> Idem. Ibid., p. 10.

<sup>41</sup> O Brasil é membro da OIT e ratificou o instrumento de emenda da Constituição da OIT em 13.04.1948, por meio do Decreto 25.696, de 20.10.1948.

Filadélfia (1944). Da leitura do preâmbulo<sup>42</sup> do tratado constitutivo se depreende o escopo de paz universal e duradoura, assentada sobre a justiça social; em outros termos, é reconhecido pelos Estados, membros da sociedade internacional, a premência de normatização de temas universais, temas que extrapolam a ordem jurídica estatal, especificamente as condições e o regime de trabalho.

A definição de Organização Internacional, não obstante sua clara aceitação como sujeito dotado de personalidade jurídica internacional, tem de ser ampla e flexível para abranger seus principais caracteres e multiplicidade de *misteres* que influenciaram a formação de seu vasto número. Para Sereni:

Uma Organização Internacional pode definir-se como uma associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, constituída mediante tratado internacional e regulada nas relações entre as partes por normas de Direito Internacional, e que se concretiza numa entidade de carácter estável, dotada de um ordenamento jurídico interno próprio, e de órgãos próprios, através dos quais prossegue fins comuns aos membros da organização, mediante a realização de certas funções e o exercício dos poderes necessários que lhe tenham sido conferidos<sup>43</sup>.

Nas freqüentes definições de organização internacional, são perceptíveis dois elementos: i) primeiro, é o elemento da permanência verificável

---

<sup>42</sup> Trecho do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “*Considerando que existem condições de trabalho que implicam para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e as mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio ‘para igual trabalho, mesmo salário’, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional a técnico, e outras medidas análogas; [...]*”.

<sup>43</sup> SERENI, p. 804, *apud* André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 412.



no uso do vocábulo *organização*, demonstrando o intuito de estabilidade; e ii) o outro elemento é a *internacionalidade* também observada nos textos constitutivos das organizações por força da opção dos Estados-membros. Da junção desses elementos, resulta o grande diferencial das organizações internacionais, qual seja: sua *autonomia* em relação aos Estados partícipes, inclusive, vários textos internacionais atestam a independência das organizações.

Nesse sentido, a Carta da ONU no art. 2º distingue a *pessoa* da organização da de seus membros, como sujeitos distintos para a realização dos propósitos de manutenção da paz e seguranças internacionais, previstos no art. 1º; ainda o art. 104 determina: “*A organização gozará, no território de cada um de seus membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e à realização de seus propósitos*”<sup>44</sup>.

No cenário da integração regional, a afirmação da personalidade jurídica internacional do MERCOSUL é expressa no art. 34 do Protocolo de Ouro Preto: “*O MERCOSUL terá personalidade jurídica de Direito Internacional*”. Não restando margem a interpretações dissonantes quanto a sua capacidade de assumir compromissos internacionais enquanto representativo de um bloco de países; resguardados, a rigor, os procedimentos descritos em seus textos constitutivos, como o Tratado de Assunção. O processo integracionista tendente à formação de espaços comunitários favoreceu o surgimento de organizações internacionais delineadas com rigor quanto à autonomia, a estrutura organizacional e o sistema de soluções de controvérsias. Exemplo evolutivo é a

---

<sup>44</sup> A Carta da Organização dos Estados Americanos, no art. 133, dispõe de forma semelhante a Carta da ONU: *a Organização dos Estados Americanos gozará no território de cada um de seus membros da capacidade jurídica, dos privilégios e imunidades que forem necessários para o exercício das suas funções e a realização dos seus propósitos*. Por seu turno, a Carta da OMC – Organização Mundial do Comércio, no art. VIII, descreve o *status* da OMC como: *1. A OMC terá personalidade legal e receberá de cada um de seus Membros a capacidade legal necessária para exercer suas funções*.

experiência da União Europeia em que os órgãos assumiram feições de órgãos supranacionais e obtiveram competências antes consideradas exclusivas da órbita estatal – perfaz-se a distinção e passagem de organismos internacionais intergovernamentais para organismos supranacionais.

É verificável, contudo, a despeito da amplitude da sociedade internacional, que o tema da personalidade internacional não é pacífico na doutrina internacionalista. Verificamos que existem distinções quanto à natureza e a potencialidade dos sujeitos de direito internacional. Em termos gerais, será sujeito de direito, aquele a quem se atribui direitos e obrigações; é, portanto, parte em relações jurídicas ou destinatário de normas jurídicas.

No Direito Internacional, a noção de sujeito de direito, para ser validada, carece de dois elementos: “1<sup>o</sup>.) a possibilidade de actividades jurídico-internacionalmente reconhecidas e 2<sup>o</sup>.) a virtualidade de uma relação directa e imediata com outros sujeitos, agindo nessa qualidade, ou com centros institucionalizados da vida internacional”<sup>45</sup>. Para André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros<sup>46</sup>: “é sujeito do Direito Internacional quem for susceptível de

---

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 2005, p. 183.

<sup>46</sup> André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 299. Da definição esposada os autores concluem: “a) é o direito internacional que determina *quais são* os seus sujeitos, não havendo, pois, em princípio, sujeitos por direito próprio; b) é também o direito internacional que estabelece a *forma* pela qual nasce a personalidade jurídica internacional. O processo pelo qual ela surge pode ser automático (como acontece com o Estado) ou implicar actos especiais de reconhecimento (como sucede com a generalidade dos outros sujeitos); c) só são sujeitos do direito internacional aqueles que estejam em relação *directa* e *imediata* com a norma internacional, e que não necessitem, para que os efeitos da norma projectem na sua esfera jurídica, da intervenção de outra pessoa (pois é claro que em regra a norma internacional virá a afectar os sujeitos do Direito interno, mas só através das medidas tomadas pelo respectivo Estado); d) a personalidade jurídica internacional pode abranger uma *esfera de capacidade mais ou menos ampla*, conforme os interesses que visa satisfazer [...]; e) a personalidade jurídica internacional *pode não coincidir com a de Direito interno*: assim há pessoas jurídicas de Direito interno que não têm, ou podem não ter, personalidade internacional, ou, pelo menos, cuja capacidade jurídica internacional pode não coincidir com a capacidade jurídica que o Direito interno lhes reconhece [...] (p. 300).

ser titular de direitos ou suporte de obrigações resultantes directa e imediatamente de uma norma de Direito Internacional”.

Sob esse prisma, para Francisco Rezek:

Pessoas jurídicas de direito internacional público são os *Estados soberanos* (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as *organizações internacionais* em sentido estrito. [...] A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se *originária*, enquanto *derivada* das organizações<sup>47</sup>.

A Corte Internacional de Justiça, em parecer consultivo de 1949<sup>48</sup>, lançou critérios que permitem identificar a personalidade jurídica em Direito Internacional, quais sejam:

*La 'capacité d'être titulaire de droits'. Cela signifie principalement La possibilité de contracter des accordas liants au regard Du droit international (c'est-à-dire La faculte de 'signer des traités') et Le bénéfice de tout ou partie du régime des immunités internationales.*

*La 'capacité d'être titulaire de devoirs'. Ces derniers peuvent être synthétises em une obligation générale de se conformer aux règles posées par le droit international.*

---

<sup>47</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, 2007, p. 151-152. Ainda Rezek: “O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos. A organização internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto exclusivo de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados. Por isso se pode afirmar que o tratado constitutivo de toda organização internacional, tem, para ela, importância superior à da constituição para o Estado soberano. A existência deste último não aprece condicionada à disponibilidade de um diploma básico. O Estado é contingente humano a conviver, sob alguma forma de regramento, dentro de certa área territorial, sendo certo que a constituição não passa do cânon jurídico dessa ordem. A organização internacional, de seu lado, é apenas uma realidade jurídica: sua existência não encontra apoio senão no tratado constitutivo, cuja principal virtude não consiste, assim, em disciplinar-lhe o funcionamento, mas em haver-lhe dado vida, sem que nenhum elemento material preexistisse ao ato jurídico criado”.

<sup>48</sup> Dados extraídos da obra de Franck Attar, *Le droit international entre ordre et chaos*, data, p. 19.

*La 'capacité de se prévaloir de [ces] droits par voie de réclamation internationale'. Em d'autres termes, la possibilité de porter toute question relevant du droit international devant **um juge national ou international**.*  
(g.n.)

A terceira premissa, na qual a personalidade jurídica internacional está relacionada à capacidade de exercício de reclamações internacionais, deve ser vista com reservas, pois, se adotada uma interpretação extremada, estar-se-ia confundindo as noções de personalidade e capacidade. A primeira é inerente à pessoa – sujeito de direitos e obrigações; a segunda refere-se à potencialidade de exercício desses direitos e obrigações. Em outros termos, a capacidade de direito dos sujeitos de direito internacional é inquestionável pelo reconhecimento de sua personalidade, enquanto a capacidade fato – por natural evolução histórica – oscila em consonância as políticas externas dos Estados ou os tratados constitutivos de organizações internacionais.

Ademais, a manifestação da Corte Internacional de Justiça abre uma possibilidade, sob uma interpretação literal de que serão sujeitos de direito internacional, com personalidade, portanto, àqueles que puderem levantar questões, ajuizar reclamações, consulta ou ações não só perante as Cortes Internacionais como também perante as Cortes nacionais.

Por derradeiro, o tema é repleto de discrepâncias, porém prepondera a noção de que nem a doutrina e nem a jurisprudência internacional acolheram a *teoria da responsabilidade*<sup>49</sup>, a qual relaciona ser possuidor de personalidade jurídica internacional a possibilidade de *reclamação internacional*

---

<sup>49</sup> WENGLER, Wilhelm. *Der Begriff des Völkerrechtssubjektas im Lichte der politischen Gegenwart in Friedenswarte 1951-53*, p. 128 e segs. *apud* André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 301.

direta para exercício de direitos; em outros termos, geraria uma restrição a titularidade internacional apenas àqueles que usufruíssem de acesso direto as Cortes Internacionais.

Franck Attar comenta:

*La CIJ a exprime dans son avis précité que “ les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l’étendue de leurs droits...” Il y aurait donc des sujets de droit international plus ou moins ‘capable’ que d’autres ou, pour reprendre la terminologie du droit civil français, des sujets ‘majeurs’ et des sujets ‘mineurs’.*<sup>50</sup>

À revelia dos múltiplos e exaustivos critérios taxionômicos sobre sujeitos de direito internacional, restringimo-nos a afirmar a ampliação de sujeitos dotados de personalidade internacional em pleno século XXI com a clara inclusão do indivíduo - e também as multinacionais -; no entanto, reconhecemos a diferenciação no exercício de direitos e obrigações internacionais.

Assim, apresentamos a classificação formulada por André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros<sup>51</sup>, dos sujeitos com *capacidade jurídica plena e sujeitos com capacidade jurídica limitada*:

- Com capacidade plena – o Estado soberano
- Com capacidade limitada
- Sujeitos com base territorial
- Beligerantes
- Estados semi-soberanos

---

<sup>50</sup> ATTAR, Franck. *Le droit international entre ordre et chaos*, 1994, p. 19.

<sup>51</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 303.

Associações de Estados

- Sujeitos sem base territorial

*Casos especiais* (interesses espirituais)

- Santa Sé
- Ordem de Malta, etc.

*Casos especiais* (interesses políticos)

- Nação e movimentos nacionais
- Governo no exílio

Indivíduo

Organizações Internacionais”.

### **1.2.2. ONGS, multinacionais e o indivíduo**

As organizações não governamentais precedem em existência às organizações intergovernamentais aos moldes das Nações Unidas. Aquelas começaram a ser formadas no século XIX, tendo se propalado em virtude do amplo campo de interesses: cultural, científico, educacional, humanitário, religioso, sindical, econômico, social, desportivo, etc. As ONGS no seu ato constitutivo devem ser dotadas de personalidade jurídica de direito interno, e somente após a sua regular criação alcançarão a esfera internacional.

Os objetivos das ONG em escala internacional são: influenciar ou corrigir a atuação dos sujeitos de Direito Internacional, em paralelo as ações dos Estados soberanos e as organizações internacionais. Nguyen Quod Dinh definiu as ONGS como: *une institution privée – ou mixte – à l'exclusion de tout accord*

*intergouvernemental, regroupant des personnes privées ou publiques, physiques ou Morales, de nationalités diverses*<sup>52</sup>.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 27 de fevereiro de 1950, também propôs a definição das ONGS: *toute organisation internationale que n'est pas créée par voie d'accords intergouvernementaux sera considérée comme une organisation non gouvernementale internationale*<sup>53</sup>.

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros reconhecem que as ONGS gozam de uma *incipiente personalidade jurídica de Direito Internacional, de natureza funcional, isto é, com capacidade jurídica restrita ao 'serviço público' que prosseguem*<sup>54</sup>. Para ilustrar, os autores apontam a Convenção Europeia sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações não governamentais de 24 de abril de 1986, cujo objetivo é conceder àquelas ONGS que tenham obtido de forma regular personalidade jurídica de direito interno em consonância as previsões dos diplomas nacionais, o reconhecimento em extensão ao território de outros Estados, partes da Convenção.

Vale ressaltar a valiosa contribuição do art. 1º, ao definir as condições para ser ONG:

As associações, fundações e outras instituições privadas [...] que preencham as seguintes condições:

- a) Tenham um fim não lucrativo de utilidade internacional;

---

<sup>52</sup> ATTAR, Franck. *Le droit international entre ordre et chaos*, 1994, p. 56.

<sup>53</sup> Dados extraídos da obra de Franck Attar, *Le droit international entre ordre et chaos*, p. 56.

<sup>54</sup> *Dentro das ONG merecem realce, pela sua importância, a Cruz Vermelha (no domínio humanitário), as Igrejas e o Conselho Ecumênico das Igrejas (no sector religioso), o Comitê Olímpico Internacional (no plano desportivo), o Green Peace (em matéria ecológica), o Instituto de Direito Internacional e a Associação de Direito Internacional (International Law Association) (no domínio científico), etc.* Dados extraídos da obra de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, p.402-404.

- b) Tenham sido criadas por um acto relevante do Direito interno de uma Parte;
- c) Exerçam uma actividade efectiva em, pelo menos, dois Estados; e
- d) Tenham a sua sede estatutária no território de uma Parte e a sua sede real no território dessa ou de qualquer outra Parte”.

Outro aspecto revelador da personalidade internacional das organizações não-governamentais é a redação do art. 71 da Carta da ONU: *O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não-governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência*<sup>55</sup>. *Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, como organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.*

Ainda o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na Resolução 31, de 1996, ao abordar o tema do desenvolvimento sustentável e o manejo de recursos hídricos e minerais, aduz:

7. Insta a los gobiernos a que, con el apoyo de las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, otras organizaciones multilaterales y bilaterales y **las organizaciones no gubernamentales**, examinen la posibilidad de establecer proyectos experimentales en las cuencas hidrográficas y las regiones que se consideren que sufren graves problemas relacionados con el agua, con miras a elaborar y aplicar políticas destinadas a prevenir una crisis del agua;

8. Insta también a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, a las organizaciones financieras internacionales, a otras organizaciones multilaterales y bilaterales, **a las organizaciones no**

---

<sup>55</sup> As funções e atribuições do Conselho Econômico e Social estão descritos no art. 62 da Carta da ONU.



**gubernamentales**, y a la comunidad internacional en general a que presten atención prioritaria al apoyo técnico y financiero a los gobiernos en sus esfuerzos para atender esos problemas. (g.n.)

São sobremaneira distintas das organizações internacionais as chamadas organizações não-governamentais. Segundo Jorge Miranda, estas são

meras organizações privadas de âmbito internacional (ou não exclusivamente nacional) que colaboram na prossecução de fins de cooperação, promoção e desenvolvimento vizinhos dos daquelas instituições e organizações. E que, por isso, se distinguem claramente das empresas multinacionais<sup>56</sup>.

Em 1974, o Conselho Econômico e Social da ONU descreveu as multinacionais como *empresas que são proprietárias de instalações de produção ou de serviços ou que as controlam fora do território do Estado onde elas têm a respectiva sede. Essas sociedades não têm de ser sociedades anônimas nem sociedades privadas, podem revestir a forma também de cooperativas ou de empresas do Estado*. Além disso, foi proposta nova terminologia das empresas melhor designadas como transnacionais. De outro modo, “são sociedades de Direito Público ou de Direito privado que, pelo elemento territorial ou pela sujeição a sistemas jurídicos de diversos Estados, mantêm ligações com vários Estados, procurando tirar especial benefício econômico desse facto”<sup>57</sup>.

Na doutrina brasileira, em especial para Francisco Rezek: “Não têm personalidade jurídica de direito internacional os *indivíduos*, e tampouco as *empresas*, privadas ou públicas”; o que é justificado pela “percepção de que os

---

<sup>56</sup> MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 2005, p. 207.

<sup>57</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 399-400.

indivíduos ou empresas não se envolvem a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com essa ordem”<sup>58</sup>. Contudo, não é a tendência assente na ordem internacional, pois se tem atribuído personalidade jurídica às empresas transnacionais com várias formulações de Códigos de Conduta dessas sociedades, além da busca de meios internacionais, em especial os tribunais arbitrais internacionais<sup>59</sup>, para solução de conflitos entre sociedades transnacionais e Estados à luz do Direito Internacional.

Por fim, os indivíduos têm marcado presença no Direito Internacional como sujeitos de direitos e obrigações visivelmente após a Segunda Guerra Mundial com a internacionalização e universalização dos Direitos Humanos. Vários são os exemplos de atuação do indivíduo sob a égide de fontes internacionais, a saber:

i) A atuação como parte legítima na provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como se depreende do disposto no Pacto de San José da Costa Rica, art. 44: *qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte;*

---

<sup>58</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, 2007, p. 152-153.

<sup>59</sup> Como por exemplo: o Tribunal Permanente de Arbitragem, o Tribunal de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e a Seção para a resolução dos litígios relativos aos fundos marinhos do Tribunal Internacional do Direito do Mar.

ii) ou mesmo nas denúncias perante o Tribunal Penal Internacional, conforme o procedimento previsto no art. 15 do Estatuto de Roma, isto é, por meio de apurações realizadas pelo procurador;

iii) ainda o Estatuto de Roma prescreve no art. 25 a responsabilidade criminal individual: *1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas; todas, hipóteses que afirmam solenemente a ação do indivíduo detentor de direitos e obrigações, até mesmo em oposição ao Estado de que é nacional.*

### **1.3. O alcance das multinacionais no cenário global**

Dentre as entidades que participam da vida internacional, as sociedades mercantis não constituem novidade, pois os banqueiros fenícios e romanos enviavam títulos e valores por terra e mar, atravessando fronteiras, e as companhias marítimas das cidades italianas medievais (como Gênova e Veneza), bem como aquelas situadas nos portos do Mar do Norte (Hamburgo, Lübeck, Bremen) e do Mar Báltico também o faziam, embora os primeiros exemplos de

empresas *multinacionais*, dotadas de alguns traços que ainda hoje possuem, somente possam ser localizadas na Idade Moderna<sup>60</sup>.

As empresas multinacionais são derivadas de países industrializados que, por diversas razões, podem vir a adquirir nacionalidade de outros Estados, visando, por exemplo, vantagens fiscais ou jurídicas. Essa realidade é reconhecida há muito pelo Direito Internacional; a questão desponta, inclusive, quanto à melhor terminologia para definir esses grupos econômicos dotados de tanta fluidez: sociedades, firmas, empresas, multinacionais, internacionais, globais, transnacionais, etc.

Corroborando esse entendimento, Cesar Prieto que, ao propor uma radiografia das multinacionais, de antemão anuncia:

o mundo hodierno, até então dividido sob poder político, converte-se, cada vez mais, em continentes econômicos, à mercê de empresas multinacionais, firmadas em filosofias estranhas, com métodos operacionais superiores, trabalhos rigidamente planejados no predomínio de produtos essenciais adquiridos por custos irrisórios e na conquista de lucros ambiciosos, com tendência ao açambarcamento de mercado, e substituindo indiferentes a sua nacionalidade de origem pelo

---

<sup>60</sup> Dados extraídos da obra de José Cretella Neto, *Empresa Transnacional e Direito Internacional – exame do tema à luz da globalização*, p. 1. Ainda o autor: com efeito, o desenvolvimento tecnológico, a melhoria dos meios de comunicação – ferrovias, navios a vapor, telégrafo – e a necessidade de expansão foram fatores decisivos para que essas novas empresas européias e americanas passassem a operar no exterior, podendo manter adequado controle sobre filiais geograficamente distantes, atendendo mais adequadamente os clientes locais, por meio de gerentes de mesma nacionalidade, familiarizados com a cultura de seus países de origem. Em outros casos, como o da empresa americana *Westinghouse*, que já havia firmado contratos para fornecer material para ferrovias ao Estado francês, a exigência para instalação de uma fábrica na França constava dos acordos. Já a *Edison* construiu uma unidade fabril na Alemanha, por entender que os fornecedores “nacionais” teriam preferência em relação aos “estrangeiros”. Outro fator que influenciou consideravelmente a decisão de empresas de ultrapassar as próprias fronteiras residia no protecionismo tarifário imposto pela maior parte dos países, para diminuir os volumes de produtos importados e promover o desenvolvimento da indústria nacional. O Canadá, por exemplo, impunha barreiras alfandegárias aos EUA para que empresas americanas se instalassem em território canadense, e a Alemanha o fazia com os objetivos de proteger a agricultura alemã da concorrência dos produtos importados e o de incentivar a produção de margarina no país (p. 5).

inabalável objetivo de conquista, sem fronteiras, no campo econômico universal.

Aduz ainda:

A força das multinacionais reside, especialmente, na flexão operacional suprema, em países e povos desiguais, na multiplicidade de oportunidades econômicas, sistemas tributários e legais, usados segundo circunstâncias quando habilmente, sem procedência nem pátria, são elas próprias em razão de suas conveniências e oportunidades<sup>61</sup>.

A par de reflexões iniciais cumpre-nos por meio da Teoria da Administração distinguir alguns modelos de organização internacional, quais sejam: modelos internacional, multinacional, global e transnacional. Segundo Bateman e Snell<sup>62</sup>:

cada um desses tipos de organização difere em termos de abordagem da estratégia, bem como na estrutura e no sistema com que conduzem as operações.

O modelo de *organização internacional* é projetado para auxiliar as empresas a explorar as competências essenciais da empresa para expandir as atividades para mercados externos”.

Neste modelo, são criadas sociedades subsidiárias em cada Estado onde a empresa venha a desenvolver seus negócios. Como peculiaridade, podemos observar que as subsidiárias gozam de certa autonomia para adaptar

---

<sup>61</sup> PRIETO, Cesar. *Radiografia das multinacionais*, 1975, p. 11-12. Ainda o autor: “A princípio, as multinacionais retribuíam financeiramente importantes nações de que os seus capitais eram originários; atualmente, isoladas de suas procedências, por motivos óbvios, tornam-se superestados, criando também nesses países profundos desajustes financeiros e sociais susceptíveis de preocupações máximas”.

<sup>62</sup> BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p. 184.

produtos às condições locais; no entanto, as funções que criam modelos de capacitação, habilidades e conhecimento acumulado (*know-how*) tendem a ser centralizadas na empresa-mãe. A crítica pertinente ao modelo internacional<sup>63</sup> é que a despeito da autonomia das empresas subsidiárias, estas não conseguem se coadunar às necessidades locais em velocidade de mercado.

O modelo de *organização multinacional* utiliza subsidiárias (isto é, unidades independentes) em cada país em que a empresa faz negócios e provê uma grande dose de autonomia para essas subsidiárias para que respondam às condições locais. Cada subsidiária local é uma unidade autocontida com todas as funções requeridas para a operação no mercado que a recebe<sup>64</sup>.

As subsidiárias no modelo multinacional têm maior autonomia do que a organização anterior, por isso mesmo, cada subsidiária pode adaptar seus produtos e estratégias, de acordo com os gostos e preferências dos consumidores locais, às condições competitivas locais e às estruturas políticas, legais e sociais. Por outro lado, é apontada como grande desvantagem administrativa o alto custo de fabricação e de duplicação de esforços em unidades descentralizadas, o que ocasiona uma perda significativa de poder decisório e de eleição de estratégias face à concorrência.

---

<sup>63</sup> Empresas que lucraram com a transferência de tecnologia (*know-how*) foram a IBM, a Xerox e a Kodak. Ainda é possível verificar que a Kellogg, a Coca-Cola, a Heinz e a Procter & Gamble alcançaram sucesso no exterior baseado mais no conhecimento acumulado do que em capacitação tecnológica. Dados extraídos da obra de Thomas S. Bateman, Scott A. Snell. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p.184.

<sup>64</sup> Dados extraídos da obra de Thomas S. Bateman & Scott A. Snell. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p. 184-185. O modelo multinacional foi difundido por várias das primeiras empresas européias, como a Unilever e Royal Dutch Shell. Uma das vantagens de se permitir capacidade de resposta local é a menor necessidade de coordenação e direção a partir dos escritórios corporativos. Como cada subsidiária é uma unidade autocontida, ocorrem poucas transferências de bens e serviços entre elas, reduzindo dessa forma os problemas de preços de transferência e outros relacionados.

O modelo de *organização global* é projetado para permitir à empresa comercializar um produto padronizado no mercado global e fabricar esse produto em um número limitado de locais onde o composto de custos e habilidades requeridas seja mais favorável. O modelo global tem sido adotado por empresas que visualizam o mundo como um único mercado e assumem que não haja diferenças representativas entre os países com relação a gostos e preferências dos consumidores<sup>65</sup>.

A tendência das empresas que adotam o modelo global é apresentar baixo custo de produção independentemente do setor industrial, haja vista, a criação de produtos globais, produzidos em escala global e voltada para o consumidor global – o investimento em desenvolvimento de produtos, plantas, equipamentos e outros recursos têm o custo diluído. Por seu turno, a empresa que adota o modelo de organização global e padroniza seus produtos e serviços, terá menor espaço para adaptação aos gostos, tendências e demandas dos consumidores em diferentes localidades.

Segundo Batlett e Ghoshal: “na economia global atual, obter uma vantagem competitiva com freqüência requer a busca simultânea de capacidade de resposta local, transferência de conhecimento acumulado (*know-how*) e economia de custo”<sup>66</sup>. Neste cenário, o que se busca é projetar uma organização

---

<sup>65</sup> Dados extraídos da obra de Thomas S. Bateman & Scott A. Snell. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p. 185. Pela utilização de unidades de fabricação centralizadas e de estratégias de marketing global, a Sony pôde reduzir seus custos unitários até o ponto de tornar-se o participante de baixo custo no mercado global de televisores. Isso lhe permitiu ganhar participação de mercado frente a empresas como Phillips, RCA e Zenith, as três tradicionalmente com produção e operações em cada um dos principais mercados nacionais (uma característica da abordagem multinacional).

<sup>66</sup> BARTLETT C. A.; GHOSAL, S. *The transnational solution: managing across borders* apud Thomas S. Bateman & Scott A. Snell. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p. 185.

que permita à empresa explorar todos os benefícios da expansão global; então surge o modelo de organização transnacional.

Nas empresas que adotam o modelo de organização transnacional, certas funções, particularmente a pesquisa, tendem a ser centralizadas no país de origem. Outras funções são também centralizadas, mas não necessariamente no país de origem<sup>67</sup>.

Para José Cretella Neto<sup>68</sup>:

Ao exercer atividades além das fronteiras do Estado de origem, surge a empresa transnacional, assim qualificada, porque passa a integrar o restrito rol de entidades de interesse para o Direito Internacional, simultaneamente sem deixar de submeter-se às legislações dos países em que, de início, foi incorporada e às daqueles nos quais passa a operar.

Ainda o autor, define empresa transnacional como:

A sociedade mercantil, cuja matriz é constituída segundo as leis de determinado Estado, na qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle, acionário ou contratual, sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concertada, sendo a finalidade de lucro perseguida mediante atividade fabril e/ou comercial em dois ou mais países, adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos.

---

<sup>67</sup> BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. *Administração: construindo vantagem competitiva*, 1998, p.: 186.

<sup>68</sup> CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional – exame do tema à luz da globalização*, 2006, p. 17-27.



### 1.3.1. Afirmação das multinacionais como sujeitos de direito internacional

A Resolução 3281, de 12 de dezembro de 1974, adotada na 29ª sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em seu preâmbulo do que foi denominado como Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados declara que:

um dos objetivos fundamentais da presente Carta é o estabelecimento da nova ordem econômica internacional baseada na equidade, na igualdade soberana, na interdependência, no interesse comum e na cooperação entre todos os Estados, sem distinção de sistemas econômicos e sociais.

Em 11 de dezembro de 2001, na 84ª Sessão Plenária da Assembléia Geral da ONU foi aprovada uma resolução<sup>69</sup> com o fim de estabelecer formas mundiais de colaboração sendo presente:

*3. Hace hincapié también en **la necesidad de la cooperación internacional para fortalecer la participación de las empresas**, especialmente de empresas pequeñas y medianas, asociaciones empresariales, fundaciones y organizaciones no gubernamentales de países en desarrollo y países con economías en transición, em particular en la colaboración con el sistema de las Naciones Unidas. (g.n.)*

---

<sup>69</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General. [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/56/L.33 y Add.1)] 56/76. Hacia formas mundiales de colaboración.

Ao largo das discussões sobre a nova ordem econômica mundial ou do capitalismo internacional, como a identidade simbólica de objeto a combater. Ou, ao revés, àqueles que abraçam a nova ordem como irreversível, ao modo da declaração de Henry Kissinger para quem *maturidade política era aceitar o mundo como ele é, e não como gostaríamos que fosse*; sendo assim, a globalização da economia, integrando os povos num mercado único, seria a idéia última de integração dos povos com vistas de promover o bem-estar social<sup>70</sup>.

O que, contudo, é ineludível é a premência de assunção de posições ativas perante o novo. O fim das tensões políticas e econômicas pautadas em modelos estanques de capitalismo e socialismo permitiu a migração para formação de novos perfis: social-democratas, neoliberais, etc. O que era pontuado como direita ou esquerda conforme o pensamento predominante - no dizer de Eric Hobsbawm<sup>71</sup> - do breve século XX emergiu com novos problemas, entrelaçados pela sua ruína: *se a natureza dos atores no cenário internacional*

---

<sup>70</sup> Dados extraídos da obra de Fernando Magalhães, *Tempos Pós-Modernos*, 2004, p.15-16.

<sup>71</sup> HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos o breve século II 1914-1991*, 1995, p. 537-538. Ainda o autor: o Breve Século XX acabou em problemas para os quais ninguém tinha, nem dizia ter, soluções. Enquanto tateavam o caminho para o terceiro milênio em meio ao nevoeiro global que os cercava, os cidadãos do *fin-de-siècle* só sabiam ao certo que acabara uma era da história. E muito pouco mais.

Assim, pela primeira vez em dois séculos, faltava inteiramente ao mundo da década de 1990 qualquer sistema ou estrutura internacional. O fato mesmo de terem surgido depois de 1989, dezenas de Estados territoriais sem qualquer mecanismo independente para determinar suas fronteiras – nem sequer terceiras partes aceitas como suficientemente imparciais para servir de mediadoras gerais – já fala por si. [...]

Que eram, na verdade, as potências internacionais, velhas ou novas, no fim do milênio? O único Estado restante que teria sido reconhecido como grande potência, no sentido em que se usava a palavra em 1914, eram os EUA. O que isso significava na prática era bastante obscuro. A Rússia fora reduzida ao tamanho que tinha no século XII. Nunca, desde Pedro o Grande, ela chegara a ser tão negligenciável. A Grã-Bretanha e a França gozavam apenas de um status puramente regional, o que não era ocultado pela posse de armas nucleares. A Alemanha e o Japão eram sem dúvida 'grandes potências' econômicas, mas nenhum dos dois sentira a necessidade de apoiar seus enormes recursos econômicos com força militar, na forma tradicional, mesmo quando tiveram liberdade para fazê-lo, embora ninguém soubesse o que poderiam querer fazer no futuro desconhecido. Qual era o status político internacional da nova União Européia, que aspirava a uma política comum mas se mostrava espetacularmente incapaz de até mesmo fingir ter uma, ao contrário das questões econômicas? Não estava claro nem mesmo se todos os Estados, grandes ou pequenos, velhos ou novos – com exceção de uns poucos -, existiriam em sua presente forma quando o século XX atingisse o seu primeiro quartel.

*não era clara, o mesmo se dava com a natureza dos perigos que o mundo enfrentava.*

Não obstante o pragmatismo reinante, Nestor García Canclini indica para o século XXI:

Há que elaborar construções logicamente consistentes, que possam ser contrastadas com as maneiras como o global 'estaciona' em cada cultura e com os modos como o local se reestrutura para sobreviver, e talvez tirar algum proveito das trocas que se globalizam<sup>72</sup>.

Aqui há a indicação da necessidade de normatização, que a observação realística do mundo ceda espaço à criação de normas projetivas que abordem as novas relações internacionais. Daí o reconhecimento das multinacionais no cenário global.

A atualidade da matéria – especialmente a atuação econômica e política, bem como o status jurídico da empresa transnacional perante o Direito Internacional – parece evidente no século XXI, pois as empresas transnacionais estenderam a economia de mercado à totalidade dos espaços políticos do planeta. Em conjunto com as organizações internacionais – cuja contribuição tem sido notável para melhor civilizar os Estados, despertando suas consciências sobre a dimensão humana da ação internacional – apresentam-se como atores que desempenham papel decisivo na recente evolução do Direito Internacional, bem como entidades marcantes na unificação do Direito. As atividades das empresas transnacionais estão ligadas a diversos Estados, razão pela qual se situam na interface dos direitos nacionais (Direito Privado e Direito Público) e do Direito Internacional (Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado)<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> CANCLINI, Nestor García. *A globalização imaginada*, 2003, p. 33.

<sup>73</sup> CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional – exame do tema à luz da globalização*, 2006, p. 9-10.

Para tanto, há muito a Organização das Nações Unidas, de forma a afastar a ausência de regramento internacional aplicável às empresas transnacionais, adotou a resolução 1721. Objetivava, com isso, demandar a realização de estudos, sob a égide de uma Comissão das Empresas Transnacionais, para formular, adotar e aplicar um código internacional de condutas para as mesmas.

José Cretella Neto alerta para a dificuldade de conciliar os interesses de cada grupo:

Para os países desenvolvidos, os pontos principais são a moralização de determinadas condutas das empresas transnacionais, o estabelecimento de condições de igualdade de concorrência e a substituição de grande número de legislações locais por uma única regulamentação, fundada no Direito Internacional.

Para os países em desenvolvimento, interessa evitar certos exageros cometidos pelas empresas transnacionais e compensar as desigualdades existentes entre estas e as empresas locais, em geral sediadas nos países do Hemisfério Sul, tendentes a criar desequilíbrios de mercado<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional* – exame do tema à luz da globalização, 2006, p. 98-99. O autor complementa: por fim, pode parecer que, para as empresas transnacionais, fosse desejável que não estivessem submetidas a nenhuma espécie de controle, argumento que talvez aprece correto, à primeira vista, mas que não corresponde à realidade. Se é fato que controles e regulamentações reduzem a margem de manobra de indivíduos e empresas – fato que desagrada à imensa maioria – não menos correto é afirmar que as empresas atuam em ambiente competitivo, ou ao menos, parcialmente concorrencial. Isso faz com que o que realmente importe seja a *inexistência de tratamento diferenciado* entre elas, vale dizer, a criação e a manutenção de um sistema pelo qual seja assegurada a uniformidade de controles e da regulamentação a que cada qual, bem como seus concorrentes, esteja submetido. Logo, o primeiro interesse reside na equiparação dos sujeitos Às normas que devam cumprir: cada empresa e seus concorrentes devem estar sujeitos a idêntico tratamento jurídico e econômico. Se todos se submetem às mesmas normas, independentemente de sua nacionalidade, passam a inexistir privilégios que cerceiam a livre concorrência. Um segundo interesse reside na estabilidade das normas jurídicas. As normas internas dos Estados podem ser – e freqüentemente o são – alteradas ao sabor de pressões de *lobbies* internos, de políticas momentâneas, de dificuldades temporárias com o balanço de pagamento etc. Já normas internacionais, desde que acordadas, requerem mais longo e lento procedimento para sofrer alteração, vale dizer, são relativamente mais estáveis do que as normas nacionais.

A elaboração de um Código de Conduta das Nações Unidas para as Empresas Transnacionais enfrentou vários obstáculos, compreendendo, ao final, seis partes: preâmbulo e objetivos; definições e campo de aplicação; atividades das empresas transnacionais; tratamento jurídico das empresas transnacionais; cooperação intergovernamental; e aplicação do Código de Conduta. Não obstante, esse esboço primeiro não se desenvolveu no formato de um tratado internacional, ao feitiço da previsão da Convenção de Viena de 1969, daí decorre a crítica de que o Código comporá – se eventualmente aprovado pela Assembléia Geral da ONU – o denominado *soft law*, isto é, um conjunto de documentos sem o condão atributivo das normas jurídicas de Direito Internacional, muito mais presentes nas opções de adoção ou não pelos partícipes internacionais.

O tema clama por regulamentação, em que se coadunem os interesses dos países desenvolvidos e os em desenvolvimento para que sejam alcançados parâmetros mínimos de coexistência das empresas – sejam denominadas internacionais, globais, multinacionais ou transnacionais – que, sem dúvida, atravessam fronteiras e geram investimentos setorizados em diversas regiões do planeta. A migração populacional, o equilíbrio econômico das nações, o exame da mão-de-obra em consonância aos princípios insculpidos pela Organização Internacional do Trabalho, a proteção ao meio ambiente, a judicialização das questões comerciais e concorrenciais envolvendo as empresas; enfim, a assertiva de que tais empresas ocupam um espaço no Direito Internacional, mesmo que sem base territorial pré-definida, porém com grande participação no traçado das tensões internacionais em razão da sua dimensão extra-estatal.

## 1.4. A afirmação histórica do indivíduo no Direito Internacional

Por outro viés, na arena internacional, a pauta dos direitos humanos durante longo tempo localizou-se na discussão quanto à existência e o fundamento dos direitos. No entanto, em razão das experiências do último século, marcado pelas duas Grandes Guerras Mundiais além de inúmeros conflitos armados regionais, essa discussão foi suplantada em razão da constatação de um princípio que une a todos os indivíduos: a dignidade da pessoa humana.

A literatura que descreve os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial é farta; todavia é inegável a constatação de que o grande violador dos direitos dos homens foi o Estado. Esta constatação é expressa no que Celso Lafer convencionou chamar de “ruptura dos direitos humanos”<sup>75</sup>, pois aquele que por essência tem o dever de proteger e agir em consonância ao interesse de seu povo, foi o primeiro a se distanciar de seu *mister*. Na Alemanha nazista, vários fatores ordenados compuseram a derrocada do valor humano: o aparelho de dominação burocrática; a ideologia anti-semita; a guerra expansionista, dentre outros.

---

<sup>75</sup> No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direito (LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 2001, p. 132).

A título exemplificativo, as Leis de Nuremberg de 1935 editadas na Alemanha vieram a legalizar práticas que já vinham sendo adotadas como: a exclusão dos judeus do serviço público (o que já ocorria desde 1933); a privação dos direitos políticos aos judeus, deixavam de ser cidadãos e mantinham apenas os direitos civis sendo membros do Estado alemão; a proibição de ato sexual entre judeus e alemães, bem como a realização de casamentos mistos; a proibição de se empregar mulher alemã com menos de 45 anos numa casa judaica. Todas essas medidas vieram a consolidar o que já ocorria no Estado alemão desde 1933: o tratamento dos judeus como cidadãos de segunda espécie.

A herança de Hitler foi condicionar a titularidade de direito, quer dizer, a condição de sujeito de direitos ao fato de pertencer à determinada raça, no caso, a raça pura ariana. Neste intento de limpeza étnica, foram exterminados 11 milhões de pessoas. A máquina estatal alemã direcionou-se para a “solução da questão judaica”, primeiro a expulsão do território, depois a concentração em áreas reduzidas e restritas e, por fim, a “solução final” o assassinato em massa<sup>76</sup>.

A apuração deste aparato levou a uma mudança de mentalidade por parte da sociedade internacional, na qual não mais se pode afirmar e admitir que o Estado possa agir como bem entender em relação aos seus cidadãos, não sendo alcançado no âmbito internacional por qualquer responsabilização. O instituto da responsabilidade internacional do Estado foi ampliado para receber a hipótese de cometimento de ato ilícito perante o direito internacional dos direitos humanos, tendo por sujeito ativo na ação o indivíduo.

---

<sup>76</sup> Dados extraídos da obra de Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém*, 1999, p. 50-52.

Nesse ponto, é determinante a mudança de prisma da soberania estatal bem como a inclusão definitiva do indivíduo no cenário internacional como sujeito de direito internacional. No dizer de Celso Lafer:

O sistema internacional que se configurou depois da Segunda Guerra Mundial teve, entre os seus ingredientes constitutivos, no campo dos valores, o impacto do mal ativo, associado à prepotência do poder tal como exercido pelos governantes dos regimes totalitários, manifesto em especial no horror *erga omnes* da descartabilidade do ser humano no período nazista. A percepção de que isto representou uma ruptura inédita em relação à tradicional preocupação com o bom governo dos Estados soberanos, instigou um alargamento e um aprofundamento da temática dos direitos humanos no plano internacional<sup>77</sup>.

As violações dos direitos humanos praticadas na era Hitler levaram ao que Hannah Arendt denominou “*a banalidade do mal*”, pois os atos praticados nem mesmo geraram uma crise de valores nos agentes do Estado alemão, ao revés transpareceu – segundo investigação posterior, bem como se depreende de depoimentos de agentes alemães - a total ausência de quaisquer reflexões de conceitos como certo ou errado, justo ou injusto, digno ou indigno; daí decorrer a banalidade, do total vazio de pensamento dos agentes do Estado no cumprimento de ordens de superiores ou no estrito cumprimento de leis.

Esse agir coletivo leva ao questionamento de como ou qual é a responsabilidade do cidadão por atos cometidos nos quadros de licitude de um Estado soberano e reconhecido pelos demais. Ainda, neste íterim, a quando do final da Segunda Guerra Mundial restou a pergunta: como agir quando o injusto

---

<sup>77</sup> LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos*. 2000, p. 188.



aparece como lícito? Neste embate só há uma saída, a contraposição de valores, possível de ser realizada por uma reflexão, análise de consciência<sup>78</sup>, a capacidade de julgar, o ajuizamento de cada um, para distinguir o mal, o injusto.

Os relatos dos horrores perpetrados no período da Segunda Guerra Mundial, a constatação de que o Estado pode ser o agente do mal contra seus próprios nacionais, sendo que ao indivíduo não restam direitos ou garantias para se contrapor, marcou uma nota dissonante na consciência<sup>79</sup> da sociedade internacional.

Ao final da Segunda Guerra, foi firmado o Acordo de Londres de 1945, pelo qual foi instituído um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. O Tribunal de Nuremberg assim foi formado com a competência de julgar os crimes cometidos ao longo do nazismo. Este fato transformou-se num extraordinário propulsor do movimento de internacionalização dos direitos humanos, trazendo entre suas atribuições o julgamento dos seguintes crimes: i) crimes contra a paz; ii) crimes de guerra; e c) crimes contra a humanidade.

---

<sup>78</sup> Na obra *Antígona* de Sófocles questão semelhante se avizinha. Antígona insurge-se contra as leis do soberano Creonte (leis humanas) alegando que são contrárias as de Zeus (leis divinas): Creonte questiona: ousastes transgredir minhas leis? Ao que Antígona responde: Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. É um diálogo que desponta em mote oposto ao da ausência de reflexão dos agentes do Estado alemão, pois Antígona rebela-se e descumpra as leis dos homens por entender que, segundo a sua consciência, são flagrantemente contrárias as leis divinas, sendo injustas. (SOFÓCLES. *Antígona. Tradução de Donaldo Schüler*. Porto Alegre: L & PM, 2002)

<sup>79</sup> Com esta reflexão, pretende-se alcançar a tomada de consciência - esta possibilidade de se autojulgar, "de olhar para seu interior" -, que acometeu a sociedade internacional no século XX, principalmente após o evento das duas Grandes Guerras Mundiais. É notório que o processo histórico da humanidade é marcado por inúmeras guerras dentre os povos, inclusive este é um ponto de tensão no direito internacional que pretende reger todos os conflitos ou litígios internacionais - todo desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados -, de modo a apontar soluções pacíficas como o uso dos meios diplomáticos, dos meios políticos ou dos meios jurisdicionais, antes da utilização do meio extremo, qual seja, o direito de guerra.

Na sua totalidade, esses eventos levaram à conclusão derradeira, apontada por Flávia Piovesan de que:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos<sup>80</sup>.

#### **1.4. Consideração necessária: o fenômeno da globalização**

Considerando a ampliação da sociedade internacional com a inclusão de atores partícipes, como as organizações não-estatais, como as organizações não-governamentais e mesmo as empresas multinacionais ou transnacionais; ainda, a presença dos indivíduos ao lado ou em oposição ao sujeito internacional originário, por definição, o Estado; e o relevo dos foros interestatais, as organizações internacionais temáticas, não poderíamos afastar algumas considerações necessárias sobre o tema da globalização. De antemão, entendido como um processo, um contínuo histórico, e como tal em perene transformação. Vislumbramos a globalização como responsável pela mutação das relações internacionais e, também, grandemente do último século ao dias de hoje, de alcance local, conforme o estreitamento das comunicações, a adaptabilidade tecnológica, a formação de mercados – dentre outros fenômenos.

---

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 132.

Sendo assim, o processo de globalização voga desde dados históricos que sinalizam a separação entre Estado e Igreja. Mais precisamente, a partir das mudanças institucionais da Europa Medieval – caracterizada pela repartição de poderes entre a coroa, os senhores feudais e as cidade e regiões que gozavam de foros especiais; fatores que geraram a formação da Primeira Ordem Econômica Mundial. A expansão marítima foi associada ao crescimento do comércio internacional e possibilitou a formação de um tecido econômico, social e político de cada espaço nacional, plenamente favorecido pela ampliação do conhecimento científico e suas aplicações tecnológicas na produção e na navegação.

O desenvolvimento observado nos países europeus nos séculos XVI e XVII foi consolidado por fatores internos e externos, dentre eles: i) pela repartição estável de poder, entre a Coroa, a nobreza e os emergentes setores urbanos; ii) pela tolerância religiosa; e iii) pela empatia do poder político com os interesses privados responsáveis pela produção e comércio<sup>81</sup>. Ademais, a formação da Primeira Ordem Econômica Mundial deu-se com a implementação do projeto europeu de expansão e dominação planetária. O cenário econômico, os movimentos religioso-cristãos, a cooperação nas ciências, a influência nas artes – pinturas, esculturas, arquitetura, etc. – permitiram a Europa transcender as fronteiras continentais; o foco deslocou-se da produção de história local para uma Europa agente da história mundial.

Nesse ínterim, é delineado o sistema econômico que marca o cenário mundial até os dias de hoje; no dizer de Aldo Ferrer:

---

<sup>81</sup> Dados extraídos da obra de Aldo Ferrer, *Historia de La globalización*, 2000, p. 395-397.

*Los factores tangibles del poder (población y territorio) conservaron importância pero los intangibles (acumulación em el sentido amplio) fueron determinantes em La distribución Del poder entre lãs naciones). La gravitación de cada país em el orden global dependió de su desarrollo nacional. Cuando convergieron los factores tangibles del poder com los intangibles surgieron las grandes potencias hegemônicas.*

Por seu turno, a Revolução Industrial no século XVIII, com a evolução da técnica, propiciou uma mudança massiva na forma de acumulação de capital, na estrutura produtiva, na estratificação social e na organização do mercado mundial e da repartição do poder, inaugurando o que se convencionou denominar de Segunda Ordem Econômica Mundial. Com este prisma, é assente que a noção de globalismo, nos termos vivificados no século XXI, tem por base o capitalismo.

As forças decisivas, pelas quais se dá a globalização do mundo, instituindo uma configuração histórico-social nova, surpreendente e determinante, são as forças deflagradas com a globalização do capitalismo, processo esse que adquiriu ímpetus excepcionais e avassaladores desde a Segunda Guerra Mundial e mais ainda com a guerra fria, entrando em franca expansão após o término desta<sup>82</sup>.

Nesse sentido, Celso Lafer afirma que

a queda do Muro de Berlim, o desaparecimento da URSS e o fim do conflito Leste/Oeste trouxeram uma mudança do paradigma de funcionamento do sistema internacional. Propiciaram a criação de novo quadro político, com impacto no Direito, pois com a transformação do paradigma, esses eventos levaram a um mundo de *polaridades*

---

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins de (org.). *Globalização, Regionalização e Nacionalismo*, 1999, p. 16.

*indefinidas*. Este está sendo trabalhado, simultaneamente pelas *forças centrípetas de globalização* e pelas *forças centrífugas de fragmentação*. Ambas operam em múltiplas instâncias e foros e abrangem o campo estratégico militar, o de valores e o econômico<sup>83</sup>.

Ainda,

o que ocorre no fim do século XX, com o desenvolvimento intensivo e extensivo do capitalismo pelo mundo, abrindo ou reabrindo fronteiras, é a emergência de uma configuração geo-histórica original, dotada de peculiaridades especiais e de movimentos próprios, que se pode denominar global, globalizante, globalizada ou globalismo. Trata-se de uma realidade social, econômica, política e cultural de âmbito transnacional. Pode recobrir, impregnar, mutilar ou recriar as mais diversas formas de nacionalismos, assim como de localismos, provincianismos, regionalismos e internacionalismos, bem como de colonialismos e imperialismos. Nem sempre anula o que preexiste, mas em geral modifica o lugar e o significado do que preexiste<sup>84</sup>.

De todo modo, vimos ultrapassadas as polaridades outrora tão bem definidas como capitalismo *versus* socialismo, solapadas pelos eventos históricos supramencionados e substituídas por uma estrutura multilateral; em paralelo, há de ser admitir o inarredável fenômeno da globalização - apoiado na velocidade

---

<sup>83</sup> LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos* – reflexões sobre uma experiência diplomática, 2000, p. 33.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins de (org.). *Globalização, Regionalização e Nacionalismo*, 1999, p. 20. Ainda os autores: *Na medida em que se desenvolve, intensifica e generaliza, o processo de globalização modifica mais ou menos radicalmente realidades conhecidas e conceitos estabelecidos. Configurações geo-históricas que apareciam cristalizadas revelam-se problemáticas, insatisfatórias ou anacrônicas. De um momento para outro, torna-se difícil manter as noções de primeiro, segundo e terceiros mundos. Simultaneamente, reduzem-se as distâncias e as diferenças entre o oriente e o Ocidente, tanto no nível do imaginário como das relações, processos e estruturas que neles predominam. Torna-se impossível manter a distinção ideológica entre 'povos históricos e povos sem história', da mesma forma que entre 'ocidentais e orientais'. Debilitam-se as fronteiras reais e imaginárias que se haviam desenhado nas épocas do colonialismo e do imperialismo, como o liberalismo, o evolucionismo e o darwinismo social. Em poucas décadas, intensifica-se e generaliza-se a adoção das tecnologias da eletrônica na produção material e espiritual, nos meios de comunicação e informação, o que influencia a maneira pela qual as coisas, as gentes e as idéias desterritorializam-se, como errantes do novo século (p. 21).*

dos avanços tecnológicos, na formação de intrincada rede mercantil, transformadora do meio cultural, artístico e das comunicações.

No presente, visualiza-se um novo paradoxo, qual seja: do nacionalismo *versus* globalização. O questionamento é como agir perante tantas transformações. A título de exemplo: ainda na década de 70 seria impensável a China parceira de uma Organização Internacional cujo objetivo é a regulação do comércio internacional – como é a OMC, assim como os Estados Unidos da América aproximarem-se do Vietnam, no final do século XX, para reatar relações internacionais e entabular práticas comerciais.

Há que se exigir cautela, pois o tema da globalização é cerceado por prévias noções ideológicas; para muitos na América Latina o tema seria melhor denominado como ‘americanização’, identificando o fenômeno como continuidade da política de distanciamento entre os cenários econômicos dos países de primeiro e terceiro mundo. É de difícil delimitação o tema da globalização, pois em simultâneo coexistem questões histórico-econômicas e efeitos sociais e culturais.

Para Nestor García Canclini:

a globalização pode ser vista como um conjunto de estratégias para realizar a hegemonia de conglomerados industriais, corporações financeiras, *majors* do cinema, da televisão, da música e da informática, para apropriar-se dos recursos naturais e culturais, do trabalho, do ócio e do dinheiro dos países pobres, subordinando-os à exploração concentrada com que esses atores reordenaram o mundo na segunda metade do século XX.

Mas a globalização é também o horizonte imaginado por sujeitos coletivos e individuais, isto é, por governos e empresas dos países dependentes, por produtores de cinema e televisão, artistas e

intelectuais, que desejam inserir seus produtos em mercados mais amplos<sup>85</sup>.

George Soros, ao abordar a globalização, admite que o tema apresenta ampla variedade de significados, contudo, restringe sua avaliação as deficiências do capitalismo global e aponta a seguinte definição: “de desenvolvimento dos mercados financeiros globais, de crescimento das empresas transnacionais e do crescente domínio destas sobre as economias nacionais”. Porém, admite que “também seria possível discutir a globalização da informação e da cultura; a difusão da televisão, da Internet e de outras formas de comunicação, e o aumento da mobilidade e da comercialização de idéias”<sup>86</sup>.

Zygmunt Bauman em introdução ao tema da globalização apresenta idéia paradoxal sob a percepção do tempo e do espaço, permitindo perceber que:

os processos globalizadores não têm a unidade de efeitos que se supõe comumente. Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo ‘localizador’, de fixação no espaço. [...] O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel. A mobilidade galga ao mais alto nível dentre os valores cobijados – e a liberdade de movimentos, uma mercadoria sempre escassa e distribuída de forma desigual, logo se

---

<sup>85</sup> CANCLINI, Nestor Cargía. *A globalização imaginada*, 2003, p. 29.

<sup>86</sup> SOROS, George. *Globalização*, 2003, p. 43.

torna o principal fator estratificador de nossos tardios tempos modernos ou pós-modernos<sup>87</sup>.

À revelia de tantas dissensões acerca da globalização, é factível a existência de duas forças em ação, opostas e simultâneas, de um lado rumo ao internacionalismo de mercados, tecnologias, cultura, práticas e até mesmo de normatividade; de outro, temos a criação de espaços fragmentados, localizados, distantes dos empuxes globais<sup>88</sup>. O entusiasmo de início que aclamou a globalização - como fator decisivo na equalização das economias e melhor distribuição de riquezas em esfera global - arrefeceu com a observação de que a denominada *globalização real* falhou. A promessa de que a abertura comercial, a privatização e as leis do mercado distribuiriam a riqueza internacionalmente demonstrou-se vã, pois a sede do sistema financeiro internacional e a ascensão das empresas multinacionais no âmbito mundial, para além do recrudescimento de políticas centralizadoras na *guerra contra o terror*, liderados pelos Estados Unidos da América no pós 11 de setembro de 2001, lançaram novos desafios ao

---

<sup>87</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as conseqüências humanas*, 1999, p. 7-8. O autor prossegue: *Todos nós estamos, a contragosto, por desígnio ou à revelia, em movimento. Estamos em movimento mesmo que fisicamente estejamos imóveis: a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança. [...] Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam [...].*

<sup>88</sup> Balizando esta noção, Zygmunt Bauman afirma que: *em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas, ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com ‘as distâncias não significando mais nada’, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado. [...] Alguns podem agora mover-se para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés (In: *Globalização as conseqüências humanas*, 1999, p. 25).*



século XXI; cumpre ao Direito, em especial ao Direito Internacional, reforçar o tecido normativo humanista, imiscuir-se nas ordens nacionais e implementar força coativa ao pactos internacionais com *mister* ordenador da convivência humana.

Por derradeiro, em uníssono com Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva reconhecemos:

O Direito Internacional possui limitações conhecidas. Trata-se de fazer valer a necessidade de regulação eficiente das questões internacionais, como meio e modo, e de ir aprimorando a ordem internacional. Que seja esta incompleta e falível já o sabemos desde Grotius, mas como ele acreditava, temos a possibilidade de ir progressivamente desenvolvendo estrutura normativa, apta para assegurar mais eficiente regulação das necessidades intrinsecamente internacionais deste mundo em crescente processo de internacionalização, no sentido de permeabilidade e interpenetração das esferas nacionais, locais, internacionais e globais entre si. O que os economistas denominam 'globalização' e todos repetem, dizendo-se ser contra ou a favor, sem saber a respeito do que se fala, é simplesmente processo irreversível de mutação dos patamares de criação e circulação da riqueza no mundo. Não cabe questionar se gostamos ou não: isto em nada alterará o curso do processo que está inexoravelmente tendo lugar, com tendência à crescente aceleração e aprofundamento do chamado 'fosso digital' entre países detentores de tecnologia de ponta e os demais que ficarão para trás, literalmente à velocidade da luz. A chamada globalização é fato consumado. Não cabe questionar como veio e como se instaura. Está presente e temos de levar em conta esse dado essencial da realidade atual. A partir da constatação da inevitabilidade desta, talvez possamos baixar as reservas mentais e ver a necessidade de atuar de modo eficiente neste mundo, de responsabilidades compartilhadas, que mudou para sempre e pode deixar para trás os saudosistas de outras eras nacionais<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 19.

## CAPÍTULO II – O ESTADO E A NOVA SOBERANIA

*“É o estado uma união de famílias e de comunas, união bastante a si mesma não apenas para viver, mas ainda para viver bem e viver feliz. Numa palavra, o fim do estado é a prosperidade da vida” (Aristóteles, A Política).*

*“O conceito de soberania deve ser radicalmente mudado. É esta a revolução da consciência cultural da qual necessitamos em primeiro lugar” (Hans Kelsen, célebre Ensaio sobre a soberania de 1920).*

### 2.1. A configuração do Estado

A conceituação de Estado guarda acirradas divergências e, a despeito das inúmeras pesquisas sobre o tema, não foi alcançada a unicidade conceitual. Deste modo, traremos a baila algumas opiniões que de forma alguma pretendem esgotar a matéria, mas tão-somente demonstrar a diversidade de conceitos conforme o ângulo de abordagem do Estado e de seus problemas.

Hans Kelsen, ao abordar o tema da identidade do Estado, e mais especificamente, ao analisar o Estado como ordem jurídica destacou:

Nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização<sup>90</sup>.

Ademais, Kelsen repudia o dualismo de Direito e Estado, dizendo que “uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de “Estado e Direito”. Em outros termos, todo Estado tem que ser um Estado de Direito porque necessariamente é uma ordem jurídica, seja ela fundada em princípios democráticos ou sequer autocráticos, o que importa é que a comunidade organizada terá um ordenamento que consistirá em ordem coerciva de conduta, corroborando, então, a tese de que o Estado, juridicamente, é o próprio Direito, independente de valores morais ou de justiça.

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que, perante a diversidade de conceitos (jurídicos, filosóficos, sociológicos, etc.), caberia à Teoria do Estado a missão de integrar os resultados fornecidos e oferecer um conceito uniforme e universal. No entanto, esta missão depara-se com dois grandes obstáculos: i) a dificuldade de se alcançar um conceito que seja aceito como “científico”; e ii) a existência de profundas divergências dentro do âmbito da Teoria do Estado. Mesmo assim, é esboçado um conceito considerando os elementos componentes, objetivos e o funcionamento do Estado, qual seja: “O Estado é uma

---

<sup>90</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2000, p. 316 e 353, respectivamente.

ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>91</sup>.

Para José Afonso da Silva, o Estado é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, em que a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades<sup>92</sup>. Já a elaboração da Constituição do Estado vem a ser a etapa de institucionalização dos novos poderes, requerida pela natureza de todo poder, e compreende a expedição do estatuto jurídico que deverá reger o Estado<sup>93</sup>.

Já Celso Ribeiro Bastos entende o Estado, enquanto sociedade política, resultante:

de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. Nessa altura, uma série de fatores, que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval, torna possível – e mesmo necessária – a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno..

Ainda, ressaltando a dificuldade de encontrar uma definição para Estado; Celso Ribeiro Bastos formula a seguinte definição de Estado: como “organização política sob a qual vive o homem moderno [...] resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam

---

<sup>91</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*, 2001, p. 55-56.

<sup>92</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2000, p. 89-90.

<sup>93</sup> Neste sentido, Luis Carlos Sachica: “*La siguiente fase de la constitucion del Estado, que comprende la expedición del estatuto jurídico que deberá regirlo, sobre la base de la legitimidad republicana*” (In: *Esquemas para una Teoria del Poder Constituyente*. 1985, p. 44).

num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente”<sup>94</sup>.

O Estado, de acordo com a teoria tradicional, é composto de três elementos: população, território e governo, este configurando o poder exercido de forma independente. Muito embora esta teoria seja prevalente na doutrina, há quem questione se seriam pressupostos para existência do Estado, ou meros elementos integradores de sua existência. Por outro viés, há ainda quem defenda a necessidade de outros elementos que então conjugados formariam o Estado ou, em caminho inverso, que a permanência do elemento humano seria condição suficiente para a existência e a continuação ininterrupta deste, considerando o princípio de sua continuidade. Contudo, com a finalidade de delinear o Estado na ordem jurídica internacional, utilizaremos a teoria tradicional de modo a tecer algumas considerações a seu respeito, seus elementos e a Constituição.

De início, o território consiste na área em que cada Estado - de acordo com convenções entre os Estados - poderá agir com plena eficácia, respeitando os limites com os demais. Segundo Kelsen<sup>95</sup>, o território do Estado é um espaço rigorosamente delimitado, consistindo no domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual. Não é um pedaço, exatamente limitado, da superfície do globo, mas um espaço tridimensional ao qual pertencem o subsolo, por baixo, e o espaço aéreo por cima da região compreendida dentro das chamadas fronteiras do Estado.

Para Celso Ribeiro Bastos, o território é concebido como um requisito para a existência do Estado, firmando sua opinião na assertiva de que o

---

<sup>94</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 2000, p. 06-08

<sup>95</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2000, p. 319.

ser humano, na situação atual de seu desenvolvimento, é um ser preso ao planeta Terra<sup>96</sup>; logo, enquanto esta situação perdurar, só existirão Estados conexos ao seu território.

Já no âmbito do direito internacional diz-se que o território é área onde o Estado exerce a sua jurisdição, ou seja, a área que detém para atuar uma série de competências. A jurisdição do Estado manifesta-se de forma geral quando exerce em seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. E, também, manifesta-se de forma exclusiva<sup>97</sup> no sentido de que, no exercício de suas competências, o Estado não enfrenta a concorrência de outros pares homólogos.

A população é constituída pelos indivíduos que pertencem a um Estado. Para Kelsen, não há outro critério que identifique um certo indivíduo e não outro qualquer como pertencente a um determinado Estado do que o fato de que ele conjuntamente com outros submetam-se a uma mesma ordem coercitiva relativamente centralizada, quer dizer, estão jungidos por um vínculo que é jurídico, pois atuam sob um único ordenamento.

A população do Estado é constituída pelo conjunto das pessoas instaladas em caráter permanente sobre seu território: uma vasta maioria de súditos locais e um contingente minoritário – em número proporcional variável,

---

<sup>96</sup> Observa-se que Celso Ribeiro Bastos alerta para a possível evolução tecnológica acarretando mudanças radicais – imaginando no futuro ser possível a manutenção de populações no espaço que circunda a Terra por tempo indefinido – para indagar se algo impediria de admitir que uma dada população se erigisse, como uma unidade política autônoma, com sede no Espaço. Conseqüentemente, para o autor, seria perfeitamente possível imaginar comunidades soberanas desprendidas do elemento território. E que só a possibilidade de existir tal hipótese logicamente admissível demonstra que o território não é um elemento componente, integrante do próprio Estado, no sentido de exprimir-lhe essência. (*Curso de Direito Constitucional*, 2000, p. 11).

<sup>97</sup> É o que F. Rezek traz à baila ao afirmar que não cabe invocar o princípio da justiça universal para legitimar a ação policial de agentes de certo Estado no território de outro. Só o Estado no exercício de sua jurisdição exclusiva é quem pode tomar medidas restritivas contra pessoas da feita que é o detentor do monopólio estatal da força pública. (In: *Direito Internacional Público – Curso elementar*, 2007, p. 154).

conforme o país – de estrangeiros residentes. Importante lembrar que a dimensão pessoal do Estado não é a respectiva população, mas a comunidade nacional, ou seja, o conjunto de seus súditos, incluindo aqueles minoritários que se tenham estabelecido no exterior.

Quanto a esse requisito ou elemento do Estado, é visível que não é facilmente destacável como o território, principalmente se considerada a essência do princípio da continuidade do Estado que é a sua permanência enquanto houver identificação com parcela de comunidade humana. Agora, se, por esforço imaginativo, um Estado sofresse gradual alteração do seu povo, seria de se questionar a manutenção ou não da identidade do Estado.

No que se refere aos membros da comunidade nacional, espectro de maior amplitude do que a população por abranger os nacionais residentes no exterior, não se pode olvidar o vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, qual seja: a nacionalidade. É princípio geral do direito das gentes a regra expressa no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948, que estabelece que: o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade; isto é traduzido na expressão de que *todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade*.

Além do princípio geral, existem tratados multilaterais que procuram reduzir os problemas relativos à nacionalidade em virtude de certos Estados, demasiados absorventes ou, ao contrário, refratários à concessão de nacionalidade. Neste sentido, a Convenção de Haia, de 12 de abril de 1930 (promulgada no Brasil, pelo Decreto n. 21.798 de 6 de setembro de 1932), proclama de início, a liberdade do Estado para determinar, através do direito

interno, quais são seus nacionais, ponderando, embora, que tal determinação só é oponível aos demais Estados quando revestida de um mínimo de *efetividade*, à base de fatores ditados pelo costume pertinente (lugar do nascimento, filiação, tempo razoável de residência ou outro indicativo de vínculo como pressuposto da naturalização).

Dessa forma, a nacionalidade recebe a atenção dos ordenamentos jurídicos nacionais que, no entanto, devem atender o estabelecido pelo direito internacional, sejam as regras gerais ou mesmo as regras oriundas de ato convencional dos Estados. Na elaboração do texto máximo da estruturação da ordem jurídica de um Estado, a temática que não pode estar ausente é a que concerne à nacionalidade, pois não é compreensível a existência de um Estado que seja composto por estrangeiros ou que seu governo, tido como soberano, esteja retido nas mãos de súditos de outros Estados.

Ainda, Hans Kelsen aponta como terceiro elemento do Estado o poder que é exercido por um governo estadual independente:

Evidente que o chamado poder do Estado que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas – que o poder do Estado tem caráter normativo. O chamado poder estadual é a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva.



Dizer que o governo estadual, que exerce o poder do Estado, tem de ser independente, significa que ele não pode juridicamente ser vinculado por qualquer outra ordem jurídica estadual, que a ordem jurídica estadual só está subordinada à ordem jurídica internacional, se é que se subordina a qualquer outra ordem jurídica<sup>98</sup>.

Resguardado o movimento do constitucionalismo moderno, desponta nessa questão a memória da Constituição como a norma jurídico-positiva mais elevada no ordenamento jurídico nacional. De outra forma, a Constituição afirma-se como ordem jurídica regente da relação Comunidade e Estado e, como lei fundamental e suprema do Estado, toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.

## **2.2. A soberania e o Direito Internacional**

Nem sempre ao longo da história tivemos a assertiva da Constituição como medida do exercício do poder soberano, muito menos, a correlação entre vontade soberana do governante e vontade soberana do povo, ou mesmo, o diálogo um tanto excludente de Estado de Direito e Poder Soberano. Francisco de Vitoria foi um autor – para alguns, ativo participante na formação do direito internacional – que distinguiu os Estados, à moda de Kelsen, como ordenamentos com base na equiparação entre direito e Estado:

---

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2000, p. 320.

As leis civis, ele afirma, obrigam os legisladores e principalmente os reis, os quais, portanto, não são *legibus soluti* livres da obediência às leis – como serão, ao contrário, para Bodin, ao qual se deve a clássica definição de soberania como *summa in cives ac súbditos legibusque soluta potestas* (o mais alto poder sobre os cidadãos e os súditos, livre da obediência às leis) - , mas sujeitos às leis que *etiam si ferantur a rege, obligant ipsum regem* (apesar de serem outorgada pelo rei, vinculam também o próprio rei).

Ainda Vitoria, enuncia o fundamento democrático da autoridade do soberano, de forma antecipatória ao que hoje denominamos princípio da soberania popular, ao afirmar que: “o príncipe recebe sua autoridade da república, e, portanto, deve usá-la para o bem da república. Por isso, as leis devem ser promulgadas não em vista de alguma vantagem particular, mas sim em prol do bem comum dos cidadãos”<sup>99</sup>.

Em tese contrária, Hugo Grotius, ao descrever o que é o poder soberano, afirma que:

*chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados a bel-prazer de uma vontade humana estranha. Dizendo ‘vontade humana estranha’, excluo aquele que exerce esse poder soberano e ao qual é permitido mudar de vontade. Excluo também seu sucessor que goza do mesmo direito que ele e que, em decorrência, possui o mesmo poder e não outro. Vejamos qual o objeto desse poder supremo. Ele é comum ou próprio. Do mesmo modo que o objeto comum da visão é o corpo e que seu objeto próprio é*

---

<sup>99</sup> Dados extraídos da obra de Luigi Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*, 2002, p. 8-9.

o olho, assim o objeto comum da soberania é o Estado que definimos anteriormente como uma associação perfeita<sup>100</sup> (grifo nosso).

Para identificar um Estado como pessoa jurídica de direito das gentes, não basta um território delimitado com população estável e sujeita à autonomia de um governo, pois estes caracteres são encontráveis em estados que compõem uma federação. O Estado é identificado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. De outro modo, é possível afirmar que a soberania é atributo fundamental do Estado, fazendo-o titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas, mas nenhuma outra entidade as possui superiores.

---

<sup>100</sup> GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, Volume I, 2005, p. 175-176. O autor: *excluímos por esta razão os povos que aceitaram passar sob a dominação de outro povo, como o eram as províncias dos romanos, pois não constituem por si mesmos um Estado, no sentido que ora atribuímos ao termo, mas são os membros menos dignos de um grande Estado, do mesmo modo que os escravos são membros de uma família. Em contrapartida, pode ocorrer que o chefe seja o mesmo para vários povos que, no entanto, formam cada um em particular uma sociedade perfeita. Não é, de fato, a mesma coisa um corpo natural e um corpo moral; uma só cabeça não pode servir a vários corpos humanos, mas com relação aos Estados, uma só pessoa considerada diversamente pode ser o chefe de vários corpos distintos. Uma prova conclusiva dessa proposição pode ser tirada do fato que, na extinção da casa reinante, o poder soberano retorna a cada um dos povos separadamente. Pode ocorrer ainda que vários Estados estejam ligados entre si por uma aliança muito estreita, que formam uma espécie de sistema, como Estrabão se expressa em mais de um local, e que contudo cada um separadamente não cessa de conservar sua situação de Estado perfeito. Esta observação foi feita por outros autores e por Aristóteles em muitas passagens. Assim, pois, o objeto comum da soberania será o Estado, tomado no sentido que acabamos de salientar. O objeto próprio será uma pessoa única ou coletiva, segundo as leis e os costumes de cada nação, “o primeiro poder do Estado”, segundo Galeno, no livro VI dos preceitos de Hipócrates e de Platão.*

Sendo assim, a “criação do Estado resulta, portanto, do exercício do direito de autodeterminação de um povo que, no território que é seu, e no exercício do poder de auto-organização ou da competência das competências (“*Kompetenz-Kompetenz*”), institui o seu próprio poder político soberano”<sup>101</sup>. O poder soberano pode ser observado sob dois prismas: interno e internacional; comumente o primeiro é objeto de análise constitucional, enquanto o segundo é expresso como um poder independente na ordem externa. O que caracteriza o Estado soberano - ademais como sujeito de direito internacional - é a presença de dois fatores, a saber: i) a unidade, tanto na organização política interna como na adoção de políticas internacionais válidas para todo território nacional; e ii) a permanência, espelhada na manutenção do Estado no plano internacional, independentemente de mudanças internas do seu governo; isto significa que os compromissos – plexo de direitos e obrigações - assumidos anteriormente em nome do Estado são mantidos.<sup>102</sup>

A soberania é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, muito mais do que uma idéia doutrinária. A Carta da ONU afirma em seu art. 2, § 1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. No âmbito regional, a Carta da Organização dos Estados Americanos estatui no art. 3, ‘f’ que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. Toda a jurisprudência internacional, compreendida a Corte de Haia, é

---

<sup>101</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, 2002, p. 328.

<sup>102</sup> Dados extraídos da obra de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 329 *apud* Kristina Marek, *Identity and Continuity of States*, 2<sup>a</sup> ed., Genebra, 1968; Fiedler, *Das Kontinuitätsprinzip im Völkerrecht*, Colônia, 1978; Seidl-Hohenveldern, p. 152-153; e André Gonçalves Pereira, *Da sucessão de Estados*, p. 16-20.

Ainda, nas lições de Konrad Hesse, o Estado só pode ser compreendido na medida em que se apóie em duas dimensões: como uma unidade que deve ser constantemente criada, preservada e consolidada e como atividade e atuação dos poderes sobre esta base constituídos.

carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência<sup>103</sup>. Todavia, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros alertam que

a evolução do Direito internacional e do conceito de soberania foram pondo em crise a igualdade soberana dos Estados, desde logo porque ela se ia manifestando desajustada à realidade internacional. E daí tem vindo a acontecer que nas modernas Organizações Internacionais, sobretudo nas Organizações supranacionais, se tem generalizado progressivamente o sistema da ponderação dos Estados em função de critérios pré-definidos, que normalmente atendem à sua dimensão demográfica e à sua extensão territorial<sup>104</sup>.

No dizer de Jorge Miranda<sup>105</sup> a vida internacional pretendeu se assentar, a partir dos séculos XVI-XVII, num sistema de Estados livres e iguais, mas nunca foi nem conseguiu ser uma ordem puramente equilibrada de potências soberanas, tanto na Europa como em outros continentes. Existem três direitos exercidos pelos Estados, que revelam a presença da soberania, quais sejam:

i) o *jus tractum* ou direito de celebrar tratados;

ii) o *jus legationis* ou de receber e enviar representantes diplomáticos; e

iii) o *jus belli* ou de fazer guerra, sendo este, por força da proibição do recurso à guerra previsto na Carta da ONU, art. 2º, nº 4, interpretado como mero direito de legítima defesa, individual ou coletiva. Outro direito foi incluído a

---

<sup>103</sup> Dados extraídos da obra de Francisco Rezek, *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 2007, p. 215-216

<sup>104</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, p. 332.

<sup>105</sup> Dados extraídos da obra de Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 189-190.

este rol, o direito de reclamação ou de impugnação internacional, ilustrado pelo direito do Estado a defender seus interesses perante organizações internacionais. Daí, observar-se um distanciamento da realidade com a previsão normativa internacional de igualdade soberana entre os Estados, pois nem todos terão a capacidade plena de exercício dos direitos acima mencionados.

Para além do distanciamento fático entre o Estado, detentor de soberania e o princípio de igualdade soberana entre Estados, que cumularam em vários confrontos bélicos destarte os esforços da Organização das Nações Unidas, ainda hoje é perceptível o feixe de influências e anseios de soberania e independência nacional que permitiram alterações na geografia política internacional. O estudo da sucessão de Estados ganhou maior importância com exemplos recentes como: i) da dissolução da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>106</sup>, em 26 de dezembro de 1991, dando origem a 15 repúblicas independentes: sete na Europa (Estônia, Letônia, Lituânia, Belarus,

---

<sup>106</sup> Informações do Jornal Folha de São Paulo de 23/04/2007: No final dos anos 1980, o então presidente da União Soviética, Mikhail Gorbachev, deu início a um processo de abertura econômica e política. No lado econômico, o sistema planejado e altamente centralizado deveria ser substituído gradualmente por elementos da economia de mercado - uma mudança difícil que foi acompanhada da queda de produtividade em muitos setores, assim como de problemas de distribuição.

Na esfera política, o Conselho Supremo foi substituído por um novo Congresso de 2.250 membros. Eleitores recebiam uma lista de candidatos que representavam territórios, constituintes ou grupos sociais, e muitos não-comunistas foram eleitos. O Congresso então elegeria um novo Conselho Supremo de 542 membros e escolheria seu líder, que deveria ser o presidente executivo dos congressos que seriam estabelecidos em cada república. A partir de 1989, conflitos que já existiam entre o parlamento da URSS e os das repúblicas individuais se intensificaram. A discussão era focada na divisão de poderes entre o governo central e os governos das repúblicas. O surgimento do nacionalismo étnico em várias repúblicas e as exigências crescentes de autonomia pioraram os conflitos. Depois de uma tentativa de golpe contra Gorbachev, em 1991, no qual o CPSU estava fortemente envolvido, o partido foi abolido.

Em dezembro de 1991, a URSS já havia deixado de existir na prática e o futuro de seus territórios era incerto. Três repúblicas - Estônia, Letônia e Lituânia - atingiram independência completa e foram reconhecidas como Estados soberanos, enquanto vários outros buscavam independência. Gorbachev discursou, em agosto de 1991, no Parlamento, e disse que a URSS se transformaria numa confederação, com o novo nome de União Livre de Repúblicas Soberanas. Esta união teria certo grau de integração em política externa, defesa e economia, mas as repúblicas não conseguiram chegar a um acordo.

Antes mesmo de terem uma posição legal definida, as repúblicas começaram a agir como Estados soberanos e negociaram umas com as outras diretamente, excluindo o governo central do processo.

Ucrânia, Moldávia e Rússia), e oito na Ásia (Casaquistão, Armênia, Quirguistão, Azerbaidjão, Geórgia, Tadjiquistão, Turcomenistão e Usbequistão); ii) a Iugoslávia, após violentas guerras internas, dissolveu-se, formando novos Estados nacionais como a Eslovênia, Croácia, Bósnia-Herzegovina, Montenegro, Sérvia (Voivodina é uma província autônoma da Sérvia), Macedônia e mais recentemente foi proclamada a independência do Kosovo<sup>107</sup> (antiga província da Sérvia).

---

<sup>107</sup> Folha de São Paulo de 17/02/2008: Kosovo declara independência; Sérvia não reconhece decisão - Em reunião extraordinária do Parlamento, o Kosovo declarou hoje sua independência da Sérvia. A decisão, unilateral, foi anunciada pelo premiê do Kosovo, Hashem Thaçi.

"Nós, os líderes do nosso povo, democraticamente eleitos, através desta declaração proclamamos o Kosovo um Estado independente e soberano", disse o premiê kosovar. "Essa declaração reflete a vontade do nosso povo."

A declaração de independência do Kosovo foi aprovada por 109 votos a zero, com 11 deputados ausentes. "O Kosovo é uma república, um Estado independente, democrático e soberano", disse o presidente do Parlamento, Jakup Krasniqi.

Na Sérvia, no entanto, a medida causou sensação de indignação e mal-estar diante da perda de sua Província, considerada o berço de sua nação. O presidente sérvio, Boris Tadic, disse que "a Sérvia nunca reconhecerá a independência do Kosovo". O premiê sérvio, Vojislav Kostunica, disse hoje que a Sérvia lutará "sem o uso da força" para recuperar o Kosovo, e acusou os Estados Unidos de terem imposto seus interesses na Província e a União Européia (UE) de ter "abaixado a cabeça". "Hoje foi proclamado o falso Estado do Kosovo na parte sérvia sob controle militar da Otan", disse o premiê da Sérvia. O presidente sérvio, Boris Tadic, disse que "a Sérvia nunca reconhecerá a independência do Kosovo".

Em apoio à Sérvia, a Rússia pediu à ONU (Organização das Nações Unidas) que anule a declaração de independência do Kosovo. A Rússia alega que a decisão do governo kosovar pode causar uma escalada na violência entre grupos étnicos na região.

"Esperamos que a missão da ONU e as forças da Otan [Organização do Tratado do Atlântico Norte] no Kosovo tomem providências imediatas e exerçam seu mandato [...] incluindo a anulação da decisão [sobre a independência] e a adoção de medidas administrativas duras", informou o Ministério das Relações Exteriores russo, em um comunicado.

A Rússia sustenta que a independência do Kosovo abrirá a "caixa de Pandora" das pretensões de independência de muitas outras regiões - tanto no "quintal" da Rússia (Abkhazia, Ossétia do Sul, Nagorno Karabakh e Transnístria), quanto na Espanha, França e Itália. "Aqueles que estiverem considerando apoiar o separatismo devem entender as conseqüências perigosas que suas ações podem ter sobre a ordem mundial, a estabilidade internacional e a autoridade das decisões que o Conselho de Segurança da ONU levou décadas para construir", diz ainda o comunicado do ministério.

### 2.3. Soberania e integração regional

Em pleno século XXI, não se pode olvidar as inúmeras transformações que a noção de soberania atravessou. Da tese absolutista de Bodin, aos primeiros passos sobre soberania popular em Francisco de Vitoria, ou mesmo a negação por Hugo Grotius da relação entre governante e governados, para encontrar na segunda metade do século XX nova vestimenta, a noção de soberania passou a ser repensada sob vários prismas: da soberania do Estado ao vértice da soberania do indivíduo; da soberania nacional para a soberania internacional; ou ainda, foram cunhadas novas expressões, soberania *flexibilizada* ou *compartilhada* para descrever o compartilhamento de competências entre Estados imbuídos do intento integracionista.

José Souto Maior Borges apresenta a globalização como um meio claro de superação histórica dos nacionalismos, que tiveram a sua fundamentação ideológica no princípio da soberania.

Num mundo globalizado, um nacionalismo estreito não tem mais hora, nem vez. Daí a crise do conceito de soberania. Em decorrência de sua posituação em sede constitucional (CF, art. 1º, I), a soberania não mais suporta a sua caracterização tradicional como um poder uno, absoluto, incontestável, indivisível e irrenunciável. De duas, uma: ou (i) a soberania conviverá com a integração interestatal comunitária, devendo, portanto, os Estados-membros abrir mão de parte dos seus poderes soberanos, requisito incontornável para a institucionalização da comunidade e assim sendo a soberania não seria mais absoluta e



indivisível), ou (ii) a soberania persiste absoluta, incontestável e irrenunciável e nesse caso não seria mais possível a instituição de normas comunitárias que vinculassem os Estados-membros e fornecessem o suporte jurídico para a integração. Soberania compartilhada ou repartida não mais seria soberania. Mas a soberania é no Brasil uma categoria constitucional e, pois, de direito positivo, por isso mesmo revestida de âmbito de validade limitado, dado que não há conceito jurídico-positivo submetido a regime de ilimitação na sua abrangência de significado normativo. Uma coisa é a soberania no sentido ideológico (absoluta e ilimitada), outra, bem diferente, é o seu sentido jurídico-constitucional (limitada)<sup>108</sup>.

Nesse cenário, a integração regional econômica apresentou-se como anseio antigo dos europeus, dos povos latino-americanos, dentre outros, pois, reputa-se ao movimento de integração a aproximação das instituições jurídicas dos Estados, com a finalidade de formação de blocos para ação no comércio internacional. O exemplo de maior sucesso no estreitamento dos laços integracionistas voltados a formação de espaços comunitários é o da União Européia; e, em grau diferenciado, temos a experiência vivenciada pelo Estado brasileiro, no MERCOSUL<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário, 2005, p. 69-70.

<sup>109</sup> O Mercado Comum do Sul é tema pertinente à conjuntura latino americana e, em muitas passagens, buscou na Europa um exemplo a seguir. Contudo, a feição do Cone Sul não alcançou ainda patamar distanciado do Direito Internacional, nem tampouco se inseriu no Direito Comunitário. A partir da análise, principalmente, da formação e estrutura das instituições Mercosulinas, percebemos a ausência de instituições verdadeiramente dotadas de supranacionalidade, a vontade política dos Estados-membros sofre freqüentemente influxos ao sabor de crises econômicas ou políticas, a noção de soberania por muitos ainda está aprisionada em visões absolutistas.

### 2.3.1. Aspectos do processo de integração regional ou a formação de economias de bloco – a experiência europeia

A integração regional envolve um processo, um contínuo; da observação da experiência europeia, Heleno Taveira Torres identificou formas ou fases de integração, sendo que não são isoladas nem tampouco obrigatórias; são elas: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, mercado interno (mercado único), união econômica, união econômica e monetária e união política<sup>110</sup>.

Cada uma dessas fases pode ser vivificada em diferentes graus na União Europeia e, mais proximamente, no MERCOSUL. Não obstante,

---

<sup>110</sup> Dados extraídos da obra de Heleno Taveira Torres, *Plur tributação internacional sobre a renda das empresas*, 2001, p. 724-25. A zona de livre comércio foi a forma mais simples do processo de integração, dentro da qual foi estabelecida uma livre circulação de mercadorias, sem restrições quantitativas e sem direitos aduaneiros. A característica peculiar era a inexistência de uma pauta comum sobre o comércio com países terceiros em relação ao mercado, o que originava problemas sobre o controle de tráfego dos produtos estrangeiros no interior do mercado, que entravam normalmente por intermédio dos países de pauta econômica mais favorável.

A união aduaneira foi a fase seguinte de avanço no processo de integração, na qual já existia a previsão de uma pauta aduaneira comum sobre comércio com outros países. Prosseguindo, os Estados alcançaram a forma de mercado comum, onde, além da circulação de produtos, existia a circulação dos fatores produtivos – pessoas, serviços e capitais –, o que implicou a necessidade da adoção de políticas comuns, a coordenação ou harmonização das legislações fiscais, societárias, trabalhistas etc. Como definiu a Corte de Justiça Europeia, no processo nº 15/81, em decisão de 5 de maio de 1982: “A noção de mercado comum visa à eliminação de todos os entraves intracomunitários com vistas à fusão dos mercados nacionais num mercado único que funcione em condições tão próximas quanto possível das de um verdadeiro mercado interno”.

O mercado interno surgiu, assim, como a eliminação de fronteiras, barreiras físicas, técnicas e aduaneiras entre os Estados membros, que ainda persistiam na etapa anterior, na formação de um espaço livre, como se fosse o mercado interno de um dos Estados membros. A união econômica encontra-se prevista como um estágio aperfeiçoado desse mercado único, na qual as políticas econômicas, financeiras e monetárias dos Estados membros devem ser conduzidas sob a autoridade comum. Ulteriormente, ter-se-á a união econômica e monetária, que se caracterizará pela fixação dos câmbios com conversibilidade obrigatória e ilimitada das diferentes moedas nacionais, o que exigirá três elementos essenciais: moeda única, política monetária unificada e controle unitário sobre as reservas e taxas de câmbio. Por fim, a sonhada união política (federativa, como nominam alguns comentaristas), sob a forma de Estados unidos. Evidentemente, esse foi, e está sendo, o modelo de processo de integração seguido pela União Europeia e, por isso mesmo, nada impede que um bloco de Estados “queime” algumas dessas etapas e se projete para fases sucessivas, ou mesmo estabeleça etapas alternativas para o processo em tela.

convencionou-se distinguir os estágios de integração mercosulino e europeu, pois o primeiro necessita de reiterada renovação do consentimento na consecução das fontes jurídicas enquanto na União Europeia, por força de princípios como a supranacionalidade, a subsidiariedade e a complementariedade, verifica-se o desenvolvimento do direito comunitário<sup>111</sup> como disciplina jurídica distinta do direito internacional.

Para apreciarmos a alteração de significado que a soberania assumiu no contexto integracionista do último século, faz-se necessário remeter às causas da formação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA<sup>112</sup> (Tratado CECA, de 18/04/1951, em Paris), da Comunidade Europeia de Energia Atômica – CEEA ou EURATOM e da Comunidade Econômica Europeia - CEE (Tratados de Roma em 25/03/1957).

---

<sup>111</sup> É caracter fundante e diferenciador do direito comunitário a presença da supranacionalidade, o que, no dizer de Francisco Rubio Llorente: “Desde el punto de vista jurídico, la noción de supranacionalidad implica la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de su soberanía, pero dotada también de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros: más precisamente, que tiene efecto directo em el territorio de los Estados y que, em caso de colision prevalecem sobre las normas dictadas por éstos” (Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (Coords.). La integración supranacional - El derecho público, p. 719. In: Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, *As tendências do direito público*, 2000, p. 33).

Por seu turno, o artigo 3º- B do Tratado da União Europeia institui que “a Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente tratado. Nos domínios que não sejam de suas atribuições, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, e na medida em que os objetivos da ação prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados membros e possam, pois, em virtude da dimensão ou dos efeitos da ação prevista, ser mais bem alcançados no nível comunitário”.

É indubitável que o princípio da subsidiariedade atua como elemento na busca de equilíbrio das relações entre os Estados membros e a União Europeia. Contudo, “a formulação deste principio é seguida da formulação do principio da proporcionalidade a que o Tribunal recorre freqüentemente: ‘A ação da comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado’ (Jean-Victor Louis, *A ordem jurídica comunitária*, 1995, p. 102-103).

O princípio da proporcionalidade abrange, portanto, a noção de que as medidas adotadas no seio comunitário devem ser proporcionais aos objetivos a serem alcançados.

<sup>112</sup> Em 18 de abril de 1951, foi assinado em Paris o tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), o qual entrou em vigor em 25 de julho de 1952, possuindo como fundadores seis Estados: a França, a Alemanha, a Itália e os três países que compunham o Benelux – Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo.

Com este viés, a declaração, preparada por Jean Monet em 9 de maio de 1950 e proferida pelo ministro das Relações Exteriores francês Robert Schuman, veio a assentar – o que foi reconhecido posteriormente – o primeiro passo europeu no processo integracionista. A conhecida Declaração Schuman trouxe em seu conteúdo, dentre outros elementos, a proposta de “colocar o conjunto da produção franco-alemã do carvão e do aço sob o controle duma Alta Autoridade comum, numa organização aberta a todos os outros países da Europa”, e ainda continha, a declaração, a assertiva de que “a Europa não se construirá de uma assentada, nem surgirá como um conjunto acabado; construir-se-á através de realizações concretas que criem, em primeiro lugar, uma solidariedade de facto”<sup>113</sup>.

Não é nosso escopo analisar a formação da União Européia em todas suas potencialidades e feitos históricos, mas sim ressaltar os pilares que geraram a aproximação entre os Estados, denominado afluxo europeu, que hoje é composto por 27 Estados membros; a saber: a França, a Alemanha, a Itália e os três países que compunham o BENELUX – Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo – países membros do Tratado CECA; em 22/01/1972, o ingresso da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido (de 01/01/1973 até 1977, período de transição); em 28/05/1979, a Grécia (com efeitos a partir de 01/01/1981); em 12/06/1985, a Espanha; na mesma data Portugal (com efeitos a partir de 01/01/1986); em 24/06/1994, Suécia, Áustria e Finlândia (com efeitos a partir de 01/01/1995); em 01/05/2004 – dez novos Estados: Eslovênia, Hungria, Eslováquia, República Checa, Polônia, Lituânia, Letônia, Estônia, Chipre e Malta; e em 2007, Bulgária e Romênia. Sendo assim, são pilares comunitários europeus o respeito à

---

<sup>113</sup> Dados extraídos da obra de Jorge de Jesus Ferreira Alves, *Lições de direito comunitário*, 1989, p. 25.

democracia, aos direitos humanos com vistas ao desenvolvimento de um projeto comum de paz e prosperidade.

A formação de blocos regionais, com espectro econômico e pacificador em seu nascedouro, não afasta, ao revés, interpenetra, em simultâneo, o fenômeno da globalização no século XXI, marcado pela velocidade, pela imediatidade de informações, da circulação de pessoas, bens e capitais. A formação de uma Comunidade Européia, com características inéditas como a criação de instituições comunitárias – órgãos supranacionais –, determina a distinção entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário, este, a despeito da fonte primeira ser o tratado internacional, passa a editar e aplicar normas próprias de um verdadeiro ordenamento legal comunitário.

O desenvolvimento do Direito Comunitário dá-se na esfera de relações coordenadas internacionais que voluntariamente passam a ser subordinadas, pautadas em princípios como da supremacia do direito comunitário sobre a ordem jurídica nacional. O que num primeiro momento se assemelharia à *perda* de soberania ou restrição ao exercício de sua autonomia em esfera internacional, em contrário *sensu*, é interpretado como um salto qualitativo em exercício soberano de assumir compromissos internacionais, pautados em atos volitivos dos Estados que se subordinam a órgãos supranacionais, pautados em normas próprias e subsidiados também por princípios próprios.

Nesse sentido, quanto ao Direito Comunitário, afirma Claudio Finkelstein:

Poderíamos até afirmar que é derivado do direito internacional público e assume contornos de direito internacional privado, vez que assim como

num processo federalizador, as nações se reúnem e através de tratados convencionam erigir um sistema político/legal comum. Esta primeira relação entre nações soberanas é uma relação internacional derivada dos princípios do direito das gentes. Em uma segunda fase, todavia, cumpre notar que os órgãos comunitários supranacionais passam a erigir diretamente suas normas, não mais pautados em princípios contidos no direito internacional público, mas sim nas suas próprias normas e por órgãos comunitários incumbidos da produção legislativa comunitária. Seriam estes os órgãos supranacionais. Estas normas são auto-aplicáveis e controladas por um Judiciário comunitário que nos assuntos atinentes a sua atuação sempre se sobrepõe às Cortes superiores dos Estados membros<sup>114</sup>.

Reafirma-se que o Direito Comunitário não se confunde com o Direito Internacional, seja Público ou Privado, ou qualquer outro ramo do Direito Público, pois desponta como um *tercio genus*.

Dantes era o direito internacional, o velho direito das gentes – só. Posteriormente surge o direito comunitário, restrito a certas atividades econômicas estratégicas, como a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) ou da Energia Atômica (EURATOM), ou seja, um direito comunitário circunscrito a campos econômicos limitados. Depois o direito comunitário evoluiu para a união econômica total (e.g., a Comunidade Econômica Européia). Mais tarde, dirigiu-se o avanço institucional para a união política, social, cultural, econômica, inclusive monetária, ambiental etc., ou seja, Comunidade Européia *tout court*. É assim, sob perspectiva holística (totalizadora), que o direito comunitário hoje se mostra

---

<sup>114</sup> FINKELSTEIN, Cláudio. *Integração regional. O processo de formação de mercado de bloco*, 2003, p. 31-32. Ainda o autor: “a supranacionalidade das instituições comunitárias tem sua origem quando os Estados membros se reúnem e delegam parcelas de suas soberanias a esta instituição. Sua área de competência ultrapassa àquela dos Estados membros que, nos assuntos a serem tratados pela instituição supranacional, se obrigam a respeitar e implementar suas decisões, renunciando a sua capacidade legal de legislar ou mesmo adjudicar casos relativos a esta matéria. Em suma, a instituição passa a ser hierarquicamente superior à nação. Os órgãos supranacionais podem criar regras de aplicação imediatas em todo o território comunitário, controlar a legalidade das normas e solucionar os conflitos que derivem da interpretação de tais normas” (p. 46).

(Comunidades Europeias, União Europeia). O nível de integração dos países-membros da União Europeia, apesar de suas marchas e contramarchas, surpreende as expectativas mais otimistas. E os seus limites atuam mais no âmbito territorial de validade de suas normas do que no seu âmbito material de validade. A matéria regulada pelo direito comunitário está sempre em expansão. Mas o próprio âmbito territorial comunitário tende a expansão com a adesão progressiva de novos Estados à União Europeia<sup>115</sup>.

### 2.3.2. O Direito Comunitário como via de consenso possível

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deixa assente, em seu preâmbulo, de forma sintética, o ideário que subsidiou a formação da União Europeia. Em trecho, observamos:

*Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores*

---

<sup>115</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*, 2005, p. 67-68. Ainda o autor: *Aqui, como no demais, tudo conflui para a unidade, como um eco tardio da lição pré-socrática de HERÁCLITO (“Tudo é um”). Tudo converge para a unidade, na vida da ciência, como na dos povos. Já se fala numa Europa Federal. Não será despropositado, nem contra-significativo, cogitar-se da hipótese de um governo mundial – embora em futuro ainda muito distante. EINSTEIN já o preconizava no seu tempo. Não lhe foi possível, porém, testemunhar o fenômeno comunitário, no seu acelerado nível atual de expansão, como uma etapa intermediária, antecedente talvez) ao do preconizado governo mundial. Mas EINSTEIN era um gênio e por isso mesmo contemporâneo do futuro. Viu muito à frente do seu tempo e entretanto não presenciou o estágio por suposto intermediário das organizações internacionais paraestatais (comunitárias). A sua visão política era uma antevisão do distante e hipotético futuro. Por isso ele foi em vida tão incompreendido. Mas um cientista que é compreendido pela sua contemporaneidade não é a rigor um gênio. VILLALOBOS dizia compor suas músicas como quem escreve cartas para o futuro. O passado é um prognóstico do futuro (Presidente JOHN KENNEDY). Por isso diz-se que o político convencional tem os olhos nas próximas eleições, mas os estadistas, os que generosamente sonharam a eclosão da integração comunitária, como JEAN MONET, têm os olhos nas futuras gerações. Nesse campo efetivamente só os visionários são objetivos. Mas só os ingênuos negam o caráter expansivo e irreversível da globalização tecnológica. E o fazem com base em posição ideológica – a ideologia do nacionalismo e seu consectário, a soberania estatal isolacionista. Erguer barricadas contra a globalização é metodologia de ação política, além de equivocada, ineficaz (p. 68).*

*comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de Direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.*

Ademais, a Carta conclama aos membros da União para o desenvolvimento desses valores comuns com respeito à diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa; reconhece a identidade nacional dos Estados-membros, e busca conferir maior visibilidade aos direitos fundamentais à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

Segundo Ataliba Nogueira:

o fim do Estado consiste na prosperidade pública, na *sufficientia vitae* necessária a cada um para atingir a perfeição física, intelectual e moral, correspondendo às necessidades e às deficiências naturais mais profundas, que não podem ser satisfeitas nem pelo indivíduo só, nem pela família isolada, nem por grupos sociais solitários<sup>116</sup>.

Deduz-se, então, em forma ampliada, o espírito comunitário europeu.

Ao recorrer às raízes históricas do consenso europeu, verifica-se um transpasse do individualismo estatal para a formação de uma comunidade de cultura e de civilização, ou mesmo a unidade espiritual em que a Europa viria a se exprimir, superando a falta de unidade geográfica e a diversidade de povos que nela se instalaram. Neste sentido, ao apontar correntes decisivas que percorreram o que se convencionou denominar de civilização europeia, vimos a

---

<sup>116</sup> NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *O Estado é meio e não fim*, 1945, p. 148.



essência resultante da amálgama da tradição cultural da antiguidade greco-romana e do cristianismo, do mundo mediterrâneo e dos povos germânicos<sup>117</sup>.

A Europa soube construir no século XIX, por sobre as fronteiras erguidas no decurso de um milênio e através de freqüentes congressos políticos e conferências técnicas, um espírito de entendimento, de cooperação efectiva e de enriquecimento mútuo que proporcionou ao Velho Continente um século de paz e de enorme desenvolvimento econômico, técnico e cultural. [...] A guerra de 1914-1918 viria, tragicamente, impor uma interrupção brutal e sangrenta nos esforços, até aí bem sucedidos, no sentido do estreitamento da cooperação europeia<sup>118</sup>.

Quando a Segunda Guerra Mundial chega a termo, a Europa encontra-se dizimada, um campo de ruínas, devastada economicamente e dividida por ódios e ressentimentos. A palavra de ordem passa a ser “Reconstruir a Europa” e, para tanto, são resgatados antigos precursores<sup>119</sup> do anseio de unidade europeia que ultimaram no célebre discurso de Winston Churchill,

---

<sup>117</sup> Dados extraídos da obra de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de direito comunitário*, 2004, p. 22-23. Os autores: ao apontar as correntes decisivas que percorreram a civilização ocidental, DIDER LAZARD, (in ‘L’Occidente – quel Occidente’), esquecendo embora o contributo do germanismo, escreve: “Hoje, as três correntes estão mais visíveis do que nunca: o nosso individualismo radical é ateniense; as nossas leis e as nossas instituições, impregnadas de espírito aristocrático, são romanas; a nossa paixão da justiça social é cristã” (p. 23).

<sup>118</sup> João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de direito comunitário*, 2004, p. 26-27.

<sup>119</sup> A recriação da unidade europeia constituíra sempre, ao longo dos séculos, um anseio comum a homens fora do comum: alguns, como Napoleão e Hitler, tentaram-na pela força das armas; mas o desfecho das suas aventuras sangrentas comprovou que a Europa só se uniria pela força de vontades livres. Homens de letras, como Dante e Victor Hugo, emprestaram ao anseio um toque de poesia: quem melhor do que os poetas podem sentir e transmitir a sedução da idéia da unidade de uma Europa que antes de mais nada se revela por uma comunhão de cultura de que precisamente a poesia grega e latina é expressão cimeira? Economistas como BENTHAM e SAINT-SIMON, filósofos como KANT, pensadores políticos e homens de Estado, sempre, ao longo da história, interessaram-se pela idéia: em 1304, o jurista Pierre DUBOIS concebe, antes de qualquer outro, um projecto de ‘Estados Unidos da Europa’; e depois dele, Henrique IV da França e o Duque de SULLY, William PENN, o Abade da SAINT PIERRE (com o seu “Projecto de paz perpétua”), Jean- Jacques ROUSSEAU, SANTA-SIMON e tantos outros lamentaram, de uma forma ou de outra, o fraccionamento da Europa, condenaram as rivalidades e guerras entre os seus povos e exprimiram, em termos maios ou menos abstractos, a sua visão de uma Europa uma. Dados extraídos da obra de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de direito comunitário*, p. 29-30.

pronunciado na Universidade de Zurique em 19 de setembro de 1946, no qual aponta a necessidade de organização do ocidente Europeu, face à Europa de Leste que se fechara sobre si mesma e a exortação pela criação dos Estados Unidos da Europa.

Com esse espírito, alude Paulo de Pitta e Cunha:

A formação de instituições supranacionais não se mostra frontalmente incompatível com a soberania nacional, nem afecta a dependência imediata dos Estados em relação ao direito das gentes. Mas há, sem dúvida, uma força dinâmica e um apelo poderoso no movimento europeu: a idéia de união da Europa é, em si mesma, uma inspiração criadora e exaltante – uma fonte de mística política<sup>120</sup>.

Por essas razões, resta claro que a soberania não mais é compreendida em sentido absoluto, seus contornos são definidos pela ordem jurídica internacional. O que ora se manifesta é a propensão a flexibilizar a interpretação da noção de soberania pautada na busca de instrumentos que facilitem a percepção do fenômeno comunitário. Em direito internacional, a soberania é limitada e limitável pela lei internacional. Esta reflexão leva às raízes da formação comunitária, bem como ao seu desenvolvimento e estruturação, pautadas na

---

<sup>120</sup> PITTA E CUNHA, Paulo de. *Integração Européia: estudos de economia, política e direito comunitário*, 1986, p. 64. No tocante à formação das comunidades supranacionais européias e suas implicações quanto à soberania, Paulo de Pitta e Cunha aponta que “a concepção absolutista da soberania é inaceitável<sup>120</sup>, não só por não corresponder à realidade da vida dos Estados, como por estar na origem da anarquia e do caos nas relações internacionais; mas a idéia moderna de soberania entendida como a não cedência pelo Estado, em proveito de um poderio exterior, da sua capacidade de autodeterminação em matéria política, não pode ser afastada de ânimo leve. A soberania nacional não é um simples artifício formal, não é um anacronismo em pleno século XX. Se o dogma da soberania absoluta deve ser posto de lado sem hesitações, há que reconhecer e que aceitar a profunda diversidade dos povos europeus – a divergência de concepções políticas, a disparidade de culturas e de hábitos de vida, as diferenças de aspirações e tradições”.

delegação de poderes estatais soberanos à comunidade de Estados nacionais, que é dotada de organismos próprios típicos de um Estado soberano, ou seja, de Legislativo, Judiciário e Executivo comunitários, e independe, pois, dos critérios constitucionais dos Estados acerca da recepção do direito internacional tradicional em sua ordem jurídica interna<sup>121</sup>.

O Direito Comunitário rompe com a dicotomia monismo e dualismo jurídico como teorias únicas para a determinação da relação entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas estatais. Pelo primado do direito comunitário, acentua-se a elevação de uma ordem jurídica que não se confunde com as ordens constitucionais, nem tampouco as desprestigia da feita que sua formação primeira é validada segundo os preceitos erigidos pela comunidade nacional. Em consonância a este entendimento, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares antecipavam o projeto atual de Constituição Européia ao retratar:

tanto o fenômeno da integração regional, que está solapando os poderes absolutos dos atuais Estados, quanto o fenômeno da globalização, que determina uma produção cultural – e com ela, pois, também jurídica – comum, indicam o surgimento, num horizonte não muito distante, de diplomas normativos supranacionais, como produtos de uma federação de Estados e não de meros organismos internacionais, tal como ocorria até o momento<sup>122</sup>.

Deste modo, o Direito Comunitário surge como um gênero inédito, de consenso entre países na formulação de compromissos internacionais – a partir de tratados internacionais – mas que evoluíram com a criação de órgãos

---

<sup>121</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público*, 2000, p. 33.

<sup>122</sup> Idem, *Ibid.*, p. 40.

dotados de supranacionalidade, expressão significativa de soberania compartilhada, para realização de projetos comuns pautados claramente, segundo a União Européia, em bases sólidas de respeito à democracia, aos direitos humanos, à diversidade cultural, e respeito à identidade dos Estados-membros. O uso da força para a formação da Grande Europa sucumbiu em meio a embates belicistas – em devaneios desde Napoleão a Hitler – a Europa sólida e próspera só se tornou viável com o projeto de paz – primeiramente uma união econômica, para no futuro alcançar o estreitamento de políticas comuns, internas (como já se demonstra evoluída) e externas<sup>123</sup> (setor mais sensível e pouco unívoco no cenário europeu).

## 2.4. Limites à soberania internacional

No Direito Internacional, num primeiro momento, a soberania foi uma qualidade exclusiva do Estado. A soberania confere ao Estado uma grande amplitude de ação na ordem jurídica internacional. A interpretação comum

---

<sup>123</sup>A história recente europeia não permitiu saltos ao desconhecido sem a renovação do consenso. Isto é demonstrado no esforço de subseqüentes tratados, ampliando o número de membros, os objetivos, fundamentando os princípios da democracia, do Estado de direito e o respeito aos direitos humanos como condicionantes ao ingresso na União Européia.

A Declaração Laeken de 2001 é sem dúvida um marco reflexivo europeu na observação da relevância da Europa no mundo pós- 2001. Quando se acreditava que o Planeta caminhava para o abrandamento de políticas centristas, belicistas, com a celebração da via do consenso nas relações internacionais e a reafirmação do respeito aos direitos humanos, novo evento veio a modificar este caminhar. Terrorismo, crimes contra a humanidade, abusos de poderio econômico, dentre outros, transformaram-se em mecanismos aceitáveis para o exercício arbitrário das próprias razões de Estados ou grupos organizados.

A Declaração Laeken destaca alguns pontos como sensíveis à evolução do intento europeu, a saber: i) uma melhor repartição e definição das competências na UE; ii) a simplificação dos instrumentos da União; iii) mais democracia, transparência e eficácia na UE ; iv) a criação de uma Constituição Européia.

daquele detentor de soberania internacional é de que não se sujeita, isto é, não se subordina, a nenhuma outra ordem jurídica que não a própria; não obedece a nenhum outro Estado, nem tampouco aceita a existência de um super-Estado que paire sobre os demais homólogos.

De outro modo, trata-se o Estado de uma categoria política estruturante do pensamento político-constitucional, uma forma histórica de organização jurídica do poder, dotada de qualidades que a distingue de outros 'poderes' e 'organizações de poder'. Dentre essas qualidades, para J.J. Gomes Canotilho, em primeiro lugar, está a qualidade de *poder soberano*.

A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num poder *independente* no plano internacional. Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado, poderemos recortar os elementos constitutivos deste: (1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a *efectividade* das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter *originário* da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).

Esta noção de unidade política soberana do Estado não encontra guarida atualmente.

Prosegue J.J. Gomes Canotilho:

a idéia de *unidade política soberana* do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada*: (1) o Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois 'arbítrios' ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais<sup>124</sup>.

A rigor, a soberania, interna e internacional, manifesta-se de forma distinta, como se verifica no pensamento de Luigi Ferrajoli<sup>125</sup>, pois, para além de valiosíssima reconstituição histórica no mundo moderno, assinala a matriz jusnaturalista do conceito que serviu de base à concepção positivista do Estado e caracteriza um resquício pré-moderno do mundo jurídico.

Ademais, se soberania é poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, historicamente o que se viu nos últimos quatro séculos, no interior dos Estados, foi a crescente dissolução da soberania e a afirmação dos Estados Democráticos e Constitucionais e, externamente, a progressiva absolutização do conceito. Em suma, a soberania encontra limites no direito.

---

<sup>124</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 89-90.

<sup>125</sup> Dados da obra de Luigi Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*, 2002, p. 1-4.

### 2.4.1. Soberania do Estado *versus* “Soberania” do indivíduo

Ainda em consonância a Luigi Ferrajoli<sup>126</sup> encontramos três importantes considerações:

i) A primeira diz respeito ao significado filosófico da idéia de soberania. Como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno; logo, um resquício pré-moderno que está na origem da modernidade jurídica e, simultaneamente, em virtual contraste com esta;

ii) A segunda diz respeito à história, teórica e prática, da idéia de soberania como *potesta absoluta superiorem non recognoscens*, o que permite a observação de dois eventos paralelos: a) soberania interna: é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente da formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; b) soberania externa: que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do séc. XX com as catástrofes das duas guerras mundiais;

iii) A terceira e última observação diz respeito à consistência e à legitimidade conceitual da idéia de soberania do ponto de vista da teoria do direito. Neste ponto, sustenta-se a tese de antinomia irreduzível entre soberania e direito, considerando que no plano interno a soberania está em contraste com o paradigma do estado de direito e da sujeição de qualquer poder e lei; e, no plano

---

<sup>126</sup> Dados extraídos da obra de Luigi Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*, 2002.

externo, do direito internacional, a soberania é contrariada pela Carta da ONU de 1945 e pela Declaração universal dos direitos de 1948.

Em substância, ao mesmo tempo em que a soberania interna é elemento conformador do Estado, podemos dizer que tal poder absoluto, incontrastável, ilimitado até, encontrou obstáculos no aperfeiçoamento do Estado Constitucional, no Estado estruturado internamente na soberania popular – isto é, conexo a soberania do povo, sobremaneira ao versar sobre o poder constituinte. “A soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo através de um ato constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”. Ademais:

trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade de exercício desse poder. A soberania deve ter um título de legitimação e ser exercida em temor materialmente legítimo (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Podemos dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade legitimação é o *lado interno* da questão da soberania<sup>127</sup>.

Já a soberania internacional encontrou limitações na *reconstrução* da ordem jurídica internacional; por força da ruptura de direitos, dos totalitarismos que marcaram a primeira metade do século XX, os direitos humanos deixam de pertencer à esfera de concessões estatais e passam a afirmações universais. No dizer de Celso Lafer, precipuamente, na conformação de um tecido normativo protetivo do indivíduo é reafirmado o valor do direito:

---

<sup>127</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, inserir data, p. 72-112.



É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade<sup>128</sup>.

Nesse sentido,

historicamente, a forma pela qual um Estado trata o indivíduo em seu território era assunto de seu interesse exclusivo, decorrente de sua soberania relativamente ao seu território e da liberdade de agir, ao menos quando especificamente proibido pelo direito internacional<sup>129</sup>.

Com a Segunda Guerra Mundial e a consolidação de novos partícipes no concerto mundial como as organizações internacionais – Organização Internacional do Trabalho - OIT, Organização das Nações Unidas - ONU em 1945; dentre outras:

---

<sup>128</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, inserir data, p. 153- 154. Ainda o autor: Hannah Arendt observa que os requisitos do processo vital, que são próprios a cada um individualmente, precisam estar atendidos para que o ser humano tenha condições de mover-se e distinguir-se na esfera pública, que é comum a todos. Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os Outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é dado, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da *polis*, que torna os homens iguais por meio da lei – *nomos*. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado fica *privado* de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros. (p. 152).

<sup>129</sup> HENKIN, Louis. *The internationalization of human rights*, p. 07-09 *apud* Flávia Piovesan, Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional, 2007, p. 114.

emerge a idéia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional<sup>130</sup>.

O processo de internacionalização dos direitos humanos pressupõe a delimitação da soberania estatal; depreende-se que a semelhança do processo de limitação interna que o direito impõe à soberania; no âmbito internacional, diante das atrocidades perpetradas no período da Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos também limita a soberania internacional. Além de conferir ao indivíduo a personalidade jurídica internacional, permitindo a ampliação de sua esfera de ação, não apenas no âmbito estatal, mas transferindo-o de cidadão nacional para cidadão do mundo.

Não obstante o indivíduo carecer da proteção da denominada trindade Estado-povo-território – elementos caracterizadores da forma organizada de poder –, há a substituição, em matéria de direitos humanos, dos princípios baseados na proteção pessoal do Estado pelos da proteção internacional que busca tutelar os direitos dos indivíduos *qua* indivíduos e não enquanto nacionais de qualquer Estado<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*, 2007, p. 115-116. Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, p. XXVI).

<sup>131</sup> Dados extraídos da obra de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 2001, p. 154.

## 2.4.2. Soberania e Direito no Século XXI

Por fim, a questão que ressurge é o conceito de soberania frente ao Estado nacional no século XXI. Segundo Richard Pierre Claude e Burns H. Weston:

Entretanto, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial – com a ascensão e a decadência do nazismo na Alemanha – que a doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada. A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face das conseqüências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos humanos pelas Assembléia Geral da ONU, em 1948 e, como conseqüência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional. Não mais poder-se-ia afirmar no plano internacional *that king can do no wrong*<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (Eds.). *Human rights in the world community: issues and action*, p. 4-5 *apud* Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*, 2007, p. 117-118.

Ademais, erigem-se críticas à manipulação político-ideológica da soberania.

Se a soberania for considerada poder ilimitado, esse atributo impedirá a sua apropriação pela ciência jurídica. Um poder ilimitado não pode só por isso corresponder a um conceito jurídico-positivo. Quando se considere ser, a ciência jurídica em sentido estrito, voltada sobre normas de conduta (dogmática jurídica), ter-se-á que não há normas jurídicas – centro de referibilidade das disciplinas jurídicas especializadas – com âmbito de validade ilimitados. São demarcados os âmbitos de validade pessoal, material, espacial e temporal das normas jurídico-positivas.

Prossegue José Souto Maior Borges: “A soberania, considerada como um poder estatal absoluto, atributo essencial do Estado, o ser o Estado uma autoridade suprema, não passa de uma ilusão – menos ainda que uma ficção jurídica”<sup>133</sup>.

Desse modo, corrobora o pensamento de Luigi Ferrajoli ao determinar que há uma antinomia – mesmo que aparente – entre a soberania e o direito; pois a primeira não poderá ser objeto de análise ou característica determinante da estruturação do Estado nas suas relações internas e internacionais sem que passe pela força limitadora do direito. Não é o escopo

---

<sup>133</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*, 2005, p. 169. Ainda o autor: JACQUES MARITAIN dirige contra a soberania acerbas críticas em sua obra *L'Europe et l'idée Fédérale*: a filosofia política deve desembaraçar-se do conceito de soberania, porque ele provoca obstáculos intransponíveis; é um conceito intrinsecamente ilusório; o dogma de um poder absoluto põe-se a serviço de um absolutismo político e a soberania se pretende ilimitada, na sua potência, atribuições e tempo. A soberania nasceu com monarquia absoluta. Bastando-se a si mesmo, o poder soberano não permite ingressar numa sociedade política mais larga, como as Uniões de Estados (hoje, p. ex., a União Européia – acrescento). Nenhum Estado jamais foi soberano. Não há uso válido do conceito de soberania. A soberania absoluta é obstáculo à paz duradoura. Se o Estado é irresponsável – como submetê-lo a controle popular? Qual pode ser o conceito da soberania sujeita a controle e que portanto tem contas a prestar? – indaga desafiadoramente MARITAIN, e ele mesmo responde: é claro que o Estado não é soberano.

deste estudo a análise da soberania como conceito político e, sim, precisar sua intrincada relação com o direito, distanciando-a da idéia primária do Estado absolutista para a conformação do Estado constitucional de direito.

Lourival Vilanova descreve a soberania como:

O poder de dispor originariamente dentro de um âmbito de validade material (territorial) e pessoal. A circunscrição como esfera de uma soberania só adquire sentido se coexistem iguais soberanias, e cuja coexistência só é possível juridicamente com limitações recíprocas<sup>134</sup>.

De antemão, o poder soberano é apresentando com contornos jurídicos limitantes, internamente em amplitude geográfica coincidente ao território, e, internacionalmente, no exercício igualitário de outras soberanias. De outro modo, a soberania internacional encontra limites e revive a contradição na evolução, aperfeiçoamento e consolidação do *direito das gentes*.

Outrossim, a soberania popular sedimenta a evolução do Estado de Direito, aquele Estado Constitucional, detentor de um texto constitucional, para a formação ampliada de Estado de direito democrático; isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho:

A articulação do 'direito' do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'. [...]

---

<sup>134</sup> VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da Teoria Geral do Estado*, p. 81 *apud* José Souto Maior Borges, Curso de Direito Comunitário, 2005, p. 171.

O Estado constitucional é 'mais' do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (*to check the Power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State Power*)<sup>135</sup>.

É com esse espírito que a Constituição Federal brasileira de 1988 conclama, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 1º, I –, a soberania.

Não obstante, será soberano um Estado na concepção doutrinária tradicional quando inexistir sobre ele outro ordenamento jurídico; ou seja, ainda teríamos a soberania como um poder absoluto em contraste com outro poder absoluto de outro Estado; em termos, só poderíamos observar relações de coordenação na sociedade internacional, influenciada ora por políticas externas ora por compromissos internacionais, aos moldes dos tratados internacionais, que não atingissem a ordem jurídica interna. Resta claro, que a partir da segunda metade do século XX, após as duas Guerras Mundiais, aliado ao desenvolvimento das organizações internacionais e o salto tecnológico (nas comunicações e circulação de pessoas, serviços, bens e capitais) não é admissível um Estado soberano, no sentido absolutista.

Enfrentamos novos modelos de convivência humana, desde os meios locais, regionais e, principalmente, no âmbito internacional, o que impõe necessariamente uma mudança de posturas diante desses fenômenos como, por exemplo, a integração regional e o estágio evoluído da União Européia, o MERCOSUL, e a capacidade processual do indivíduo na ordem internacional.

---

<sup>135</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 97-100.

Do período de *coordenação*<sup>136</sup> das relações internacionais, fundado originariamente na *voluntas*<sup>137</sup> dos Estados e, de forma derivada, dos organismos internacionais, alcançamos o estágio de *coexistência*<sup>138</sup>, de ampliação da ordem jurídica internacional, isto é, um *globalismo* acentuado pela inserção de novos sujeitos como: as multinacionais, os sindicatos, as instituições religiosas, dentre outras numerosas organizações (como as não-governamentais) e movimentos internacionais.

Há que se observar uma mudança de prisma: do realismo político, do pragmatismo nas relações internacionais, para uma visão global ou normativa. A interdependência dos partícipes globais foi revigorada na concepção de pautas comuns nos concertos mundiais como: questões ambientais; fóruns econômicos e sociais; Direitos da Criança, do Idoso, da Mulher; tipificação de crimes internacionais; a manipulação do DNA – patrimônio genético; a juridicização das lides internacionais com a consolidação de Cortes internacionais; dentre outros temas.

O resultado de todos esses eventos é a predominância do transnacionalismo das relações internacionais como contraponto ao período

---

<sup>136</sup> Coordenação é a relação entre objetos situados na mesma ordem, num sistema de classificação; por exemplo, dois gêneros ou duas espécies estão entre si coordenados, mas um gênero e uma espécie não estão coordenados. Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 208.

<sup>137</sup> *Voluntas* ou vontade originariamente foi utilizada com dois significados: 1<sup>a</sup>) como princípio racional da ação; 2<sup>a</sup>) como princípio da ação em geral. Segundo Kant, a vontade pura é a vontade determinada apenas por princípios *a priori*, por leis racionais, e não por motivos empíricos particulares; já a boa vontade é a vontade de comportar-se exclusivamente de acordo com o dever; desse modo, é exaltada por Kant como o que existe de melhor no mundo ou também fora do mundo. Por fim, a vontade geral é definida pelos iluministas como a própria razão. Diderot diz: a vontade geral é em cada indivíduo um ato puro do intelecto que raciocina no silêncio das paixões sobre o que o homem pode exigir de seu semelhante e sobre o que o seu semelhante tem direito de exigir dele. Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 1007-1008.

<sup>138</sup> Entendemos como coexistência o modo específico pelo qual o homem está com os outros homens no mundo. Há uma estreita relação entre coexistir e existir de tal maneira que não é possível a compreensão de si sem a compreensão dos outros. Diz Heidegger: *na compreensão do ser, própria do ser-aí está implícita a compreensão dos outros, e isso porque o ser do ser-aí é coexistência*. Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 148.

antecedente - caracterizada pelos influxos bilaterais e/ou multilaterais desses sujeitos internacionais. A Paz de Vestefália corroborou na feição primeira do Direito Internacional, em oposição a um mundo sem direito, desordenado, descentralizado. Já no século XX, a criação de espaços comunitários permitiu a reconfiguração dos Estados com nova ordem jurídica não totalmente internacional nem tampouco decorrente exclusivamente do poder de um Estado – denomina-se direito comunitário.

Com o século XXI, um novo estágio aproximou-se, em que as dificuldades ou conflitos antes locais ou regionais, transformaram-se em temas globais: o ser humano é local na sua cultura e global nos seus anseios. De outro modo, há um paralelismo do ser humano enquanto indivíduo detentor de grande arcabouço de direitos e obrigações – construtos consolidados principalmente a partir da segunda metade do século XX; e do ser humano *comunas* agente solidário de questões difusas e indivisíveis como o meio ambiente, o terrorismo, a defesa dos direitos humanos.



## CAPÍTULO III – OS DIREITOS HUMANOS EM AÇÃO

*“Art. 1 – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).*

*“O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. (...) O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual e sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, p. 25).<sup>139</sup>*

### 3.1. O que são direitos humanos?

Ao ingressarmos na temática dos direitos humanos, ressaltamos não ser aqui oportuno aprofundar o estudo dos fundamentos dos direitos do homem tendo em vista os objetivos já expostos – a quando da introdução. De forma sucinta, porém, quando perquirido o fundamento de qualquer instituto, a rigor, busca-se demonstrar quais os elementos que o cercam de exequibilidade.

No tocante aos direitos humanos, segundo uma visão histórica, não podemos afirmar que não sofreram mudanças. Nesse sentido, a assertiva de Norberto Bobbio:

---

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações<sup>140</sup>.

Desse modo, é perceptível uma visão utilitarista do direito encerrando a discussão não mais quanto à fundamentação dos direitos humanos, mas a premência de sua implementação no contexto pós Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

#### A Declaração conclama:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

[...]

---

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1992, p. 18-19. Ainda *Sobre os Fundamentos dos direitos do homem*, o autor considera: “Em primeiro lugar, não se pode dizer que os direitos do homem tenham sido mais respeitados nas épocas em que os eruditos estavam de acordo em considerar que haviam encontrado um argumento irrefutável para defendê-los, ou seja, um fundamento absoluto: o de que tais direitos derivavam da essência ou da natureza do homem. Em segundo lugar, apesar da crise dos fundamentos, a maior parte dos governos existentes proclamou pela primeira vez, nessas décadas, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por conseguinte, depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse. Se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo. Por isso, agora, não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo (como querem os jusnaturalistas redivivos) a razão das razões, mas de pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados. Decerto, para empenhar-se na criação dessas condições, é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável; mas não basta essa convicção para que aquelas condições [...] não dependem da boa vontade nem mesmo dos governantes, e dependem menos ainda das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados às relações de trabalho” (p. 23-24).

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa e a observância desses direitos e liberdades.

Há a presunção de que somente com a positivação dos direitos humanos, isto é, com sua efetiva incorporação aos textos constitucionais, teremos sua efetivação. Tudo porque os consideramos importantes, cremos em sua relevância jurídica, concedemos-lhes juridicidade – esteio de atributividade e coercibilidade -, para então, conferirmos transcendência.

Esse panorama é pautado no reconhecimento de que há uma natureza humana. Nesse sentido, Bidart Campos alude à idéia de que o ser humano tem, por sua natureza, certos direitos válidos.

*A tales derechos podrá llamárseles naturales, o personales, o fundamentales, o individuales, o humanos, etcétera; y podrá asimismo predicárselos como puramente morales, o como jurídicos; o decirse que “deben ser” positivizados para alcanzar la juridicidad própria de la entidad “derechos”; o que son valores (y aquí, a su vez, que solo son valores éticos, o que a la vez son jurídicos), etcétera.*<sup>141</sup>

Em outro plano, as ramificações e fundamentações dos direitos humanos podem coincidir com a própria natureza da pessoa humana. Nessa

---

<sup>141</sup> CAMPOS, German J. Bidart. *Teoría General de los derechos humanos*, Buenos Aires: Europa-América, 1969, p. 99.

senda, o ser humano participa de uma ordem transcendental que abarcaria todo o universo.

*La naturaleza humana no sería, así, única y última fundamentación de los derechos personales, porque su raíz final o mediata arraigaría en un orden natural objetivo, manifestado en el hombre, y accesible a su conocimiento a través de la recta razón, o de la racionalidad (al modo ciceroniano).<sup>142</sup>*

O direito natural aqui se reveste de uma teoria de valores, abarca um conjunto ou mesmo um supra ou único valor: o valor da justiça. Independentemente da apreensão plural ou singular do jusnaturalismo, a teoria de valores aceita que o direito positivo deve adequar-se ao valor<sup>143</sup>.

Outro fundamento é insculpido pela noção de direito ideal, isto é, a idéia racional de como deve ser o direito positivo. Aqui o direito ideal equivale ao valor justiça correlato a potencialidade do desenvolvimento humano. Enfim, haverá o encontro desse último com a fundamentação subsistente de que os direitos decorrem da natureza humana.

Por seu turno, a fundamentação histórica dos direitos ressurge em análises ultimadas a partir da segunda metade do século XX, ao se perceber que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 veio consolidar os aportes humanistas, transformados e renovados, em concerto a circunstância histórica – após as Duas Grandes Guerras. Por esse viés, a aferição de que os

---

<sup>142</sup> CAMPOS, German J. Bidart. *Teoría General de los derechos humanos*, 1969, p. 100.

<sup>143</sup> *Pero lo que importa subrayar es que la teoría de los valores – si es que presupone que los valores son valores para El hombre – los recibe como compatibles y satisfactorios en relación con La naturaleza humana y de alguna forma, conectados con bienes humanos que son tales porque bonifican a esa naturaleza, y a La convivencia humana. Ibid., p. 101.*

direitos humanos resultam de um construído histórico que remonta a tempos imemoriais, antes de Cristo, na visão de Fábio Konder Comparato:

É a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes<sup>144</sup>.

A afirmação histórica dos direitos humanos é observável pela apreciação de diversas fases que englobam como ponto de destaque a convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade. Tal embasamento se coaduna com o princípio da legalidade, a lei geral e uniforme que deverá ser aplicável a todos indistintamente.

Na busca da definição de pessoa e a distinção do ser humano como sujeito de direito, enquanto os outros objetos são catalogados como coisas, consolida-se o conceito universal de direitos humanos, como pertencentes ao

---

<sup>144</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12. Ainda o autor afirma: o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a.C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí a sua designação, para essa época, de período axial. No centro do período axial, entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais se estabeleceu a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas, e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse tempo.

homem enquanto homem, pela sua essência, direitos decorrentes da própria humanidade<sup>145</sup>.

Daí a redação da Declaração de 1948 reconhecer a necessidade do ensino e da educação para a promoção dos direitos e liberdade:

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

Por derradeiro, Bidart Campos:

*El fundamento exclusivamente pragmático ofrece dos caras: una nos muestra que el radica en la necesidad preocupante de tutelar al hombre frente al Estado y a sus semejantes para sacarlo de la indefensión y la amenaza; otra nos muestra que el sustento reside nada más que em el consenso social em torno de los derechos. Las dos caras guardan parentesco y se complementan. Procuran – em frase de Perelman –*

---

<sup>145</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.*, p. 19-20. Ainda o autor: além disso, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser. Retomando a idéia expressa no apólogo de Pico de La Mirandola, Heidegger salienta que o ser humano apresenta essa característica singular de um permanente inacabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*). Neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. Lembremo-nos de que, para Boécio, a pessoa seria a substância individual da natureza racional. E Descartes, em seus *Principia Philosophiae* (I, 51), afirma que “por substância não podemos entender outra coisa, senão algo que existe de tal maneira que nada lhe falte para existir” (*per substantiam nihil aliud intelligere possumus, quam rem quae ita existit, ut nulla alia re indigeat ad existendum*). Nesse sentido, como disseram Ortega y Gasset, o homem não é, ontologicamente falando, um ser suficiente mas, bem ao contrário, radicalmente indigente (p. 30).

*que la teoría de los derechos humanos así fundada no sea expresión de una irracionalidad arbitraria, descartando las soluciones contingentes y perfectibles presentadas por los filósofos que no podrían ofrecerse como razonables sino en la medida de su sometimiento a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales competentes para juzgar.*<sup>146</sup>

Essas considerações primeiras enredam o reconhecimento *a priori* de que os direitos humanos constituem um dos principais pilares do progresso histórico da humanidade, bem como propiciam o desenvolvimento e bem estar do homem, enquanto indivíduo e em sociedade, em todas as suas potencialidades.

### **3.1.1. A internacionalização e a universalização dos direitos humanos**

A leitura do processo de internacionalização dos direitos humanos não pode se afastar da observação de que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”<sup>147</sup>.

Significa dizer que originariamente os direitos humanos pertencem a todos enquanto entes, enquanto “ser”. Em seguida, com o advento do

---

<sup>146</sup> CAMPOS, German J. Bidart. *Teoría General de los derechos humanos*, 1969, p. 103.

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 1992, p. 30.

constitucionalismo<sup>148</sup>, movimento originariamente de oposição aos Estados absolutistas, teve início a reestruturação dos Estados nacionais e a redação de seus respectivos textos constitucionais, contendo limitações aos poderes do Estado e a descrição de direitos e garantias para os indivíduos de modo a coibir abusos e reger as relações entre governantes e governados. Ocorre, então, a incorporação por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais de direitos intitulados direitos humanos, corroborando na prática para o seu desenvolvimento.

Com a denominada *crise* do positivismo jurídico, deflagrada pelas atrocidades cometidas no curso da Segunda Guerra Mundial, sob as vestes de atos de Estado, fundadas no ordenamento jurídico nacional, a sociedade internacional reuniu-se, sob a égide de recém instituído organismo – a Organização das Nações Unidas – e editou normas, segundo o direito internacional, que indubitavelmente transformaram os direitos humanos de opções nacionais em responsabilidade internacional.

Existem antecedentes históricos, pré-1948 – ano da Declaração Universal dos Direitos do Homem – que pontuam a evolução dos direitos humanos no caminho da internacionalização e universalização:

---

<sup>148</sup> Jorge Miranda, ao abordar o movimento do constitucionalismo e a Constituição, entende que “para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. [...] O constitucionalismo liberal tem ainda de buscar uma legitimidade que se contraponha à antiga legitimidade monárquica; e ela só pode ser democrática, ainda quando na prática e nas próprias leis constitucionais daí se não deduzam todos os corolários. A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na acepção revolucionária da palavra), o acto pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o acto mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante a concepção que se perfilhe)” (*Manual de Direito Constitucional*, 1996, p. 18).



i) as manifestações de Direito Humanitário ou Direito Internacional de Guerra: que visavam fixar limites à atuação do Estado e assegurar o respeito aos direitos fundamentais durante a ocorrência de conflitos armados (guerras);

ii) a Liga das Nações: criada após a Primeira Guerra Mundial com a finalidade de promover a cooperação, paz e segurança internacional, inaugurando a criação de limites à soberania dos Estados e impondo sanções no caso de descumprimento dos compromissos ou acordos assumidos; e iii) a Organização Internacional do Trabalho: surgiu imediatamente após a Primeira Guerra Mundial com a finalidade de regular a condição dos trabalhadores no âmbito mundial e, portanto, promovendo parâmetros básicos de trabalho e de bem estar social<sup>149</sup>.

Após os eventos da Segunda Grande Guerra, marcados pela utilização de armas de longo alcance, de atuação em massa (como as bombas atômicas), pela execução de massacre administrativo, modalidade criminosa posteriormente tipificada como genocídio, pelo ininterrupto desenvolvimento tecnológico de armas biológicas, químicas, dentre outras, a sociedade internacional, liderada pelos vencedores, observou que a continuação dessas medidas de forma desordenada e embasada em interesses isolados ou de minorias, no contexto internacionalístico, não mais seriam aceitas<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Dados extraídos da obra de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 125-128.

<sup>150</sup> Segundo Celso Lafer: os direitos humanos enquanto conquista histórica e política, ou seja, uma invenção humana, estavam vinculados à solução de problemas de convivência coletiva *dentro* de uma comunidade política. É por isso que, no âmbito desta, o próprio cerceamento dos direitos humanos por força de lei não significa perder os benefícios da legalidade. É o que ocorre, por exemplo, com o soldado em época de guerra, que vê o seu direito a vida posto em questão; com o condenado por um crime à prisão, que perde o seu direito de ir e vir; com o cidadão que num estado de sítio enfrenta restrições em matéria de liberdade de opinião, de pensamento ou associação. Estas e outras restrições sempre permitem aos desprivilegiados um recurso aos direitos humanos no seu todo, desde que juridicamente tutelados. In: *A reconstrução dos direitos humanos*, 2001, p. 147.

Assim, a despeito da bipolaridade que marcava o globo em países capitalistas e países socialistas, das diferenças culturais, sociais e econômicas dos partícipes do cenário internacional da época, foram iniciadas tratativas e com elas metas foram estabelecidas de modo a aplacar o anseio comum, ou a consciência da comunidade internacional da necessidade de paz. O pós 1945 trouxe à humanidade a consciência do valor humano e a necessidade de uma luta perene contra qualquer ação que leve à descartabilidade deste valor intrínseco<sup>151</sup>.

Este contexto, em um primeiro momento, trouxe consigo importantes alterações na ordem jurídica internacional:

i) o fortalecimento de organismos internacionais dotados de personalidade jurídica autônoma e independente dos Estados membros que originariamente os constituíram;

ii) a disseminação de princípios de direito internacional no globo - não apenas em regiões ou entre países culturalmente ou economicamente próximos -, de forma a reger as relações entre os sujeitos de direito internacional e, conseqüentemente,

---

<sup>151</sup> Vale sempre referir o diálogo do pensamento de Celso Lafer com Hannah Arendt ao dissertar sobre os direitos humanos como construção da igualdade e a cidadania como o direito a ter direitos: Hannah Arendt fundamenta o seu ponto de vista sobre os direitos humanos como invenção que exige a cidadania através de uma distinção ontológica que diferencia a esfera do privado da esfera do público. Para ela, a condição básica da ação e do discurso, em contraste com o labor e o trabalho, é o mundo comum da pluralidade humana. Esta tem uma característica ontológica dupla: a igualdade e a diferença. Se os homens não fossem iguais, não poderiam entender-se. Por outro lado, se não fossem diferentes não precisariam nem da palavra, nem da ação para se fazerem entender. Ruídos seriam suficientes para a comunicação de necessidades idênticas e imediatas. É com base nesta dupla característica da pluralidade humana que ela insere a diferença na esfera do privado e a igualdade na esfera do público. [...] É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito do ser humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. In: *A reconstrução dos direitos humanos*, 2001, p. 153-154.

iii) a incorporação pelos Estados, legitimados pela consciência de suas respectivas comunidades nacionais, desses mesmos princípios de direito internacional.

### 3.1.2. O processo de conhecimento e os direitos humanos

Considera-se que o homem é um ser que vive em sociedade, organizando-a e moldando-a por força de valores e significações. Ainda neste sentido, a apreensão que tem da natureza – diferentemente dos outros animais – perfaz o caminho da dominação do meio e da imposição das necessidades humanas; torna-se, assim, imprescindível a observação de *como* o homem conhece, isto é, quais são os instrumentos que lhe permitem o ato de conhecimento.

Segundo Duarte Jr. o ato de conhecimento humano se dá através de dois processos: o sentimento (a vivência) e a simbolização.

A linguagem fornece o sistema simbólico básico para que o homem se volte sobre suas experiências e as compreenda, atribuindo-lhes significações. A percepção que temos do mundo é construída pela linguagem, que fragmenta e ordena aquele modo de perceber primitivo, 'sincrético' (ou 'global'). Guillaume afirma que esta percepção sincrética é a impressão primeira, o *sentimento* que temos das coisas, e que se constitui inclusive na forma primitiva do conhecimento humano. Portanto, neste caso, tem-se a consideração do *sentimento* como uma percepção

global, direta, da situação em que nos encontramos. Ou seja: *sentimento* aí significa uma apreensão do mundo ainda não mediatizada nem conceitualizada pela linguagem. Nessa percepção primeira o mundo não é visto como algo neutro, mas como um campo de promessa e ameaças. O mundo é valorado<sup>152</sup>.

Partindo dessas duas formas de conhecer, propomos, *a priori*, delimitar o que consiste o conhecimento. Para os Dicionários de Língua Portuguesa, o sentido usual de conhecimento seria *ato ou efeito de conhecer; prática de vida, consciência de si mesmo e dos outros; idéias; noção; ciência*.

Já a percepção filosófica de conhecimento, em geral, descreve-o como uma técnica para a verificação de um objeto qualquer, ou a disponibilidade ou posse de uma técnica semelhante. Por técnica de verificação deve-se entender qualquer procedimento que possibilite a descrição, o cálculo ou a previsão controlável de um objeto; e por objeto deve-se entender qualquer entidade, fato, coisa, realidade ou propriedade.

Contudo, ao longo da história, a acepção dada ao termo conhecimento sofreu variações. De início, pode ser dividida em duas fases

---

<sup>152</sup> DUARTE JR., João Francisco. *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 67-68. O autor explicita várias acepções para o termo *sentimento*. “Em suas acepções mais usuais o termo pode significar (além de uma apreensão direta e emocional): a condição geral do nosso organismo, como a experienciamos, e ainda a sensibilidade a determinados estímulos. Todas essas significações, de certa forma, subentendem que sentir é uma maneira de experienciar mais global, mais primitiva, e anterior à discursividade da linguagem. Portanto, pretendemos reunir aqui, sob o conceito ‘sentimento’, todas as suas possíveis conotações. Que é também a posição de Susanne Langer, quando afirma: ‘sentimento (*feeling*), como aqui emprego a palavra, tem um significado muito mais amplo do que o definido pelo vocabulário técnico da Psicologia, onde apenas denota prazer e desprazer, ou mesmo nos limites cambiantes do discurso ordinário, onde às vezes significa sensação (como quando alguém diz que não sente um membro paralisado), às vezes sensibilidade (como quando falamos de ferir os sentimentos de alguém), às vezes emoção (como quando se diz que uma situação lacera os nossos sentimentos ou evoca um sentimento terno), ou uma atitude emocional direta (como quando dizemos experimentar um sentimento intenso acerca de alguma coisa), ou mesmo nossa condição geral, mental ou física, quando nos sentimos bem ou mal, melancólicos ou um tanto ufanos. A palavra, como aqui a uso [...] compreende todos esses significados: aplica-se a tudo quanto possa ser sentido’. Desta forma, chamaremos então de *sentimento* a todas essas maneiras de apreensão direta de nosso ‘estar-no-mundo’, ou seja, todas as percepções que temos de nossa situação, dadas diretamente, e que acompanham as simbolizações (lingüísticas)” (1981, p.68-69).

diferentes: i) na primeira, a identidade ou a semelhança com o objeto é entendida como identidade ou semelhança dos elementos do conhecimento com os elementos do objeto, por exemplo, dos conceitos ou das representações com as coisas; ii) na segunda fase, a identidade ou a semelhança restringe-se à ordem dos respectivos elementos: nesse caso, a operação de conhecer não consiste em reproduzir o objeto, mas nas relações constitutivas do próprio objeto, isto é, na ordem dos elementos. Na primeira fase, o conhecimento é considerado imagem ou retrato do objeto; na segunda fase, tem com o objeto a mesma relação que um mapa tem com a paisagem que representa.

Posteriormente, o conhecimento alça uma diferente interpretação: uma operação de transcendência. Segundo essa doutrina, conhecer significa vir à presença do objeto, apontá-lo ou, com o termo preferido pela filosofia contemporânea, *transcender* em sua direção. O conhecimento é então a operação em virtude da qual o próprio objeto está presente: em presente, por assim dizer, em pessoa, ou presente em um signo que o torne rastreável, descritível ou previsível<sup>153</sup>.

O relevo da matéria que abrange o conhecimento é inafastável da percepção do homem como criador de cultura e, portanto, transformador do meio social em que vive. Contudo, a cultura apresenta um caráter mutável, em razão da época e da comunidade que a circunscreve.

A cultura é a expressão desse padrão (*pattern*) característico de sentimento que distingue um povo de outro, no padrão de suas ações e nas coisas envolvidas em suas ações – ou seja, em *suas* coisas, especificamente. Os atos têm em geral um propósito, e as coisas são

---

<sup>153</sup> Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 174-183.

úteis, isto é, servem a propósitos; mas tanto os atos como os artefatos ultrapassam as necessidades práticas, com assumirem caráter formal, o que não é eficaz e sim expressivo. Os motivos humanos não são apenas ações motivadas, mas também gestos; os objetos humanos - desde os palitos de dentes até as casas, automóveis, navios – não têm apenas usos, mas também *estilo*<sup>154</sup>.

O conhecimento - entendido como ato de conhecer - leva à formação de consciência do EU, do OUTRO e dos objetos circundantes nas relações humanas, seja nas relações simbólicas – com a presença da linguagem, por exemplo - ou ainda nas relações antepredicativas ou *sentidas*<sup>155</sup>. Daí decorre, em grande parte, a importância da Educação. A Educação e o conhecimento compõem elementos interdependentes do processo de construção do espírito humano. John Dewey, ao descrever a Educação e o crescimento, afirma que:

A vida é desenvolvimento e que o desenvolver-se, o crescer, é a vida.  
Traduzindo em termos educacionais equivalentes, isto significa: 1º) que

<sup>154</sup> LANGER, Susanne K. *Ensaaios filosóficos*, p. 94 apud DUARTE JR., João Francisco, *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 49.

<sup>155</sup> Segundo Martin Buber, “o homem pode se relacionar com o mundo de duas maneiras diferentes, que ele denomina: relacionamento ‘EU-ISSO’ e a relação ‘EU-TU’. Os termos ‘ISSO’ e ‘TU’ não indicam necessariamente objetos e pessoas. Pessoas e objetos podem ser ‘ISSO’ ou um ‘TU’, de acordo com a atitude que o homem mantém frente a eles. O relacionamento EU-ISSO subentende nossa atitude cotidiana (prática) perante o mundo. Aqui a consciência toma-o como objeto de seu saber e de sua ação, interrogando-o a respeito de causas e efeitos, utilidades e usos, subordinação e leis. Em EU-ISSO a consciência sabe-se distinta, separada das coisas: o sujeito ‘conhece’ seus limites e subordina os objetos a si. Nesta esfera, o homem age, construindo e alterando o mundo; nesta esfera se dão a ciência, a filosofia e todo saber e agir humanos. Já na relação EU-TU as coisas não se subordinam à consciência, mas mantêm com ela uma relação ‘de igual’, constituindo, homem e mundo, os dois pólos de uma totalidade. Aqui não se pode falar de um sujeito que investiga e de um objeto que é conhecido, pois entre ambos (EU e TU) não há relações de subordinação. Em EU-TU há a presença total do EU frente ao mundo e vice-versa: todas as formas possíveis de a consciência apreender o mundo estão presentes no momento dessa relação. [...] Captar o mundo através de símbolos (verbais) é, de certa forma, pensar nele, tomá-lo como objeto (relacionamento EU-ISSO);/ captá-lo diretamente (na esfera dos sentimentos) é viver a relação primeira, antepredicativa, anterior a qualquer conceituação (relação EU-TU)”. BUBER, Martin. *Eu e tu*, data apud DUARTE JR., João Francisco, *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 82-83.

o processo educativo não tem outro fim além de si mesmo: ele é seu próprio fim; e que, 2º) o processo educativo é um contínuo reorganizar, reconstruir, transformar<sup>156</sup>.

Desta feita, alcançamos a percepção de que a educação tem por objeto o conhecimento, e idealmente, o conhecimento de si mesmo e do mundo. A partir dessa noção, percebe-se a importância da formação de uma identidade cultural e mais da formação de uma consciência humana de coexistência da diversidade. Destarte:

Cada povo apresenta traços característicos em sua maneira de assumir a vida e construir suas significações. Há que se observar no entanto que as diferentes culturas não se isolam, mas, antes, mantêm relações entre si. Especialmente as culturas ‘civilizadas’<sup>157</sup> e após o advento da era das comunicações é bastante difícil que uma delas se feche sobre si mesma sem manter contatos com outras, estejam a sua volta ou não<sup>158</sup>.

O encontro de culturas permite o denominado dinamismo cultural. Considerando as características da razão e da sociabilidade humana – dependendo da perspectiva –, o encontro de culturas diversas permitiria a formação de um indivíduo mais global; significa dizer, que o conhecimento de culturas diferentes permite a vivência de valores também diferentes o que poderia contribuir na formação de um indivíduo mais tolerante com o outro ou, pelo

---

<sup>156</sup> DEWEY, John. *Democracia e Educação*, 1979, p. 53.

<sup>157</sup> Culturas “civilizadas”: o dinamismo e a alteração constituem seus fatores centrais. O processo civilizatório deu origem a uma alteração constante na estrutura cultural, pois cada novo valor, cada novo sentido construído, implica uma reestruturação da cultura. Sendo a cultura a concretização do sentido dado à existência, novos sentidos implicam novas formas culturais. Ainda, a cada dia, a cultura “civilizada se movimenta, no movimento de seus membros; cada árvore derrubada, cada casa levantada, cada quadro pintado, cada nova idéia expressa, somam-se na dinâmica cultural”. Por isso o homem civilizado construiu seu conceito de história, ausente nas culturas “primitivas”, que por se repetirem e se manterem são a-históricas. É este, então, o motivo que leva Rezende a definir a cultura como a “fisionomia que um grupo humano adquire através de sua história”. DUARTE JR., João Francisco. In: *Fundamentos Estéticos da Educação*, data, p. 50-51.

<sup>158</sup> Idem, *Ibid.*, p. 58-59.

menos, com uma formação humanista mais abrangente. No entanto, muitas vezes, o dinamismo cultural cede espaço para a ocorrência de infiltrações ou sobreposições culturais, o que poderá vir a gerar a perda da identidade cultural por parte da comunidade. Esta sofrerá, em confusão, a perda de valores próprios, alterações de linguagem e significações da realidade circundante.

O fenômeno das relações interculturais, em formas gerais, é descrito por Duarte Jr. entre dois extremos:

A interdependência (ou influência) e a invasão cultural. No primeiro extremo, as relações entre duas culturas são, de certa forma, equilibradas. Há uma troca mútua de bens e mensagens, que contribuem para mudanças em ambas. Os sentidos provenientes de cada uma influenciam a outra, sem, no entanto, substituírem as maneiras de viver até então adotadas. [...] Para entender melhor este processo de influência, reportemo-nos ao que já foi dito em relação à aprendizagem. Ali se comentou que novas significações apenas são aprendidas quando interpretadas a partir das já existentes no repertório do indivíduo. Somente se conhece o novo compreendendo-o através do que já se sabe. Portanto, na influência cultural os sentidos estrangeiros se tornam significantes ao serem embasados naqueles oriundos de experiências culturais próprias. [...]

Já no outro extremo, no processo de invasão cultural, sucede o inverso. Aqui os sentidos alienígenas são assumidos integralmente, substituindo os já existentes. Isto é, deixam-se de lado valores e sentidos próprios e adotam-se os 'importados' da outra cultura. Estes novos sentidos são veiculados *in bruto*, não sendo repensados, adaptados à cultura invadida. Conseqüentemente, significações assim adquiridas, não constituindo expressão de situações vividas, não são significativas, no sentido forte do termo. [...] Tal processo de substituir expressões próprias por alheias acaba por gerar uma despersonalização cultural<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> DUARTE JR., João Francisco. *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 59-60. O autor ressalva que "também a influência e a invasão cultural são duas abstrações, dois modelos construídos para se compreenderem as relações interculturais. Concretamente, as relações entre duas culturas ora se aproxima de um, ora de outro extremo" (p. 61).



### 3.2. Universalismo *versus* relativismo cultural

Considerando que há necessidade de o ser humano conhecer sua própria cultura e apreender o conhecimento, para só então propiciar o desenvolvimento dos direitos humanos, indivisíveis e universais, ressurgem com mais força a questão do universalismo dos direitos humanos frente ao relativismo cultural.

Reafirmamos a concepção universal dos direitos humanos, que tem fundamento – como já explanado – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, constituindo o pilar da internacionalização e, *a priori*, do universalismo. Contudo, persiste a indagação sobre a dimensão ou alcance das normas de direitos humanos em relação à cultura local ou regional.

Segundo Lindgren Alves<sup>160</sup>:

É inegável que a luta pelos direitos humanos, tais como hoje legalmente definidos, está associada a desenvolvimentos históricos registrados na Europa e nos Estados Unidos, tendo como marcos fundamentais a Revolução Parlamentar Inglesa, a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, com as respectivas conquistas jurídicas e declarações.

[...]

---

<sup>160</sup> ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*, 2003, p. 4.

As afirmações de que a Declaração Universal é documento de interesse apenas ocidental, irrelevante e inaplicável em sociedades com valores histórico-culturais distintos são, porém, falsas e perniciosas. Falsas porque todas as Constituições nacionais redigidas após a adoção da Declaração pela Assembleia Geral da ONU nela se inspiram ao tratar dos direitos e liberdades fundamentais, pondo em evidência, assim, o caráter hoje universal de seus valores. Perniciosas porque abrem possibilidades à invocação do relativismo cultural como justificativa para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos.

Se, na consideração dos direitos humanos, os ocidentais privilegiam o enfoque individualista, e os orientais e socialistas o enfoque coletivista, se os ocidentais dão mais atenção às *liberdades fundamentais* e os socialistas aos *direitos econômicos e sociais*, os objetivos teleológicos de todos são essencialmente os mesmos. O único grupo de nações que ainda tem dificuldades para a aceitação jurídica de alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal e sua adaptação às respectivas legislações e práticas nacionais é o dos países islâmicos, para quem os preceitos da lei corânica extravasam o foro íntimo, religioso, dos indivíduos, com incidência no ordenamento secular da comunidade.

Hoje, temos a coexistência de rede protetiva de direitos conformando sistemas global, regionais e nacionais. O primeiro é assistido pela Organização das Nações Unidas que, após a Declaração de 1948, tem sediado profícua produção normativa, sinalizando há muito que os direitos humanos não são matéria exclusiva dos Estados nacionais. Sendo assim, reconhece-se o propósito da Declaração de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e liberdades fundamentais, contudo foram elaborados outros pactos que vieram a dar ao conteúdo de direitos humanos força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional, além de inaugurar o que se convencionou denominar de Sistema Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é resultado do esforço de juridicização da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Seu texto foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, porém somente dez anos depois, em 1976, veio a entrar em vigor quando atingiu o número mínimo de ratificações para início de seus efeitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais veio a conferir preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes aos direitos descritos na Declaração, com texto aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, e também com vigência somente dez anos depois, a partir de 1976.

Importante observar – como Flávia Piovesan – que:

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que ‘todos têm o direito a ...’ ou ‘ninguém poderá...’, o segundo Pacto usa a formula ‘os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...’

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade – os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer: são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e através da assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos previstos pelo Pacto (art. 2º, parágrafo 1º do pacto)<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2007, p.180.

No âmbito regional, o Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos – OEA, e é indubitável que a Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento mais importante do sistema americano de proteção aos direitos humanos. A Convenção Americana foi adotada em 1969, em uma Conferência intergovernamental, na cidade de San José, Costa Rica, o que justifica a denominação, também corrente, de Pacto de San José da Costa Rica. Contudo, o Pacto entrou em vigor apenas em 1978 quando foi depositado o décimo primeiro instrumento de ratificação.

A estruturação do sistema regional de proteção dos direitos humanos assinala para os Estados-partes o dever de respeitar os direitos, segundo princípio da boa-fé e do *pacta sunt servanda* – que subsidiam os tratados internacionais – consolidados no texto convencional, além de agir em consonância aos princípios de direito internacional (Artigos 1º e 2º da Convenção Americana). Isso justifica a criação de um texto mais próximo das Américas, dos membros da Organização dos Estados Americanos, possibilitando um detalhamento em razão dos laços históricos e culturais que unem os povos.

Não obstante, há quem advogue no sentido de que os direitos são constituídos em consonância com a estrutura estatal, tendo sua conformação associada aos valores vigentes naquela sociedade. Por outro viés, há os que sustentam a existência de um fundamento absoluto, portanto inquestionável, dos direitos do homem. Nesse sentido, diz-se que qualquer ordenamento jurídico, ou melhor, qualquer ordenamento jurídico que propugne pelo regime democrático, a busca do desenvolvimento, o equilíbrio dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, inclusive a ordem jurídica internacional, terá como valor máxime o princípio da dignidade humana.

Não há que se questionar a necessidade de pluralismo cultural como critério de engrandecimento do ser humano, dotado na própria coexistência de diferenças. Todavia, o que se deve observar é até que ponto o relativismo cultural indiscriminado se sobrepõe a valores ditos universais. É de se questionar: todas as identidades culturais dos diversos grupos humanos devem ser fomentadas e merecedoras de reconhecimento social? Todas as diferenças e identidades culturais contêm os mesmos aportes para o bem estar, a liberdade e a igualdade dos seres humanos?

Aqui não se prega a prevalência cultural de países ou regiões com maior poderio econômico, não é esta a questão, não é este o substrato que jaz. É de se indagar: quais são os limites do multiculturalismo ou do relativismo cultural<sup>162</sup>?

A resposta deve estar no senso comum de verificar quando a diferença e a diversidade não se traduzem em privilégios, nem se inscrevem em sistemas de poder, nem implicam em exclusões, possibilitando, assim, a construção de uma sociedade única com base na liberdade e igualdade.

---

<sup>162</sup> Segundo Flávia Piovesan, na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade dos instrumentos internacionais de direitos humanos, simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural. A essa crítica reagem os universalistas, alegando que a posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional. Argumentam que a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana constitui exigência do mundo contemporâneo. Acrescentam ainda que, se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais. In: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 145.

Consolidando esse entendimento é de se reviver a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, ocorrida em 04 de julho de 1776, na qual já constavam expressos como direitos inalienáveis o que segue:

Sustentamos como evidentes por si mesmas as seguintes verdades: todos os homens nascem iguais e são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos ente os homens para garantir esses direitos, e seu justo poder emana do consentimento dos governados.

Sob outro prisma, recordemos a Declaração Universal de 1948, nas palavras de Flávia Piovesan:

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem perseguidos pelos Estados. [...]

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e

declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>163</sup>.

Além do mais, a Declaração de 1948 introduz uma extraordinária inovação: combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3<sup>o</sup> a 21<sup>o</sup>) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22<sup>o</sup> a 28<sup>o</sup>). Preceitos que, segundo interpretação restrita, não têm força normativa, pois a Declaração tem a forma de uma Resolução.

Há, contudo, aqueles que defendem que a Declaração teria força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante. Para esta corrente, três são as argumentações centrais: a) a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; b) as freqüentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados em observar a Declaração Universal e c) decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito<sup>164</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos vem consolidar a tese da universalidade dos direitos humanos por apontar o consenso não só de Estados ou comunidades nacionais, mas de homens livres e iguais, no dizer de Norberto Bobbio:

Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira

---

<sup>163</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 145-146.

<sup>164</sup> Idem. *Ibid.*, p. 153.

vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram *de fato*, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade). Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo homem<sup>165</sup>.

No mesmo sentido, em 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, as nações se reuniram e reafirmaram que a promoção e a proteção dos direitos humanos são questões prioritárias para a comunidade internacional, sendo a Conferência a oportunidade para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção desses direitos.

Ainda, reafirmam que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui uma meta comum para todos os povos e nações, sendo fonte de inspiração e base para as Nações Unidas na definição das normas previstas nos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes, particularmente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

---

<sup>165</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 30.



Todos os ideais apontados estão envoltos na premissa de que o cenário internacional está sofrendo importantes mudanças e os povos aspiram por uma ordem internacional baseada nos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; resumidamente, uma vida pautada no valor máximo da dignidade humana, em condições de paz, democracia, justiça, igualdade, Estados de Direito, pluralismo, desenvolvimento, melhores padrões de vida e solidariedade.

### **3.3. A educação como via de transformação**

Finalmente, da feita que descrevemos o homem como agente criador de cultura, transformador do meio em que vive, por meio da aposição de significações e, ainda, delineado o conteúdo dos direitos humanos, bem como sua importância para a convivência humana, propomos a seguinte reflexão: os direitos do homem existem e já foram reconhecidos por muitos Estados que assinaram ou posteriormente aderiram à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – assim como outras fontes de direito internacional sobre a matéria -, porém como coaduná-los com a diversidade cultural inerente aos diferentes grupos sociais? Outro ponto: como revestir de maior eficácia o conteúdo dos direitos do homem?

A resposta que singular e primeiramente nos acomete é a Educação. Mais precisamente a Educação em Direitos Humanos. A verificação de mecanismos, segundo os ordenamentos jurídicos nacionais – no caso do Brasil, a medida maior seria a Constituição Federal de 1988 – de criação de políticas

educacionais, trazendo maior esclarecimento, eliminação de ambigüidades, no tocante aos direitos humanos. Tudo com a proposta de dirimir a pré-compreensão que preenche os vazios educacionais de que os direitos humanos pertencem aos *outros* e não pertencem a *nós mesmos*. Isto é, a irrupção do diálogo EU-OUTRO.

É perceptível a crise educacional que atravessa o sistema educacional e de antemão há, aqui, o reconhecimento da vastidão dessa problemática. Contudo, no presente âmbito, pretende-se restringir o tema à análise de alguns pontos acerca da Educação, propondo a Educação em Direitos Humanos como mecanismo necessário para manutenção e desenvolvimento de um Estado Democrático, direcionado para um processo de bem estar social.

Para tanto, pautar-nos-emos em relatório direcionado à UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), sobre a Educação para o século XXI, organizado por Jacques Delors:

A educação ao longo de toda a vida baseia-se em quatro pilares:

Aprender a conhecer, combinando uma cultura geral, suficientemente vasta, com a possibilidade de trabalhar em profundidade um pequeno número de matérias. O que também significa: aprender a aprender, para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela educação ao longo de toda a vida.

Aprender a fazer, a fim de adquirir não somente uma qualificação profissional, mas, de uma maneira mais ampla, competências que tornem a pessoa apta a enfrentar numerosas situações e a trabalhar em equipe. Mas também aprender a fazer, no âmbito das diversas experiências sociais ou de trabalho que se oferecem ao jovem e adolescente, quer espontaneamente, fruto do contexto local ou nacional,

que formalmente, graças ao desenvolvimento do ensino alternado com trabalho.

Aprender a viver juntos, desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências – realizar projetos comuns e preparar-se para gerir conflitos – no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz.

Aprender a ser, para melhor desenvolver a sua personalidade e estar à altura de agir com cada vez mais capacidade de autonomia, de discernimento, e de responsabilidade pessoal. Para isso, não negligenciar na educação nenhuma das potencialidades de cada indivíduo: memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicar-se.

Numa altura em que os sistemas educativos formais tendem a privilegiar o acesso ao conhecimento, em detrimento de outras formas de aprendizagem, importa conceber a educação como um todo. Esta perspectiva deve, no futuro, inspirar e orientar as reformas educativas, tanto em nível da elaboração de programas como da definição de novas políticas pedagógicas<sup>166</sup>.

### **3.3.1. Qual Educação?**

Ao indagarmos ‘*Qual Educação?*’, é explicitado um alerta, qual seja, de que vários são os significados atribuídos à educação. Talvez, em princípio, uma pesquisa da história da educação nos permitisse uma visão panorâmica do sentido a ela atribuído, distanciando-se em muito, da predominante no século XXI. Assim considerando, partimos do pressuposto de que:

---

<sup>166</sup> DELORS, Jacques. *Educação: Um tesouro a descobrir*. Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, 1999, p. 101.

o que existe de fato são exigências sociais de formação de tipos concretos de pessoas *na* e *para* a sociedade. São, portanto, modos próprios de educar – por isso, diferentes de uma cultura para outra – necessários à vida e à reprodução da ordem de cada tipo de sociedade, em cada momento de sua história. Não se trata de dizer que a educação tem, também, de modo abstrato e muito amplo, um compromisso com a ‘cultura’, com a ‘civilização’, ou que ela tem um vago ‘fim social’. O que ocorre é que ela é inevitavelmente uma prática social que, por meio da inculca de tipos de saber, reproduz tipos de sujeitos sociais<sup>167</sup>.

Quanto ao termo educação, no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano:

Em geral, designa-se com esse termo a transmissão e o aprendizado das técnicas culturais, que são as técnicas de uso, produção e comportamento, mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico<sup>168</sup>.

A Enciclopédia Brasileira de Moral e Civismo, editada pelo Ministério de Educação e Cultura, define educação, pensando talvez em expressar uma idéia consensual, como:

Educação. Do latim ‘educere’, que significa extrair, tirar, desenvolver. Consiste, essencialmente, na formação do homem de caráter. A educação é um processo vital, para o qual concorrem forças naturais e espirituais, conjugadas pela ação consciente do educador e pela vontade livre do educando. Não pode, pois, ser confundida com o simples desenvolvimento ou crescimento dos seres vivos, nem com a mera adaptação do indivíduo ao meio. É atividade criadora, que visa levar o

<sup>167</sup> BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é Educação*, 1981, p. 71. “A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política no seu conjunto e pelo meio espacial a que a criança, particularmente, se destina” (apud DURKHEIM, p. 71)

<sup>168</sup> Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 326.

ser humano a realizar as suas potencialidades físicas, morais, espirituais e intelectuais. Não se reduz à preparação para fins exclusivamente utilitários, como uma profissão, nem para desenvolvimento de características parciais da personalidade, como um dom artístico, mas abrange o homem integral, em todos os aspectos de seu corpo e de sua alma, ou seja, em toda a extensão de sua vida sensível, espiritual, intelectual, moral, individual, doméstica e social, para elevá-la, regulá-la e aperfeiçoá-la. É processo contínuo, que começa nas origens do ser humano e se estende até a morte<sup>169</sup>.

Por seu turno, segundo Duarte Jr., na obra *Fundamentos Estéticos da Educação*:

Educar é primeiramente adquirir a ‘visão de mundo’ da cultura a que se pertence, educar-se diz respeito ao aprendizado dos valores e dos sentimentos que estruturam a comunidade na qual vivemos.

Primeiro ponto de aprendizado, ao nascermos, é através da família, o que alguns autores denominam socialização (aprendemos a constituir o mundo, emprestando-lhe as significações dadas pelo aprendizado da língua). A seguir, desperta-se para o sentido proveniente de grupos sociais maiores (a vizinhança, o bairro, a cidade, o país). [...]

Educar significa colocar o indivíduo em contato com os sentidos que circulam em sua cultura, para que assimilando-os ele possa nela viver. Essa assimilação não deve ser entendida como uma atitude passiva do sujeito<sup>170</sup>.

Em outros termos, “educar significa basicamente permitir ao indivíduo a eleição de um sentido que norteie sua existência. Significa permitir que ele conheça as múltiplas significações e as compreenda a partir de suas

---

<sup>169</sup> BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é Educação*, 1981, p. 63-64.

<sup>170</sup> Dados extraídos da obra de João Francisco Duarte Jr., *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 54-55.

vivências”<sup>171</sup>. Sendo assim, considerando as breves noções expostas sobre a educação, podemos verificar que o indivíduo adquire o pleno exercício de suas potencialidades mediante a aprendizagem, um processo de educação coarctado com suas vivências e significações.

É o que, de outro modo, explana Carlos Brandão:

O homem que transforma, com o trabalho e a consciência, partes da natureza em invenções de sua cultura, aprendeu com o tempo a transformar partes das trocas feitas no interior desta cultura em situações sociais de aprender-ensinar-e-aprender: em educação. Na espécie humana a educação não continua apenas o trabalho da vida. Ela se instala dentro de um domínio propriamente humano de trocas: de símbolos, de intenções, de padrões de cultura e de relações de poder. Mas, a seu modo, ela continua no homem o trabalho da natureza de fazê-lo evoluir, de torná-lo mais humano”<sup>172</sup>.

### 3.3.2. Em projeção: a formação da consciência humanista

A formação de uma consciência humanista não prescinde da educação, apreendida, transformadora, jungida pelo pensar-saber-agir como

---

<sup>171</sup> DUARTE JR., João Francisco. *Fundamentos Estéticos da Educação*, 1981, p. 55.

<sup>172</sup> BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é Educação*, 1981, p. 14. Ainda o autor: “Esta é a idéia que Werner Jaeger tem na cabeça quando, num estudo sobre a educação do homem grego, procura explicar o que ela é, afinal: ‘A natureza do homem, na sua dupla estrutura corpórea e espiritual, cria condições especiais para a manutenção e transmissão da sua forma particular e exige organizações físicas e espirituais, ao conjunto das quais damos o nome de educação. Na educação, como o homem a pratica, atua a mesma força vital, criadora e plástica, que espontaneamente impele todas as espécies vivias à conservação e à propagação de seu tipo. É nela, porém, que essa força atinge o seu mais lato grau de intensidade, através do esforço consciente do conhecimento e da vontade, dirigida para a consecução de um fim” (p. 14-15).

pilares do indivíduo, ser social e político, coexistindo em comunidade. Nesse sentido, John Dewey:

Observaremos primeiro que a realização de uma forma de vida social em que os interesses se interpenetram mutuamente e em que o progresso, ou readaptação, é de importante consideração, torna a comunhão democrática mais interessada que outras comunhões na educação deliberada e sistemática. O amor da democracia pela educação é um fato cediço. A explicação superficial de que um governo que se funda no sufrágio popular não pode ser eficiente se aqueles que o elegem e lhe obedecem não forem convenientemente educados. Uma vez que a sociedade democrática repudia o princípio da autoridade externa, deve dar-lhe como substitutos a aceitação e o interesse voluntários, e unicamente a educação pode criá-los. Mas há uma explicação mais profunda. Uma democracia é mais do que uma forma de governo; é, primordialmente, uma forma de vida associada, de experiência conjunta e mutuamente comunicada<sup>173</sup>.

Há de se reconhecer, primeiramente, que:

A cultura democrática dominante promove a heteronomia sob a máscara da autonomia, impede o desenvolvimento das necessidades e limita o pensamento e a experiência sob o pretexto de ampliá-los e estendê-los ao longo por toda parte. A maioria dos homens usufrui de um considerável espaço para compra e venda, para a busca de um trabalho e em sua escolha; podem expressar sua opinião e mover-se livremente – mas suas opiniões jamais transcendem o sistema social estabelecido, que determina suas necessidades, sua escolha e suas opiniões<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> DEWEY, John. *Democracia e educação*, 1979, p. 93.

<sup>174</sup> MANCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*, 1998, p.164.

Este é o traço que, segundo Fábio Konder Comparato, caracteriza a civilização contemporânea, sendo selecionado dentre outros porque toca de perto no problema educacional:

É a influência decisiva dos meios de comunicação de massa, para moldar o modo de viver em sociedade. [...] Ou seja, a preponderância avassaladora dos meios de comunicação de massa acabou esmagando os centros tradicionais de instrução e educação, que sempre foram a família e a escola<sup>175</sup>.

Em oposição, ao refletirmos sobre o papel da arte na educação – como são considerados alguns meios de comunicação, afastando-nos de modo fugidio à noção Adorniana, na qual a arte também se transformou em um produto de uma sociedade de massas – conseguimos potencializar o raciocínio aqui esposado de que a educação é pilar de uma sociedade com viés democrático, em razão, justamente, das inúmeras possibilidades, dentre elas: a formação de uma consciência cultural autônoma<sup>176</sup>, em paralelo ao desenvolvimento da sociedade

---

<sup>175</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*, [s.d.], p. 90-91.

<sup>176</sup> A formação do indivíduo se coaduna à autonomia da dimensão cultural, pois a formação de culturas de massa, pode desvirtuar a função primordial da arte na qual, no dizer de Duarte Jr. (Fundamentos estéticos da educação, data), consiste em “objetivar o sentimento de modo que possamos contemplá-la e entendê-lo. Os sentimentos são apreensões diretas de nosso ‘estar-no-mundo’, sem conceitos ou símbolos. Pois bem: a obra-de-arte procura mostrar (concretizar) estas apreensões diretas, de certa maneira, procura revivê-las em nós. [...] O homem apreende o mundo de maneira direta, total, sem a mediação de conceitos e símbolos. Captar o mundo diretamente (na esfera dos sentimentos) é viver a relação primeira, antepredicativa, anterior a qualquer conceituação (relação EU-TU). A consciência não mais apreende segundo as regras da ‘realidade’ cotidiana, mas abre-se a um relacionamento sem a mediação parcial de sistemas conceituais”.



tecnológica; porém, aberta ao conhecimento, revestido de crítica – no sentido Kantiano – não olvidando o passado e projetivo do futuro<sup>177</sup>.

O conteúdo da existência humana atravessa a reflexão da orientação, nos processos culturais civilizatórios mais recentes, na formação de ‘especialistas’ e mão-de-obra não reflexiva; quer dizer, formação de pessoas com visões parciais da realidade. Havendo, neste contexto, preponderância da visão do mundo como um campo sem fronteiras para o poderio tecnológico em detrimento de um autoconhecimento que permeie maior equilíbrio entre o sentir, o pensar e o fazer. É inoxidável, portanto, que a vivência humana necessita do equilíbrio da razão e do sentimento, do racional e do emocional, da linguagem e da arte; aquilo que Fritjof Capra<sup>178</sup> denomina de um novo paradigma: uma visão do mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas.

Todas essas considerações destinam-se à assertiva de que o processo de conhecimento, objeto de uma educação perene, é fundamental para a formação abrangente do indivíduo, que reúna suas potencialidades racionais e emocionais, – internamente, enquanto indivíduo, e externamente, na sociedade -,

---

<sup>177</sup> “Só o educador ‘deseducado’ do saber que existe no homem e na vida poderia ver *educação* no *ensino escolar*, quando ela existe solta entre os homens e a vida. Quando, mesmo ao redor da escola e da universidade, ela está no *sistema* e na oposição a ele; na sala de aula em ordem, e no dia da greve estudantil; no trabalho rigoroso e persistente do professor-e-pesquisador e, ao mesmo tempo, no trabalho político do professor-militante.

Esta é a esperança que se pode ter na educação. Desesperar da ilusão de que todos os seus avanços e melhoras dependem apenas de seu desenvolvimento tecnológico. Acreditar que o ato humano de educar existe tanto no trabalho pedagógico que ensina na escola quanto no ato político que luta na rua por um outro tipo de escola, para um outro tipo de mundo.

É bem possível que até mesmo neste ‘outro mundo’, um reino de liberdade e igualdade buscado pelo educador, a educação continue sendo *movimento* e *ordem*, *sistema* e *contestação*. O saber que existe solto e a tentativa escolar de prendê-lo num tempo e num lugar. A necessidade de preservar na consciência dos ‘imatuross’ o que os ‘mais velhos’ consagraram e, ao mesmo tempo, o direito de sacudir e questionar tudo o que está consagrado, em nome do que vem pelo caminho”. (BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é Educação*, 1981, p. 109-110).

<sup>178</sup> CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, 2003, p. 25.

compreende, em análise extremada, o estar do homem em um processo civilizatório.

Propomos então a educação como meio de libertação do homem no meio de formação da sociedade de massa, para além da visão pessimista de Th. Adorno sobre a indústria cultural e o uso da técnica para massificação social. A educação de um povo “*na escola da liberdade, na consciência do seu destino, na capacidade para o trabalho*”<sup>179</sup> desvinculando-se da cultura estabelecida ou ‘de massa’, como marco cultural de demonstração das necessidades vitais de determinada época ou período histórico, permitindo, por este prisma, mudanças sociais, o que seria “*a reparação da dimensão cultural perdida que (não importa em qual modo precário) estava protegida da violência totalitária da sociedade: era a dimensão espiritual da autonomia*”<sup>180</sup>.

Em suma, quando pensamos a educação em direitos humanos, concedendo-lhes ação – em outros termos: sua concretização -, avizinhamo-nos de Hannah Arendt, ao descrever:

A educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele e, com tal gesto, salvá-lo da ruína que seria inevitável não fosse a renovação e a vinda dos novos e dos jovens. A educação é, também, onde decidimos se amamos nossas crianças o bastante para não expulsá-las de nosso mundo e abandoná-las a seus próprios recursos, e tampouco arrancar de suas mãos a oportunidade de empreender alguma coisa nova e imprevista para nós, preparando-as em vez disso com antecedência para a tarefa de renovar um mundo comum<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> DORIA, Sampaio. *Direito Constitucional - Comentários a Constituição de 1946: Autocracia e Democracia*, 1960, p. 765-785

<sup>180</sup> MANCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*, 1998, p. 163

<sup>181</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, 2003, p. 247.

### 3.4. Proposta dogmática: o princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem

A dogmática é disciplina definida à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão) como vinculantes para o estudo, renunciando-se assim ao postulado da pesquisa independente. Dentre as características da dogmática há o *princípio da proibição da negação*, isto é, o princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas ou, ainda, *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*.

Atenção, a dogmática depende deste princípio, mas não se reduz a ele. A disciplina dogmática como a jurídica não deve ser considerada como uma prisão para o espírito.<sup>182</sup>

Não existe sociedade sem dogmas, pois, sem pontos fixos de referência, a comunicação social é impossível, toda comunidade elabora suas normas. Todavia as normas não bastam. Sua ambigüidade e vagueza exigem também regras de interpretação. É preciso saber dizer não só qual é a norma, mas também o que ela significa (regras sobre as regras de interpretação das normas).

---

<sup>182</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 48-49. Ainda o autor aponta como exemplo: o princípio da legalidade inscrito na Constituição obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei. Isto explica porque os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procuram sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente.

O conhecimento dogmático dos juristas não trabalha com certezas, mas com incertezas. Os dogmas podem voltar a uma incerteza primitiva, sendo ampliados, mas de modo controlado, aumentando o grau de suportabilidade social de modo que tornem decidíveis os eventuais conflitos. Controlado significa compatível com duas exigências centrais da disciplina jurídica: i) vinculação às normas que não podem ser ignoradas; ii) a pressão para decidir os conflitos, pois para eles tem-se de achar uma saída<sup>183</sup>.

Tendo como partida o pensamento de Kant, firmamos como enunciado categórico do pensar e agir em atenção à dignidade humana, no sentido de que: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”<sup>184</sup>.

Com esses aportes iniciais é que se afirma o princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem, isto é, como norma primeira, fundante da estrutura normativa internacional e, de forma escalonada, também nacional. O princípio da dignidade da pessoa humana é norma-princípio vinculante de toda a estrutura normativa sistêmica, não podendo ser olvidada, nem tampouco diminuída perante o anseio de decidibilidade, ao revés ampliada em conteúdo como baliza interpretativa do ordenamento jurídico.

---

<sup>183</sup> Dados extraídos da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 48-50. É de se completar: A chamada ciência (dogmática) do direito, sendo uma sistematização do ordenamento e sua interpretação, suas “teorias” chamadas, no conjunto, de “doutrina”, são antes complexos argumentativos, e não teoria no sentido zetético, isto é, sistema de proposições descritivas que, de um lado, compõem um conjunto lógico de termos primitivos não observáveis e de outro um conjunto de regras que permitem interpretar empiricamente, relacionando a fenômenos observáveis os termos não observáveis.

A ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. A dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Neste sentido, ao mesmo tempo funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes, etc – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma “realidade” consensual a respeito do direito na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção.

<sup>184</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, data, p. 277.

Num primeiro momento, valemo-nos do suporte de Hannah Arendt ao retratar o tema da condição humana, que claramente indica que teremos necessária dificuldade em precisar o problema da natureza humana e conseqüentemente o conteúdo da dignidade da pessoa humana, considerando que:

É altamente improvável que nós, que podemos conhecer, determinar e definir a essência natural de todas as coisas que nos rodeiam e que não somos, venhamos a ser capazes de fazer o mesmo a nosso próprio respeito: seria como pular sobre nossa própria sombra. [...]

Por outro lado, as condições da existência humana – a própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade o planeta Terra – jamais podem ‘explicar’ o que somos ou responder a perguntas sobre o que somos, pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto. Esta sempre foi a opinião da filosofia, em contraposição às ciências – antropologia, psicologia, biologia, etc. – que também têm no homem o seu objeto de estudo<sup>185</sup>.

A despeito da essência humana vária, apontamos a dignidade humana como pilar primeiro de uma ordem jurídica estruturante da própria vida humana em sociedade. Há que se admitir, dogmaticamente, o princípio da dignidade humana como norma-origem observando o seguinte binômio: por um lado, afirmação da liberdade do indivíduo; por outro, limitador da atuação não só desse mesmo indivíduo, considerado em sua humanidade – condição terrena -, como também das formas estruturantes de manifestação e ordem como: organizações estatais, não-estatais, inter-estatais, etc.

O ser humano organiza-se socialmente e a normatividade decorre da estruturação do *viver com*, isto é, da inserção do indivíduo em sociedade, mas

---

<sup>185</sup> ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*, 2003, p. 18-19.

premido pelo anseio comum de pacificação da vida social por meio do Direito. Nesse cenário, há que se resguardar a liberdade como valor individual e observar-se a máxima igualdade como condição de justiça.

Assim descreve Norberto Bobbio:

A liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência (e, nesse sentido, virtude social, como dizia Aristóteles). Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é a liberdade e justiça e não liberdade e igualdade, já que a igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo<sup>186</sup>.

Na assertividade observada na estruturação do princípio da dignidade da pessoa humana entende-se que a dignidade humana é tema que extrapola a ordem estatal. Se recordarmos os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, após a Segunda Guerra Mundial, é verificável que a fundamentação jurídica da promotoria, da acusação em face aos crimes perpetrados naquele período, foi a existência de costumes internacionais e princípios, todos, de tal monta que não se justificaria – pelo menos de início - a alegação de defesa de

---

<sup>186</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Igualdade*, 2002, p. 16.

ausência de tipicidade para os crimes alegados<sup>187</sup> – em tela: a recém tipificação do crime de genocídio alçado a crime contra a humanidade.

Crimes contra a humanidade (*Crimes Against Humanity, Crime Contre l'Humanité*). Grande inovação do Tribunal, este encargo tratava de novos delitos penais, considerados a partir de então e em virtude de tudo que ocorrera naqueles anos de dor e sofrimento, e que seriam basilares para futuras considerações a respeito de 'direitos humanos' e de um novo termo, tratado posteriormente em Convenção da Organização das Nações Unidas: genocídio, extermínio em massa.

O art. 6º dos Estatutos, em sua alínea 'c', qualificava este crime como 'o assassinato, extermínio, escravidão, a deportação e todo e qualquer outro ato inumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra'. Também foram considerados crimes cometidos contra a humanidade 'as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, realizadas na seqüência de todos os crimes da competência do Tribunal Internacional ou a eles vinculados, ainda que essas perseguições tenham constituído violação do direito interno nos países onde foram perpetradas'. Com estas últimas considerações, tinha-se abertamente a declaração de que a soberania de um Estado não mais seria considerada como argumento para atos arbitrários contra seres humanos. Pelo menos formalmente.<sup>188</sup>

Somente a Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, elaborada em sede da Organização das Nações Unidas, trouxe a descrição dos tipos penais, da conduta delitiva do genocídio e a

---

<sup>187</sup> Segundo Joanisval Brito Gonçalves, em obra intitulada *Tribunal de Nuremberg 1945-1946*, "definida a estrutura do Tribunal, a organização do processo e procedimentos, conhecidos já os acusados, dividiu-se os encargos de acusação em individuais e coletivos. [...] assim, tratar-se-á dos encargos coletivos, que serviriam de base para o novo Direito Internacional do pós-guerra. São estes encargos coletivos os que despertaram as maiores críticas, de maneira a se questionar a validade do julgamento e do próprio processo". O artigo 6º do Estatuto que instituiu o Tribunal de Nuremberg descreveu os crimes submetidos à essa jurisdição, quais sejam: crimes contra a paz; crimes de guerra; crimes contra a humanidade. Ainda o autor: "o texto do art. 6º do Estatuto, atribuía as responsabilidades das mais genéricas, de modo que qualquer pessoa poderia ser indiciada, julgada e condenada com base em qualquer um daqueles preceitos" (2004, p. 99-102).

<sup>188</sup> GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946*, 2004, p. 135-136.

afirmação de que o genocídio é um crime contra o direito internacional. O massacre administrativo, o homicídio em massa, voltado à exclusão em definitivo de pessoas vertidas por um liame comum, de etnia, religioso, de gênero, ou outro segmento, como o perpetrado contra o povo judeu ainda na primeira metade do século XX, foram insculpidos no artigo II da Convenção:

Art. II – Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) Assassinato de membros do grupo;
- b) Dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Reafirma-se que a dignidade humana não está adstrita ao subsistema jurídico estatal, pois depreende-se que é um princípio que instrui, *a priori*, o sistema internacional. Entende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como norma de sobreposição e conteúdo vívido, não obstante a receptividade dos Estados nacionais - seja por meio da positivação expressa em seus textos constitucionais ou, por seu turno, àqueles silentes quanto à definição de um núcleo de proteção de direitos humanos na normatividade interna.

A ordem internacional há muito reconhece, precípua e indubitavelmente, a partir da Segunda Metade do Século XX, a supremacia do ser humano como agente ativo da organização social e projetiva de arcabouço jurídico sólido na composição do direito internacional dos direitos humanos.



Afasta-se a noção de um sistema de Estados, em que o direito internacional decorre meramente da vontade estatal; pretende-se que o direito internacional seja ampliado pela clara inclusão de novos atores no cenário internacional e correspondente assunção de novos temas, comuns, não a alguns Estados de forma isolada, mas a comunidades de nações premidas pela busca de soluções plurais a problemas, mais uma vez, comuns.

A convicção decorrente da assertiva do princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem do sistema jurídico tem como justificativa vários fundamentos. O primeiro deles encontra paralelo na análise desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ao utilizar como método comparado, em especial o direito constitucional comparado, e trabalhar com categorias de cunho universal que assumem caráter virtualmente cogente como Constituição, Estado, poder, governo, constitucionalidade e inconstitucionalidade, direitos fundamentais, etc.

É no campo dos direitos fundamentais (ou humanos) que esta universalização se manifesta ainda com maior intensidade, seja em virtude da relevância que a matéria alcançou no âmbito do direito internacional, de modo especial, de cunho convencional (e, por sua vez, dos reflexos na ordem interna), seja em virtude da forte influência do direito constitucional positivo, da doutrina e jurisprudência de uns Estados sobre os outros<sup>189</sup>.

É clara a opção do presente estudo em oferecer uma perspectiva universalista (ou internacionalista) do princípio da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2008, p. 25.

não restrita a perspectiva estatal (ou constitucional). Valemo-nos de paralelo com o pensamento de Vieira de Andrade:

Ao referir que os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, dentre as quais enumera três: a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direito de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar<sup>190</sup>

Delineamos, portanto, uma visão cosmopolita, como base para a solidariedade planetária<sup>191</sup>, àquela que comunga de um destino comum, senão pelo vínculo humano – na ausência do reconhecimento do outro – pela circunstância fática adstrita ao território do planeta e a conformação obrigatória de interesses afins.

O segundo fundamento é a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana pelas ordens jurídicas nacionais, a incorporação pelas ordens estatais, do texto historicamente conclamado e posto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Apenas neste século é ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial, após ter sido consagrado pela

---

<sup>190</sup> MELO, J.C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*, p. 11 apud Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2008, p. 25.

<sup>191</sup> Expressão cunhada por Frank Attar, na obra *Le droit international entre ordre et chaos*.

Declaração Universal da ONU de 1948. Ainda assim, muitos Estados integrantes da comunidade internacional não chegaram a inserir o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais.<sup>192</sup>

Nesse sentido, o constitucionalismo teve ampliado seu conteúdo, afora o aprofundamento de temas comuns no direito constitucional comparado, como: Estado, governos, controle de constitucionalidade, para além da afirmação de liberdades e garantias individuais; contudo, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é recente.

A Constituição Federal brasileira de 1988 proclama em seu início a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito estruturante da República Federativa do Brasil. Ao oferecer análise sobre o tema, Ana Claudia P. T. Andreucci afirma:

Acreditamos que a intenção do legislador em eleger tal princípio como basilar de nosso Texto Maior deve-se a sua grandeza e a seu valor fundamental, proclamado assim como o sustentáculo e o alicerce do qual emanam os demais direitos. É o norteador para o legislador infraconstitucional<sup>193</sup>.

Em paráfrase, avançamos em descrever que o princípio da dignidade da pessoa humana é o sustentáculo para a formação da ordem jurídica estatal, tendo como pressuposto de validade anterior e necessário à ordem jurídica internacional.

---

<sup>192</sup> SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, 2008, p. 101.

<sup>193</sup> ANDREUCCI, Ana Cláudia P. T. *Salário-Maternidade à Mãe Adotiva no Direito Previdenciário Brasileiro*, 2005, p. 87.

Não obstante todo esse entendimento, devemos ainda apontar, como fundamento último do princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem, uma perquirição de cunho filosófico, em que já ultrapassamos as alegações jurídicas – internacionais e nacionais – e voltamo-nos para o âmbito do desenvolvimento da pessoa humana.

Para Luc Ferry, as mudanças impactam tanto na esfera pública quanto na esfera privada, sendo nesta última menos espalhafatosa e violenta do que nas outras, porém mais perene. De outro modo:

Em seu conjunto, a política moderna, desde o final do século XVIII, para não entrar em épocas precedentes, colocou a esfera pública infinitamente acima da esfera privada. Em caso de conflito entre as duas, sempre a segunda foi sacrificada em favor da primeira, como se pôde verificar por ocasião de todas as guerras que, aliás, eram conduzidas por homens.

[...]

Mas a forte tendência que pesa sobre nós há algumas décadas, sem que sequer tenhamos consciência disso, segue uma direção inversa. Hoje, para a imensa maioria das pessoas, a verdadeira meta da existência, que lhe dá um sentido, sabor e valor, situa-se basicamente na vida privada. E essa evolução só se torna compreensível quando colocada em perspectiva no interior de uma história, a da família moderna, em que a família de modo algum é um tema exclusivo da 'direita' como tantas vezes se repetiu, de maneira impensada e mecânica, mas pelo contrário, é o mais belo apanágio da aventura democrática.

[...] pode-se achar, sem dúvida com razão, que o dilema é absurdo e que na vida real as questões políticas não se colocam nesses termos. É apenas uma imagem. Mas que encobre uma realidade profunda: a de

uma política que tende, cada dia mais, a se tornar, primeiro e antes de tudo, um *auxiliar da vida privada*<sup>194</sup>.

Em síntese, a educação é a via indispensável para a formação de uma consciência humanista, na qual há o imediato reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como condição mínima e necessária para a coexistência humana. Sugere-se a retomada de metas, aquelas mesmas que justificaram de início o avanço tecnológico, quando o ser humano buscava emancipar-se do obscurantismo (medieval, em oposição à geração seguinte, o período *das luzes*), partir do desconhecimento para impor o domínio sobre a natureza.

Não se queria dominar por dominar, mas sim compreender o mundo e o poder, nesse caso, *usar isso com a finalidade de alcançar certas metas superiores que se reagrupam, no final, em dois capítulos principais: a liberdade e a felicidade*<sup>195</sup>.

O ser humano ocupa esferas pública e privada e, em ambas, busca o mesmo, a satisfação de ser livre, de ser igual e ao mesmo tempo indivíduo, ser feliz. Em outros termos, a sociedade muda ao longo dos séculos, mas os anseios humanos persistem, sendo alcançáveis, factíveis, pela educação aberta, perene e transformadora na linguagem dos direitos humanos.

---

<sup>194</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês política e vida privada na era da globalização*, 2008, p. 22-24. Ainda o autor: A vida amorosa ou afetiva sob todas as suas formas, os laços que se criam com os filhos no decorrer da educação, a escolha da atividade profissional enriquecedora *também* no plano pessoal, a relação com a felicidade, mas também com a doença, o sofrimento e a morte, ocupam um lugar infinitamente mais eminente que a consideração de utopias políticas, aliás, inabordáveis. Entre a justiça e a sua mãe, Camus já havia preferido a segunda.

<sup>195</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês política e vida privada na era da globalização*, 2008, p. 44.

## IV – A RECONSTRUÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL PÓS 11/09/2001

*“Mas é inegável que a história se encontra em novo começo, conclui: e que não seja o começo do fim, mas a penosa construção de um futuro em que esta espécie atrasada, que somos nós, poderá assumir a grandeza moral, espiritual e até física a que se têm arrogado civilizações que surgiram e desapareceram, sem que hajamos vencido a mesquinhez, a irracionalidade, o preconceito e a crueldade”* (João Ubaldo Ribeiro, *A história começou*, O Estado de São Paulo, p. D2, em 16/09/2001)<sup>196</sup>.

### 4.1. O contexto pós 11/09/2001

Os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 em território norte-americano - quando dois aviões se chocaram contra os prédios do

---

<sup>196</sup> Segundo Maria Garcia, ao abordar o tema das Torres Gêmeas, em 16/09/2001, João Ubaldo Ribeiro traça, sob o título “A história começou”, uma análise severa da questão lembrando o Vietnã, a guerra inglória da poderosa Nação norte-americana “contra um pequeno país pobre e primitivo” e que “as novas guerras, como parece estar acontecendo com esta, já não serão de Estado contra Estado, mas de grupos contra Estados”. A violência não é mais monopólio do Estado, afirma, como na Teoria Geral do Estado clássica. Pelo contrário, acha fontes de legitimação cada vez mais abundantes, num mundo cada vez mais conturbado. [...] Remover quanto possível, as causas profundas da frustração e do desespero, de um lado; do outro, combatendo o recurso a qualquer tipo de violência e reagindo contra qualquer governo que os favoreça e proteja: somar as iniciativas de cooperação, prestigiar o processo democrático das Nações Unidas. Esse é o caminho determinado pelo Direito – o Direito Internacional. (In: *Torres Gêmeas: as vítimas silenciadas. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado*, 2006, p. 331).

*World Trade Center* em Nova York, um terceiro atingiu o Pentágono em Washington e, um quarto, não chegou ao destino planejado pelos terroristas, por força dos tripulantes e passageiros que empreenderam uma reação à dominação da aeronave -, trouxeram novo e grande impacto ao cenário internacional e, em particular, à seara do direito internacional dos direitos humanos.

#### Para Caçado Trindade:

Vivemos um momento sombrio, resultante do recrudescimento do unilateralismo, sobretudo com a ação militar no caso Kosovo (sem a prévia autorização do Conselho de Segurança da ONU) e com as conseqüências dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, que acarretam uma erosão das garantias judiciais e dos princípios gerais do Direito. Há uma vasta jurisprudência internacional condenatória de medidas de exceção que representa hoje um baluarte contra as tentações do cesarianismo e um verdadeiro patrimônio jurídico de todos os povos. A nenhum Estado é dado considerar-se acima do Direito. Não se pode combater o terrorismo com a repressão indiscriminada<sup>197</sup>.

Verifica-se que o dilema entre os Estado de Polícia e o Estado de Direito acercou-se da comunidade internacional em razão do clamor público, por segurança frente ao terrorismo, uma “guerra” mais injusta da feita que o inimigo é invisível. Como bem alerta Flávia Piovesan:

O Pós 11 de setembro aponta o desafio de que ações estatais sejam orientadas pelos princípios legados do processo civilizatório, sem dilapidar o patrimônio histórico atinente a garantias e direitos. O esforço de construção de um “Estado de Direito Internacional”, em uma arena mais democrática e participativa, há de prevalecer em face da imediata

---

<sup>197</sup> Antônio Augusto Caçado Trindade em entrevista à Revista Jurídica Del Rey, n. 9, de novembro de 2002.

busca do “Estado de Polícia” no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema da força e segurança internacional<sup>198</sup>.

De outro modo, a evolução do direito internacional dos direitos humanos e a estruturação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos trouxeram ganhos inarredáveis: o papel dos organismos internacionais, como foros legítimos de debates multilaterais; a via do consenso para a tomada das decisões que atingem a sociedade internacional; e, ainda, a inclusão em definitivo do indivíduo como sujeito de direito<sup>199</sup>. Todos, pautados em um Estado democrático de Direito em que os valores liberdade e igualdade servem de fundamento, ou seja, a negação da regulação da sociedade pautada neste dever-ser, que consiste na busca de uma sociedade de livres e iguais, significa a assunção de um papel não democrático pelo Estado.

Nos últimos anos, observamos os efeitos dos atentados em território americano sob diversos prismas: i) nas relações internacionais: houve o recrudescimento de políticas imperialistas<sup>200</sup>; ii) no âmbito interno: afastamento das garantias individuais sob a égide da defesa de um *bem maior*, a proteção e a segurança de todos; iii) e, ainda, o desprestígio das organizações internacionais verdadeiramente vocacionadas a foros multilaterais, em especial, a Organização das Nações Unidas.

---

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 15

<sup>199</sup> “A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível. O ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito, tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade processual”. (Antônio Augusto Cançado Trindade em entrevista à Revista Jurídica Del Rey, n. 9, de novembro de 2002).

<sup>200</sup> Um ano após os atentados terroristas em território norte-americano, vários pronunciamentos foram feitos, dentre eles o do vice-secretário de Estado do governo de George W. Bush, ao resumir as dimensões do poderio norte-americano: “nós temos mais influência, poder e prestígio do que qualquer outro país na história da humanidade” (In: Revista Veja de 11/09/2002 – O Dono do Mundo, p. 41)



A denominada *Guerra contra o Terror* assumiu frentes inimagináveis ao término do século XX. Naquele momento, vislumbrava-se a crescente aproximação dos povos pelo reconhecimento de temas afins como a proteção aos direitos humanos, a preservação do meio ambiente, a ampliação da rede de circulação de bens, capitais e pessoas, o reconhecimento da globalização econômica e a percepção de conseqüências além-fronteiras, os impactos do avanço tecnológico, etc.

Houve o desmoronamento dessa pauta para uma mudança de vértice centrista, liderado pelos Estados Unidos da América<sup>201</sup>, ao empreender primeiro uma reação ao Afeganistão – considerado então país receptivo à *Al Qaeda* – em seguida, a guerra contra o Iraque em descaso ao construto normativo internacional, de claro isolamento no processo decisório, de medida extremista na política internacional que se convencionou denominar *Doutrina Bush*<sup>202</sup>.

Parafraseando Norberto Bobbio em contexto projetivo - de um século à frente:

---

<sup>201</sup> “Há várias razões certas para investir na derrubada da ditadura de Saddam Hussein, no Iraque. O presidente americano George W. Bush escolheu a errada: ele resolveu fazer uma guerra contra um país inteiro, o Iraque, sob o pretexto de que está conduzindo uma cruzada do bem contra o mal, da democracia contra a ditadura, de Deus contra Satã. Sem se constranger pela falta de apoio que está tendo na Organização das Nações Unidas para sua guerra santa nem pelo repúdio internacional à guerra, o presidente Bush apela para o incontestável poderio bélico dos Estados Unidos, que pode varrer o Iraque do mapa em poucos dias, sob o pretexto de que estará realizando um trabalho em benefício da civilização contra a figura sanguinária de um homem, Saddam Hussein, e de seu círculo de asseclas instalados no poder há três décadas. Guerra é um assunto sério e, quando se mostram inevitáveis, as guerras precisam ser travadas” (In: Revista Veja de 19/03/2003 – Potência isolada, p. 46).

<sup>202</sup> Bernardo Guerra, ao retratar o terrorismo em pleno século XXI, faz alusão a dois grandes atores: o fundamentalismo islâmico e a doutrina de George W. Bush. O primeiro ator – não-estatal – caracteriza-se pela emergência de determinados grupos que declararam uma *Jihad* contra o Ocidente, visando à reforma do mundo e a instauração de um império internacional de fé. Por sua vez, o segundo ator – ator esse estatal – unindo grupos dicotômicos, em decorrência dos ataques terroristas de 2001, revela-se como sendo detentor de uma predestinação sagrada, consistente em espalhar a democracia e a liberdade aos quatro cantos do mundo, adotando os meios que se fizerem necessários para a referida finalidade (In: *O terrorismo, a luta contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos*, 2008, p. 16).

Ninguém pode pretender conhecer o destino da liberdade no mundo. Quem se limita a ser observador do que ocorre é tentado a fazer ainda uma reflexão. No século XIX, floresceram as mais diversas elucubrações utópicas de uma sociedade finalmente libertada; e estava bastante enraizada a convicção de que o destino da humanidade fosse a liberdade. Depois, aconteceu o que aconteceu: aconteceu que, na entrada dos campos de escravidão e de extermínio, foram escritas, com diabólica contrafação, as seguintes palavras: *O trabalho liberta*. Neste século XX não conheço utopias, idealizações fantásticas da sociedade futura, que não descrevam universos de obscuro domínio e de desolado conformismo. A única esperança é que, também dessa vez, os incautos profetas estejam errados<sup>203</sup>.

O desafio se apresenta: como compor tamanha diversidade? O direito internacional desponta como ponto de coesão, de ordem. Ao oferecer análise sobre o tema, Maria Garcia<sup>204</sup> contrapõe o caos à ordem, sendo o primeiro um estado de completa desordem, um estado primordial e primitivo do mundo, caótico, em que o Direito, por seu turno, assume a finalidade de ordenar “o estabelecimento de um sistema apto a impor um meio regular e harmonioso do espaço que ele rege”.

Nessa seara, alguns temas devem ser enfrentados como a caracterização do terrorismo, a tortura institucionalizada, o posicionamento internacional de repúdio às práticas terroristas; a formação de uma comunidade, com o recrudescimento de políticas humanistas, definição de parâmetros mínimos em direitos humanos, o papel dos Tribunais Internacionais, a legitimidade ativa dos indivíduos, para, por fim, verificarmos a guerra como recurso extremo em direito internacional.

---

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, 2002, p. 95.

<sup>204</sup> GARCIA, Maria. *Torres Gêmeas: as vítimas silenciadas*. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado, 2006, p. 333.

### 4.1.1. O que é o terrorismo?

Segundo o Dicionário de Língua Portuguesa, terrorismo significa modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas, ou de impor-lhes a vontade pelo uso sistemático do terror.

Francisco Paula de Melo Neto descreve o terrorismo com base no Dicionário do Século XXI, de Jacques Attali:

‘Antiquíssima forma de violência política usada por grupos ultraminoritários decididos a conquistar pela força o poder sobre determinado território’.

Identificado o terrorismo como uma forma de violência política, Attali define os seus propósitos de desestabilizar regimes políticos por meio da disseminação do medo e do pavor, promover atentados e conquistar o poder pela força.

Define os grupos terroristas como ‘organizações essencialmente criminosas que se camuflam por trás da luta política de minorias para proteger suas próprias atividades’<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> MELO NETO, Francisco Paula de. *Marketing do Terror*, 2002, p. 22-23. Ainda o autor: *Métodos como assassinatos, seqüestros e bombas são amplamente utilizados pelos terroristas. Distingue-se pelo seu propósito político e pelos seus métodos de violência. O professor Ricardo Seitenfus, da Universidade Federal de Santa Maria, assim define o terrorismo: o terrorismo é um instrumento de combate e a forma de luta mais abjeta que prolifera em propício caldo de cultura. Não se trata de um programa de governo, de uma filosofia ou de uma ideologia. É simplesmente a arma da marginalidade, da delinqüência e o banditismo.*(In: A guerra não aliada do direito. *Valor*. 11, 12, 13 e 14/10/2001 (Caderno Eu &), p. 5). Um aspecto interessante desse conceito é a associação do terrorismo à questão da cultura. O terrorismo, como prática política e uso indiscriminado da violência, busca legitimar-se a partir de valores próprios de uma cultura. No caso do terrorismo internacional, há sempre uma causa política ou religiosa que lhe dá sustentação.

No século XX, há o esforço de definição do terrorismo como prática antijurídica, primeiro pela Convenção de Genebra de 1937, sob os auspícios da Liga das Nações, a estabelecer a necessidade de repressão ao terrorismo – Convenção que não chegou a vigorar. Depois a Organização dos Estados Americanos promulgou uma série de atos visando a condenar e a punir ações terroristas, dentre as quais se destacam:

i) a Convenção de 1971 para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional. Ratificada pelo Brasil em 1999, essa Convenção considera crimes comuns o seqüestro, o homicídio e outros atentados contra a vida e a integridade das pessoas a quem o Estado tem o dever de proporcionar proteção especial, bem como a extorsão conexa com tais delitos;

b) a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, de 2005, que tem por objetivo prevenir, punir e eliminar o terrorismo, inclusive os meios de financiamento desse crime.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi explícita em afirmar dentre os princípios que regem a República Federativa do Brasil na suas relações internacionais o repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII). Pedro Dallari, ao abordar a questão do tratamento constitucional dos temas de relações exteriores, é muito feliz ao apontar a irreversibilidade da constitucionalização desta matéria:

A ênfase atribuída pela Assembléia Nacional Constituinte ao tratamento constitucional dos temas de relações exteriores não deverá vir a sofrer reversão. Seja no que diz respeito particularmente a enunciação dos princípios destinados a servir de parâmetros para a inserção internacional do Brasil, seja no que se refere aos demais dispositivos

constitucionais com repercussão, direta ou indireta, no campo das relações exteriores, o enfoque da matéria ao patamar da Constituição parece ser algo consolidado, sujeito apenas a um processo natural de renovação e aperfeiçoamento.

Para formar tal convicção, contribuem não só fatores relacionados com a evolução histórica do direito público brasileiro, que registra claramente uma tendência à constitucionalização dos temas socialmente relevantes, como, também, a perspectiva presente universalmente de que o incremento das relações em âmbito planetário seja, simultaneamente, causa e consequência, no plano do Direito Internacional e do Direito Constitucional, de um movimento de cristalização de paradigmas e procedimentos eminentemente legítimos e democráticos, capazes de gerar na ordem internacional a estabilidade indispensável a própria preservação da espécie humana<sup>206</sup>.

O terrorismo não é um fenômeno novo, no dizer de Jorge Miranda, a existência de surtos terroristas em variadas épocas (no final do século XIX, de origem anarquista) ou em certos países e regiões (Grã-Bretanha, País Basco, Rússia): os atentados de 11 de setembro, explica, “apenas têm de singular os meios utilizados, o numero de vítimas e as suas repercussões globais”.

O terrorismo globalizado, conclui, não diz respeito somente a este ou àquele Estado, por mais poderoso – ou simultaneamente – mais vulnerável que seja. Diz respeito a toda a comunidade internacional; é ela que também é ofendida. Por isso, só pode ser vencido a partir de instrumentos jurídicos desta mesma comunidade internacional. Por isso, só pode ser vencido sem transigências com qualquer desrespeito ou degradação dos direitos fundamentais.

---

<sup>206</sup> DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*, 2002, p. 187-188.

Os direitos fundamentais ou são indivisíveis ou não são direitos fundamentais<sup>207</sup>.

Ao analisar o terror, Eric Hobsbawn relaciona a violência social generalizada e a violência política, retratando que os piores surtos de violência política podem ocorrer em países com notável tradição de não-violência política e social:

O aumento da violência em geral faz parte do processo de barbarização que tomou força no mundo desde a primeira Guerra Mundial e que focalizei em outros trabalhos. Seu progresso é particularmente notável nos países com Estados fortes e estáveis e instituições políticas liberais (em teoria), em que o discurso público e as instituições políticas distinguem apenas dois valores absolutos e mutuamente excludentes – a ‘violência’ e a ‘não-violência’. Essa foi uma outra forma de estabelecer a legitimidade do monopólio da força coercitiva por parte do Estado nacional, que acompanhou o desarmamento da população civil nos países desenvolvidos no século XIX, com exceção dos Estados Unidos, que, por conseguinte, toleraram um grau maior de violência na prática, embora não em teoria. Desde o final da década de 1960, os Estados perderam em parte esse monopólio de poder e de recursos e perderam também algo mais do sentido de legitimidade que faz com que os cidadãos respeitem a lei. Isso basta para explicar em grande medida o aumento da violência [...].

Existe, no entanto, um fator mais perigoso na geração da violência sem limites. É a convicção ideológica, que desde 1914 domina tanto os conflitos internos quanto os internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, e a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são válidos como

---

<sup>207</sup> MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIV; n. 1 e 2; 2003, p. 649 e s. *apud* Maria Garcia, *Torres Gêmeas: as vítimas silenciadas. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado*, 2006, p. 334-335

necessários. Isso significa que tanto os Estados quanto os insurgentes sentem ter uma justificativa moral par ao barbarismo<sup>208</sup>.

Existem vários tipos de terrorismo, Francisco Paulo de Melo Neto distingue:

O *terrorismo político* tem um fim político definido. Seu propósito é derrubar um regime político, minar as instituições políticas. Suas versões mais modernas estão nos movimentos anarquistas do século XIX e nas organizações político-terroristas do século XX, como o Baader-Meinhof (Alemanha Ocidental), o Exército Vermelho (Japão), as Brigadas Vermelhas (Itália), o Sendero Luminoso (Peru) e outros.

Há também uma vertente do terrorismo político – o que se molda pela luta de libertação e emancipação política. Exemplos desse tipo de terrorismo são o IRA irlandês, o movimento basco e grupos que lutaram pela libertação colonial (Irlanda e Inglaterra, Argélia e França, Vietnã e Estados Unidos) e pela emancipação e disputa de terra (palestinos e israelitas).

O terrorismo político pode ser subdivido em duas outras categorias: o *terrorismo de guerra* e o *terrorismo de Estado*.

O *terrorismo de guerra* compreende as práticas de sabotagem, assassinato de líderes e seqüestros de comandantes militares.

---

<sup>208</sup> HOBBSAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*, 2007, 126-127. Ainda o autor: “Essa degeneração patológica da violência política aplica-se tanto às forças insurgentes quanto às do Estado. Ela resulta tanto da anomia crescente da vida dos centros urbanos, especialmente entre os jovens, quanto da disseminação da cultura da droga e da posse privada de armas. Ao mesmo tempo, o declínio da velha instituição do recrutamento militar e o surgimento de soldados profissionais em tempo integral – em particular das forças especiais de elite – anulam as inibições de homens que permanecem essencialmente civis e não têm o espírito corporativo dos agentes do Estado dedicados apenas ao uso da força. [...] viu-se na década de 1980 que jovens militantes do Sendero Luminoso podiam perfeitamente matar dezenas e dezenas de camponeses sem nenhum problema de consciência: afinal, eles não estavam se comportando como indivíduos que agissem com base em sentimentos pessoais a respeito do que ocorria, mas como soldados dedicados a uma causa. Tampouco os homens do Exército ou da Marinha que treinavam recrutas na prática de técnicas de tortura nos corpos de prisioneiros políticos eram necessariamente sádicos e embrutecidos em sua vida privada. Tal como os SS, que eram efetivamente punidos em casos de assassinatos particulares, ao mesmo tempo que eram treinados para cometer assassinatos em massa com toda a calma, isso tornou suas atividades mais, e não menos, condenáveis. A ascensão do megaterror no século passado não reflete “a banalidade do mal”, e sim a substituição dos conceitos morais por imperativos superiores

Quanto ao *terrorismo de Estado*, este se subdivide em dois tipos: terrorismo de Estado propriamente dito e o terrorismo como arma de Estado.

O terrorismo como arma de Estado foi amplamente utilizado por Adolf Hitler e Josef Stálin. Já o terrorismo de Estado caracteriza-se pelo zelo excessivo com a segurança das pessoas e tem como disfunção o cerceamento das liberdades e direitos individuais.

O *terrorismo cultural* é caracterizado pela perseguição às minorias culturais e etnias fragilizadas. Ataques a povos indígenas na América Latina, a grupos étnicos e socioculturais na África e na Ásia, a hispanos e negros nos Estados Unidos e Europa. E, agora, mais do que nunca, a árabes e muçulmanos.

O terrorismo cultural caracteriza-se pela perseguição aos escritores dissidentes, aos intelectuais de vanguarda e à *intelligentsia*, quando esta se volta contra os interesses da classe dirigente.

O *terrorismo religioso* caracteriza-se pela intolerância e atitudes hostis a minorias e grupos religiosos.

Os ataques terroristas estão inovando no uso de meios. Daí as expressões ciberterrorismo e bioterrorismo.

O *ciberterrorismo* compreende o conjunto de atividades terroristas no mundo. Seu objetivo principal é entrar nas redes e sistemas, descobrir suas vulnerabilidades, tirar vantagens e danificar arquivos. [...]

O *bioterrorismo* é o ataque com armas biológicas. Sua versão já conhecida é o uso de gases infectantes e paralisantes. Em sua versão moderna, há a transmissão de bactérias por meio de bioataques à agricultura, à pecuária e a disseminação em ambientes fechados e por meio de correspondências dirigidas às pessoas<sup>209</sup>.

É certo que o terrorismo não é fenômeno novo no âmbito internacional, nem tampouco é de fácil solução ou erradicação como prática. Apesar do conjunto normativo internacional no sentido de repúdio ao terrorismo, de inviabilização do custeio de atividades terroristas (acordos internacionais evocando a transparência de atividades financeiras, maior controle dos países

---

<sup>209</sup> MELO NETO, Francisco Paula de. *Marketing do Terror*, 2002, p.25-27.



denominados *tax haven* ou paraísos fiscais), a observação e monitoramento acurado de atividades em prol do *marketing* do terror<sup>210</sup>.

Nesse sentido, Carlos Roberto Husek considera:

É certo que a imposição de normas sobre determinada matéria ou a consideração de ilícitos internos ou internacionais, pelos sistemas de Direito, implica numa aceitação do fato a ser regrado. No mínimo diz que o fato a ser apenado ou regrado ocorre de forma regular, de tempos em tempos, em dada comunidade, ou mesmo na sociedade internacional. Não se imaginaria um mundo sem criminosos, sem afirmações de poder por parte do Estado e por parte de pessoas, sem interesses econômicos e políticos a serem defendidos de forma vigorosa, sem idéias religiosas fanáticas, sem quebra de regras de convivência, uma vez que a imperfeição do ser humano é natural e as comunidades que constitui têm iguais defeitos. Entretanto, poder-se-ia imaginar a algum tempo atrás um mundo sem terrorismo, embora produto, também, do ser humano e de sua intrínseca imperfeição<sup>211</sup>.

Entendemos que o combate ao terrorismo deve vir respaldado em profundas análises, estudos, produções normativas internas e internacionais; mas, acima de tudo, deve vir sustentado por uma mudança de posturas, dos Estados, das organizações internacionais, das organizações não-estatais, das multinacionais, dos indivíduos – todos, sujeitos de direito internacional – envolvidos na percepção de que o problema não é local, regional, e, sim, global. Da feita que o mundo é aceito sob uma perspectiva globalizada, globalizados

---

<sup>210</sup> Marketing do Terror é título da obra de Francisco Paulo de Melo Neto que analisa os efeitos midiáticos dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, ainda como Osama Bin Laden conseguiu transformar-se em ícone de resistência e oposição de países pobres em reação ao poderio norte-americano, ou mesmo como é possível que a “espetacularização” dos atentados às Torres Gêmeas, lançaram para segundo plano a evidente violência.

<sup>211</sup> HUSEK, Carlos Roberto. A nova (des)ordem internacional ONU – uma vocação para a paz, 2004, p. 215.

também o são os problemas, os desafios e, preponderantemente, assim devem ser as decisões, as metas em busca de soluções.

O número de grupos terroristas<sup>212</sup> – pelo menos os noticiados – é de quantidade significativa e motivam uma reflexão maior, em âmbitos plurais de debates e participação dos Estados.

Em outro prisma, o terrorismo também é apresentado como oposição à globalização, oposição à noção de uno, idêntico ou global, como resistência do que é diferente, heterogêneo e diversificado – para Maria Garcia:

O terrorismo decorreria dessas constatações como necessidade de defender uma autenticidade que se considera ameaçada: compreende-se, mas não se justifica.

Nada justifica a violência.

Não podemos afirmar que ‘os tempos sombrios’ referidos por Hannah Arendt, período pós 2ª Grande Guerra praticamente, tenham se diluído e distanciado – como a própria II Guerra Mundial representou uma continuação da I Grande Guerra, efetivamente inacabada, em 1918.

Vivemos tempos sombrios: as ameaças e ataques surgem de todos os lados – à intimidade dos indivíduos, à destruição do meio ambiente, às possibilidades de uma guerra nuclear, hecatombe universal, tudo conta, embutido no imaginário atual.

---

<sup>212</sup> Carlos Roberto Husek, *in A nova (des)ordem internacional ONU – uma vocação para a paz*, 2004, p. 220-221, enumera os grupos terroristas como aqueles que vivem à margem das regras concebidas pelo sistema de Estados, a saber: a) Irlanda do Norte – Exército Republicano Irlandês – IRA; Força Voluntária Legalista e o IRA Autêntico; b) França – Armata Corsa e Frente Nacional de Libertação da Córsega; c) Espanha – Pátria Basca e Liberdade – ETA; d) Itália – Brigadas Vermelhas; e) Grécia – Organização Revolucionária 17 de Novembro e Luta do Povo Revolucionário; f) Colômbia – Exército de Libertação Nacional – ELN; Autodesas Unidas da Colômbia – AUC e Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia; g) Peru – Sendero Luminoso e Movimento Revolucionário Tupac Amaru; h) Egito – Al-Gamá a Al-Islamiyya e Grupo Jihad; i) África do Sul – Grupo Pagad contra o Gangsterismo e Drogas; j) Israel – Kach e Kahane Chai; k) Turquia – Partido dos Trabalhadores do Curdistão e Partido de Libertação do Povo Revolucionário; l) Líbano – Hezbollah; m) Paquistão – Harakat ul-Mujahedin; Hizb ul-mujahedin; Jammaat ul-Fugra e Lashkar-e-Toiba; Afeganistão – Al Qaeda; n) Japão – Ensino da Verdade Suprema e Exército Vermelho Japonês; o) Camboja – Khmer Vermelho; p) Filipinas – Abu Sayyaf e Frente Moro de Libertação Nacional; q) Sri Lanka – Tigres da Libertação do Eelam Tamil; r) Irã – Mujahedin Khalq; e, s) Palestinos – Frente Democrática para a Libertação da Palestina – FDLP; Hamas; Jihad Islâmica e Frente Popular para a Libertação da Palestina – FPLP.

Nele, as presenças de tantas *presenças*, ao mesmo tempo, ‘globalizada’ e estonteantemente.

Nesses *tempos sombrios*, a sombra do *terrorismo*.

A palavra tem acepções diversas: 1. O conjunto de atos de violência cometidos por grupos políticos para combater o poder estabelecido; 2. Regime de violência instituído por um governo.

Ou, ainda, *conjunto de atos de violência cometidos por grupos políticos ou criminosos para combater o poder estabelecido ou praticar atos ilegais*.

Decerto que pelas características dos tempos atuais – ou desde sempre, nada impede que se componham grupos políticos e criminosos para a obtenção de interesses mútuos.

*Terrorismo* significa: insegurança e anomia<sup>213</sup>.

Terrorismo é avesso ao Direito. No século XXI, segundo Gilberto

Dupas:

O crescimento da ansiedade, fruto da degradação crescente no mundo do trabalho – aumento do desemprego e da informalidade, em conjunto com a queda da renda média -, o medo e a intolerância têm aumentado substancialmente neste início de século. O *outro* – personificado pelo *diferente*, pelo *estrangeiro* ou pelo muçulmano – passa a ser potencialmente um inimigo que pode fazer mal, seja o vizinho estranho que você não queria, mas que, agora, pode ser a sua alternativa de trabalho. [...]

Tolerância não deve ser confundida com disposição para a cooperação e o compromisso, pois, em caso de conflito, a pretensão à verdade de cada um não é negociável. A recusa a aceitar crenças diferentes é que torna necessária a tolerância; se apreciamos ou somos indiferentes às concepções do outro, não necessitamos de tolerância. A tolerância, pois, pressupõe a não-aceitação de uma diferença cognitiva entre convicções e atitudes que perdura de maneira racional. Se alguém rejeita negros ou muçulmanos, não vamos exigir dele tolerância, e sim que supere seu racismo ou preconceito religioso, pois se trata de uma questão de

---

<sup>213</sup> GARCIA, Maria. *Torres Gêmeas: as vítimas silenciadas*. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado, 2006, p. 336-337.

igualdade de direitos e não de tolerância. **O pressuposto é a aceitação de que todos são iguais ou de ‘mesmo valor’ na coletividade política. Essa é a norma universal que precisa ser aceita antes que possamos exigir tolerância recíproca<sup>214</sup>.** (grifo nosso)

Não se pretende aqui esgotar o tema do terrorismo, longe disto, quer-se apenas esclarecer que compõe como tema indispensável a ser considerado à agenda internacional do século XXI – não por ser uma nova questão, repise-se, mas por ter-se *globalizado* em atenção e direcionado a ação internacional para o fundamentalismo, o radicalismo de visões em nada tolerantes, ademais, contrárias ao Direito.

O melhor caminho é distinto do extremismo, a batalha entre o fundamentalismo – tanto da intitulada Doutrina Bush quanto da *Al Qaeda* – e o pluralismo será marcado por vários fracassos deste último; mas forçosamente devemos crer que as ações apoiadas pela Organização das Nações Unidas são as desejáveis, no caminho da paz.

#### 4.1.2. Da Tortura

Ao retratar o medo, Eduardo Galeano, na obra *De Pernas pro Ar – a escola do mundo ao avesso*, descreve:

O medo é a matéria-prima das prósperas indústrias da segurança particular e do controle social. Uma demanda firme sustenta o negócio. A demanda cresce tanto ou mais do que os delitos que a geram e os

---

<sup>214</sup> DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global – assimetrias, instabilidade e imperativos de legitimação*, 2005, p. 207-208.

peritos garantem que assim continuará. Floresce o mercado da vigilância particular e dos presídios privados, enquanto todos nós, uns mais, outros menos, vamos nos tornando sentinelas do próximo e prisioneiros do medo<sup>215</sup>.

Ao direcionarmos o presente estudo no sentido de *reconstrução* da comunidade internacional, mais um estágio deve ser visitado, pois se de um lado temos o terrorismo, de outro tivemos a reação dos Estados, preponderantemente dos Estados Unidos da América, por exemplo, com a adoção do *USA Patriot Act*<sup>216</sup>. Trata-se da legislação norte-americana que alterou o Título 18 do *United States Code* ao considerar como atos de terrorismo tanto os atos em âmbito doméstico como os internacionais. Ainda emendou a Seção 2331, do Título 18 do *USA Code* ao definir terrorismo doméstico como sendo as atividades que: envolvam atos perigosos à vida humana que constituem violação das leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado; pareçam ter a intenção de intimidar ou coagir a população civil, de influenciar a política de um governo por intimidação ou coação, de afetar a conduta de um governo por meio de destruição em massa, assassinato ou seqüestro; e ocorram, fundamentalmente, dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos.

Vale ainda colacionar o pensamento de Habermas, retratado por Gilberto Dupas:

O terrorismo global aparece como elemento traumático intrínseco à experiência moderna, cujo foco está sempre no futuro, na promessa, na esperança. Para Habermas, a razão, entendida como uma possibilidade

---

<sup>215</sup> GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar* – a escola do mundo ao avesso, 1999, p. 107.

<sup>216</sup> Dados extraídos da obra de Bernardo Guerra, *O terrorismo, a luta contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos*, 2008, p. 60.

de comunicação transparente e não manipuladora, poderia ajudar a curar os males da modernização, entre eles o fundamentalismo e o terrorismo. [...] 'Do ponto de vista moral, não há desculpa para os atos terroristas. Todo assassinato é em demasia'. No entanto, ele lembra que o Ocidente vive em sociedades pacíficas e prósperas que comportam uma grande violência *estrutural* à qual estamos razoavelmente acostumados: a desigualdade social, a miséria no abandono, a discriminação degradante e a marginalização. Nossas relações sociais são permeadas de violência e manipulação<sup>217</sup>.

O medo, *in casu*, a reação legislativa norte-americana, a convivência amiúde com a violência local, juntos, permitiram a validação da tortura<sup>218</sup>, ou mesmo, critiquemos a criação de um Estado paralelo ou ainda a retirada (omissão) do Estado de Direito para os transgressores das políticas de

---

<sup>217</sup> DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global – assimetrias, instabilidade e imperativos de legitimação*, 2005, p. 211.

<sup>218</sup> Notícias: [www.noticias.terra.com.br](http://www.noticias.terra.com.br), de 17/04/2009 – EUA divulgam documentos que justificavam tortura da CIA. "O governo americano divulgou nesta quinta-feira quatro documentos secretos - com partes censuradas - escritos por funcionários do governo George W. Bush para justificar os métodos usados pela CIA para interrogar prisioneiros, considerados tortura por grupos de direitos humanos. Os registros serviram de base jurídica para as práticas controversas da administração Bush em matéria de luta contra o terrorismo. Em comunicado divulgado pela Casa Branca, o presidente Barack Obama disse que os métodos do governo Bush, depois dos ataques de 11 de setembro de 2001, não fizeram bem aos Estados Unidos. "Debilitaram nossa autoridade moral e não nos tornaram mais seguros", afirmou. Os quatro documentos foram redigidos por Jay Bybee e Steven Bradbury, advogados do departamento de Justiça durante o governo Bush - encarregados de dar um teor legal ao programa de interrogatórios dos detidos durante a "guerra contra o terrorismo". Tais interrogatórios incluíam técnicas amplamente consideradas como tortura, como o caso do "afogamento". Os textos publicados incluem uma larga lista das técnicas praticadas nos prisioneiros. Mencionam, por exemplo, a obrigação de deixá-los nus, golpeá-los no rosto e no abdômen, impedi-los de dormir, submetê-los a "posições estressantes" e manipular sua alimentação, o que - segundo os funcionários que os redigiram - não podiam ser considerados tortura. Segundo o porta-voz da Casa Branca, Robert Gibbs, a publicação foi decidida com base em resolução tomada por um tribunal da Califórnia (oeste dos EUA). Os memorandos podem mostrar, por exemplo, que a administração de George W. Bush previu uma argumentação jurídica para que os detidos de Guantánamo não se beneficiem das Convenções de Genebra, ou que alguns métodos de interrogatório não possam ser comparados à tortura. O presidente dos Estados Unidos garantiu, no entanto, nesta quinta-feira que os agentes da CIA que recorreram, por orientação da agência, a essas práticas de interrogatório não serão perseguidos judicialmente. Obama também anunciou que divulgava os documentos para evitar "um relato inexato do passado", que "alimentaria suposições errôneas e exaltadas sobre ações tomadas pelos Estados Unidos". Obama ressaltou que, no entanto, os interrogadores não seriam processados". "Ao revelar estes documentos, é nossa intenção dar segurança àqueles que executaram as suas tarefas confiando de boa fé no conselho legal do Departamento de Justiça, que não estarão sujeitos a processos", afirmou.

segurança, na adoção de uma doutrina estranha ao direito internacional dos direitos humanos ou, se preferir, aos direitos fundamentais. Como já mencionado: se direitos disponíveis, em nada são fundamentais.

Nesse cenário, prosperou a tese do Direito Penal do Inimigo pela qual:

A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos.

No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant).

**Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança;** mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído<sup>219</sup>.  
(grifo nosso)

Ora, coadunamos que:

O fato é que, para além da necessidade óbvia de condenar o terrorismo como ato criminoso, seja de que inspiração for ou sob que disfarce apareça – e dentro dessa dimensão o ataque preventivo ao Iraque também poderia ser classificado como tal -, tudo indica que esses atos apontam para uma nova força que veio para ficar. O terrorismo se afirma como alternativa de poder e começa a influir pessoalmente na política, seja por acidente tático – como no caso da derrota de Aznar nas eleições espanholas -, seja por imposição de uma agenda, como na direção do governo George W. Bush no pós-onze de setembro e na garantia de sua

---

<sup>219</sup> JAKOBS, Günther. *Manuel Cancio Meliá*. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas, 2007, p. 49.

reeleição. **E estará cada vez mais legitimado por setores radicais e excluindo quanto mais cresça a convicção de que não há outros caminhos**<sup>220</sup>. (grifo nosso)

Ao referir ao período recente da história mundial, George Soros afirma que:

O presidente Bush estabeleceu a agenda errada. Seu governo se orientou pela crença de que as relações internacionais são relações de poder, não relações legais; por serem a única superpotência, os Estados Unidos têm o direito de impor sua vontade ao mundo. Essa concepção equivocada tem tido conseqüências desastrosas não só para os Estados Unidos, como também para o resto do mundo<sup>221</sup>.

A prática da tortura é contrária aos fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A Organização das Nações Unidas, em consonância à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, instituiu em 10 de dezembro de 1984, com a Resolução nº 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, a Convenção

---

<sup>220</sup> Gilberto Dupas, *Atores e poderes na nova ordem global – assimetrias, instabilidade e imperativos de legitimação*, 2005, p. 217.

<sup>221</sup> George Soros, *A era da insegurança*, 2006, p. 97. Ainda o autor: sempre existiram leis governando as relações entre os Estados, mas essas regras sempre podiam ser quebradas com o emprego de força superior. Nunca houve ordem mundial capaz de impedir a guerra, embora alguns arranjos tenham sido mais satisfatórios do que outros, a despeito disso, a idéia de não existir ordem mundial possível que não se baseie no uso da força é uma falácia – uma parte da concepção equivocada sobre a natureza do poder. A idéia seduziu os defensores da supremacia americana porque permitia que os Estados Unidos impusessem sua vontade ao mundo. Mas não funcionou. Quando os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 deram ao governo Bush a oportunidade de traduzir suas idéias na prática, o resultado ficou muito distante das expectativas. A ideologia da supremacia americana foi expressa na doutrina Bush, incorporada ao Relatório de Segurança Nacional de 2002. Seus dois princípios fundamentais sustentavam que os Estados Unidos precisam manter superioridade militar absoluta em todas as partes do mundo e que tinham de empreender ações militares preventivas. (p.98)



contra a Tortura e outros tratamentos ou pena cruéis, desumanos ou degradantes. De início, no artigo 1º a Convenção define tortura como:

Artigo 1º -

Para fins da presente Convenção, o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; **quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.** (grifo nosso)

A abrangência do crime de tortura na descrição da conduta é visível, contudo, além de referir a qualidade especial do sujeito ativo, da prática delituosa, ser funcionário público ou exercer função pública. Em tudo demonstra o anseio de não permitir que o indivíduo reste ao comando do Estado, ou de governos totalitários, que possam engendrar políticas de extermínio em massa – como o genocídio – ou de práticas anti-jurídicas como a tortura, que pretende revestir-se de legitimidade na busca de segurança. A noção de *bem maior* ou benefício da maioria em prejuízo de alguns, ou dissociação de direitos, até então, fundamentais.

No dizer de Hannah Arendt:

Quaisquer que tenham sido as causas da ascensão dos Estados Unidos à posição de potência mundial, certamente não foi a adoção deliberada

de uma política estrangeira que a visasse, nem qualquer pretensão de domínio global. E o mesmo provavelmente se aplica aos passos recentes e ainda inseguros que esta nação tem dado na direção da política de poder imperialista, para a qual a sua forma de governo é menos adequada que a de qualquer outro país. O enorme abismo entre os países ocidentais e o resto do mundo, não só - e nem principalmente - em riqueza, mas em educação, *know-how* técnico e competência geral, constitui o grave problema das relações internacionais desde o começo da implantação da genuína política de coexistência. E esse abismo, longe de diminuir nas últimas décadas sob a pressão dos sistemas de comunicação em rápido desenvolvimento e o conseqüente encolhimento das distâncias da terra, tem constantemente aumentado e está agora assumindo proporções verdadeiramente alarmantes<sup>222</sup>.

É elementar que os Estados Unidos não são signatários dos textos compromissivos referidos; contudo, também é de se realçar que constituem um país pautado em estrutura democrática de direito. A possibilidade da prática de tortura em indivíduos sob a guarda do estado norte-americano, em território norte-americano, ou mesmo em território estrangeiro, representa um grave retrocesso nas garantias individuais, em suma, a prevalência da tese de que para os inimigos do Estado o Direito não se aplica.

Ademais, no cenário internacional, as Convenções de Genebra sobre Direito de Guerra, em especial ao tratamento conferido aos prisioneiros de guerra, constituem asserções do Direito Humanitário, intento da sociedade internacional, muitas vezes confundindo-se com a própria origem do Direito Internacional como ordenação de coexistência entre os Estados - na sua formação primeira.

---

<sup>222</sup> ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo - anti-semitismo imperialismo totalitarismo, 2000, p. 151.

Desde os primórdios do século XX, a guerra é considerada como ilícito internacional, podendo ser travada em condições e circunstâncias excepcionalíssimas – e se for possível – dentro de molduras jurídicas, balizas normativas conformadas pelos atores internacionais, que se convencionou denominar, *Direito de Haia*.

#### 4.2. A Guerra<sup>223</sup> como recurso extremo

A guerra subsiste no cenário internacional e existem algumas normas pertinentes. Primeiramente, faz-se a distinção entre *jus in bello*, isto é, o *direito aplicável na guerra*, do direito à guerra, expressão do *jus ad bellum*, em outros termos, o direito de fazer a guerra quando esta parece ser justa. A expressão Guerra Justa foi cunhada por Santo Agostinho, com o seguinte significado: aquela que obedece ao desígnio divino e lembra que justa também é a guerra que vinga injúrias ou força a restituição do que fora indevidamente tomado.

Atualmente, nos foros internacionais, a expressão guerra justa é utilizada com o propósito de definir a legítima defesa real contra uma agressão armada, e a luta pela autodeterminação de um povo contra a dominação colonial.

Mesmo ante da proscrição à guerra, o Direito já previa algumas regras humanitárias com base consuetudinárias, de conteúdo, a saber: voltadas a

---

<sup>223</sup> Dados extraídos da obra de Francisco Rezek, 2007, p. 305 e s.

proteção das vítimas da guerra; população civil; médicos, enfermeiros e capelães; feridos e enfermos; hospitais; e prisioneiros de guerra.

O primeiro intento de codificação deu-se com a Declaração de Paris de 1856 (Guerra da Criméia); a Declaração de São Petersburgo de 1868; a Declaração de Bruxelas de 1874; a Convenção de Genebra de 1864 – considerada como a mais importante. Esta última é considerada como marco inicial do direito humanitário em decorrência da obra de Henry Dunant – após a batalha de Solferino, no norte da Itália – e da criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Já no século XX temos um conjunto de treze convenções que exprimem o chamado *Direito de Haia* ou *direito da guerra propriamente dito*, são as Convenções de Haia de 1907, que descrevem dentre tantos ritos: o da prévia declaração de guerra ou as regras do armistício. Também criaram limites em três esferas:

i) Os limites *ratione personae*, em que os não-combatentes serão poupados de qualquer ataque ou dano intencional;

ii) Os limites *ratione loci*, determinando que os lugares atacáveis são somente aqueles que configuram objetivos militares, cuja destruição total ou parcial representa para o autor do ataque uma clara vantagem militar; e

iii) Os limites *ratione conditionis* nos quais se proíbem as armas e os métodos de guerra capazes de ocasionar sofrimento excessivo aos combatentes inimigos. Não obstante o feixe normativo, há a cláusula *si omnes*, segundo a qual aquele conjunto de normas só seria aplicável às guerras em que todos os Estados envolvidos fossem partes nas Convenções.

Por outro viés, há a questão da neutralidade, considerada como uma opção do Estado soberano ante o fenômeno da guerra. Este se qualifica como neutro, e esse estatuto lhe importa direitos e deveres, a saber:

i) Direitos: a inviolabilidade de território - aí incluído o espaço aéreo e também o mar territorial, onde vale o direito de passagem inocente; e a subsistência do direito ao livre comércio com cada um dos flancos conflitantes.

ii) Deveres: dois princípios devem ser cumpridos, o da imparcialidade, que prevê um tratamento igualitário de todos os beligerantes; e o da abstenção de qualquer envolvimento direto ou indireto nas hostilidades.

Em sentido mais estreito, a sociedade internacional voltou-se gradualmente para o estabelecimento de normas proibitivas da guerra como o Pacto da Sociedade das Nações de 1919 (SDN), cujo artigo 12 já fazia da guerra uma alternativa secundária. Em seguida, o Pacto Briand-Kellog (ou Pacto de Paris) de 1928, em que ocorre a renúncia à guerra.

Finalmente, em 1945, a Carta da Organização das Nações Unidas, no artigo 2º. 4º, estabeleceu que:

*Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas.*

No sistema das Nações Unidas, o único emprego legítimo do esforço armado singular é aquele com que certo país se defende de uma agressão, de

modo imediato e efêmero: a organização, ela própria, deve dispor de meios para que esse confronto não perdue.

Em momento posterior, foi firmado o direito de Genebra de 1949, o imperativo humanitário, com quatro Convenções que fixaram basicamente a Guerra como ilícito internacional: I – proteção dos feridos e enfermos na guerra terrestre; II – proteção dos feridos, enfermos e náufragos na guerra naval; III – o tratamento devido aos prisioneiros de guerra; e IV – a proteção dos civis em tempo de guerra. As quatro Convenções de Genebra dizem respeito ao conflito armado internacional, um artigo comum a todas elas (artigo 3º), fixa uma pauta mínima de humanidade, a prevalecer mesmo nos conflitos internos, proibindo, por exemplo, a tortura, a tomada de reféns, o tratamento humilhante ou degradante, as condenações e execuções sem julgamento prévio.

Por tudo, verifica-se que o direito internacional tem como um de seus objetos a guerra, contudo, como prática redimensionada através dos tempos. Em hipótese, tendo por viés a finalidade, denominaríamos as guerras como: guerras de conquista – para ampliar impérios e subjugar povos distintos; guerras de expansão – para ampliar território e adquirir riquezas; guerras de dominação – para, além de ampliar impérios e riquezas, impor modo de vida, cultura, guerras de extermínio – com o intento de dizimar um povo e se apoderar de conhecimento e/ou território com benefícios econômicos. Já se fossemos descrever a guerra pela perspectiva de *modus* de realização, desceríamos a descrição de conflitos originariamente tribais, com o uso de apetrechos manuais para o embate corporal, até alcançarmos a guerra tecnológica do século XXI, guerra televisionada, com armas de grande potencial destrutivo, operadas a distância, sem olvidar as armas com conhecimento nuclear.

Há quem sustente ser o conflito situação conexas à própria vida em sociedade, pois onde existir o homem haverá a disputa por um número limitado de bens, em que a divergência e a competitividade se ampliam nas disputas territoriais, culturais, sociais, militares, tecnológicas, etc. *A competitividade que acaba por destroçar antigas solidariedades*<sup>224</sup>.

### 4.3. Comunidade *versus* sociedade

Anteriormente referimos a distinção entre sociedade e comunidade, sendo aquela apontada como a conformação atual do cenário internacional. Posta tal premissa porque a comunidade traria em sua conformação laços de solidariedade, ausentes na sociedade enquanto resultante de vínculos por interesse comum, por vezes transitórios; ou por circunstâncias físicas, geográficas, em regra, permanentes.

Quando se propõe a ascensão à comunidade, pretende-se a consolidação de princípios universais de coexistência entre os povos, fundamentados em valores *máximes* como o princípio da dignidade da pessoa humana e na clara implementação de normas comuns, resultantes não do pontual

---

<sup>224</sup> No pensamento de Milton Santos, *Por uma outra globalização* – do pensamento único à consciência universal, 2001, p. 84-84: A literatura apologética da globalização fala de competitividade entre Estados, mas, na verdade, trata-se de competitividade entre empresas, que, às vezes, arrastam o Estado e sua força normativa na produção de condições favoráveis àquelas dotadas de mais poder. [...] Nesse movimento, tudo que existia anteriormente à instalação dessas empresas hegemônicas é convidado a se adaptar às suas formas de ser e de agir, mesmo que provoque, no entorno preexistente, grandes distorções, inclusive a quebra da solidariedade social. Pode-se dizer então que, em última análise, *a competitividade acaba por destroçar as antigas solidariedades*, freqüentemente horizontais, e por impor uma solidariedade vertical, cujo epicentro é a empresa hegemônica, localmente obediente a interesses globais mais poderosos e, desse modo, indiferente ao entorno.

consenso estatal, e sim do reconhecimento de normas maiores que compõe o *jus cogens* internacional.

Valemo-nos do aporte de Milton Santos, ao descrever a globalização e o caminho do pensamento único à consciência universal:

As horizontalidades são zonas da contigüidade que formam extensões contínuas. [...]

Ao contrário das verticalidades, regidas por um relógio único, implacável, nas horizontalidades assim particularizadas, funcionam, ao mesmo tempo, vários relógios, realizando-se, paralelamente, diversas temporalidades.

**Trata-se de um espaço à vocação solidária, sustento de uma organização em segundo nível, enquanto sobre ele se exerce uma vontade permanente de desorganização, ao serviço dos atores hegemônicos.** Esse processo dialético impede que o poder, sempre crescente e cada vez mais invasor, dos atores hegemônicos, fundados nos espaços de fluxos, seja capaz de eliminar o espaço banal, que é permanentemente reconstituído segundo uma nova definição.

Pode-se dizer que, ao contrário da ordem imposta, nos espaços de fluxos, pelos atores hegemônicos e da obediência alienada dos atores subalternizados, hegemonzados, nos espaços banais se recria a idéia e **o fato da Política, cujo exercício se torna indispensável, para providenciar os ajustamentos necessários ao funcionamento do conjunto, dentro de uma área específica. Por meio de encontros e desencontros e do exercício do debate e dos acordos, busca-se explícita ou tacitamente a readaptação às novas formas de existência.** [...]

Nas condições atuais, o movimento determinante, com tendência a uma difusão avassaladora, é o da criação da ordem da racionalidade pragmática, enquanto a produção do espaço banal é residual. Pode-se, todavia, imaginar **outro cenário, no qual o comportamento do espaço de fluxos seja subordinado não como agora à realização do dinheiro e encontre um freio a essa forma de manifestação, tornando-se subordinado à realização plena da vida, de modo que**



**os espaços banais aumentem sua capacidade de servir à plenitude do homem**<sup>225</sup>. (grifo nosso)

#### **4.3.1. A via de acesso à Comunidade**

Nesse sentido, a proposta que se apresenta é o avanço de uma sociedade internacional, pautada em uma ordem jurídica eivada de precariedade, por força de um pragmatismo histórico que insiste em assumir condutas etéreas e pontuais; para a comunidade, esta sim, verdadeiramente solidária. Isto é, no último século o Direito Internacional evoluiu no sentido de produção de textos compromissivos de direitos humanos, na formação de organizações internacionais legítimas para debater interesses setorizados – a exemplo da Organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial da Saúde, etc. -; contudo, ainda há que se desmembrar da visão prevalente de que toda a norma internacional para que ganhe verdadeira eficácia precisa passar pelo *filtro* estatal do consentimento.

Sem dúvida, dentre as fontes jurídicas mais presentes na sociedade internacional desde o século XX estão os tratados internacionais, mas isso não os torna fontes exclusivas – o que é bem mais do que analisar a redação do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Lá são apontadas as fontes clássicas do Direito Internacional: as convenções, os costumes internacionais, os princípios gerais de direito; a doutrina e a jurisprudência.

---

<sup>225</sup> SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*, 2001, p. 108-112.

A via de acesso a uma real comunidade das nações, distinta da sociedade internacional como hoje se apresenta avança pela reflexão paulatina no presente estudo; qual seja: de que a Política deve assumir novo papel, de amplo debate plural; em que a Educação humanista deve ser proposta como meio para o ser humano conhecer a si mesmo e o outro – na diferença; que temos um maior número de sujeitos internacionais interagindo – o que necessariamente provoca mudanças de paradigmas.

Quando se propugna pela visão solidária do globo, é no sentido originário de: “1° *inter-relação ou interdependência*; 2° *assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo*”<sup>226</sup>. Como exemplo: solidariedade familiar, *in casu*, solidariedade da família humana.

A crença de que estamos atravessando uma transição primordial na trajetória histórica do desenvolvimento global sócio-econômico e geográfico é agora amplamente aceita. A dramática reviravolta, a reestruturação e a desestabilização do capitalismo mundial; a crescente globalização da produção, das finanças, e até da cultura; o colapso do socialismo de Estado na Europa Oriental e Central; o ressurgimento de regionalismos e localismos étnicos e sócio-políticos; a busca por novos sistemas nacionais e internacionais de regras sócio-econômicas; a ênfase crescente no ambientalismo: estes e outros grandes acontecimentos e nossos tempos são interpretados por muitos como o indício do declínio da velha ordem e a cristalização de uma nova<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, 2000, p. 918.

<sup>227</sup> GREGORY, Derek; MARTIN, Ron; SMITH, Graham. *Geografia Humana – sociedade, espaço e ciência social*. 1996, p.12.

A mudança de postura perante os desafios do século XXI é real. Quando então preparávamos sendas no cumprimento das metas propostas após a Segunda Guerra Mundial, o globo mudou. Não restrito ao ocaso das Torres Gêmeas em Nova York, território norte-americano, em razão de atentados terroristas; mas, pelo contexto maior, a título de exemplo: desvendar o DNA, proclamado como patrimônio genético; o avanço tecnológico do mundo em rede (*web*), conectado em segundos; a consolidação da proteção ambiental como condição intrínseca a sobrevivência da espécie humana – a noção de conexão de tempo e espaço com outros espécimes vitais; os crimes reconhecidamente transnacionais – tráfico internacional de armas, de entorpecentes, de seres humanos; o regramento da circulação de riqueza que se faz de forma interestatal. A despeito das concepções que aproximem os pesquisadores sobre o tema, em especial os temas *globais*, uma unicidade transparece, no dizer de Carlos Roberto Husek:

Há uma certa contradição nessa figura da '*globalização*'. É um jargão, um símbolo que expressa uma realidade e a transforma no seu próprio significado. Afinal ficamos sem saber a exata extensão desse palco. Poder-se-ia ver no vocábulo '*globalização*' uma fantasia ou uma cruel verdade, ou uma verdade alentadora de um futuro mais risonho. Difícil saber. Pré-conceitos a favor e contra, movem quase todos os pesquisadores<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> HUSEK, Carlos Roberto. A nova (des) ordem internacional. ONU – uma vocação para a paz. 2004, p. 21.

### 4.3.1.1. Recrudescimento de políticas humanistas ou um diálogo com Kant

Não estamos imunes ao aprisionamento do hábito ao valorar os temas internacionais. Ao buscarmos a avaliação dos quadros institucionais que compõem o Direito, juntamo-nos a Paulo Ferreira da Cunha:

Todo juízo de valor é – talvez infelizmente – poderosamente pautado pelo hábito. Pelo menos assim o é o normal juízo de valor. Daí que o cidadão comum se acostume a considerar certo e natural (e certo porque natural) o que está, só porque está, e errado o que perturba esse simples estar – o homem parece ser primariamente conservador, até por instinto de conservação! Só quando a moda da mudança ganha suficientes raízes ao ponto da revolução se tornar um hábito é que o corrente e quotidiano, o tradicional, são tidos por errados e ultrapassados.

Todas essas idéias são extremamente importantes para avaliar a crise. [...]

Imaginemos que o ‘mal’ vencia absolutamente o ‘bem’. Este passaria a ser aquele na nova sociedade, mesmo que esta prescindisse de todos os mecanismos da antiga (mas que, em regra, outra vez sofregamente se instalam, apenas sob diversa roupagem, no novo estado de coisas).

Quer dizer: uma sociedade e uma cultura do tipo-ideal ‘homogêneo’ não conhecem a crise. Ou seja, o reino da utopia é o reino da não-crise, e só esse pode passar sem ela, em absoluto. [...]

Crise é o estado permanente das sociedades quentes, históricas, e provavelmente de todas as sociedades, humanas e animais. *Ubi societas, ibi jus*. Onde está a sociedade aí está o Direito. E o que é o Direito? *Justitia est Constant et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*, dizia Ulpiano. É, pois a constante e perpetua vontade de atribuir a cada um o que é seu. Isto é, de distribuir justamente os bens escassos. E isto

é, evidentemente, eterno pólo de conflito. Onde está a sociedade está o conflito<sup>229</sup>.

Se partirmos da premissa, então, de que as sociedades são inerentemente conflituosas, não significa que um projeto de paz seja impossível. Ao revés, demonstra que a viabilidade de tal proposta necessita de um corpo normativo sólido, bem constituído, resultante de um novo humanismo.

Um dos requisitos para empreender uma proposta de Constituição Mundial é a adoção de políticas humanistas. Nesse escopo, buscamos parâmetros no projeto de paz perpétua elaborado por I. Kant, nos seguintes termos:

i) A abolição de tratados internacionais secretos ou sigilosos – fato este corroborado pela Organização das Nações Unidas ao atuar como depositária de grande acervo normativo público;

ii) a não-intervenção dos Estados – princípio consolidado no Direito Internacional de modo a reprimir o uso indiscriminado da força ou intervenção direta em governos de outros Estados;

iii) o Direito Internacional deve fundar-se na relação entre Estados livres – mais que isso, o Direito Internacional deve fundar-se na relação ampliada de novos partícipes do cenário internacional, com a participação plural das organizações internacionais, das organizações não-estatais, das transnacionais e do indivíduo;

---

<sup>229</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade e Direito* – quadros institucionais, [s.d.], p. 226-227.

Nesse ponto I. Kant desenvolve o tema sobre a relação de Estados livres e iguais na sociedade internacional, partindo da formação do próprio Estado como manifestação de vontade dos indivíduos, de delegar a um ser superior a tarefa de reger a vida em sociedade:

É compreensível que um povo diga: “Não deve entre nós haver guerra alguma, pois queremos formar um Estado, isto é, queremos impor a nós mesmos um poder supremo legislativo, executivo e judicial, que dirima pacificamente os nossos conflitos”. Mas se este Estado diz: “Não deve haver guerra alguma entre mim e os outros Estados, embora não reconheça nenhum poder legislativo supremo que assegure o meu direito e ao qual eu garanta o seu direito”, não pode então compreender-se onde é que eu quero basear a minha confiança no meu direito, senão existir o substituto da federação das sociedades civis, a saber, o federalismo livre, que a razão deve necessariamente vincular com o conceito do direito das gentes, se é que neste ainda resta alguma coisa para pensar<sup>230</sup>.

Em última análise, segundo Kant, para que haja força do Direito Internacional, é preciso sim a presença de um poder externo aos Estados que garanta o cumprimento das normas por eles mesmos.

iv) O direito cosmopolita deve atender às condições de hospitalidade universal. Em visão ampliada, o direito cosmopolita pode ser interpretado como direito dos povos, pois vem a prescrever a necessária relação jurídica que se estabelece entre os indivíduos, os Estados e a respectiva circulação de pessoas no globo.

É tão marcante a afirmação de que o estrangeiro não deve ser tratado com hostilidade em outro território que avançamos para além da formação

---

<sup>230</sup> KANT. Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*, 1977, p. 135.

das normas dos direitos do homem e perfilhamo-nos ao pensamento de Hannah Arendt ao abordar a perda de nacionalidade, de identidade nacional. A filósofa descreveu esses direitos como inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, sem necessidade de invocar nenhuma autoridade para estabelecê-los a quando de sua afirmação; porém, foram os que geraram maior perplexidade quando privados, vejamos:

A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato de sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem<sup>231</sup>.

Corroborar esse entendimento para que se reconheça a relevância da presença de um poder externo aos Estados que garanta o cumprimento das normas por eles mesmos; em outras palavras, para que haja força no Direito Internacional.

---

<sup>231</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, 2000, p. 330. Ainda a autora: só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura na qual se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ela não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar 'incivilizado' na terra, pois queiramos ou não, já começamos realmente a viver num Mundo Único. Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade (p. 330).

v) Em parte complementar, Kant deduz o motivo de aglutinação dos povos e orienta como meio de paz o incremento das relações comerciais:

O anseio de todo o Estado (ou da sua autoridade suprema) é estabelecer-se numa situação de paz duradoura de modo a dominar, se possível, o mundo inteiro. [...] serve-se de dois meios para evitar a confusão dos povos e os separar: a diferença das *línguas* e das *religiões*; esta diferença traz, sem dúvida, consigo a inclinação para o ódio mútuo e o pretexto para a guerra, mas com o incremento da cultura e a gradual aproximação dos homens de uma maior consonância nos princípios leva à convivência na paz, a qual se gera e garante não através do enfraquecimento de todas as forças, como acontece no despotismo (cemitério da liberdade), mas mediante o seu equilíbrio na mais viva emulação.

Assim como a natureza separa sabiamente os povos, que a vontade de cada Estado gostaria de unir com astúcia ou violência, baseando-se mesmo no direito das gentes, assim une também, por outro lado, povos que o conceito do direito cosmopolita não teria protegido contra a violência e a guerra, mediante o seu próprio proveito recíproco. É o *espírito comercial* que não pode coexistir com a guerra e que, mais cedo ou mais tarde se apodera de todos os povos. Porque entre todos os poderes (meios) subordinados ao poder do Estado, o *poder do dinheiro* é sem dúvida o mais fiel, os Estados vêem-se forçados (claro está não por motivos de moralidade) a fomentar a nobre paz e a afastar a guerra mediante negociações sempre que ela ameaça rebentar em qualquer parte do mundo, como se estivesse por isso numa aliança estável, pois as grandes coligações para a guerra, por sua natureza própria, só muito raramente podem ocorrer e ainda com muito menos frequência ter êxito.

Deste modo, **a natureza garante a paz perpétua através do mecanismo das inclinações humanas**, sem dúvida, com uma segurança que não é suficiente para vaticinar (teoricamente) o futuro mas que chega, no entanto, no propósito prático, e transforma num dever o trabalhar em vista deste fim (não simplesmente quimérico)<sup>232</sup>.  
(grifo nosso)

<sup>232</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*, 1977, p.148-149.



Para Kant, portanto, a paz é assegurada por mecanismos da própria natureza humana que vislumbra, no período de paz, maiores chances de prosperidade e aproximação de laços comerciais.

O caminho está, portanto, posto como um deslinde de equilíbrio nas relações econômicas voltadas para o desenvolvimento dos povos, com o fortalecimento dos direitos humanos.

É forçoso reconhecer que:

O Mundo encontra-se indubitavelmente cindindo em duas metades, que não são exactamente os chamados 'blocos' político-ideológico-militares. Acerca da convergência de ambos já se discutiu muito, e por vezes com bastante acerto. A questão é outra.

Há, com efeito, uma visão voluntarista, individualista, com forte propensão para a demagogia, racionalista por excelência, adepta da força, da organização e da ordem, devota fanática do progresso e autora, através dos tempos, de uma mística arrebatante de intelectuais e massas desejosas de realizações.

E, por outro lado, igualmente existe uma óptica de fruição, humanista (no sentido de não redutora da pessoa ao intelecto e deste à lógica), crente na conciliação, na capacidade dos homens chegarem por si a boas soluções, adepta mais da contemplação e da gestão que da consubstanciação e da acção, preferindo a argúcia e subtileza do discurso à magnificência e utilidade da obra.

A primeira, apostada na iluminação e no projecto; a segunda, desconfiada da utopia e valorizadora do mediano; uma, axiologista, não importa de que valores; a outra, sociologista, não interessa de que sociedade. Em termos chãos dir-se-ia: a totalitária, unicitária, conglobadora e a compartimentadora, separadora, atomizante; a fanática e a eclética; a vigorosa e a mole; a ditatorial e a democrática<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade e Direito* – quadros institucionais, [s.d.], p. 248-249.

Independentemente das opções que se desmembram aqui, pautamo-nos pela clara visão de um novo humanismo, receptivo às mudanças do tempo, presente no século XXI, sem negar os efeitos de um mundo *globalizado* – social, econômico e culturalmente *globalizado* – mas que deve ser fortalecido no legado da Segunda Guerra Mundial; se intolerante, que o sejam as políticas centristas, excludentes de minorias, desrespeitosa da diferença; o *iter* a seguir é democrático, com relevo a ação ao lado da reflexão primeira; com uso da argúcia sem perder a utilidade do projeto.

#### **4.3.1.2. Definição de parâmetros mínimos em direitos humanos**

Cançado Trindade, ao comentar a celebração do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, declarou que:

O século XX, que marcha célere para seu ocaso, deixará uma trágica marca: nunca, como neste século se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas

transformações, vivemos neste final de século, uma verdadeira transformação de época<sup>234</sup>.

O início do novo século foi surpreendido pelos atentados de 11 de setembro de 2001, acarretando à sociedade internacional a necessidade de renovação de posturas. Naquele momento, opções distintas desfilaram frente aos Estados nacionais: a consolidação do diálogo como veículo de aproximação e de busca de consenso, balizados pelas conquistas pós-1945 na arena internacional com o desenvolvimento e a multiplicação do direito internacional dos direitos humanos; ou a volta ao Estado Polícia.

A observação do processo que carreou a internacionalização dos direitos humanos, em conjunto ao trágico legado da Segunda Guerra Mundial patrocinador de lógica destrutiva e reducionista de direitos, presta enorme serviço à apreciação do atual contexto internacional. A certeza de que o ser humano e o Estado, como forma organizada da comunidade nacional, podem alinhar crimes inomináveis em nome de interesses de minorias, que discriminações possam prevalecer fundadas em teorias culturalmente arraigadas, ou mesmo que o Estado possa licenciar-se dos compromissos da agenda internacional, adotando medidas de exceção, com a roupagem de proteção de seu povo e território, causa ainda pasmo e devem gerar cuidados aos partícipes.

Vale dizer que sob a ótica internacionalista, a irredutibilidade de parâmetros mínimos balizados pelo consenso devem ser observados pelos Estados enquanto sujeitos de direito internacional, bem como pelos organismos internacionais, validados pelos indivíduos que cada vez mais despontam com a

---

<sup>234</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 2002, p. 45.

assertiva de sua condição também de sujeitos de direito na arena internacional, de modo a aperfeiçoar a gramática dos direitos humanos, garantindo a linguagem da paz.

#### **4.3.1.3. A opção democrática**

Ao se refletir sobre a democracia, torna-se imprescindível precisar um conceito. Para tanto, Paulo Bonavides, servindo-se do pensamento de Rousseau, afirma a democracia como um governo do povo, para o povo, sem olvidar as dificuldades para que se alcance tal forma.

E essas dificuldades procedem exatamente – assim pensam os seus panegiristas – de não logarmos alcançar a perfeição, na observância deste regime, o que de outra parte, não invalida, em absoluto, segundo dizem, a diligência que nos incumbiria fazer por praticá-lo, visto tratar-se da melhor e mais sábia forma de organização do poder, conhecida na história política e social de todas as civilizações.

Respondendo a quantos fazem objeções ao sistema democrático de governo, o reformista do liberalismo inglês, *Lord Russel*, dessa maneira se exprimia: “Quando ouço falar que um povo não está bastante preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastante preparado para ser déspota”.

Com a mesma ironia fina e percuciente do inglês Churchill exclamava: “A democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram” .

[...] Chegamos, por conseguinte, à conclusão de que raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão freqüentes abusos e distorções quanto à democracia.

Foi isso o que Kelsen pôs de manifesto numa de suas obras fundamentais, em cujo preâmbulo fez ponderada advertência sobre os

desacordos pertinentes a esse conceito. Para Kelsen, a democracia é sobretudo um caminho: o da progressão para a liberdade<sup>235</sup>.

A democracia como caminho, ademais para a liberdade, é proposta necessária, visto que a liberdade marca a história da humanidade em oposição ao despotismo. Para Norberto Bobbio,

uma liberdade é sempre uma liberdade concreta, uma liberdade em relação a uma anterior servidão, não sendo jamais a liberdade definitiva.

[...] Em outras palavras, a liberdade é antiga, mas seus problemas são sempre novos e se renovam continuamente, em resposta às formas sempre novas de opressão que aparecem no horizonte da história<sup>236</sup>.

O ideal de liberdade da Revolução Francesa, revestido de grande entusiasmo pela subversão do vínculo tradicional entre sociedade civil e Estado, foi acompanhado por análises posteriores em concomitância à Revolução Industrial<sup>237</sup> apontando esta como a real revolução, aquela que permitiria a diminuição do poder político do Estado e a emancipação humana, por meio da

---

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2006, p. 286.

<sup>236</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, 2002, p. 81-82.

<sup>237</sup> Idem. *Ibid.*, p. 82. Aduz o autor: Tanto na corrente apologética do capitalismo moderno, que vai de Smith a Spencer, quanto na corrente crítica, que vai de Proudhon a Marx, é constante e firme a convicção de que o Estado, até então exaltado como o *racional em si e para si*, como o deus terreno (de Hobbes a Hegel), é apenas um reflexo da sociedade civil e, portanto, uma vez libertada a sociedade – libertação que ocorre num nível anterior àquele do Estado, ou seja, precisamente no nível das estruturas da sociedade civil -, a potência do Estado está destinada a se debilitar, senão mesmo a se extinguir, embora entre uma e outra corrente exista uma profunda diferença com relação à avaliação das causas e do ritmo desse enfraquecimento ou dessa extinção. Hoje, aparece como cada vez mais profética a idéia de Saint-Simon de que a verdadeira revolução da época não havia sido a Revolução Francesa, revolução apenas política, mas sim a Revolução Industrial, já que apenas no pleno desenvolvimento da sociedade industrial e não na substituição de um regime político por outro, pode-se realizar a *verdadeira liberdade*, ou seja, aquela à qual se chega mediante o máximo desenvolvimento das potências materiais e intelectuais do homem, e que consiste em desenvolver, *sem cadeias e em toda a extensão possível*, uma capacidade material e teórica útil à vida coletiva.

emancipação da sociedade civil – na visão de Marx. Verifica-se então que a democracia é meio hábil para vivência da liberdade, com a compreensão dos grupos humanos em sua diversidade<sup>238</sup>.

Outro aspecto de relevo é a associação do desenvolvimento econômico como máxima a ser alcançada em prejuízo das liberdades públicas e de um Estado democrático; em outras palavras, o lugar comum, às vezes repetido, de que se deve dar prioridade à satisfação de necessidades econômicas, mesmo que isso implique em comprometimento das liberdades políticas. No dizer de Amartya Sen: *“não é difícil pensar que concentrar-se na democracia e na liberdade política é um luxo que um país pobre ‘não pode se dar’”*.

Concepções como essas são apresentadas com muita freqüência em debates internacionais. Por que se preocupar com a sutileza das liberdades políticas diante da esmagadora brutalidade das necessidades econômicas intensas?

[...]

Será esse o modo sensato de abordar os problemas das necessidades econômicas e liberdades políticas – em função de uma dicotomia básica que parece solapar a relevância das liberdades políticas porque as necessidades econômicas são demasiado prementes? Afirmo que não, que esse é um modo totalmente errado de ver a força das necessidades econômicas ou de compreender a relevância das liberdades políticas. As verdadeiras questões que têm de ser abordadas residem em outra parte, e envolvem observar amplas inter-relações entre as liberdades políticas

---

<sup>238</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2006, p. 300. O autor, ao comentar a democracia e os partidos políticos e a realidade contemporânea do Estado partidário, afirma: A democracia do Estado social é a democracia do Estado partidário, que se não confunde com a democracia parlamentar e representativa do Estado liberal. Nela são os partidos a expressão mais viva do poder. Caracteriza-se como democracia coletivista, social, onde a compreensão dos valores humanos terá de fazer-se sempre com referência a grupos e não a indivíduos. Mas o grupo e o seu pluralismo na sociedade não podem ser considerados nunca como fim em si mesmos senão algo que é meio e instrumento para as afirmações básicas da personalidade. O homem se conservará sempre ponto de partida e destinatário de toda a ação social.

e a compreensão e satisfação de necessidades econômicas. As relações não são apenas instrumentais (as liberdades políticas podem ter o papel fundamental de fornecer incentivos e informações na solução de necessidades econômicas acentuadas), mas também construtivas. Nossa conceituação de necessidades econômicas depende crucialmente de discussões e debates públicos abertos, cuja garantia requer que se faça a questão da liberdade política e de direitos civis básicos.

[...]

Três diferentes considerações conduzem-nos à direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos:

- 1) Sua importância *direta* para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
- 2) Seu papel *instrumental* de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
- 3) Seu papel *construtivo* na conceituação de “necessidades” (como a compreensão das “necessidades econômicas” em um contexto social)<sup>239</sup>.

Essas considerações apontam para um *viver* democrático em que há efetiva participação do indivíduo em suas facetas, nacional e internacional, na conformação do Estado. Nacional, posto que sujeito revestido de cidadania, detentor de patrimônio jurídico previsto em Constituição que pugna pelo regime democrático e de direito. Internacional pela formação de uma identidade nacional que o une à coletividade, aos outros cidadãos nacionais circunscritos sob a égide de uma mesma dimensão estatal; o que os diferencia dos outros pares na sociedade internacional como membros de um mesmo país.

O *viver* democrático nem sempre é opção válida quando o dilema apresentado cinge-se à escolha entre quais valores devem preponderar: ter

---

<sup>239</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 2000, p. 174-175.

liberdades políticas ou satisfazer necessidades econômicas? Invariavelmente, em países pobres a população optará pela segunda opção. Porém, é um falso problema, pois o que é apresentado como opção, não são hipóteses excludentes; os dados relativos a essa tese – intitulada tese de Lee (o nome do primeiro-ministro de Cingapura, Lee Kuan Yew, que a formulou) - restringem a visão, que deveria ser óbvia, de que as pessoas que passam por privações e miséria escolheriam a solução de suas prioridades reais.

Outro aspecto é a assertiva de que o valor democracia seria predominantemente ocidental e não se adequaria a *valores orientais*, os quais seriam mais direcionados à ordem e à disciplina do que às liberdades políticas. Em subseqüentes reuniões internacionais, representantes, como o porta-voz do Ministério das Relações Exteriores da China, chegou a propor: “os indivíduos têm de por os direitos do Estado antes dos seus próprios direitos”<sup>240</sup>.

Não obstante os debates que cingem o tema, firmamo-nos com o raciocínio exposto por Amartya Sen:

É preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a *prática* da democracia e direitos políticos.

[...]

A democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária. A oportunidade que ela oferece tem de ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Essa é, evidentemente, uma característica básica das liberdades em geral – muito depende do modo como elas são realmente exercidas.

---

<sup>240</sup> Dados extraídos da obra de Amartya Sen. *Desenvolvimento como liberdade*. 2000, p. 175-176.



**As realizações da democracia dependem não só das regras e procedimentos que são adotados e salvaguardados, como também do modo como as oportunidades são usadas pelos cidadãos.**

[...]

**Mas a força com que as oportunidades são aproveitadas depende de vários fatores, como o vigor da política multipartidária e o dinamismo dos argumentos morais e da formação dos valores.<sup>241</sup>(grifo nosso)**

#### **4.4. O papel do Direito Internacional**

O Direito Internacional tem sua formação associada a *recta ratio*.

Segundo Cançado Trindade:

Consoante os princípios da *recta ratio*, cada sujeito de Direito deve comportar-se com justiça, boa-fé e benevolência. São princípios cogentes que emanam da consciência humana e afirmam a relação inelutável entre o Direito e a ética. O direito natural reflete os ditados da *recta ratio*, em que se fundamenta a justiça. Cícero conceituava o direito

---

<sup>241</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2000, p. 182-183. Ainda o autor retrata: Fidel Valdez Ramos, o ex-presidente das Filipinas, explicou essa questão com grande clareza em discurso que proferiu em novembro de 1988 na *Australian National University: Sob um regime ditatorial, as pessoas não precisam pensar – não precisam escolher – não precisam tomar decisões ou dar seu consentimento. Tudo o que precisam fazer é obedecer. Essa foi uma lição amarga aprendida com a experiência política filipina não muito tempo atrás. Em contraste, a democracia não pode sobreviver sem virtude cívica. [...] O desafio político para os povos de todo o mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns.*

Assim como é importante salientar a necessidade da democracia, também é crucial salvaguardar as condições e circunstâncias que garantem a amplitude e o alcance do processo democrático. Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva (p. 186-187).

da *recta ratio* como dotado de validade perene, afigurando-se como inderrogável. Sua validade se estende a todas as nações em todas as épocas, sendo intransgressível.

[...]

O *jus communicationis* de F. Vitoria foi concebido como um Direito para todos os seres humanos. Assim, já nos séculos XVI e XVII, para F. Vitoria e F. Suárez, o Estado não era um sujeito exclusivo do direito das gentes, que abarcava ademais os povos e os indivíduos; e, no século XVII, H. Grotius tomou em conta primeiramente a humanidade, e apenas em segundo lugar os Estados. Ao visualizar a ordem jurídica internacional como *necessária* ao invés de “voluntária”, acudiu Grotius à *recta ratio* para fundamentar sua posição.

[...]

Para Tomás de Aquino (1225-1274), o Direito não deveria favorecer uns poucos, ou beneficiar apenas certos interesses, mas deveria, ao invés disso, contribuir à realização do bem comum, em benefício último de todos os seres humanos, - pois de outro modo seria injusto<sup>242</sup>.

Nesse contexto, a percepção por vezes debatida de que faltaria ao Direito Internacional a qualidade de Direito propriamente dito deve ser afastada. A comparação da estrutura da ordem jurídica internacional à ordem jurídica interna dos Estados, ou mesmo a força coercitiva das normas postas por esses respectivos ordenamentos tem âmbitos de alcance distinto, posto que suas fontes e organicidade também são distintas.

Ao apresentar o Direito Internacional, Cláudio Finkelstein afirma:

O erro é acreditar que tal direito efetivamente foi editado por algum organismo de direito internacional, ou que exista um direito internacional nos mesmos moldes do direito interno, um direito com normas imperativas de conduta auto-aplicáveis a toda uma população ou povos,

---

<sup>242</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. 2006, p. 06-09.

e a que se possa, inclusive, exigir seu cumprimento por meios coercitivos. Uma desilusão. Mas, a despeito de não se classificar como “direito” propriamente dito, este Direito Internacional que estamos estudando consiste num corpo de normas que, como procuraremos explicar, pode e deve ser observado<sup>243</sup>.

A concepção do Direito – como Ciência Jurídica – é mais abrangente do que a percepção do conteúdo normativo ou da forma como suas normas são produzidas. Nesse sentido, o direito positivo, como camada de linguagem prescritiva de condutas, é uma construção do ser humano, que está longe de ser um dado simplesmente ideal, não lhe sendo aplicável, também, as técnicas de investigação do mundo natural. As unidades normativas selecionam fatos e regulam condutas, fatos e condutas recolhidos no campo do social. Ora, o fato social, como processo de relação, é um fenômeno com sentido e, sem ele (sentido), que imprime direção aos fatos sociais, é impossível compreendê-los. Os fatos jurídicos, quer os previstos nos antecedentes das normas, quer os prescritos na fórmula relacional dos conseqüentes, apresentam-se na forma de fenômeno físico, relações de causas e efeitos, mais o sentido, isto é, o fim jurídico que os permeia. Sem a significação jurídica que presidiu a escolha do evento e inspirou a regulação da conduta, não se há de falar em fatos jurídicos e relações jurídicas.<sup>244</sup> Em outros termos, o intérprete da norma é quem deve apor significações, desvendando o sentido por meio da linguagem.

No Direito Internacional a questão não se diferencia. É real que os Estados organizam-se internamente pela noção de subordinação às normas jurídicas – por normas que selecionaram segundo a estrutura de suas

---

<sup>243</sup> FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*, 2007, p. 1.

<sup>244</sup> Dados extraídos de Texto de Paulo de Barros Carvalho: “A lógica e seu objeto – generalização e formalização – As estruturas lógicas – Relações lógicas e relações fácticas – A chamada lógica formal e a metodológica”. 2001, [s.p.].

comunidades nacionais e em consonância às posturas internacionais; em paralelo, a noção de coordenação é predominante nas relações internacionais, na qual os Estados são homólogos, formalmente iguais. Mas, repise-se, pelo exercício da soberania – como atributo estatal – temos a ampliação da vivência internacional, pois, além de receber os influxos internacionais – políticos, econômicos, sociais e culturais –, os Estados transcendem a jurisdição estatal e corroboram na formulação de normas internacionais. O que é diferente de afirmar-se que as normas jurídicas internacionais apenas existem como tal por força do consentimento soberano de cada Estado, ou a submissão expressa do Estado a elas. Em tela:

A concepção do *jus gentium* de H. Grotius – desenvolvida sobretudo em seu *De Jure ac Pacis* (1625), - esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que abarca toda a humanidade”. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado<sup>245</sup>.

Ademais, sob o prisma da sanção como elemento coativo essencial à formação de um ordenamento jurídico, o Direito Internacional comporta um corpo normativo sancionador, muito mais claro quando se aproxima da estrutura positivada do Direito; contudo, a crítica receptiva realizada por Francisco Rezek e que condiz com a observação fática das relações internacionais é a precariedade de sua execução. Nas relações bilaterais é visível o corpo de sanções nas

---

<sup>245</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade. *A humanização do Direito Internacional*. 2006, p. 12.

hipóteses de descumprimentos dos pactos assumidos. Já nas relações multilaterais também teremos a prescrição de sanções claras, firmadas por costumes e tratados internacionais, mas também pelos princípios gerais de direito – além de maior participação de organismos internacionais, a exemplo, a Organização das Nações Unidas, na utilização da coação.

As raízes do que se afigura como o direito comum da humanidade podem ser identificadas na considerável evolução do *jus gentium*. Quanto mais sólida é a assertiva de um sistema internacional *sobre Estados*, mais sólido é o reconhecimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente *universal*, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de “vontade própria”, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estados a estes “concedia”. O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no Direito Internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito estritamente interestatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos. As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas<sup>246</sup>.

O que se pode afirmar é que as pretensões humanas - a despeito do período inicial de formação do Direito Internacional fundado na *recta ratio* ou a visão mais contemporânea, no consentimento dos Estados -; o ideal de um ordenamento internacional aplicável a todos os partícipes do cenário internacional

---

<sup>246</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade. A humanização do Direito Internacional. 2006, p. 13.

– Estados, organismos internacionais, interestatais, não-estatais, transnacionais e indivíduos – deve ser conformado por padrões universais de justiça.

#### **4.4.1. A importância dos Tribunais Internacionais**

Na dinâmica internacional, são imprescindíveis os órgãos jurisdicionais criados e fortalecidos no curso do século XX e que apontam para o século XXI como competentes para emissão de pareceres consultivos e realização de julgados com vistas a dirimir conflitos internacionais – ampliando a interpretação normativa, consolidando-a e prescrevendo sanções.

Nesse cenário, a Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judiciário das Nações Unidas, cujo Estatuto de 1945 é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Todos os membros das Nações Unidas são partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), e mesmo um Estado que não seja membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte do Estatuto da CIJ. As condições para que a Corte esteja aberta a outros Estados serão determinadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, o que de nenhum modo deverá ser interpretado como um sinal de desigualdade perante a Corte.

Cada membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça. A força coativa de seus julgados pode ser extraída da Carta da ONU, no artigo 94 – 2. –

*Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença.*

Ademais, a Corte atuará na solução de controvérsias que lhe são oferecidas e também na emissão de pareceres consultivos sobre qualquer questão de ordem jurídica.

Em seguida, com o escopo delimitativo, aqui abordamos aspectos gerais da estrutura normativa de sistema protetivo de direitos humanos no âmbito regional e global, em especial atenção à participação do Estado brasileiro.

No sistema interamericano de proteção dos direitos do homem, são considerados textos básicos: a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA, de 1948; a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; a Carta Internacional Americana das Garantias Sociais de 1948; a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é sem dúvida o instrumento mais importante do sistema americano de proteção aos direitos humanos. Foi adotada em 1969, em uma Conferência inter-governamental, celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), na cidade de San José, Costa Rica, o que justifica a denominação, também corrente, de Pacto de

San José da Costa Rica. A Convenção Americana entrou em vigor apenas em 1978 quando foi depositado o décimo primeiro instrumento de ratificação.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH - foi criada pela 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile, em 1953. Começou a funcionar em 1960, como entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em virtude da reforma da Carta da OEA, aprovada em Buenos Aires, em 1967, a Comissão é hoje um dos órgãos por meio dos quais a OEA alcança seus objetivos. Tem como objetivo principal promover a observação e a defesa dos direitos humanos, atuando ao mesmo tempo como órgão de consulta da OEA nesta matéria.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos será composta por sete membros, pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos (Artigo 34 da Convenção Americana). Os membros da Comissão, eleitos a título pessoal, não representam interesses de Estados-membros e constituem a Comissão durante o período de quatro anos, podendo ser reeleitos uma vez apenas (Artigos 35, 36 e 37 da Convenção Americana).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos será composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas de mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, sendo que não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade (Art. 52 da Convenção Americana). Os juízes serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma única vez. A Corte apreciará casos apresentados somente pelos Estados-partes ou pela própria Comissão, sendo que, para alcançar a atividade jurisdicional da Corte, é necessário que



antes se tenham esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50 da Convenção Americana<sup>247</sup>.

Em outros termos, primeiro deve-se percorrer todo o procedimento descrito na Convenção Americana como de competência da Comissão (competência pré-jurisdicional). É visível que a Comissão exerce um papel duplo: de solucionar o litígio apresentando, por exemplo, pela vítima e, não o fazendo a contento, encaminhar para a Corte Interamericana. A Corte é órgão judiciário que não propõe, não relata e nem recomenda, mas profere sentenças, que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis. Declarando a ocorrência de violação de direito protegido pelo tratado, a Corte determina seja tal direito de pronto

---

<sup>247</sup> Convenção americana sobre direitos humanos de 1969 – artigo 48: 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso; b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente; c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes; d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias; e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção. 2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade. – artigo 49. Se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, 'f', do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível. – artigo 50: 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, 'e', do artigo 48. 2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo. 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

restaurado, e ordena, se for o caso, o pagamento de indenização justa à parte lesada.

No sistema internacional de proteção aos direitos humanos, desde o Pós Segunda Guerra Mundial, havia um anseio pela criação de um Tribunal Penal Permanente para julgamento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de genocídio. O que resta claro da observação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948.

Em razão da dificuldade de uniformização de preceitos quanto à tipicidade das condutas penais, o *quantum* das penas e forma de cumprimento, o Tribunal tardou a ser criado. Nesse ínterim, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, segundo a Carta da ONU, tem autoridade para criar tribunais *ad hoc* para julgar violações graves do direito humanitário - como o da Bósnia em 1993 e de Ruanda em 1994.

Somente em 17 de julho de 1998 foi aprovado o texto final do Estatuto de Roma, composto por 128 artigos e dois anexos, sendo que dos Estados votantes 120 países assentiram na formação do Tribunal Penal Internacional e sete foram contrários, quais sejam: Estados Unidos, Israel, Índia, Filipina, Sri Lanka, China e Turquia. O Tribunal Penal Internacional foi criado como um tribunal permanente capaz de investigar e julgar indivíduos acusados das mais graves violações de direito internacional humanitário, os chamados crimes de guerra, de crimes contra a humanidade ou de genocídio.

Diferente da Corte Internacional de Justiça<sup>248</sup>, cuja jurisdição é restrita a Estados, o Tribunal Penal Internacional analisará casos contra indivíduos; e distinto dos Tribunais de crimes de guerra da Iugoslávia e de Ruanda, criados para analisarem crimes cometidos durante esses conflitos, sua jurisdição não estará restrita a uma situação específica. Para tanto, algumas regras foram forjadas: i) a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não será retroativa. A jurisdição *ratione temporis* só se exerce sobre crimes posteriores à entrada em vigor do tratado; ii) A jurisdição internacional se afirma complementar – observância da regra do *non bis in idem*, mas também, as jurisdições nacionais, como a do Estado onde ocorreu o crime, ou a do Estado patrial do réu, têm preferência, de modo que só sua inércia ou condescendência justificam a ação no foro internacional.

Os princípios gerais do Direito Penal são observados com rigor pelo estatuto:

i) A criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, independente e com jurisdição complementar às jurisdições penais nacionais;

ii) o Tribunal Penal Internacional terá competência para julgar os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional – artigo 5º e seguintes: crime de genocídio – artigo 6º; crimes contra a humanidade – artigo 7º; crimes de Guerra – artigo 8º; crimes de agressão.

---

<sup>248</sup> Estatuto da Corte Internacional da Justiça, artigo 34 – 1. Só os Estados poderão ser partes em questão perante a Corte. Artigo 36 – 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetem, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

A Corte em tela poderá fixar condenação e reparação à vítima segundo o artigo 75 do Estatuto de Roma<sup>249</sup>. A jurisdição poderá ser exercida por denúncia de um Estado-parte; denúncia do Conselho de Segurança da ONU; ou por iniciativa do procurador - nesse caso o processo investigatório e a ação penal estão a cargo de um procurador eleito, a exemplo dos juízes, pela assembléia dos Estados partes no tratado de Roma.

O Estatuto de Roma dá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas o poder de mandar “suspender” por um ano, prorrogável tantas vezes quantas queira, qualquer processo em curso no tribunal, com base no capítulo VII da carta – ou seja, quando entender que a continuidade imediata do processo representa uma ameaça à paz.

De modo mais abrangente, é visível o relevo dos órgãos internacionais no exercício da jurisdição internacional, pois se transformam em foros de desenvolvimento do Direito Internacional com o pronunciamento de decisões e pareceres intervindo na dinâmica dos partícipes da sociedade internacional.

---

<sup>249</sup> Estatuto de Roma, artigo 75 – 1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causado às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou sua decisão.

#### 4.4.2. A legitimação do indivíduo<sup>250</sup>

Ainda sobre a relevância do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, verifica-se o construto normativo reflexo do Pós Segunda Guerra Mundial, em muito, delineando a personalidade jurídica internacional ao indivíduo.

Há autores que negam veementemente a personalidade jurídica internacional da pessoa humana, baseando-se em cinco pilares que permitem a identificação dos sujeitos de direito internacional, quais sejam: i) a pessoa humana, como entidade abstrata, nos tempos presentes, não tem quaisquer atributos para firmar tratados e convenções internacionais; ii) também não tem atributos para instituir e ser membro pleno de organizações intergovernamentais; iii) nem para representar-se a si mesma, por um direito próprio, perante Estados e organizações intergovernamentais; como o direito de estabelecer relações diplomáticas com Estados e organizações intergovernamentais e relações consulares em territórios dos Estados. Contudo, existem outras duas categorias que não mais se coadunam com assertiva peremptória de exclusão do indivíduo titular de personalidade internacional: iv) fatos ilícitos internacionais são imputáveis à pessoa humana; e, v) são dotados de direito próprio a um acesso a contenciosos internacionais.

No dizer de Guido Soares:

---

<sup>250</sup> Dados extraídos da obra de Guido Fernando Silva Soares, Curso de Direito Internacional Público, 2002, p. 155-157.

Na atualidade é indiscutível haver clara atribuição da personalidade de direito internacional à pessoa humana, com as restrições factuais e condicionamentos legais que a norma internacional pode estabelecer (como, de fato, estabelece, para qualquer outra pessoa de Direito Internacional, que não seja um Estado, reconhecido como tal por este Direito, inclusive as organizações intergovernamentais constituídas pelos Estados)<sup>251</sup>.

Para ilustrar a legitimação do indivíduo, tem-se a instituição do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma de 1998, de âmbito permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (Estatuto de Roma, artigo 1º) e será complementar às jurisdições penais nacionais.

Em outro prisma, também se verifica a ampliação da legitimação perante tribunais internacionais regionais. O acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá por via Comissão – como restou demonstrado anteriormente – porém esta descreve o procedimento aberto às petições diretas dos indivíduos na conformação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já na Europa, a Comissão Europeia de Direitos Humanos foi suprimida pela entrada em vigor do Acordo Europeu Relativo a Pessoas que participam nos Procedimentos da Corte Europeia de Direito Humanos, firmado em Estrasburgo a 05 de maio de 1997, no que deu legitimidade ativa à pessoa humana para atuar em litígios judiciais não apenas em face aos Estados patriais, mas contra quaisquer outros que sejam parte do Tratado de Roma (Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, a 04 de novembro de 1950).

---

<sup>251</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, 2002, p. 158.

Além desses exemplos, outros mecanismos foram firmados no sentido de conceder ao indivíduo direito a oferecer reclamações a entidades internacionais, diretamente contra Estados, a saber:

*Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, artigo 14 – Todo Estado-parte na presente Convenção poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado-parte, de qualquer dos direitos enunciados na presente Convenção.*

*Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, artigo 22 – Todo Estado-parte na presente Convenção poderá declarar, em virtude do presente artigo, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado-parte, das disposições da Convenção.*

É inolvidável o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, ao se manifestar no sentido que a nenhum Estado é dado tentar situar-se acima do Direito; nesse escopo, o Estado, como criação humana, é responsável por todos os seus atos, assim como por todas suas omissões por parte de qualquer de seus poderes ou agentes.

Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado.

O ser humano passa a ocupar, em nossos dias, a posição central que lhe corresponde, como *sujeito do direito tanto interno como internacional*,

em meio ao processo de *humanização* do Direito Internacional, o qual passa a se ocupar mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores<sup>252</sup>.

É nesse ínterim, que se pretende um pensamento alargado, com a verificação de pontos diversos nas relações internacionais, mas com liame comum intrínseco, a *reconstrução* de uma comunidade internacional, afeita às suas dimensões humanas, isto é, reconhecedora da diversidade de partícipes, dos desafios comuns em espaço geográfico delimitado, como: a educação em direitos humanos indivisíveis e universais; a opção pela democracia como forma estruturante estatal; análise mais detida do terrorismo – barbárie extremada por um lado, e a inaceitável justificativa da ruptura de direitos sob a égide de segurança coletiva ou um *bem* maior.

O diálogo entre a guerra como recurso extremo e a segurança jurídica defendida em teses sobre o emprego da força não devem prosperar como legitimadoras da derrocada, do enfraquecimento do Direito Internacional, em visão deste como produto exclusivo da vontade dos Estados. Ainda, em uníssono a Antônio Augusto Cançado Trindade:

No mundo sombrio em que vivemos, impõe-se afirmar, hoje mais do que nunca, o necessário primado do Direito sobre a força, assim como o imperativo de acesso direto da pessoa humana à justiça internacional, e a importância dos valores universais<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*, 2006, p.17-18.

<sup>253</sup> Idem. *Ibid.*, p.395.



## V - A FORMAÇÃO DE UMA ORDEM JURÍDICA UNIVERSAL: uma proposta de Constituição mundial

*“Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”.* (Kant, Crítica da Razão Prática I, 1, '7).

Para adentrarmos ao tema são necessárias algumas premissas, dentre elas a noção de Constituição. Quando perscrutado o conceito de Constituição, múltiplas e diferentes opiniões são colhidas como se depreende das observações subscritas.

No âmbito filosófico Kant empregou o termo para designar o que condiciona a realidade dos objetos fenomênicos; por seu turno, Husserl utiliza a palavra “constituição” quando fala, por exemplo, “dos problemas da constituição da objetividade da consciência”; e Carnap esclareceu o conceito de constituição do ponto de vista lógico-linguístico com o conceito de reintegrabilidade, diz-se que um objeto ou conceito é reintegrável num ou mais outros objetos se os enunciados que dizem respeito aos primeiros se deixam transparecer em enunciados que dizem respeito ao segundo, podendo-se dizer, neste caso que o primeiro objeto é constituído pelos outros<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> Dados extraídos da obra de Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, 2000, p.: 197/198.

Hans Kelsen ao apresentar a estrutura escalonada da ordem jurídica pontua a Constituição, considerando a ordem jurídica estadual, como o mais elevado escalão do direito positivo. Neste ínterim, a Constituição deve ser entendida no seu sentido material, quer dizer: a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais<sup>255</sup>.

Konrad Hesse, por sua vez, entende a Constituição como a ordem jurídica fundamental da Comunidade e baliza seu pensamento na análise conjunta das atividades do Estado e da Comunidade tendentes a formação de uma unidade política. Para K. Hesse<sup>256</sup> a coesão de tarefas do Estado e da Comunidade é regulada pela Constituição, sendo esta norma jurídica fundamental que fixa princípios governantes com regras que devem formular a unidade política, devendo para tanto conter: procedimentos para solucionar conflitos ocorridos dentro da comunidade; regulamentação da atividade estatal; e, ainda, criar as base e determinar os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Contudo, a Constituição é apenas um plano estrutural básico não devendo ordenar toda a cooperação entre a comunidade e a vida estatal, nela também devem estar presentes garantias relativas à vida não-estatal, como: matrimônio, família, propriedade, educação, dentre outros.

Para Karl Loewenstein<sup>257</sup> a Constituição é dispositivo fundamental para o controle do processo de poder, justamente por entender que a sociedade justa, aquela que outorga e garante direitos individuais, depende da existência de limites impostos aos detentores do poder, no exercício de seu poder. E mais, afirma que não são suficientes a mera existência de mecanismos de controle e

---

<sup>255</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2000, p. 247.

<sup>256</sup> Dados extraídos da obra de Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983.

<sup>257</sup> Dados extraídos da obra de Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, s.d.

sim, a necessidade de inclusão na consciência social da importância e operacionalidade de mecanismos de controle do processo de poder para a permanência, ou melhor, a durabilidade, de uma sociedade justa e de um sistema político corretamente classificado como democrático.

Afora as abalizadas opiniões de jusfilósofos e de juristas estrangeiros, os constitucionalistas pátrios também trazem variadas noções sobre o termo-objeto Constituição. Pinto Ferreira ao conceituar Constituição atrela o termo à realidade social, descrevendo o meio social e histórico como responsáveis por uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. Para Pinto Ferreira:

A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de uma sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével<sup>258</sup>.

José Afonso da Silva apresenta a palavra *constituição* como *modo de ser de alguma coisa* e, portanto, modo de organização interna de seres e entidades. Deste raciocínio decorre a assertiva de que *todo Estado tem constituição*, pois esta é o modo de ser do Estado.

Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a*

---

<sup>258</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, 1991, p.09.

*constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*<sup>259</sup>.

Celso Ribeiro Bastos inicia por manifestar o sentido equívoco do termo constituição, justamente por prestar-se a mais de um significado conforme o ângulo pelo qual a Constituição possa ser encarada. Daí não causar estranheza que a expressão “constituição” venha acompanhada dos mais variados qualificativos: formal, material, substancial, instrumental, ideal etc.

Desta feita, Celso Ribeiro Bastos adota a constituição em sentido amplo como maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura; seria a utilização da palavra constituição feita pela linguagem comum. A Constituição<sup>260</sup> em sentido estrito cinge-se ao seu uso técnico-jurídico:

i) Constituição em sentido material: é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conformam a realidade social de determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser;

ii) Constituição em sentido substancial: é definida pelo conteúdo de suas normas, reúne as normas que dão estrutura ou substância ao Estado, é dizer que consistem naquelas normas que definem as competências de seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar o mínimo de garantias individuais;

iii) Constituição em sentido formal: seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo dificultosos, vale dizer, um processo

---

<sup>259</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2000, p.: 39-40.

<sup>260</sup> Nota-se, propositadamente, o uso do termo “constituição” ora em letra minúscula, ora em letra maiúscula. O primeiro reportando-se ao uso corrente da linguagem comum do significado constituição; o segundo referindo-se ao termo jurídico de Constituição, como Carta Magna, como norma máxima positivada no ordenamento jurídico de um Estado.

formativo mais árduo e solene. Assim, vislumbramos que a Constituição formal não procura apanhar a realidade do comportamento da sociedade, como acontece com a material, mas leva em conta tão-somente a existência de um texto aprovado por força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>261</sup>.

A rigor, revistas algumas das noções de Constituição, a certeza está em que não é possível afastar de seu alcance o Estado. Pode-se dizer que na linguagem comum o termo constituição reúne o conteúdo de tudo que concorre de algum modo para condicionar um objeto qualquer, constituindo-o, portanto. Justamente, a Constituição na acepção jurídica tem sua teoria concebida sob dois pilares: Direito e Estado; logo - no dizer de Jorge Miranda -, a Constituição é Direito e Direito que tem por objeto o Estado. Assim, podemos dizer que a Constituição é Direito que condiciona a vida do Estado, constituindo-o e direcionando de forma projetiva sua existência em âmbito interno (nacional) e também nas relações com seus pares na sociedade internacional.

### **5.1. Aspectos do ordenamento jurídico em Norberto Bobbio**

Considerando a estrutura da sociedade internacional e o grande número de Estados é tangível a multiplicidade de ordens jurídicas nacionais. Isso se observarmos os ordenamentos jurídicos sob um prisma externo; pois

---

<sup>261</sup> Dados extraídos da obra de Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*, 2001, p. 41-47.

problemas existem e são sujeitos a análises – comumente - sob a ótica interna do ordenamento, sobejamente quanto à multiplicidade de normas, se estas constituem uma unidade; ainda se dentre essas normas há hierarquia; e por derradeiro se esse conjunto normativo é estruturado de forma sistêmica e completa, delineando-se a questão das antinomias jurídicas e lacunas do Direito – esses são, segundo Norberto Bobbio os problemas do ordenamento jurídico.

Ao buscar a definição de Direito, o autor em tela, atinge a norma jurídica é desenvolve a seguinte assertiva:

Enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo “direito”, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma<sup>262</sup>.

O ponto que ora nos propomos a avançar é o da pluralidade de ordenamentos jurídicos, e, se tal premissa é válida, o das relações entre os vários ordenamentos. Essa pluralidade de ordenamentos pode ser repartida em duas fases<sup>263</sup>:

i) Fase do historicismo jurídico: através da escola histórica do Direito, afirma a nacionalidade dos direitos que emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Há uma contraposição entre o direito natural único, comum a todos os povos, a uma variação conforme o número de povos ou

---

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, p.30-31.

<sup>263</sup> Dados extraídos da obra de Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, p. 161-163.

nações. Importa dizer que o gênio das nações é maior que o gênio jurídico acarretando o pluralismo. Essa primeira forma de pluralismo tem caráter estatalista. Há não apenas um, mas muitos ordenamentos jurídicos, fragmentando o Direito universal em tantos direitos particulares, interdependentes entre si – o que é confirmada pela corrente do *positivismo jurídico*<sup>264</sup>;

Neste sentido, sob a ótica de distintos sistemas de direito contemporâneo, é possível afirmar:

Cada Estado possui, no nosso mundo, um direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. Certas comunidades não estatais têm igualmente o seu direito: direito canônico, direito hindu, direito judaico. Existe também um direito internacional que visa regular, num plano mundial ou regional, as relações entre Estados e as do comércio mundial<sup>265</sup>.

A reflexão sobre a fase do historicismo jurídico, por si só, seria suficiente para aplacar a afirmação de uma ordem jurídica universal. Contudo, em sentido contrário a multiplicidade de ordenamentos jurídicos observáveis na visão estatal pela diversidade de nações ou povos – ou no dizer de Bobbio, *gênio das nações* - manteve-se a noção de Direito universal pautado por um poder soberano universal. Num primeiro momento idealizado como poder oriundo da vontade de Deus, idéia abandonada pelo pensamento político posterior, no qual a idéia

---

<sup>264</sup> Ainda Norberto Bobbio: Essa fragmentação do Direito universal em tantos Direitos particulares, interdependentes entre si, é confirmada e teorizada pela corrente jurídica que acabou por prevalecer na segunda metade do século passado: falo do positivismo jurídico, isto é, da corrente segundo a qual não existe outro direito além do direito positivo, e a característica do Direito positivo é ser criado por uma vontade soberana (o positivismo jurídico identifica-se com a concepção voluntarista do Direito). Onde existe um poder soberano existe um Direito e, todo poder soberano sendo por definição independente de qualquer outro poder soberano, cada Direito constitui ordenamento autônomo. Há tantos Direitos diferentes entre si quanto são os poderes soberanos. (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, p. 162).

<sup>265</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo, 1998, p. 14-15.

universalista do Direito é pautada em um poder soberano fundado, não mais na vontade, mas na razão, sob a forma do Direito natural.

O que *a priori* causa certo desconforto, pois associasse a soberania à força estruturante do Estado - que não se subjugava a nenhum outro -, porém assim o é, posto criação de uma Comunidade nacional, que propugna por participação no processo decisório dos rumos do Estado, na opção democrática de organização, em que o conteúdo comum das Constituições é identificável pelo estudo comparado nas definições de forma e regime de governo, Estado; direitos fundamentais, pilares de cidadania; dentre outros parâmetros. Autores há que já identificaram o conteúdo comum dos textos constitucionais balizando a afirmação de que minimamente existe um liame, um anseio comum, na coexistência não apenas interna das nações, mas também externa dos povos enquanto mais aproximados – globalmente - como cidadãos do mundo.

ii) A segunda fase – denominada fase do pluralismo institucional – também chamada de fase institucional: o pluralismo assume um sentido mais pleno, além de existirem muitos ordenamentos jurídicos, existem variados tipos em consonância a instituição, ou seja, um grupo social organizado. A teoria institucional é um produto do avanço das correntes sociológicas que vislumbraram a sociedade abaixo do Estado. Com essa corrente, o relacionamento dos ordenamentos jurídicos não mais se cinge a relação entre ordens estatais, mas alcança a relação entre ordenamentos estatais e ordenamentos diferentes destes.

Norberto Bobbio identifica quatro tipos de ordenamentos não-estatais:

- a) Ordenamentos *acima* do Estado, como o ordenamento internacional e, segundo algumas doutrinas, o da Igreja Católica;



b) Ordenamento *abaixo* do Estado, como os ordenamentos propriamente sociais, que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os;

c) Ordenamentos *ao lado* do Estado, como o da Igreja Católica, segundo outras concepções, ou, também, o internacional, segundo a concepção chamada “dualística”;

d) O ordenamento *contra* o Estado, como as associações de malandros, as seitas secretas, etc.<sup>266</sup>.

O ordenamento jurídico, objeto de nosso estudo, é aquele *acima* do Estado – monismo jurídico - ou em outra perspectiva, aquele *ao lado* do Estado – dualismo jurídico -, isto é, o internacional<sup>267</sup>.

O que é defendível, a despeito da divergência doutrinária quanto ao monismo e dualismo jurídico é a formação de uma ordem jurídica universal, constituída por um constructo histórico, pós Segunda Guerra Mundial, com o arcabouço normativo protetivo do ser humano – regular no exercício de seu *direito a ter direitos*, em perene diálogo com o pensamento de Hannah Arendt – que não comporta retrocessos, e coaduna-se no universalismo e indivisibilidade dos direitos humanos como parâmetros mínimos – sendo meio para tal a educação

<sup>266</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, p.164.

<sup>267</sup> Existem diversas teses sobre o estabelecimento de relações entre o direito interno e o direito internacional. Vejamos algumas, sucintamente. i) pela teoria dualista: (Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionizio Anzilotti, na Itália), o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional; ii) a teoria monista, fundada em Kelsen, sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença ante o conjunto de princípios e normas que compõem o *direito das gentes*; iii) os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, destarte, ao culto da Constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Dados extraídos da obra de Francisco Rezek, *Direito internacional público – Curso elementar*, 2007, p. 4-5.

integrativa e plural do indivíduo, sujeito legitimado também no cenário internacional.

Sustentamos, em uníssono a Norberto Bobbio:

**O universalismo como tendência nunca morreu**, e nestes últimos anos, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas, está mais vivo do que nunca. O universalismo jurídico ressurgiu hoje não mais como crença num eterno Direito natural, mas como vontade de constituir um *Direito positivo único*, que recolha em unidade todos os Direitos positivos existentes, e que seja produto não da natureza, mas da história, e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico (como o Direito natural e o estado de natureza), mas no fim. A idéia do Estado mundial único é a idéia-limite do universalismo jurídico contemporâneo; **é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um Direito natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal**<sup>268</sup>.(g.n.)

### 5.1.1. Retomada do monismo de Hans Kelsen

Hans Kelsen, ao tratar do primado da ordem jurídica internacional, é taxativo ao relatar que

O Estado aparece como determinado pelo Direito internacional na sua existência jurídica em todas as direções, quer dizer, como uma ordem jurídica delegada pelo Direito internacional, tanto na sua validade como na sua esfera de validade. Somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual é soberana.

---

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, p.165.

E complementa:

Se partirmos do Direito internacional como uma ordem jurídica válida, o conceito do Estado não pode ser definido sem referência ao Direito internacional. Visto desta posição, ele é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade (*Totalitätsanspruch*) apenas limitada pela reserva do Direito internacional<sup>269</sup>.

A apresentação dos contornos do Estado pelo Direito Internacional descrita por Hans Kelsen não é matéria pacífica entre os juristas, mas para aqueles que tendem ao universalismo jurídico é pilar necessário para a construção de normatividade.

Ademais, o Direito Internacional deve ser reconhecido como Direito segundo a premissa de que constitui uma ordem coercitiva da conduta humana, pressuposta como soberana. De outro modo, o Direito Internacional, *na medida em que regula a conduta de Estados, também norma uma conduta humana*<sup>270</sup>.

Na medida em que o Direito internacional se intromete, com a sua regulamentação, em matérias que até aqui apenas eram normadas pela ordem jurídica estadual, a sua tendência para a imediata atribuição de direitos e imposição de deveres aos indivíduos tem necessariamente de fortalecer-se.

(...)

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da **real evolução jurídica**, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser **a unidade de organização de uma comunidade**

<sup>269</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000, p. 377.

<sup>270</sup> Idem. Ibid., p. 355.

**universal de Direito mundial**, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que **podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas** – justamente como estamos a considerar como unidade a ordem jurídica do Estado singular<sup>271</sup>.(g.n.)

O autor em tela entende que não se pode considerar como válidas as duas ordens jurídicas – estatal e internacional – em simultaneidade<sup>272</sup>, da feita que se mantenha a unidade do sistema. Quando se tem o pluralismo ou dualismo de ordens jurídicas ter-se-á como vislumbrar conflitos insolúveis, de modo que ao se considerar como válido o ordenamento jurídico interno automaticamente estar-se-ia descumprindo o Direito internacional.

A unidade entre Direito internacional e Direito estadual pode, no entanto, ser produzida de dois modos diferentes, do ponto de vista gnoseológico. E, quando consideramos ambos estes Direitos como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, não o poderemos fazer por qualquer outra forma que não seja abrangendo a ambos, por uma forma ou por outra, em *um* sistema descritível em proposições jurídicas não-contraditórias.

Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual,

---

<sup>271</sup> Idem. Ibid.,p. 363-364.

<sup>272</sup> Uma lei lógica é uma fórmula proposicional tal que se nela substituem-se as variáveis por constantes do tipo a que elas se referem (nosso caso, por proposições), o resultado será sempre uma proposição logicamente verdadeira. Cada lei lógica enuncia uma tautologia, de tal modo que sua verdade formal se mantém em todos os exemplos que com a mesma estrutura são obtidos por interpretação das variáveis. Todas as tautologias são leis lógicas, e daí advém sua importância. O número de tautologias é infinito e só algumas delas são apreciadas, segundo a utilidade que contenham. No raciocínio exposto por Hans Kelsen, é válida a interpretação da proposição sob o princípio da não contradição, significa dizer: estabelece que nenhuma proposição pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo, como:  $\neg(p \wedge \neg p)$ . Tal princípio tem a estrutura sintática representada pela seguinte fórmula:  $p \wedge \neg p$ . Pois bem, ao negar dita fórmula, o princípio da não contradição indica precisamente que qualquer enunciado com essa estrutura lógica é formalmente falso (uma contradição), e o próprio princípio que nega a contradição, resulta formalmente verdadeiro (uma tautologia).

podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior<sup>273</sup>.

A premissa da estrutura normativa desenvolvida por Hans Kelsen é da inevitabilidade de uma construção monista, da feita que não se sustenta logicamente a tese de ordens jurídicas distintas como a estatal e a internacional, em que os eventuais conflitos de normas, são conflitos aparentes, pois todos partem de uma mesma norma fundante, consistente em pressupostos de validade escalonados hierarquicamente.

O que é reconhecido, e ateste pelo autor, são as duas concepções do monismo. Primeiro, teríamos o fundamento de validade do Direito internacional ancorado na ordem jurídica estatal – o que a doutrina convencionou chamar de monismo nacionalista -, na qual, o Direito internacional somente vigoraria em relação a um Estado quando seja reconhecido por este Estado como vinculante. O reconhecimento dar-se-ia por manifestação expressa, conforme prescrito constitucionalmente, pelo legislativo ou executivo de determinado Estado – somente, portanto, através do reconhecimento expresso ou tácito o Direito internacional entre em vigor em relação ao Estado.

Por outro viés, há o primado da ordem jurídica internacional, na qual se parte da validade do Direito internacional e nesta fundamenta-se a validade da ordem jurídica estatal. Nesse sentido,

---

<sup>273</sup> KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, 2000, p. 368-369.

O princípio da efetividade, que é uma norma do Direito internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele **como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.** (g.n.)

A retomada do monismo de Hans Kelsen é condição necessária para voltarmos-nos a perspectiva da formação de uma ordem jurídica universal. Se antes, há quem fundamente a necessária força ao Direito internacional na *recta ratio*, como fundamento de validade primeira – aqui não negada – mas ampliada; propugnamos a não negação do positivismo jurídico; ao revés, o reconhecimento do seu valor histórico construtivo, da feição voluntarista do Direito, mas sem olvidar o questionamento máximo de *qual Direito*.

Pretendemos a retomada do monismo Kelseniano como uma oportunidade de questionamento da concepção de mundo:

A oposição das duas construções monistas da relação do Direito internacional com o Direito estadual, isto é, das duas vias pelas quais se alcança a unidade gnoseológica de todo o Direito vigente, tem um surpreendente paralelo na oposição que existe entre uma mundividência (concepção do mundo –*Weltanschauung*) subjetivista e uma mundividência objetivista.<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Idem. Ibid., p. 383-384. Ainda KELSEN: *Do mesmo modo que a mundividência subjetiva, egocêntrica, conduz ao solipsismo, isto é, à concepção de que só próprio Eu existe como ser soberano, e que tudo o mais apenas existe nele e a partir dele, e, assim, não pode sufragar a pretensão dos outros entes a serem também um Eu soberano, também o primado da ordem jurídica do próprio Estado conduz a que apenas este possa ser concebido como soberano, pois a soberania de um, isto é, do nosso próprio Estado, exclui a soberania de todos os outros Estados. Neste sentido, o primado da ordem jurídica do nosso próprio Estado pode ser designado como subjetivismo, ou mesmo como solipsismo do Estado.*

A concepção subjetivista parte do Eu soberano para compreender o mundo e concebe o mundo exterior como uma representatividade do mundo interior (a vontade do Eu) – assim também o primado da ordem estatal parte do próprio Estado soberano para apreender o mundo exterior do Direito, o Direito internacional e as outras ordens jurídicas estatais.

Já a concepção objetivista parte do mundo exterior real para conceber o Eu, não só o próprio Eu, mas também como parte integrante do mundo. Nesse cenário há o primado do Direito internacional que parte da ordem jurídica internacional, parte do mundo externo do Direito e então concebe as ordens jurídicas estatais.

A decisão por uma ou outra visão, a mundividência subjetiva ou objetiva, situa-se fora da ciência jurídica. Segundo Hans Kelsen:

Aquele para quem a idéia da soberania do seu Estado é valiosa, porque se identifica com este na sua autoconsciência exaltada, preferirá o primado da ordem jurídica estadual ao primado da ordem jurídica internacional. Aquele, para quem a idéia de uma organização mundial é mais valiosa, preferirá o primado do Direito internacional ao primado do Direito estadual<sup>275</sup>.

Aqui, pautamo-nos por visão objetivista – mesmo que sob alegado sofismo de feição política pacifista -, da feita que propomos gradativamente, a partir da observação das subseqüentes transformações da sociedade internacional -, destacadamente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação

---

<sup>275</sup> Idem. Ibid., p. 385-386.

da Organização das Nações Unidas em 1945, a consolidação de novos sujeitos de direito internacional, a globalização em suas várias acepções, o crescendo jurídico-normativo protetivo dos direitos humanos obliterados pela nova conformação da sociedade após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 -, para, por fim, direcionarmos como pensamento último, necessário a própria coexistência humana uma proposta de Constituição mundial.

**Importa sublinhar que a humanidade (*menschlichkeit*) do homem é obreira das Instituições e sobretudo do Direito**, que surgem, evidentemente, do seu ser em convivência, mas também da sua propensão superadora, da sua inseparável vontade de transformação do real de acordo com ideais. **Há assim que sublinhar quer a ligação do direito com o carácter comunitário da experiência humana, quer a própria essência e sentido do Direito**: se, por um lado, se afirma a inserção social do homem e se entende o jurídico como elemento essencial da comunidade, por outro lado considera-se a transcendência do Direito e da Justiça. O valor que o rege face ao fenomênico, ao dado, alcandorando-o a arrimo interpretativo e garantia da intelegibilidade e lógica do mundo. Quer dizer: **sem um Direito justo o mundo não teria sentido – seria absurdo, inteligível, a-lógico, sem uma finalidade**<sup>276</sup>.

O ser humano firma-se na eleição de instituições que considere caras a sua sobrevivência, como espécie, como indivíduo, mas também como membro de uma comunidade. O Direito como ciência permite a regência da convivência humana, nada menos. O Direito Internacional permite assim a convivência humana em seu substrato global.

Quando se limitam as forças normativas do Estado, seja porque este, segundo alguns, voluntariamente assim consentiu e assim é mais soberano,

---

<sup>276</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Sociedade e Direito, s.d., p. 335.



seja porque interpretou a mudança de prisma deste atributo e, então, o exercício soberano se faz no compartilhamento de competências comuns, é reconhecida a necessária limitação ao poder do Estado. Não devendo ser reconhecido como ente distinto do seu povo – da comunidade que o conforma – e legitima a construção de uma Constituição projetiva e aberta ao século XXI.

## **5.2. Evolução do direito comunitário, tendente à formação de uma ordem jurídica homogênea (*universal*).**

A partir da segunda metade do século XX prepondera a versão de que os Estados não reconhecem em princípio a existência de nenhuma autoridade soberana superior a eles. Quando implicados em alguma relação internacional, há o perpasso pelo acatamento por parte do Estado de que, se procede daquele modo, é porque assim consentiu – *tese voluntarista*, ora dualista, ora monista nacionalista.

Como conseqüência, percebe-se que os Estados necessariamente sofrem influências do direito internacional no ato redacional de seus textos constitucionais<sup>277</sup>, ou melhor, na formação (criação, instituição e modificação) dos ordenamentos jurídicos nacionais, marcadamente desde o século passado,

---

<sup>277</sup> Neste sentido, Konrad Hesse: “*la constitucion debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos*” (*Escritos de derecho constitucional*, p. 19).

quando a Constituição assume um conteúdo neutro e tem sua perspectiva material alargada em razão de novas ideologias, movimentos e acontecimentos históricos, como as duas Guerras Mundiais e a indefensável alegação da relação de interdependência econômica que hoje vigora na sociedade mundial.

Contudo, independentemente de concepções monistas ou dualistas do direito internacional, o denominador comum a ser alcançado é que forma inédita de relação jurídica entre Estados e o Direito internacional foi criada: o direito comunitário é realidade presente no sistema jurídico<sup>278</sup>, compartilhando causas e efeitos no âmbito do direito internacional público, do direito internacional privado e, ainda e marcadamente, do direito público interno dos Estados membros, *in casu*, da União Européia.

Ao depararmos com as possíveis relações entre a ordem jurídica nacional dos Estados membros e a ordem jurídica comunitária, entendemos que podem ser estabelecidas relações de substituição, de harmonização, de coordenação e de coexistência de legislações.

---

<sup>278</sup> A concepção do direito como sistema decorre da teoria da autopoiése que oferece a chance de contornar o problema da cisão entre os juristas que se valem do aporte positivista (ênfaticam o caráter normativo do direito) e os juristas com aporte sociológico (ênfaticam a relação do direito e sociedade). A teoria autopoiética pretende alcançar o meio-termo, pretende evitar que o direito seja determinado pelo fato social. A sociedade é um sistema autopoiético de primeiro grau, o direito é um sistema autopoiético de segundo grau, mas dotado de autonomia junto a outros sistemas, formando uma rede de comunicação. A sociologia jurídica cumpre definir as relações de autonomia, a graduação de forças entre direito e sociedade. Todo este complexo visa alcançar um novo direito: i) um direito socialmente difuso. li) um direito parcialmente autônomo; e iii) um direito autopoiético. Em suma, o direito regula a sociedade auto-regulando-se. Nesse sentido, há a obra de François Ewald, *Foucault, a norma e o direito*, Editora Vega.

Significa dizer que nas relações de substituição o direito nacional pode ser totalmente substituído pelo direito comunitário – quer originário, quer derivado<sup>279</sup>.

Nas relações de harmonização subsistem o direito interno e o direito comunitário, porém deve haver uma aproximação da legislação nacional ante a legislação comunitária, sendo então o direito nacional modificado conforme as concepções comunitárias. O mecanismo mais comum para a promoção da harmonização legislativa no cerne das questões comunitárias é a edição de diretivas.

Nas relações de coordenação o direito comunitário influencia o direito nacional dos diferentes Estados membros, e estabelecem-se ajustamentos entre as diferentes legislações nacionais. Nessa modalidade, o Estado mantém sua autonomia na edição da legislação, seguindo interesses e princípios próprios.

Por fim, são possíveis relações de coexistência, em que a ordem jurídica interna dos Estados membros e a ordem jurídica comunitária coexistem sem que uma interfira na outra<sup>280</sup>.

Há de se considerar, contudo,

---

<sup>279</sup> O direito comunitário tem sua origem em uma fonte do direito internacional, no entanto deste se distancia e reveste-se de autonomia justamente pelos seus caracteres díspares de atuação em foro nacional, regional e internacional. A União Européia (UE), revestida de personalidade jurídica distinta dos Estados membros que a constituíram, permitiu e ao mesmo tempo atuou – no bojo de um processo integracionista, primeiramente econômico e depois político, social e monetário – como causa e efeito da criação de heterodoxo complexo normativo. Nesse sentido, segundo Paulo Borba Casella: cabe, desde logo, situar a dualidade do direito comunitário, integrado pelo direito originário, contido nos tratados constitutivos, pelos quais foi criada ordem jurídica própria, dos quais resulta direito derivado, criado pelas instituições comunitárias, sob diversas roupagens jurídicas (*União Européia, instituições e ordenamento jurídico*, 2002, p. 121).

<sup>280</sup> Dados extraídos da obra de Jorge de Jesus Ferreira Alves, *Lições de direito comunitário*, p. 227-29.

*La construcción de la Unión europea se ha convertido en el centro de la atención política y en objetivo preferente de la gestión de los órganos internos estatales. No obstante, la creación de esta organización, con potestades soberanas, creadora de un ordenamiento jurídico propio y supremo, no debe anular la existencia de órdenes internos.*

*Cada uno de los Estados que integran la Unión posee un sistema jurídico independiente regido por una Constitución, que constituye un texto normativo con preeminencia jerárquica de carácter tanto material como formal. Los Estados Europeos, empeñados a través de la Unión en ofrecer a los ciudadanos una vida libre y próspera, manifiestan además en sus preceptos constitucionales la voluntad de establecer instituciones democráticas u de garantizar los derechos y las libertades fundamentales. No pueden ignorarse, los ordenamientos constitucionales de los Estados de nuestro entorno. A través del contenido del texto fundamental podemos conocer las líneas básicas y la estructura del resto de las fuentes internas. No cabe duda, que un texto político es siempre producto de una época, de una línea doctrinal y de un ideario político<sup>281</sup>.*

Nessa linha, de modo a dirimir os possíveis conflitos entre o direito nacional – constitucional – dos Estados membros e o direito comunitário, considerando sua força criativa e inovadora em estabelecer relações de substituição, de harmonização, de coordenação e de coexistência de legislações, foi desenvolvido o princípio da aplicabilidade direta ou princípio do efeito direto.

A aplicabilidade directa em sentido formal ou efeito imediato é a susceptibilidade que tem uma disposição de produzir efeitos na esfera interna dos Estados membros sem ter de ser incorporada nos textos regulamentares ou legislativos internos.

Aplicabilidade directa em sentido material ou efeito directo é a susceptibilidade que tem uma disposição de ser aplicada pelos tribunais na ordem interna e que pode ser invocada pelos particulares perante os

---

<sup>281</sup> VELEZ, M<sup>a</sup> Isabel Álvarez, e YUSTAS, M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón, *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea – textos y comentarios*, p. 9.

tribunais quer contra outros particulares (efeito directo horizontal) quer contra o Estado (efeito directo vertical)<sup>282</sup>.

De outro modo, em conjunto com Heleno Taveira Torres é possível compreender que:

A característica peculiar da Comunidade repousa na autolimitação dos poderes soberanos dos Estados membros, o que condiciona estes a uma sujeição à ordem jurídica por eles criada. Sob os poderes derivados de tal limitação, a aplicabilidade do direito comunitário deve ser obrigatória para todos, para que não se torne letra morta, ou para que não venha a existir uma aplicação diferenciada, variável de Estado a Estado, com a possibilidade de os Estados membros se subtraírem aos seus comandos.

Qualquer que seja a fonte, o grau hierárquico ou a natureza das normas internas, inclusive as de nível constitucional, todas elas estão coarctadas em suas possibilidades eficaciais, ante o direito comunitário, com o qual não podem conflitar, porque suas normas possuem uma posição hierárquica superior às normas nacionais e não admitem antinomias<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *Lições de direito comunitário*, p. 231. Quanto ao efeito direto vertical e o efeito direto horizontal, o autor em seguida explica: “Uma disposição de direito comunitário tem efeito directo vertical quando cria direitos subjectivos para os particulares e pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais ou outras autoridades internas. Se pode ser invocada contra outros particulares, diz-se que produz efeito directo horizontal. Efeito directo horizontal, pois os particulares estão no mesmo plano. Não há relações de *imperium* ou supra-infra-ordenação, como acontece relativamente às autoridades públicas” (p. 234).

<sup>283</sup> TORRES, Heleno Taveira, *Plurirributação internacional sobre a renda das empresas*, p. 715.

### 5.2.1. Estudo do âmbito de aplicação de uma Constituição Européia<sup>284</sup>

A evolução e o grau de aperfeiçoamento do integracionismo europeu, inicialmente uma zona de livre comércio, oriunda da união dos países do Benelux e a França, Alemanha e a Itália, para união aduaneira, mercado comum, a união econômica e monetária – destacando-se a criação do euro, uma moeda única que passou a circular a partir de 1 de janeiro de 2002 – as estruturas institucionais, com eleições diretas para o Parlamento Europeu, dentre outros fatores apontaram no sentido de formação de uma união política. Observando o contexto internacional, a Declaração Laeken de 2001 procurou sintetizar os acontecimentos dos últimos cinquenta anos diagnosticando que “*a Europa deve assumir as suas responsabilidades na gestão da globalização*”.

As mudanças no globo, anteriormente bipolarizado por facções de capitalismo e socialismo, com a vivência da guerra fria, tem na inicial finalidade econômica de formação de zonas econômicas exclusivas, o embrião de um processo mais amplo, em novo cenário, hoje globalizado, marcado pelos ventos oriundos do leste europeu, com novos-velhos desafios como o terrorismo, a tolerância religiosa, o racismo, etc. É o cenário, segundo a Declaração Laeken de encruzilhada para a Europa. A Declaração Laeken de 2001 propõe um caminho para União Européia através de uma Constituição para os cidadãos europeus,

---

<sup>284</sup> Dados extraídos de artigo de Carla Noura Teixeira intitulado *A Constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu*, publicado na Revista de direito constitucional e internacional, v.53, p.271 - 291, 2005.

demonstrando a necessidade de unificação dos tratados institucionais da UE ou mesmo a simplificação dos seus conteúdos.

A proposta da Declaração Laeken, que vem a constituir o nascedouro de uma Constituição propriamente Européia, distanciando-se da noção artificial de que os tratados institucionais da UE poderiam compor um corpo constitucional, é atravessar um duplo desafio:

i) Internamente, a União, e suas instituições, devem se aproximar do cidadão. A percepção de que as determinações comunitárias por vezes abraçam demasiados pormenores que poderiam ser enfrentados pelos Estados-membros, alcança os cidadãos como uma ameaça a identidade nacional; além, da imagem oposta de que os acontecimentos comunitários se desenvolvem sem participação democrática; ii) Externamente, a UE depara-se com um mundo globalizado em rápida mutação. A calma aparente que acercou o globo após a queda do Muro de Berlim foi assolada pelos eventos do dia 11 de setembro de 2001, os ataques terroristas em solo norte-americano inauguraram nova percepção no cenário internacional, no qual as forças contrárias voltaram a se manifestar: o fanatismo religioso, o nacionalismo étnico, o racismo e o terrorismo.<sup>285</sup>

---

<sup>285</sup> Dados extraídos da Declaração de Laeken de 2001. Ainda a Declaração: “A imagem de uma Europa democrática e empenhada a nível mundial vai perfeitamente ao encontro dos desejos do cidadão. Este manifestou muitas vezes o seu desejo de que a União desempenhe um papel mais importante nos domínios da justiça e da segurança, da luta contra a criminalidade de transfronteiras, do controlo dos fluxos migratórios, do acolhimento de requerentes de asilo e de refugiados provenientes de zonas de conflito periféricas. (...) Simultaneamente, esse mesmo cidadão considera que a União vai demasiado longe e tem uma atuação excessivamente burocrática em muitos outros domínios. A coordenação do enquadramento económico, financeiro e fiscal deve continuar a nortear-se pelo bom funcionamento do mercado interno e pela moeda única sem pôr em causa as especificidades dos Estados-membros. As diferenças nacionais e regionais são muitas vezes fruto da história ou da tradição e podem revelar-se enriquecedoras. Por outras palavras, o que entende por ‘boa governação’ é a criação de novas oportunidades e não de novos fatores e rigidez. O que importa é produzir mais resultados, melhores respostas a questões concerta em não criar um super-Estado nem instituições europeias que se ocupem de tudo e mais alguma coisa”.

Neste íterim, alguns pontos destacam-se como sensíveis a evolução do intento europeu, a saber:

- i) uma melhor repartição e definição das competências na UE;
- ii) a simplificação dos instrumentos da União;
- iii) mais democracia, transparência e eficácia na UE ;
- iv) a criação de uma Constituição Européia.

É, portanto, em razão desses considerandos, que o Conselho Europeu decidiu convocar uma Convenção composta pelos principais participantes no debate sobre o futuro da União, tendo por missão debater os problemas essenciais colocados pelo futuro desenvolvimento da União e analisar as diferentes soluções possíveis.

Essa Convenção intitulada Convenção Européia sobre o Futuro da Europa ficou encarregada de formular propostas sobre três matérias:

- i) aproximar os cidadãos do projeto europeu e das instituições Européias;
- ii) estrutura a vida política e o espaço político europeu numa União alargada; e,
- iii) fazer da União um fator de estabilização e uma referência na nova ordem mundial<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> Dados extraídos do prefácio do Projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.



A Europa, hoje dos 27<sup>287</sup> – não mais dos 15 Estados-membros – é ampliada e clama por legitimidade no seu processo de tomada de decisões, pela

---

<sup>287</sup> Em 18 de abril de 1951 foi assinado em Paris o tratado que institui a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), o qual entrou em vigor em 25 de julho de 1952, possuindo como fundadores seis Estados: a França, a Alemanha, a Itália e os três países que compunham o Benelux – Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Estabelecia ainda o Tratado CECA, no bojo do artigo 7º, as instituições da Comunidade responsáveis pelo alcance dos objetivos relacionados uma Alta-Autoridade assistida por um Comitê Consultivo; uma Assembléia Comum; um Conselho Especial de Ministros e o Tribunal de Justiça. Os mesmos seis países membros da CECA, após reunião da Conferência dos Ministros dos Negócios Estrangeiros em Messina, na Sicília, em 1955, propiciaram a criação de duas novas organizações: a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA ou Euratom); os respectivos tratados foram assinados em Roma, em 25 de março de 1957, tendo entrado em vigor a partir de 1º de janeiro de 1958. No mesmo dia da assinatura dos Tratado de Roma foi também assinada uma Convenção relativa a certas instituições comuns às Comunidades Européias. Cada uma das Comunidades – CECA, CEE e Euratom – possuía instituições próprias, e a Convenção em tela oportunizou a fusão orgânica das instituições políticas comunitárias: a Assembléia e o Tribunal de Justiça. A partir de então os poderes atribuídos a estes órgãos nos três tratados passaram a ser exercidos de forma única. No entanto, só em 8 de abril de 1965 foi assinado outro tratado – Tratado de Bruxelas – que instituiu um Conselho único e uma Comissão única das Comunidades Européias, atentando para as competências e atribuições de cada instituição em consonância aos respectivos tratados (CECA, CEE e Euratom), entrando em vigor a partir de 1º de julho de 1967. Apenas em 16 de fevereiro de 1978 o Parlamento Europeu adotou uma resolução sobre a denominação única para a Comunidade, sendo indicada, conforme publicado no Jornal Oficial C-63 de 13 de março de 1978, a expressão “Comunidade Européia” como apropriada para designar o conjunto das instituições criadas pelos tratados que estabeleceram as três Comunidades Européias, bem como o agrupamento dos Estados membros.

Em 22 de janeiro de 1972, na cidade de Bruxelas, foram celebrados os atos de adesão à Comunidade Européia de quatro novos membros: Dinamarca, Irlanda, Noruega e Reino Unido. A adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido tornou-se efetiva a partir de 1º de janeiro de 1973, havendo previsão de um período de transição com termo final para 1977. Já a Noruega não ingressou na Comunidade por força do resultado negativo de referendo realizado em 23 de setembro de 1972. Contudo, a partir do ingresso dos novos Estados membros a Comunidade, ocorreu um fenômeno denominado “afluxo europeu”. Este período foi caracterizado pelo complexo trabalho de integração do ordenamento jurídico comunitário aos ordenamentos jurídicos nacionais, perpassando necessariamente pela interpretação e aplicação por todas as instâncias judiciais de cada Estado membro, bem como a correspondente delimitação legislativa, administrativa e regulamentar, entre matérias de competência comunitária e matérias de competência nacional, fator nem sempre pacífico. A segunda ampliação da Comunidade ocorreu com o ingresso da Grécia por meio da assinatura do tratado de adesão em Atenas, em 28 de maio de 1979, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981. Após seis anos ocorreria a terceira ampliação, mediante o ingresso de dois países: Espanha e Portugal. A entrada da Espanha foi firmada pelo tratado de adesão à Comunidade assinado em Madri em 12 de junho de 1985, acompanhada de profundas mudanças em razão da inserção do direito comunitário em paralelo ao ordenamento jurídico espanhol. Também na mesma data Portugal assinou o tratado de adesão em Lisboa, passando a integrar a Comunidade. Esses países foram efetivados a partir de 1º de janeiro de 1986. Por seu turno, em 24 de junho de 1994, foram celebrados os atos de adesão de ingresso da Suécia, Áustria e Finlândia. Mais uma vez, nesse mesmo ano, mediante referendo nacional, a Noruega rejeitou a adesão à Comunidade. Por outro lado, a partir de 1º de janeiro de 1995, Suécia, Áustria e Finlândia passaram a ser membros da União Européia. Então, em 01 de maio de 2004 ingressaram dez novos Estados a até então “Europa dos 15”. A adesão abrangeu Estados da Europa do Leste e Central como Eslovênia, Hungria, Eslováquia, República Checa e Polônia; três membros da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.), Estônia, Letônia e Lituânia; e ainda, duas ilhas mediterrâneas Chipre e Malta. Por fim, a Bulgária e a Romênia assinaram o seu tratado de adesão a 25 de Abril de 2005, e tornaram-se membros da UE a 1 de Janeiro 2007.

aproximação das instituições comunitárias do cidadão europeu, pela resolução de pontos sensíveis como a almejada política externa comum. O então projeto, hoje realidade de Constituição Européia, veio em atenção a esse chamado.

A expressão Constituição é, por muitos, considerada equívoca, o que é agravado, em razão da denominação de *Projeto de Tratado que estabelece uma Constituição* – segundo a Convenção Européia sobre o futuro da Europa - no que se refere à Constituição Européia. As expressões, tratado e constituição, são reunidas no projeto.

Ocorre que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, por meio de seus julgados, qualificou os tratados como “*Constituição interna da Comunidade ou a Carta constitucional de uma comunidade de direito*”; contudo, entende-se que há uma distância deste evento para a afirmação da existência de uma Constituição no sentido de união política européia.

Nesse ínterim, o texto constitucional apresentado, não esteve liberto de críticas fervorosas de dirigismo e exacerbação de matérias alçadas ao *status* constitucional – valemo-nos, para um contraponto, das opiniões de J.J. Gomes Canotilho expostas no seminário de verão de 2004 da Universidade de Coimbra.

Que tipo de Constituição é afinal a Constituição Européia? E não tem pesar em apresentar-se contra o dirigismo constitucional e contra a Constituição dirigente européia – como é por ele denominada. Há a pretensão de que a Constituição Européia seja um ato de conformação e fundação de natureza programática e ordenadora. Contudo, as críticas ao dirigismo revelam-se como críticas contra a própria idéia de Constituição Européia.

Eis os principais argumentos:

i) a Constituição Européia é recusada não porque se trate de uma constituição dirigente mas, porque, pura e simplesmente, pretende arrogar-se a Constituição supranacional;

ii) A Constituição Européia pretende ser uma récita *omnicomprensiva* e totalizante que confere à história européia um significado certo e unívoco, mesmo quando reconhece com humildade as antigas discórdias;

iii) Críticas denunciadoras da elevação de tratados de uma comunidade econômica em *códigos econômicos de uma comunidade política*. É previsível que ao sobrecarregar-se um texto com economia e políticas, se introduza numa constituição aquilo que ela não deve ter: a instabilidade e a mutabilidade das trocas econômicas e das políticas públicas;

iv) A Constituição dirigente européia significa a constitucionalização fundamental das sociedades nacionais européias, pois dado o seu programa econômico, social, cultural, todos os problemas econômicos, sociais e culturais são, ao mesmo tempo, problemas constitucionais europeus suscetíveis de resolução através de decisões político-constitucionais adotada pelo futuro centro político europeu.

A constitucionalização européia das políticas públicas exprime uma idéia típica das constituições dirigentes – a imposição de políticas e ordens de legislar no âmbito econômico, social e cultural, com o conseqüente problema do controlo da constitucionalidade das políticas<sup>288</sup>.

Por fim, resumidamente, apresentamos pontos sensíveis do texto da Constituição Européia, cerne dos debates europeus: i) a reafirmação do enlace histórico europeu; ii) a importância da União Européia no plano global; iii) a celebração dos pilares comunitários – livre circulação de produtos, pessoas, serviços e capitais; iv) a legitimação do cidadão europeu para elaboração de uma Carta Constitucional européia; v) a preocupação com a aproximação das

---

<sup>288</sup> Dados e observações extraídos da palestra proferida por J.J. Gomes Canotilho no Seminário de Verão de 15/07/2004 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

instituições europeias do cidadão europeu; vi) o desafio da criação e implementação, mesmo que gradual, de uma política externa comum; vi) a face internacional da União Europeia na concepção de um Ministro das Relações Exteriores Europeu; vii) a recepção da carta europeia de direitos fundamentais.

A formação de uma Constituição Europeia não escapa as discussões sobre a sua natureza jurídica, se seria um tratado ou uma constituição, se o poder concedido aos representantes dos Estados-membros para a consecução dos tratados confere autonomia e legitimidade para serem considerados como um poder constituinte, a face da Comunidade na formação estruturante de um Estado europeu. Entendemos que atravessada à aparente problemática resta como resultado uma Constituição – pré-existente no sentido material – e válida formalmente visto que amparado pelos cidadãos europeus e os textos constitucionais dos Estados-membros.

Vislumbra-se uma inovação, auxiliada por princípios como o da primazia do direito comunitário, da subsidiariedade, da atribuição de competências, para a coexistência das ordens jurídicas constitucionais dos respectivos membros da União Europeia e uma carta constitucional unívoca.

Seria inadmissível não apresentar o quadro de críticas que os juristas europeus têm tecido a elaboração e implementação de uma Constituição Europeia. A preocupação com a constitucionalização de matérias de conteúdo econômico – embrião da UE – trazem a perspectiva pessimista de implosão da ordem comunitária. Contudo, por outro viés, é surpreendente aprofundar o estudo do fenômeno comunitário, pois somente a Europa unida tem feito frente ou contrapeso, ao retrocesso de políticas internacionais paralisantes – relembremos a doutrina Bush.

No sentido de avançar no intento integracionista europeu e de dirimir as críticas ao projeto de Constituição europeia, em 13 de Dezembro de 2007, os dirigentes da União Europeia assinaram o Tratado de Lisboa, pondo assim fim há vários anos de negociações sobre questões institucionais. O Tratado de Lisboa altera, sem os substituir, os tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia atualmente em vigor. O Tratado tem por objetivo dotar a União de quadro jurídico e dos instrumentos necessários para fazer frente a desafios futuros e responder às expectativas dos cidadãos. Para tanto, o conteúdo do Tratado de Lisboa pode ser sintetizado que quatro pilares:

i) Uma Europa mais democrática e transparente, com um papel reforçado para o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais, mais oportunidades para que os cidadãos façam ouvir a sua voz e uma definição mais clara de quem faz o quê aos níveis europeu e nacional.

ii) Uma Europa mais eficiente, com regras de votação e métodos de trabalho simplificados, instituições modernas e um funcionamento mais racional adaptados a uma União Europeia com 27 Estados-Membros e maior capacidade de intervenção nas áreas prioritárias de hoje. Nesse âmbito vislumbra-se maior eficiência no processo de tomada de decisão, a votação por maioria qualificada no Conselho será alargada a novas áreas políticas para acelerar o processo de tomada de decisão e reforçar a sua eficiência. Ainda, a partir de 2014, o cálculo da maioria qualificada basear-se-á numa dupla maioria de Estados-Membros e de população, representando assim a dupla legitimidade da União. Para ser aprovada por dupla maioria, uma decisão deve receber o voto favorável de 55 % dos Estados-Membros representando, pelo menos, 65 % da população da União. Também busca-se um quadro institucional mais estável e simplificado, para tanto, o Tratado de Lisboa cria a função de Presidente do Conselho Europeu, com um mandato de dois anos e meio; introduz uma relação directa entre a eleição do Presidente da Comissão e os resultados das eleições europeias; prevê novas disposições para a futura composição do Parlamento Europeu e para uma Comissão reduzida e introduz regras

mais claras no que se refere ao reforço da cooperação e às disposições financeiras. Tudo isso com vista a uma vida melhor para os europeus, pois o Tratado de Lisboa deverá prover mais poderes aos cidadãos da União Europeia para intervirem em várias áreas políticas de grande importância, por exemplo, na área da liberdade, segurança e justiça, com destaque para o combate ao terrorismo e à criminalidade. São igualmente abrangidas outras áreas como a política energética, a saúde pública, a proteção civil, as alterações climáticas, os serviços de interesse geral, a investigação, o espaço, a coesão territorial, a política comercial, a ajuda humanitária, o desporto, o turismo e a cooperação administrativa.

iii) Uma Europa de direitos e valores, liberdade, solidariedade e segurança, com a defesa dos valores da União, a introdução da Carta dos Direitos Fundamentais no direito primário europeu, a criação de novos mecanismos de solidariedade e a garantia de uma melhor proteção para os cidadãos europeus. Firmam-se os valores democráticos, assim o Tratado de Lisboa especifica e reforça os valores e objetivos que orientam a União. Além de serem uma referência para os cidadãos europeus, estes valores mostram ao resto do mundo o que a Europa tem para oferecer. E ainda, visam mais segurança para todos, pois pelo Tratado a União passa a ter mais capacidade para intervir nas áreas da liberdade, segurança e justiça e, por conseguinte, para lutar contra o crime e o terrorismo. As novas disposições em termos de proteção civil, ajuda humanitária e saúde pública têm igualmente como objetivo reforçar a capacidade de reação da União em caso de ameaça contra a segurança dos cidadãos europeus.

iv) A Europa enquanto actor na cena mundial, com a conjugação dos instrumentos de política externa da União, tanto na elaboração como na adoção de novas políticas. O Tratado de Lisboa permitirá à Europa assumir uma posição clara nas relações com os seus parceiros e aproveitar as suas vantagens económicas, humanitárias, políticas e diplomáticas para promover os interesses e valores europeus em todo o mundo, no respeito dos interesses individuais dos Estados-Membros em matéria de política externa. Assim, a criação do novo cargo de Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e Vice Presidente da Comissão reforçará o impacto, a coerência e a visibilidade da ação externa da União Europeia<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Dados extraídos do *site* [http://europa.eu/lisbon\\_treaty](http://europa.eu/lisbon_treaty).

Assim sendo, o fenômeno comunitário e o processo de constitucionalização de suas instituições não pode restar isolado como circundante a Europa, pois os efeitos no cenário mundial são latentes, sendo preciso desprendimento para a compreensão de que surpresas, inovações e o renovado esforço integracionista europeu estão também renovando o constitucionalismo no século XXI.

### **5.3. O *direito internacional levado a sério*<sup>290</sup>**

Na atualidade, em razão dos grandes avanços tecnológicos, da interdependência econômica entre os Estados, o incremento do comércio internacional, o relevo dos organismos internacionais (Organização das Nações Unidas, Organização Mundial do Comércio, etc.), dentre muitos outros fatores; tornou-se imprescindível o acompanhamento e a tutela destes eventos pela ordem jurídica internacional. Desta feita, como não poderia deixar de ocorrer, estas mudanças foram também absorvidas pela ordem jurídica nacional. Essa certeza se fortalece no argumento que permeia toda a análise, a visão macro da Constituição como sistema, um sistema que recebe *in puts* da sociedade, e que ao mesmo tempo expõe produtos, *out puts*, oferta respostas a mesma sociedade.

---

<sup>290</sup> Título redigido com inspiração na obra de Ronald Dworkin *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Diante da observação histórica do movimento do constitucionalismo, somado a trajetória de fortalecimento do Estado e a transformação da noção de soberania é possível vislumbrar a importância da atualização e consolidação de princípios de direito internacional que funcionem como *standars* das relações jurídicas internacionais.

Em uma perspectiva projetiva, face à realidade da formação de blocos regionais (União Européia, MERCOSUL, etc.); a crescente judicialização dos temas internacionais – atuação da Corte Internacional de Justiça, do Tribunal Penal Internacional, dos sistemas regionais de direitos humanos<sup>291</sup>; o relevo da efetiva formação de uma consciência internacional do princípio máximo que inspira todos os direitos convencionalmente intitulados direitos humanos - o princípio da dignidade da pessoa humana; bem como, a consciência de que o indivíduo é titular de direitos nacionais e internacionais, sendo que nesta ordem, o Estado deve representá-lo no interesse comum que se desnuda na observação da evolução do próprio direito internacional na busca da manutenção da paz ou mesmo, por via reversa, na observação da legitimidade de interesses do cidadão que passam a ser exigíveis do Estado em âmbito jurisdicional internacional.

Nesse sentido, Norberto Bobbio demonstra a importância da atuação das organizações internacionais após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 para o alcance dos valores universais ali expressos:

---

<sup>291</sup> Nesse sentido Flávia Piovesan pontua que “as Cortes detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos no sentido de persuadir os Estados a cumprir obrigações concernentes aos direitos humanos. É necessário, pois, avançar no processo de judicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. A justiça internacional em matéria de direitos humanos constitui medida imperativa para o fortalecimento do Estado de Direito e para a construção da paz nas esferas global, regional e local. (Direitos Humanos e Justiça Internacional, 2006, p. 32).



Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e **podemos**, finalmente **crer na universalidade dos valores**, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que **universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens**<sup>292</sup>. (g.n.)

Ainda o autor, indica os passos para se alcançar a efetividade da tutela em direitos humanos:

As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem podem ser consideradas sob três aspectos: *promoção*, *controle* e *garantia*. Por *promoção*, entende-se o conjunto de ações que são orientadas para este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade de direitos a tutelar), seja em relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles jurisdicionais). Por atividades de controle, entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram respeitadas. Dois modos típicos para exercer esse controle – ambos previstos, por exemplo, nos dois *Pactos* de 1966 já mencionados<sup>293</sup> – são os *relatórios* que cada Estado signatário da convenção se compromete a apresentar sobre as medidas adotadas para tutelar os direitos do homem de acordo com o próprio pacto (cf. art. 40), bem como os *comunicados* com os quais um Estado membro denuncia que um outro Estado membro não cumpriu as obrigações decorrentes do pacto (cf. art. 41). Finalmente, por **atividades de garantia** (talvez fosse melhor dizer de “garantia em sentido estrito”), entende-se **a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional**. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é

<sup>292</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, 1992, p. 28.

<sup>293</sup> Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

bastante nítida: **enquanto a promoção e controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente**<sup>294</sup>. (g.n.)

Assim, neste contexto, outro papel não caberia as Constituições no século XXI que não o de se atualizarem, alargadas que estão para receberem conteúdos novos; adotando princípios basilares e permissivos da manutenção de um bom relacionamento entre os membros da sociedade internacional, avizinhandose das formas de promoção e controle de direitos humanos e indicando paulatinamente o reconhecimento das formas garantidoras dos mesmos.

### **5.3.1. Princípios de direito internacional na ordem estatal**

Os princípios de direito internacional são os instrumentos que oferecem consistência ao direito como tal. Princípios são os pontos de partida, o fundamento de um processo qualquer, são os princípios que desencadeiam o processo de conhecimento, *in casu*, são os princípios de direito internacional que

---

<sup>294</sup> Idem. Ibid., p. 39-40.

apontam as direções a serem adotadas na área internacional. Os princípios proporcionam as diferenças básicas entre direito interno e internacional.

Considerando as fontes do direito internacional, os princípios têm um maior grau de abstração e generalidade, inspirando os outros instrumentos, sejam eles: os costumes, na formação da *opinio juris*, formação da crença de que aquele agir, aquela prática, é correta frente ao direito internacional; ou, os tratados, corroborando na instrumentalização do acordo de vontades, consecução do ato convencional, que em regra deve ser instruído pelo conteúdo dos princípios.

Colaborando com a força dos princípios de direito internacional perante os outros instrumentos jurídicos que informam a comunidade internacional, trazemos a tona a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que no seu artigo 53 aborda a hipótese de tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (“*jus cogens*”):

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.

Aí estão os princípios, dotados de força imperativa.

A Carta da Organização das Nações Unidas trouxe em seu bojo a consolidação de vários princípios, dentre eles: a igualdade de direitos e a autodeterminação dos povos. Além destes, existem os Princípios relacionados na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações

Amistosas e Cooperação entre os Estados elaborada pelo Comitê Especial em 1970, sob os auspícios da ONU: i) a igualdade de direitos; ii) a autodeterminação dos povos – consolidando-os como princípios, anteriormente citados-; iii) proibição do uso ou ameaça de força; iv) solução pacífica das controvérsias; v) não-intervenção nos assuntos internos dos Estados; vi) dever de cooperação internacional; vii) igualdade soberana dos Estados; e viii) boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.

Obviamente, este rol não é taxativo, nem tampouco exaustivo dos princípios internacionais. Até porque hoje existem especializações no âmbito internacional, e tem-se: i) Direito tributário internacional; ii) Direito econômico internacional; iii) Direitos humanos internacionais; iv) Direito do trabalho internacional; v) Direito do comércio internacional; etc. Logo, não há mecanismo hábil para relacionar todos os princípios de direito internacional; o que é imprescindível é não esquecer o princípio do *pacta sunt servanda*, que subjaz a todas relações internacionais.

Ademais, há necessidade de localizar-se a interseção deste estudo entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, o que no dizer de Flávia Piovesan é um enfoque interdisciplinar, *esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido*<sup>295</sup>.

Nesse íterim, é de realce a infiltração de princípios de Direito internacional nas Constituições do século XX, pois compreendemos ser um caminho de via dupla a comunicação da ordem jurídica internacional e da ordem

---

<sup>295</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, P. 44-45

nacional, permitindo no futuro - o que já referimos - o universalismo jurídico, onde os princípios imanentes a ordem externa coincidam com, ou sequer inspirem, a ordem interna dos Estados.

Assim sendo, de modo a estender a percepção do direito como um sistema<sup>296</sup>, avançamos, sucintamente, sobre algumas experiências nacionais - inglesa e norte-americana - que influenciaram a consecução de Constituições ao longo dos tempos culminando com a expressa presença dos princípios de direito internacional nos ordenamentos jurídicos nacionais em diversos continentes; mais especificamente, a experiência brasileira com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a história do constitucionalismo percorre as idéias inglesas, americanas e francesas, no que manteve uma linha comum na busca de limitações ao poder absoluto exercido pelo governante. Convencionou-se, assim que o exercício do poder político fosse distribuído entre os diversos órgãos, entre os diversos detentores do poder, obrigando-os por um lado a uma cooperação política e por outro, trazendo um sistema de restrições e controles nas relações de poder. Todavia, esta propagação do direito ocorreu por meio de diversos mecanismos.

Primeiro, há a hipótese de surgimento espontâneo de instituições análogas por países que apresentam semelhanças de condições e de desenvolvimento mesmo que afastados por muitos séculos ou simultaneamente.

---

<sup>296</sup> A concepção do direito como sistema decorre da teoria da autopoiése que oferece a chance de contornar o problema da cisão entre os juristas que valem-se do aporte positivista (ênfaticam o caráter normativo do direito) e dos juristas com aporte sociológico (ênfaticam a relação do direito e sociedade). A teoria autopoiética pretende alcançar o meio-termo, pretende evitar que o direito seja determinado pelo fato social. A sociedade é um sistema autopoiético de primeiro grau, o direito é um sistema autopoiético de segundo grau, mas dotado de autonomia junto à outros sistemas formando uma rede de comunicação. A sociologia jurídica cumpre definir as relações de autonomia, a graduação de forças entre direito e sociedade. Todo este complexo visa alcançar um novo direito: i) um direito socialmente difuso. li) um direito parcialmente autônomo; e iii) um direito autopoiético. Em suma, o direito regula a sociedade auto-regulando-se. Neste sentido há a obra de François Ewald, *Foucault, a norma e o direito*, Editora Vega.

Outra é:

O fenômeno da transmigração do direito ou propagação do direito que pode se dar de inúmeras formas, mas que podem ser resumidas em duas: a) a conquista ou a colonização que impõe ao país conquistado ou colonizado a ordenação do Estado conquistador ou da metrópole, salvo, oportunas adaptações; b) a livre adoção por parte de um Estado das instituições de um outro, verificando-se aquilo que Emerico Amauri dizia, com feliz expressão, “contagiosidade do direito”. Conforme a causa que o determina, esse fenômeno pode assumir aspectos que variam também sob outros pontos-de-vista: ou uma ordenação estende-se a novos países com sua própria força jurídica, com seus próprios textos, com suas próprias leis, parcialmente, modificada ou íntegra; ou ela é apenas imitada por um outro Estado, que a toma como modelo, sem que entre as duas ordenações haja identidade ou qualquer relação jurídica. A primeira hipótese verifica-se, principalmente, no caso de conquista ou colonização, e como exemplo típico pode-se citar a propagação do direito romano; a segunda quando se tem a livre adoção. E isto sem considerar uma terceira hipótese, que aqui não interessa e que se tem quando dois ou mais Estados obrigam-se, internacionalmente, a ter sobre determinadas matérias normas idênticas<sup>297</sup>.

O constitucionalismo é um movimento em curso, é um processo, sendo que as suas origens são inglesas e suas fontes primeiras encontram-se na *Magna Charta Libertatum* de 1215, a Petição de Direitos de 1628, o *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689; todos, textos que inspiraram o reconhecimento e a garantia das liberdades públicas, revestindo de juridicidade o que até então eram liberdades de fato.

---

<sup>297</sup> Santi Romano. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. P.: 47/48

A *Magna Charta Libertatum* de 1215 trouxe diretrizes fundamentais a formação do princípio do *due process of law*, afirmando em várias passagens os limites e contornos do processo:

*Artigo 42 – Não se concederá mais nenhum mandado ou ordem chamado proeipie, pela qual um rendeiro deve perder um processo.*

(...)

*Artigo 48 – Não se prenderá nem se espoliará ninguém, seja de que modo for, se não tiver havido um julgamento por seus pares, segundo as leis do país.*

*Artigo 49 – Nós não venderemos, não recusaremos nem atrasaremos a justiça a ninguém.*<sup>298</sup>

Por seu turno, a edição da Constituição americana é um marco do constitucionalismo no Ocidente considerando ter corporificado o ideário inglês, a par de algumas adaptações, de delimitação dos poderes dos governantes e consolidação de direitos e garantias aos governados, através de uma Constituição escrita. Assim, todo o corpo jurídico dos Estados Unidos da América é permeado de princípios basilares constantes desde a Declaração da Independência em 04 de julho de 1776, senão vejamos:

*“... Sustentamos como evidentes por si mesmas as seguintes verdades: todos os homens nascem iguais e são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos ente os homens para garantir esses direitos, e seu justo poder emana do consentimento dos governados”.*

---

<sup>298</sup> BRANDÃO, Adelino, *Os direitos humanos antologia de textos históricos*, 2001, p. 68.

Ainda na Declaração de Independência estão expressas noções de como devem ser as relações internacionais entre os Estados, ou melhor, a postura adotada pelo recém constituído Estados Unidos da América principalmente diante de sua ex-metrópole Inglaterra:

*(...) que, como os Estados livres e independentes, elas têm plena autoridade de guerrear, concluir a paz, contratar alianças, regulamentar o comercio e fazer todos os outros atos ou coisas que os Estados independentes têm direito de fazer; e plenos de uma firme confiança na proteção da Divina Providência, empenhamos mutuamente em apoio a essa declaração nossa vida, nossa fortuna e nosso bem mais sagrado, a honra<sup>299</sup>.*

## Segundo René David

A independência americana proclamada em 1776 e definitivamente consagrada em 1783, cria, para as ex-colônias inglesas agora Estados Unidos da América, condições inteiramente novas. A ameaça francesa, atenuada desde a anexação do Canadá pela Inglaterra, em 1763, desapareceu completamente com a aquisição da Louisiana pelos Estados Unidos em 1803. A França tornou-se para os Estados Unidos uma amiga e uma aliada: os sentimentos hostis ficaram reservados para a Inglaterra. Com a independência política recentemente adquirida, harmonizava-se, e era necessário tornar popular, a idéia de autonomia do direito americano.<sup>300</sup>

Pois bem, a autonomia do direito americano não se distanciou da adoção de medidas comuns no âmbito internacional, os princípios de direito

---

<sup>299</sup> Extratos da Declaração da Independência dos Estados Unidos de 04 de julho de 1776 extraídos da obra de Adelino Brandão. *Os direitos humanos antologia de textos históricos*. P.: 85/86

<sup>300</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. P.: 361



internacional estão presentes na ordem jurídica interna e refletem-se na política e na manutenção das relações exteriores. A despeito dos eventos recentes, pós 11 de setembro de 2001, com a ocorrência de atentados terroristas em solo americano; não é, por princípio, crível um rompimento total com a ordem jurídica internacional em prol de políticas extremas de segurança – como verificamos ao referir a Doutrina Bush. A agenda internacional norte-americana, não deveria se coadunar com políticas centralizadoras e de retrocessos – o flerte com o direito da força deve ceder perante a força do Direito<sup>301</sup>. Até considerando a construção jurídica que subsidia o sistema norte-americano, como resta demonstrado da recepção e incorporação de princípios de direitos humanos.

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 é a primeira a consagrar um número de princípios a guiar o Brasil nas suas relações internacionais, fixando valores e determinando metas. Segundo Celso Bastos:

O incremento da comunidade internacional e a cada vez maior interdependência entre os Estados têm gerado, também, um incremento do sistema normativo internacional. Talvez seja esta a razão pela qual o constituinte preocupou-se em trazer os princípios fundamentais que regerão nossas relações internacionais, à Constituição<sup>302</sup>.

Já Flávia Piovesan pontua:

---

<sup>301</sup> Expressão utilizada por Flávia Piovesan ao descrever os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos no marco da tensão entre o direito da força *versus* a força do Direito. Aduz ainda a autora: *A consolidação do Estado de Direito nos planos internacional, regional e local demanda o fortalecimento da justiça internacional isto porque no Estado Democrático de Direito é o Poder Judiciário, na qualidade de poder desarmado, que tem a última e decisiva palavra, sendo essa a afirmação do primado do Direito* (Direitos Humanos e Justiça Internacional, 2006, p. 32).

<sup>302</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 2004, p. 167

Até então, as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, ao estabelecerem tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do país – tema básico da Constituição imperial de 1824 – ou restringiam-se a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituição republicana de 1891 e de 1934 – ou atinham-se a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 – ou, por fim, reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituições de 1946 e de 1967<sup>303</sup>.

Dentre os nortes fixados pela Constituição estão os princípios constitucionais fundamentais que visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais<sup>304</sup>. Neste ínterim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contém como princípios fundamentais, dentre outros, alguns princípios relativos à comunidade internacional (Artigo 4º): da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina.

Por esse meio, verificamos a validação da afirmação dos direitos humanos e dos princípios gerais de Direito internacional como uma opção democrática resultante de um constructo histórico, pois em cada estabelecimento

---

<sup>303</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 61/62

<sup>304</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2000, p. 86-87

de liberdades públicas, temos, em outro viés, garantias individuais assentes. A postura dogmática de inferência do princípio da dignidade humana como norma-origem de sistema jurídico uno, conduz ao tecido necessário para o positivismo jurídico universal – retomada do monismo descrito por Hans Kelsen -, tendo como pressuposto de validade eficaz esse valor *máxime*.

### 5.3.2. O *jus cogens* internacional

No âmbito relacional do Direito Internacional e as ordens jurídicas estatais tem se firmado, inclusive, exemplificativamente, na Constituição portuguesa de 1976, no artigo 8º<sup>305</sup>, a distinção entre Direito Internacional geral ou comum e Direito Internacional convencional<sup>306</sup>. O primeiro vinculativo de todos os Estado (e dos demais sujeitos) ou, pelo menos, não especificamente vinculativo de alguns, e o segundo, só vinculativo dos partícipes.

Na incorporação expressa de princípios internacionais pelas ordens estatais, vigora a demonstração de quão falso é o conflito que se pretende em

---

<sup>305</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 8º - (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

<sup>306</sup> Dados extraídos da obra de Jorge Miranda, Curso de Direito Internacional Público, 2005, p. 28.

sistema dual das relações entre Direito internacional e Direito nacional – dualismo-; posto como já demonstrado, que se consideramos duas ordens independentes: *The two systems do not come into conflict as systems since they work in different spheres. each is supreme in its own field*<sup>307</sup>. O que se tem demonstrado é a inserção de princípios internacionais nas ordens estatais como normas de coexistência, reconhecidas nas relações globais, estreitamente aproximadas na segunda metade do século XX.

De outro modo, quando se propugna pelo reconhecimento do monismo, se faz pelo reconhecimento do universalismo de temas que aproximam o ser humano - em todas suas formas de organização. E uma das manifestações é o reconhecimento de princípios de Direito internacional, não apenas pelas ordens constitucionais; mas, predominantemente, como componentes de *jus cogens* internacional.

Para Ian Brownlie:

*In the recent past some eminent opinions have supported the view that certain overriding of international Law exist, forming a body of 'jus cogens'.*

*The major distinguishing feature of such rules is their relative indelibility. They are rules of customary law which cannot be set aside by treaty or acquiescence but only by the formation of a subsequent customary of contrary effect. The least controversial examples of the class are the prohibition of the use of force, the law of genocide, the principle of racial non-discrimination, crimes against humanity, and the rules prohibiting trade slaves and piracy.*

(...)

---

<sup>307</sup> BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 2003, p.33.

*Other rules which have this special status include the principle of permanent sovereignty over natural resources and the principle of self-determination*<sup>308</sup>.

A Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados é explícita em prever a nulidade de tratado internacional em conflito com norma imperativa de Direito internacional. Boa parte da doutrina internacionalista aponta a não existência de hierarquia entre as fontes de Direito internacional. Tratados internacionais, costumes internacionais, doutrina, jurisprudência, princípios gerais de direito, decisões de organismos internacionais, dentre outras - todos estariam no mesmo patamar hierárquico. Se dúvidas sobrevissem quanto à aplicabilidade, bastaria buscar o critério temporal ou da especialidade para dirimir o conflito.

Contudo, o texto da Convenção de Viena - anteriormente mencionado - no artigo 53 define o que seja uma norma imperativa de Direito internacional geral, chamando de *jus cogens*, *uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito internacional geral da mesma natureza*.

Esse texto ao lado de outros como da própria Carta das Nações Unidas têm permitido o reconhecimento de estruturas hierarquizadas no Direito internacional, em que se verifica uma plêiade de princípios, valores, que regem a sociedade internacional.

Nesse sentido, Jorge Miranda:

---

<sup>308</sup> BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 2003, p. 488-489.

Alguns recentes fenômenos permitem salientar normas com diferentes funções: são os princípios de *jus cogens*, as normas (ou algumas delas) da Carta das Nações Unidas e do Estatuto do Tribunal internacional de Justiça, ou as normas constantes das Convenções de Viena sobre conclusão, interpretação, validade, aplicação e cessação de vigência de tratados.

Poder-se-á então falar em **Direito Internacional *fundamental* ou *constitucional*, em Direito estruturante das relações internacionais e da própria comunidade internacional**; num conjunto de normas definidoras da posição jurídica dos sujeitos de tais relações e do quadro em que elas se desenvolvem; **num conjunto de normas de *vária origem, mas de função nuclear, e algumas das quais (as de *jus cogens*) possuem um valor superior ao de todas as demais***<sup>309</sup>. (g.n.)

Na esteira evolutiva do Direito internacional constitucional e sua migração para outros países, podemos também vislumbrar a formulação e reconhecimento de princípios internacionais que vieram a coordenar a convivência dos entes internacionalmente reconhecidos. Em paralelo a consolidação da noção de que um Estado só será considerado um Estado de Direito quando assentado em bases constitucionais e de que então, a Constituição é a norma fundamental, fundadora da ordem jurídica nacional, está a consolidação de princípios como: i) a igualdade de direitos; ii) a autodeterminação dos povos – consolidando-os como princípios, anteriormente citados -; iii) proibição do uso ou ameaça de força; iv) solução pacífica das controvérsias; v) não-intervenção nos assuntos internos dos Estados; vi) dever de cooperação internacional; vii) igualdade soberana dos Estados; e viii) boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais. São processos simultâneos, não-excludentes, e sim, dotados de complementaridade.

---

<sup>309</sup> MIRANDA, Jorge, Curso de Direito Internacional Público, 2005, p. 29-30.

Ao observarmos a história recente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 introduziu uma extraordinária inovação, combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21º), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22º a 28º). Preceitos que não tem força de lei, pois a Declaração tem a forma de uma Resolução.

Há, contudo, aqueles que defendem que a Declaração teria força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante. Para esta corrente, três são as argumentações centrais: a) a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; b) as freqüentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados em observar a Declaração Universal e c) decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito<sup>310</sup>.

Celso D. de Albuquerque Mello contribui para a questão ao relatar:

Os *jus cogens* foi reivindicado nos trabalhos da Comissão do Direito internacional e na Conferencia de Viena pelos países do então bloco socialista e do Terceiro Mundo. O *jus cogens* ao consagrar a existência de normas imperativas protege os estados mais fracos nas relações internacionais. A grande dúvida que permanece foi a de se saber quais as normas internacionais que são de *jus cogens*. Uma única tinha o assentimento de todos: a proibição do uso da força armada nas relações internacionais. A doutrina que sempre teve um papel relevante no desenvolvimento do Direito internacional público tem acrescentado outras, como a igualdade jurídica, o respeito aos direitos humanos, etc., bem como os princípios consagrados no art. 2º da Carta da ONU<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2007, p. 153.

<sup>311</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Direito Constitucional Internacional*, 2000, p. 15.

A Carta das Nações Unidas, dentre seus propósitos sintetiza o respeito aos princípios da justiça e do Direito internacional.

*Artigo 1º - Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.*

A ONU é organismo internacional que tem como objetivos: i) manter a paz internacional; ii) desenvolver relações de amizade entre as nações, com base nos princípios de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos; iii) melhorar as condições de vida de todos os povos, mediante cooperação internacional, e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todas; e, iv) constituir um centro em que as nações se encontrem para estudar e tentar resolver os grandes problemas dos quais dependem a compreensão mútua e a paz mundial.

É evidente que sofreu grave desprestígio com a Guerra do Iraque, ou mesmo anteriormente, já era então de se questionar, a compleição do Conselho de Segurança. Nesses termos, Carlos Roberto Husek teceu críticas:

Na verdade, embora o mundo não enfrente, atualmente, uma guerra mundial, de 1945 até nossos dias, vários, pequenos ou médios conflitos têm preocupado a ONU e o Conselho de Segurança, ora buscando soluções pacíficas, nos termos do artigo 33.1. da Carta, ora deixando os contendores a busca do próprio caminho para a solução, ora fazendo “vistas grossas” para mazelas decorrentes de guerras internas dentro de Estados menos desenvolvidos, em que o desrespeito ao Direito Humanitário evidencia-se pelos veículos de comunicação. O fato é que conseguiu a ONU e o Conselho de Segurança manter um certo controle das relações internacionais, mas aos poucos vai perdendo a credibilidade ante o domínio dos interesses econômicos em jogo.



Infere-se destas e outras questões, que o sistema dos Estados, como tal criado, com a Sociedade das Nações, e depois aperfeiçoado com a Organização das Nações Unidas, necessita de ajustes. Não propomos a substituição inicial de tal sistema por outro – não vemos, por enquanto, nada melhor – mas, sim, a necessidade de reestruturação do sistema e de seus mecanismos até que haja uma transformação qualitativa desse sistema<sup>312</sup>.

É nesse ponto que validamos a proposta de reformulação do Conselho de Segurança da ONU e entendemos que se não é o melhor sistema para solução de controvérsias internacionais, por força do direito de veto dos cinco membros permanentes; porém, é o único com *status* reconhecido no cenário mundial, originariamente vocacionado para a aproximação dos povos e estruturação de caminhos para a paz. Celso D. de Albuquerque Mello reconhece que tenta se dar a Carta da ONU um aspecto constitucional porém é incompleto.

A própria Carta da ONU a que se tenta dar um “aspecto constitucional”, vez que é um tratado cujos princípios não podem ser violados por qualquer norma jurídica internacional, é insuficiente como uma “constituição” vez que inúmeras matérias da maior relevância para a sociedade internacional não são sequer, como tem sido observado, mencionadas, como a questão do meio ambiente<sup>313</sup>.

A questão é melhor visualizada sob seguinte o prisma: o reconhecimento da existência do *jus cogens*, regente das relações internacionais, e, por outro lado, a premissa propagada de que o fundamento último do Direito internacional é o voluntarismo dos Estados. E, de antemão, nos posicionamos no sentido de que a soberania no século XXI não tem o mesmo conteúdo da

---

<sup>312</sup> HUSEK, Carlos Roberto. A nova (des)ordem internacional ONU – uma vocação para a paz, 2004, p. 339-340.

<sup>313</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque, Direito Constitucional Internacional, 2000, p.12.

soberania absolutista – da formação conceitual. A soberania evoluída, no estagio democrático, encontra limites internacionais, na evolução do Direito internacional, no reconhecimento, portanto, do *jus cogens* internacional, em um grupo de princípios que pairam sobre as demais normas internacionais e nacionais, e que convencionamos chamar de – no dizer de Jorge Miranda – Direito internacional fundamental ou Direito internacional constitucional.

#### **5.4. Conteúdo material de uma Constituição Mundial**

A Constituição em sentido material – já se afirmou - como conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conformam a realidade social de determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Há uma tendência de se associar a noção de Constituição a feição do Estado; pois a Constituição é o que identifica um Estado, como Estado de Direito. Nesse estudo, o Estado ganhou feições diversas, liberto do limite territorial, alcançamos o globo terrestre como território ainda limítrofe de atuação humana.

Expusemos a dificuldade de se alcançar um texto formalmente constitucional para a União Européia, a despeito de seu sucesso, como espécie inédita na sociedade internacional, deva-se a valorosa contribuição da jurisdição comunitária – Corte Comunitária Européia - que de cedo reconheceu nos tratados constitutivos – desde as Comunidades Européias: CECA, EURATOM e CEE -, o conteúdo constitucional material. Isto é, trouxe a debate doutrinário a existência de conjunto de normas distintas daquelas originárias do Direito internacional e

também distintas das normas estatais. E mais, desenvolveu o princípio do primado do Direito comunitário sobre as ordens estatais, perfazendo formulas de relacionamento das ordens jurídicas, com princípios como da atribuição de competência<sup>314</sup>, da subsidiariedade<sup>315</sup> e da proporcionalidade<sup>316</sup>.

A questão é como transpor essas experiências para uma proposta de Constituição Mundial. O primeiro aporte é reconhecer a diversidade dos povos, e estatuir essa noção como valor a ser preservado. Aqui em primeiro plano, a diversidade cultural, ao lado do universalismo dos Direitos Humanos. O que é assente por Norberto Bobbio

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos **direitos positivos universais**<sup>317</sup>.

Não há que se aventar, nem remotamente, o extremismo de homogeneização cultural – o que flerta com a barbárie totalizante.

Para que seja admissível uma proposta Constituição Mundial, temos que reconhecer alguns dados de partida:

---

<sup>314</sup> O artigo 4º do Tratado de Roma (TCEE) determina que as competências das instituições são competências por atribuição: “Cada instituição atuará dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo presente tratado”.

<sup>315</sup> O artigo 3º-B do Tratado da União Européia institui que a Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente tratado. Nos domínios que não sejam de suas atribuições, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, e na medida em que os objetivos da ação prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados membros e possam, pois, em virtude da dimensão ou dos efeitos da ação prevista, ser mais bem alcançados no nível comunitário.

<sup>316</sup> É indubitável que o princípio da subsidiariedade atua como elemento na busca de equilíbrio das relações entre os Estados membros e a União Européia. Contudo, *this basic principle is accompanied by the principle of proportionality repeatedly invoked by the Court of Justice: ‘Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty* (LOUIS, Jean-Victor, *The community legal order*, 1995 p. 98)

<sup>317</sup> BOBBIO, Norberto, *Era dos direitos*, 1992, p. 30.

i) O monismo jurídico – a afirmação de uma ordem jurídica unívoca, que não comporta conflitos aparentes entre Direito internacional e Direito estatal, posto que atuam em cenários e competências distintas;

ii) A feição sistêmica do Direito, aberto as influências – aos fluxos – da sociedade internacional. Da feita que não haja dúvidas que o Direito internacional rege a vida dos Estados, também rege a vida dos indivíduos, sendo assim o Direito internacional alcança a todos;

iii) O princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem do sistema jurídico corroborando a existência do *jus cogens* internacional – conjunto de valores de conteúdo imperativo – conformando um direito positivo universal.

Outra questão é quanto a legitimidade para que se sugira proposta dessa magnitude, é aqui juntamo-nos a Ricardo Seitenfus ao tecer críticas a Organização das Nações Unidas, ainda sobranceira, como foro multilateral, mas que precisa avançar em reformas para sair do imobilismo imposto pela lógica dos vencedores da Segunda Guerra Mundial.

O mal entendido original ainda é presente: a ONU foi criada pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial com o objetivo de controlar os vencidos, mas logo paralisou-se em razão da disputa Leste-Oeste. Tanto Washington quanto Moscou perceberam que deveriam utilizar as Nações Unidas como palco suplementar para a sua atuação internacional, jamais como elemento cerceador de seu poder.

O resto do mundo, sobretudo os países situados ao Sul, percebia a ONU como o incontornável caminho para a construção de um mundo mais equânime. Portanto, o realismo dos fortes, adicionado ao idilismo dos fracos compôs a receita infalível para a cristalização da injustiça a reiteração do fracasso.

(...)

Em face desse pesado balanço, o que deve ser feito para que a ONU cumpra, com eficiência e determinação, o duplo objetivo de preservar a paz e de buscar o desenvolvimento? É indispensável que ela venha a transformar-se num verdadeiro poder comum da humanidade, com capacidade de impor as decisões coletivas<sup>318</sup>.

A Organização das Nações Unidas, afora todas as críticas estruturais, da necessidade de reforma – projetos há – é o ambiente receptivo a uma proposta renovada de que o Direito internacional passe a ocupar as agendas estatais doravante não como questões discricionárias, tão-somente, mas como premissas de governança. O reconhecimento de que o Estado é uma manifestação jurídica de organização social, tendo como elemento imanente o povo. A esse cabe a opção na receptividade das normas internacionais, reconhecidos como direitos positivos universais.

#### **5.4.1. O direito cosmopolita**

Uma terceira questão a explorar seria qual o conteúdo dessa *nova* ordem jurídica internacional. Aqui não inovamos, pois o que se pretende é a estruturação de normas esparsas de conteúdo constitucional e internacional,

---

<sup>318</sup> SEITENFUS, Ricardo, Manual das Organizações Internacionais, 2005, p. 178-179. Ainda o autor: deve-se introduzir, para certas matérias, a possibilidade de ponderar os votos, pois a regra “cada país um voto”, baseada numa ficção, desobriga os Estados. As instituições devem ser aperfeiçoadas, sobretudo o Conselho de Segurança, com a introdução de novos membros permanentes. Finalmente, é necessário reformar profundamente a burocracia da ONU, introduzindo controles externos “enxugar” os órgãos sobrepostos e redirecionar as atividades visando aos gastos fins e não aos meios. (...) As grandes potências devem convencer-se que a ONU pode desempenhar um papel fundamental na reestruturação das relações internacionais em busca de um mundo mais pacífico e mais justo.

posto que são matérias que alcançam a órbita do indivíduo em todas as suas dimensões: local, regional e universal.

Adotamos a expressão Direito cosmopolita, com a pretensão de descrever o Direito que é de todos os países, ou ainda, que apresenta aspectos comuns a vários países. Nesse sentido buscamos como parâmetro de conteúdo *a priori*, o pensamento de Franck Attar<sup>319</sup> ao descrever temas que pertencem ao que denominou de solidariedade planetária.

- i) A idéia de patrimônio comum da humanidade;

Essa idéia parte da vontade de repartir certas riquezas naturais do planeta, de maneira independente dos Estados. Visa aproximar um elemento corretivo-redistributivo para uma *res communis omnium*.

Pode ser aplicada a gestão de certos espaços internacionais, evoluindo para o conceito de internacionalização positiva. Deverá reunir algumas condições como: utilização pacífica; não apropriação dos Estados; a exploração, administração e controle do espaço deve pertencer a uma agência internacional; uma utilização pautada na cooperação científica internacional.

- ii) A proteção internacional do meio ambiente;

O Direito internacional acolheu a questão ambiental em vários tratados internacionais, predominantemente após a Declaração de Estocolmo em 16 de junho de 1972. Contudo, a principal lacuna desses textos fundamentais é a ausência da obrigatoriedade no cumprimento das metas – são próximos a cartas de intenções.

---

<sup>319</sup> ATTAR, FRANCK, *Le droit international entre ordre et chaos*, 1994, P. 532-571.

iii) A cooperação repressiva na luta contra as drogas; contra a pirataria em alto-mar e no ar; contra a escravidão; e, contra o terrorismo;

O tema das drogas comporta grande complexidade. Presente nas sociedades desenvolvidas e industrializadas, depois de alguns anos o usuário, o tráfico e o consumo ocasionam um desregramento social muito difícil de controlar. A partir disso, se verifica a dimensão internacional da questão, pois se revela sob aspecto plural.

A luta contra as outras infrações internacionais como a pirataria em alto-mar ou no espaço aéreo decorrem em grande monta de tratados internacionais, como o de Montego Bay de 1982.

O tráfico de escravos, também amiúde deve ser severamente combatido, independente da percepção de que diminuiu ou que não mais ocorre; pois a prática tem demonstrado que assim não é. Então foi bem recepcionado o tratado sobre Direito do Mar que permite que se interdite embarcações de transporte marítimo de escravos.

O terrorismo internacional deve ser combatido com apoio recíproco de todos os Estados e organizações não-estatais e intergovernamentais, posto que prática intolerável a coexistência humana.

iv) A cooperação internacional construtiva: os problemas sanitários internacionais; agricultura e alimentação; e, a promoção da educação, da ciência e da cultura.

Esses temas decorrem da própria Carta da Organização das Nações Unidas que determina no artigo 56 conclama todos os membros da organização a agir em cooperação, para a realização dos propósitos do artigo 55.

Artigo 55 – Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias as relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

a) Níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

b) **A solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional;** e

c) O respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Todos os temas anteriores reunidos, sem olvidar o tema do Direito dos Povos e dos Direitos Humanos. Na primeira locução, muito utilizada por alguns países que tem na coletividade uma manifestação maior, e na outra, como desenvolvimento das potencialidades individuais.

#### **5.4.2. Uma Constituição Mundial para um homem universal**

Na vastidão de temas internacionais a eleição de um tão cheio de desafios se fez necessário por uma inquietude perene na observação do dinamismo do ser humano, dinamismo este que impulsiona o fenômeno da globalização. Sobremaneira tem diferenciado a vida em sociedade, sob diversos aspectos econômico, cultural, social, inclusive, familiar.



A visão diferenciada parte de que a *revolução* necessária - como resistência a influxos impositivos do fenômeno da globalização - está no resgate do âmbito privado, na família. Em atenção à educação. O ser humano para ser livre em suas escolhas, tem que ser educado, de modo a reconhecer o EU-OUTRO, valorar os bens da vida, entender a diferença e, em simultâneo, a similitude dos anseios humanos.

A proposta de uma Constituição Mundial pode ser observada sob dois vértices. Um, do reconhecimento de normas internacionais que compõem um corpo de normas de conteúdo de Direito internacional fundamental, constituídos por princípios – valores diferenciados – que validariam a ampliação de partícipes no cenário internacional como sujeitos ativos, e não apenas passivos ou por delegação dos Estados – estes sujeitos de Direito originários do Direito internacional.

Outro, pela observação da constitucionalização de normas internacionais. A incorporação expressa de normas internacionais em textos constitucionais, estritamente estatais. Ainda, textos constitucionais que manifestam por cláusulas abertas a recepção das normas internacionais – à exemplo, já referido, da Constituição portuguesa.

A ambição de uma Constituição Mundial, uma ordem jurídica universal, atende a percepção de que no século XXI, para garantir o patrimônio jurídico constituído na segunda metade do século passado, é *mister* o humanismo. Pico della Mirandola<sup>320</sup>, ao redigir *Oratio de Hominis Dignitate* – hoje

---

<sup>320</sup> Comentários a artigo de Gilberto de Mello Kujawski, *O homem universal da renascença*, de 08/04/1989, O Estado de São Paulo.

reconhecido como o verdadeiro manifesto do humanismo renascentista – narra um mito, que convém transcrever:

Ao concluir a obra da Criação, o Supremo Arquiteto e Pai Deus, desejou a existência de alguém capaz de compreender e amar sua grandiosidade, pensando no homem. Contudo, já não existia nenhum arquétipo virgem que servisse de modelo ao novo ser, e também não existia lugar vago no plano da Criação, onde todo espaço estava ocupado e tudo fora ordenado e distribuído sem falha nem lacuna.

Decretou então o ótimo Artífice que àquele ao qual nada de próprio pudera dar tivesse como privativo tudo quanto fora partilhado por cada um dos demais. Assim, pois, tomou o homem, essa obra de tipo indefinido, e, tendo-o colocado no centro do universo, falou-lhe nestes termos: *A ti, ó Adão, não te temos dado nem uma sede determinada, nem um aspecto peculiar, nem múnus singular precisamente para que o lugar, a imagem e as tarefas que reclamas para ti, tudo isso tenhas e realizes, mas pelo mérito de tua vontade e livre consentimento. As outras criaturas já foram prefixadas em sua constituição pelas leis por nós estatuídas. Tu, porém, não estás coarctado por amarra nenhuma. Antes, pela decisão do arbítrio, em cujas mãos te depositei, hás de predeterminar tua compleição pessoal. Eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspecionar, daí, de todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste, nem terreno, mortal ou imoral, de modo que assim, tu, por ti mesmo, qual modelador e escultor da própria imagem, segundo tua preferência e, por conseguinte, para tua glória, possas retratar a forma que gostarias de ostentar. Poderás descer ao nível dos seres baixos e embrutecidos; poderás, ao invés, por livre escolha de tua alma, subir aos patamares superiores que são divinos.*

O que clama por atenção é verificar o homem no centro do universo, mas sem forma predefinida com a possibilidade de eleger livremente, no texto, o ser humano é modelado conforme exerça sua liberdade de escolha. Desse modo, pode galgar altitudes divinas ou mesmo descer ao nível dos seres baixos.

Pela análise da história sabemos que o homem trafega entre os extremos. Hannah Arendt ao indicar as origens do totalitarismo:

E, se é verdade que, nos estágios finais do totalitarismo, surge um mal absoluto (absoluto, porque já não pode ser atribuído a motivos humanamente compreensíveis), também é verdade que, sem ele, poderíamos nunca ter conhecido a natureza realmente radical do Mal.

(...)

Já não podemos nos dar ao luxo de extrair aquilo que foi bom no passado e simplesmente chamá-lo de nossa herança, deixar de lado o mau e simplesmente considerá-lo um peso morto, que o tempo, por si mesmo, relegará ao esquecimento. A corrente subterrânea da história ocidental veio à luz e usurpou a dignidade de nossa tradição. Essa é a realidade em que vivemos. E é por isso que todos os esforços de escapar do horror do presente, refugiando-se na nostalgia por um passado ainda eventualmente intacto ou no antecipado oblívio de um futuro melhor, são vãos<sup>321</sup>.

Em atenção a essas experiências do século XX, somados aos fatos que inauguraram o século XXI, com o crescente número de ataques terroristas – nos Estados Unidos, na Espanha, dentre outros – a adoção de políticas de segurança em prejuízo a garantias individuais devem ser monitoradas de perto.

A rigor, não devem ser tolerados retrocessos em direitos humanos, parâmetros mínimos devem ser mantidos. Esses parâmetros são anunciados no conteúdo material da Constituição com vocação universal.

A dignidade do homem não depende do seu ser e sim da sua liberdade – essa é a mensagem de Pico della Mirandola. O universalismo do filósofo plantou o homem no centro mundo, pleno de capacidades, seu lugar no mundo é o próprio universo.

---

<sup>321</sup> ARENDT, Hannah, *Origens do totalitarismo*, 2000, p. 13 – trecho do prefácio escrito pela autora em 1950.

## CONCLUSÃO

A temática de uma Nova Ordem Internacional pautada em proposta de Constituição Mundial, é tema vasto, tendo sido focado no presente estudo sob as vestes formais que permitem seu intercurso no sistema do direito, sem olvidar alguns aspectos das relações internacionais. Sendo assim, sua trajetória oportuniza várias considerações a guisa de conclusão:

1 – O homem é um ser gregário, organiza-se em sociedade, em decorrência de sua vontade e inteligência. Nesse ambiente constrói normas de convivência para pacificar as relações sociais. A sociedade não se confunde com a comunidade. Em qualquer delas o fator de agregação é preponderante; contudo, a primeira é formada pela vontade humana, resulta de contingentes físicos, temporários ou não; enquanto a outra, tem maior número de fatores de coesão e solidariedade.

A distinção se faz pois entendemos que a sociedade internacional ainda não alcançou a solidariedade necessária para converter-se em comunidade. Há a necessidade de superação do individualismo internacional dos Estados, quer dizer, a evolução da tese voluntarista do Estado como ator do concerto mundial.

2 – Não se pode analisar a ordem internacional, e respectiva sociedade internacional, sem a percepção de seus atores globais, ampliados desde há muito, com o estreitamento do plexo jurídico permissivo da atuação de organizações internacionais não-estatais, interestatais, não-governamentais, e,

precipuamente, o indivíduo. Ainda, a observação do fenômeno das empresas multinacionais, transnacionais e globais. A observação do crescimento em escala global do terrorismo, de políticas segregacionistas, do confronto entre instituições que na origem foram aliados como o Estado e a segurança *versus* a dignidade humana e o *jus cogens* internacional.

Em paralelo a ampliação dos sujeitos internacionais, a definição do Direito internacional também sofreu mudanças. A obra de Hugo Grotius intitulada *Direito da Guerra e da Paz (De Iure Belli ac Pacis Libri Tres)* é reputada como um marco na afirmação do Direito Internacional. Na segunda metade do século XIX, vários Congressos e Convenções assinalam o sensível progresso do Direito Internacional. No século XX é inegável o impacto na ordem jurídica internacional das duas Grandes Guerras na evolução do Direito Internacional e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3 - A segunda metade do século XX assistiu aceleradas mudanças de paradigmas: o fim da Guerra Fria; a queda do Muro de Berlim; a dissolução da União Soviética; o surgimento de novos Estados; o estreitamento das relações comunitárias balizadas pela experiência da União Européia; as propostas de agendas comuns com finalidades de proteção ambiental e regramento da exploração biológica; a novas faces da guerra – a exemplo da Guerra do Golfo, uma guerra tecnológica; o desenvolvimento de sistemas protetivos de direitos humanos, com ênfase ao sistema interamericano composto pela Comissão e Corte interamericana de direitos humanos; enfim, a formação de laços comuns no mundo denominado ‘globalizado’, no qual há imediatidade de comunicações, de intensa circulação de pessoas e capitais – uma grande rede interativa.

Contudo, quando o desafio da efetividade do Direito Internacional ainda estava sendo delineado, os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 mudaram de forma inarredável o vértice dos conflitos e dos anseios de segurança. Hoje o mundo está dividido, porém não de forma bipolar – entre capitalismo e socialismo – e, sim, um mundo dividido pelo conflito de civilizações.

4 - A ampliação do rol de sujeitos reconhecidamente internacionais é fenômeno recente, apenas no século XX teremos a criação de organizações verdadeiramente vocacionadas ao concerto mundial. Antes disso, no Direito internacional clássico apenas os Estados eram considerados como detentores de personalidade jurídica internacional.

Nesse âmbito, temos as organizações não-governamentais, as multinacionais e o indivíduo. As organizações não-governamentais em escala internacional tem como objetivos: influenciar ou corrigir a atuação dos outros sujeitos de Direito Internacional, em paralelo as ações dos Estados soberanos e as organizações internacionais.

O tema das multinacionais clama por regulamentação, em que se coadunem os interesses dos países desenvolvidos e os em desenvolvimento para que sejam alcançados parâmetros mínimos de coexistência das empresas – sejam denominadas internacionais, globais, multinacionais ou transnacionais – que, sem dúvida, atravessam fronteiras e geram investimentos setorializados em diversas regiões do planeta. A migração populacional, o equilíbrio econômico das nações, o exame da mão-de-obra em consonância aos princípios insculpidos pela Organização Internacional do Trabalho, a proteção ao meio ambiente, a judicialização das questões comerciais e concorrenciais envolvendo as empresas; enfim, a assertiva de que tais empresas ocupam um espaço no Direito

Internacional, mesmo que sem base territorial pré-definida, porém com grande participação no traçado das tensões internacionais em razão da sua dimensão extra-estatal.

Por seu turno, o indivíduo é considerado sujeito de Direito internacional, pode ainda não deter todos os atributos da capacidade de atuar no concerto mundial, contudo não se pode negar sua capacidade ativa e passiva perante foros internacionais, em especial, quanto a possibilidade de representar, inclusive, contra o Estado patrial quando este negar-lhe a jurisdição protetiva enquanto ser humano – Organização dos Estados Americanos e Tribunal Penal Internacional.

5 – A globalização é entendida como um processo, um contínuo histórico, e como tal em perene transformação, responsável pela mutação das relações internacionais. À revelia de tantas dissensões acerca da globalização, é factível a existência de duas forças em ação, opostas e simultâneas, de um lado rumo ao internacionalismo de mercados, tecnologias, cultura, práticas e até mesmo de normatividade; de outro, temos a criação de espaços fragmentados, localizados, distantes dos empuxes globais.

O entusiasmo de início que aclamou a globalização - como fator decisivo na equalização das economias e melhor distribuição de riquezas em esfera global - arrefeceu com a observação de que a denominada *globalização real* falhou. A promessa de que a abertura comercial, a privatização e as leis do mercado distribuiriam a riqueza internacionalmente demonstrou-se vã, pois a sede do sistema financeiro internacional e a ascensão das empresas multinacionais no âmbito mundial, para além do recrudescimento de políticas centralizadoras na *guerra contra o terror*, liderados pelos Estados Unidos da

América no pós 11 de setembro de 2001, lançaram novos desafios ao século XXI; cumpre ao Direito, em especial ao Direito Internacional, reforçar o tecido normativo humanista, imiscuir-se nas ordens nacionais e implementar força coativa aos pactos internacionais com *mister* ordenador da convivência humana.

6 - No Direito Internacional, num primeiro momento, a soberania foi uma qualidade exclusiva do Estado. A soberania confere ao Estado uma grande amplitude de ação na ordem jurídica internacional. A interpretação comum daquele detentor de soberania internacional é de que não se sujeita, isto é, não se subordina, a nenhuma outra ordem jurídica que não a própria; não obedece a nenhum outro Estado, nem tampouco aceita a existência de um super-Estado que paira sobre os demais homólogos.

No entanto, se soberania é poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, historicamente o que se viu nos últimos quatro séculos, no interior dos Estados, foi a crescente dissolução da soberania e a afirmação dos Estados Democráticos e Constitucionais e, externamente, a progressiva absolutização do conceito. Em suma, a soberania encontra limites no direito.

Em substância, ao mesmo tempo em que a soberania interna é elemento conformador do Estado, podemos dizer que tal poder absoluto, incontrastável, ilimitado até, encontrou obstáculos no aperfeiçoamento do Estado Constitucional, no Estado estruturado internamente na soberania popular – isto é, conexo a soberania do povo, sobremaneira ao versar sobre o poder constituinte. Já a soberania internacional encontrou limitações na reconstrução da ordem jurídica internacional; por força da ruptura de direitos, dos totalitarismos que



marcaram a primeira metade do século XX, os direitos humanos deixam de pertencer à esfera de concessões estatais e passam a afirmações universais.

7 - Nesse cenário complexo, a temática dos direitos humanos se faz presente, afirmados historicamente, com o marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; contudo, indicamos, enfaticamente, como meio de ação em Direitos Humanos, a educação-integrativa, a educação em Direitos Humanos, com o desenvolvimento da percepção do EU-OUTRO, voltada para além da prática da tolerância, mas sim para a coexistência plural dos homens, do *viver em paz*.

A despeito da essência humana vária, apontamos a dignidade humana como pilar primeiro de uma ordem jurídica estruturante da própria vida humana em sociedade. Há que se admitir, dogmaticamente, o princípio da dignidade humana como norma-origem observando o seguinte binômio: por um lado, afirmação da liberdade do indivíduo; por outro, limitador da atuação não só desse mesmo indivíduo, considerado em sua humanidade – condição terrena -, como também das formas estruturantes de manifestação e ordem como: organizações estatais, não-estatais, inter-estatais, etc.

O ser humano organiza-se socialmente e a normatividade decorre da estruturação do *viver com*, isto é, da inserção do indivíduo em sociedade, mas premido pelo anseio comum de pacificação da vida social por meio do Direito. Nesse cenário, há que se resguardar a liberdade como valor individual e observar-se a máxima igualdade como condição de justiça.

8 - Sendo o objeto desse estudo a formação de uma ordem jurídica universal, ponto de relevo é a indicação necessária da transposição da sociedade, enquanto união formal dos indivíduos, para a comunidade. Assim, a *reconstrução*

da Comunidade deve enfrentar algumas questões do presente século, quais sejam: i) o terrorismo – após os ataques de 11 de setembro de 2001, observamos alguns efeitos - nas relações internacionais, houve o recrudescimento de políticas imperialistas; no âmbito interno, houve o afastamento das garantias individuais sob a égide da defesa de um *bem maior*, a proteção e a segurança de todos; e, ainda, o desprestígio das organizações internacionais verdadeiramente vocacionadas a foros multilaterais, em especial, a Organização das Nações Unidas; ii) a prática da tortura, como recurso crível a investigações sob a égide de um caminho à segurança; iii) a guerra como ilícito internacional.

A proposta que se apresenta é o avanço de uma sociedade internacional, pautada em uma ordem jurídica eivada de precariedade, por força de um pragmatismo histórico que insiste em assumir condutas etéreas e pontuais; para a comunidade, esta sim, verdadeiramente solidária. Isto é, no último século o Direito Internacional evoluiu no sentido de produção de textos compromissivos de direitos humanos, na formação de organizações internacionais legítimas para debater interesses setorizados – a exemplo da Organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial da Saúde, etc. -; contudo, ainda há que se desmembrar da visão prevalente de que toda a norma internacional para que ganhe verdadeira eficácia precisa passar pelo *filtro* estatal do consentimento.

A via de acesso a uma real comunidade das nações, distinta da sociedade internacional como hoje se apresenta avança pela reflexão paulatina no presente estudo; qual seja: de que a Política deve assumir novo papel, de amplo debate plural; em que a Educação humanista deve ser proposta como meio para o ser humano conhecer a si mesmo e o outro – na diferença; que temos um maior número de sujeitos internacionais interagindo.

9 – Para I. Kant a paz é assegurada por mecanismos da própria natureza humana que vislumbra, no período de paz, maiores chances de prosperidade e aproximação de laços comerciais. O caminho está, portanto, posto como um deslinde de equilíbrio nas relações econômicas voltadas para o desenvolvimento dos povos, com o fortalecimento dos direitos humanos.

Independentemente das opções que se desmembram aqui, pautamo-nos pela clara visão de um novo humanismo, receptivo às mudanças do tempo, presente no século XXI, sem negar os efeitos de um mundo *globalizado* – social, econômico e culturalmente *globalizado* – mas que deve ser fortalecido no legado da Segunda Guerra Mundial; se intolerante, que o sejam as políticas centristas, excludentes de minorias, desrespeitosa da diferença; o *iter* a seguir é democrático, com relevo a ação ao lado da reflexão primeira; com uso da argúcia sem perder a utilidade do projeto.

10 - Se pretende um pensamento alargado, com a verificação de pontos diversos nas relações internacionais, mas com liame comum intrínseco, a reconstrução de uma comunidade internacional, afeita às suas dimensões humanas, isto é, reconhecedora da diversidade de partícipes, dos desafios comuns em espaço geográfico delimitado, como: a educação em direitos humanos indivisíveis e universais; a opção pela democracia como forma estruturante estatal; análise mais detida do terrorismo – barbárie extremada por um lado, e a inaceitável justificativa da ruptura de direitos sob a égide de segurança coletiva ou um *bem* maior.

O diálogo entre a guerra como recurso extremo e a segurança jurídica defendida em teses sobre o emprego da força não devem prosperar como

legitimadoras da derrocada, do enfraquecimento do Direito Internacional, em visão deste como produto exclusivo da vontade dos Estados.

11 - O que é defendível, a despeito da divergência doutrinária quanto ao monismo e dualismo jurídico é a formação de uma ordem jurídica universal, constituída por um constructo histórico, pós Segunda Guerra Mundial, com o arcabouço normativo protetivo do ser humano – regular no exercício de seu *direito a ter direitos*, em perene diálogo com o pensamento de Hannah Arendt – que não comporta retrocessos, e coaduna-se no universalismo e indivisibilidade dos direitos humanos como parâmetros mínimos – sendo meio para tal a educação integrativa e plural do indivíduo, sujeito legitimado também no cenário internacional.

Ademais, o Direito Internacional deve ser reconhecido como Direito segundo a premissa de que constitui uma ordem coercitiva da conduta humana, pressuposta como soberana.

12 - Propomos gradativamente, a partir da observação das subseqüentes transformações da sociedade internacional -, destacadamente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, a consolidação de novos sujeitos de direito internacional, a globalização em suas várias acepções, o crescendo jurídico-normativo protetivo dos direitos humanos obliterados pela nova conformação da sociedade após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 -, para, por fim, direcionarmos como pensamento último, necessário a própria coexistência humana uma proposta de Constituição mundial.

O ser humano firma-se na eleição de instituições que considere caras a sua sobrevivência, como espécie, como indivíduo, mas também como

membro de uma comunidade. O Direito como ciência permite a regência da convivência humana, nada menos. O Direito Internacional permite assim a convivência humana em seu substrato global.

13 - Assim, neste contexto, outro papel não caberia as Constituições no século XXI que não o de se atualizarem, alargadas que estão para receberem conteúdos novos; adotando princípios basilares e permissivos da manutenção de um bom relacionamento entre os membros da sociedade internacional, avizinhandose das formas de promoção e controle de direitos humanos e indicando paulatinamente o reconhecimento das formas garantidoras dos mesmos.

A questão é melhor visualizada sob seguinte o prisma: o reconhecimento da existência do *jus cogens*, regente das relações internacionais, e, por outro lado, a premissa propagada de que o fundamento último do Direito internacional é o voluntarismo dos Estados. E, de antemão, nos posicionamos no sentido de que a soberania no século XXI não tem o mesmo conteúdo da soberania absolutista – da formação conceitual. A soberania evoluída, no estagio democrático, encontra limites internacionais, na evolução do Direito internacional, no reconhecimento, portanto, do *jus cogens* internacional, em um grupo de princípios que pairam sobre as demais normas internacionais e nacionais, e que convencionamos chamar de – no dizer de Jorge Miranda – *Direito internacional fundamental ou Direito internacional constitucional*.

Para que seja admissível uma proposta Constituição Mundial, temos que reconhecer alguns dados:

i) O monismo jurídico – a afirmação de uma ordem jurídica unívoca, que não comporta conflitos aparentes entre Direito internacional e Direito estatal, posto que atuam em cenários e competências distintas;

ii) A feição sistêmica do Direito, aberto as influências – aos fluxos – da sociedade internacional. Da feita que não haja dúvidas que o Direito internacional rege a vida dos Estados, também rege a vida dos indivíduos, sendo assim o Direito internacional alcança a todos;

iii) O princípio da dignidade da pessoa humana como norma-origem do sistema jurídico corroborando a existência do *jus cogens* internacional – conjunto de valores de conteúdo imperativo – conformando um direito positivo universal.

**BIBLIOGRAFIA**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Lições de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Estudos Perspectiva, 2003

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

ARAGON, Manuel. *Constitucion y Democracia*. Madrid: Ed. Tecnos.

ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_ *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_ *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_ *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

- ATTAR, Franck. *Le droit international entre ordre et chaos*. Paris: Hachette, 1994.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Ed. Civitas, 1985.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.
- \_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro & FINKELSTEIN, Cláudio – Coordenação. *MERCOSUL – Lições do Período de Transitoriedade*, São Paulo: Celso Bastos Editor (IBDC), 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro & TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público – no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BATEMAN, Thomas S.; SNELL. SCOTT A. *Administração: construindo vantagem competitiva*. São Paulo: Atlas, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BERMAN, M. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.



- \_\_\_\_\_ *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- \_\_\_\_\_ *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: união europeia e mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRANCO, António Guévèl. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Lisboa: Coleção Jurídica, 2002.
- BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.
- BRANDAO, Carlos Rodrigues. *O que é Educação*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1981.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international Law*. Nova Iorque: Oxford, 2003.
- BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas – Cases and Materials*. 4a ed. International Institute of Human Rights, Strasbourg, 1995.
- BYERS, Michael. *A lei da Guerra – Direito Internacional e Conflito Armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- CAMPOS, German J. Bidart. *Teoria General de los derechos humanos*. Buenos Aires: Europa-América, 1969.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CANCLINI, Nestor Garcia. *A globalização imaginada*. São Paulo: Iluminuras, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_ *O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Revista Jurídica Del Rey, n. 9 de novembro de 2002.

\_\_\_\_\_ *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *União Européia, instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2002.

CASTELAR PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CÍCERO, Marcus Tullius. *Traité des lois*. Paris: Société d'édition "les belles lettres", 1959.

CISNEROS, Cesar Diaz. *Derecho internacional public*. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1955.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São

Paulo: Saraiva, 2007.

---

*Educação, Estado e Poder*. São Paulo.

CRETELLA NETO, José. *Empresas Transnacionais e Direito Internacional – Exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade e Direito – quadros institucionais*. Porto: Rés Editora, s.d.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

---

*O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELORS, Jacques org.. *Educação: um tesouro a descobrir (Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI)*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

DEWEY, John. *Democracia e Educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

---

*As lacunas no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito constitucional - comentários à constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

DUARTE JR., João Francisco. *Fundamentos estéticos da Educação*. São Paulo: Cortez Editora, 1981.

DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global – assimetrias, instabilidade e imperativos de legitimação*. São Paulo: UNESP, 2005.

DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DUVERGER, Maurice. *Droit public*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

EWALD, François. *Foucault e a Norma e o Direito*. Lisboa: Veja Ltda., 1993.

FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: qual o sentido?* São Paulo: Paulus, 2003.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRER, Aldo. *Historia de La globalización – Orígenes Del orden económico mundial*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica de Argentina, 2000.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês – política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Integração Regional - O processo de formação de Mercados de Bloco*. São Paulo: IOB Thompson, 2003.

\_\_\_\_\_ *Direito Internacional*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil – Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_ *Torres Gêmeas: as vítimas silenciadas. O direito internacional entre o caos e a ordem. A questão cultural no mundo globalizado*. Revista de

- Direito Constitucional e Internacional n. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar – a escola do mundo do avesso*. São Paulo: L & PM, 1999.
- GOMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2000.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg – 1945-1946 – a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GREGORY, Derek; MARTIN, Ron; SMITH, Graham. *Geografia Humana – sociedade, espaço e Ciência Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli AC Pacis)*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Vozes, 1968.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. 3ª ed. Minnesota, West Publishing, 1993.
- HESSE, Konrad. *‘Escritos de Derecho Constitucional’*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos- o breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora LTr, 2000.

HUSEK, Carlos Roberto. *A nova (des) ordem internacional. ONU – uma vocação para a paz – Doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP – 2004.*

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.*

KAMEL, Ali. *Sobre o Islã – a afinidade entre muçulmanos, judeus e cristãos e as origens do terrorismo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.*

KANT, I. *A paz perpetua e outros opúsculos. São Paulo: Textos Filosóficos Edições 70, 1977.*

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.*

\_\_\_\_\_ *Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.*

\_\_\_\_\_ *O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2003.*

\_\_\_\_\_ *O Estado como integração – um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.*

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.*

\_\_\_\_\_ *A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.*

\_\_\_\_\_ *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos – Reflexões sobre uma experiência diplomática. Ed. Paz e Terra, 2000.*

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución. Barcelona: Ariel, 1981.*

LOUIS, Jean-Victor. *A ordem jurídica comunitária. Luxemburgo: Serviços das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1995.*

- MAGALHÃES, Fernando. *Tempos Pós-modernos*. São Paulo: Editora Cortez, 2004.
- MANCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1998.
- MARTINEZ, Pedro Romano, e LOPES, J.A. Azeredo. *Textos de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, guerra e terror – os novos desafios do direito internacional pós 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MONNET, Jean. *Memórias - A Construção da Unidade Européia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis – introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- NASCIMENTO E SILVA, G. E.; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *O estado é meio e não fim*. São Paulo: Editora Saraiva, 1945.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins de – organizadora. *Globalização, regionalização e nacionalismo*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.
- ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. São Paulo: Globo, 2003.
- PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_ *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PESCATORE, Pierre. *The Law of Integration – Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*. Leiden: A. W. Sithoff, 1974.
- PITTA E CUNHA, Paulo de. *Integração Européia Estudos de Econômica, Política e Direito Comunitários*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda – Estudos Gerais Série Universitária, 1986.
- \_\_\_\_\_ *A Constituição Européia – um olhar crítico sobre o projeto*. Coimbra: Almedina, 2004.



- PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- PRIETO, Cesar. *Radiografia das Multinacionais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- RENOUVIN, Pierre; DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Introduction a l'histoire des relations internationales*. Paris: Libraire Armand Colin, 1966.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso elementar*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- ROMANO, Roberto. *O desafio do Islã e outros desafios*. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public Approfondi*. Paris: Dalloz, 1961.
- SACHICA, Luis Carlos. *Esquema para una Teoria del Poder Constituyente*. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L & PM, 20002.
- SOROS, George. *Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2003.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, vol.39, 1997, p.105-123.
- STRATHERN, Paul. *Oppenheimer e a bomba atômica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.
- TEIXEIRA, Carla Noura. *Revista de direito constitucional e internacional*, v.53, *A Constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- TORRES, Heleno Taveira. *Plurirributação internacional sobre as rendas de empresas*, São Paulo: Ed. RT, 2001.
- \_\_\_\_\_ *Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Ed. RT, 2001.
- VÉLEZ, Maria Isabel Alvarez; YUSTAS, Maria Fuencisla Alcón. *Lãs Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea. Textos y Comentarios*. Madrid: Dykinson, 1996.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Gramática dos Direitos Humanos*. *Revista do ILANUD* no. 17, São Paulo, 2000.

VOIGT, Stefan; WAGENER, Hans-Jürgen. *Constitutions, Markets and Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002.

WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006.

WEFFORT, Francisco C. – organizador. *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2006.

WIGNY, Pierre. *Droit constitutionne – principes et droit positif*. Bruxelas: Émile Bruylant, 1952.

WRIGHT, Lawrence. *O vulto das torres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ZAOUAL, Hassan. *Globalização e diversidade cultural*. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

#### **Textos avulsos:**

CANOTILHO, J.J. Gomes, texto oriundo do Seminário de Verão de 15/07/2004 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello, *O homem universal da renascença*, de 08/04/1989, O Estado de São Paulo.

#### **Endereços eletrônicos:**

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty](http://europa.eu/lisbon_treaty).

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)